

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVIII • Noviembre-Diciembre 2002 • Núm. 674

CONSEJO DE REDACCION

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

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

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Vicente Domínguez Calatayud.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Imprime: J. SAN JOSE, 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.

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

- «Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura», por MARÍA DEL CARMEN PLANA ARNALDOS 2079
- «Unas notas en torno a la asociación. En especial, la nueva Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ 2125
- «La eficacia de los derechos reales, con especial atención al de hipoteca, en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el condado de Dane, Wisconsin», por FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO 2191
- «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», por JUANA MARCO MOLINA .. 2275

DICTAMENES Y NOTAS

- «Alegaciones que presenta la Junta Directiva del Colegio Nacional de Registradores a la consulta planteada por el Consejo General del Notariado sobre la interpretación del artículo 98 de la Ley de Acompañamiento» 2349
- «En torno a la responsabilidad civil de los padres (A propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA 2391
- «Naturaleza y proyección del grupo familiar extenso. Relaciones intergeneracionales», por JESÚS LÓPEZ MEDEL 2405

ACTUALIDAD JURIDICA

- Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN 2423

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2429
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2439
B) Resoluciones comentadas, por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2450
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
a) Personas, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2481
b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN.....	2482
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2514
2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ FRUTOS	2535

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La irregularidad de la sociedad de capital (Aspectos societarios y registrales)», de MERCEDES FARIAS BATLLE, por RAFAEL CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS	2549
«La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer», de JULIO MANRIQUE DE LARA MORALES, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	2554
«Los auditores ante el principio de empresa en funcionamiento: Teoría y práctica», de RAQUEL GALINDO DORADO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2556
«La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie o de los derechos de sobre y subedificación», de MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2558
«El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías», de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2560
«La acción de petición de herencia», de SILVIA GASPAR LERA, por ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA	2561
«La finca y sus modificaciones», de FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2564

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN	2569
------------------------	------

ESTUDIOS

Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA.—II. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES PACTADOS COMO CONTRAPRESTACIÓN: 1. PLANTEAMIENTO. 2. TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA. 3. LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA.—III. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. DISTINTAS VÍAS POR LAS QUE EL DERECHO DEL CEDENTE SOBRE LOS INMUEBLES PUEDE TENER REFLEJO REGISTRAL. 2. INSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN; EL ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE ENERO DE 2001.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA

Las formas negociales que podemos denominar de cesión de solar a cambio de obra futura representan un cauce a través del cual se lleva a cabo la construcción inmobiliaria mediante la colaboración de los titulares de los diferentes medios humanos y materiales necesarios para culminar tal proceso, cuando este se realiza con la finalidad de comercializar la obra, en todo o en parte.

Básicamente, mediante estos negocios, el propietario de un terreno apto para construir (solar) cede determinados derechos sobre el mismo a cambio de una contraprestación futura que se determina en referencia a la obra que el cesionario (constructor) se obliga a realizar sobre ese solar.

La complejidad actual del proceso de edificación, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, hace que en la mayoría de las ocasiones no sea posible que todos los elementos sean puestos en la empresa de construir

por la misma persona, física o jurídica (1). En particular, la obtención de la titularidad del solar, para la edificación urbana, ha llevado a la búsqueda y adopción de modalidades contractuales que persiguen la adecuada satisfacción de los intereses en juego: la obtención por el cedente de una parte o participación en la obra futura, y la titularidad suficiente en el cesionario que le permita tanto la obtención de financiación ajena, como la legitimación a efectos de los complejos trámites jurídico-administrativos que conlleva la culminación de la edificación.

El esquema básico al que responden los distintos contratos de cesión no permite concluir que exista un único tipo social ni jurídico del que pueda predicarse una tipicidad, entendida como disciplina jurídica unitaria. Por el contrario, el intercambio básico propio de estos negocios (solar a cambio de edificación futura) se convierte en la finalidad económica común que se puede conseguir a través de la celebración de diferentes contratos (dependiendo de las circunstancias concretas y los intereses que concurren en cada caso), cada uno de los cuales es susceptible de distinta calificación.

Partiendo por tanto de la inexistencia de un tipo contractual único de cesión de solar y dejando a un lado la naturaleza jurídica de cada uno de los distintos cauces contractuales utilizados por los particulares (los que podemos denominar «contratos de cesión de solar a cambio de obra futura») podemos, con todo, constatar la existencia de ciertos elementos comunes que caracterizan y al mismo tiempo individualizan todas las modalidades de contratos de cesión:

En primer lugar, el carácter futuro de la contraprestación. Esta característica no plantea ningún problema en cuanto a la validez del negocio, ya que en nuestro ordenamiento se admite con carácter general la contratación sobre cosa futura (art. 1.271 del Código Civil); pero sí es cierto que suscita problemas relativos a la naturaleza del derecho del cedente hasta que la construcción existe físicamente y el momento en que se produce la transmisión del dominio.

En segundo lugar, el carácter mixto de la contraprestación a la que se obliga el constructor (hacer y dar) aleja estos contratos de los de puro intercambio, aproximándolos, por la existencia de la obligación de hacer, al arrendamiento de obra y al mismo tiempo plantea problemas con relación al régimen del incumplimiento (2).

(1) En este sentido, vid. VENTURA-TRAVERSET y GONZÁLEZ, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Barcelona, 1963, pág. 7.

(2) Para RICCA los problemas fundamentales que se plantean en estos negocios son el incumplimiento de la obligación de hacer del constructor y el efecto traslativo del contrato (*Contratto e rapporto nella permuta atípica*, Milano, 1974, págs. 26-27).

II. LA TRANSMISION DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES PACTADOS COMO CONTRAPRESTACION

1. PLANTEAMIENTO

Los elementos comunes antes mencionados, que caracterizan las diversas modalidades que puede adoptar la cesión de solar a cambio de obra, implican la existencia de dos obligaciones fundamentales que el cesionario-constructor asume en virtud del contrato de cesión y que de alguna forma están presentes en todas las formas contractuales: la obligación de construir y la de entrega (3).

La obligación de construir la asume todo cesionario independientemente de la forma en la que se articule el contrato de cesión y los problemas que se pueden plantear son similares en todos los casos.

No ocurre lo mismo con la obligación de entrega, que puede ser distinta y sobre todo, plantea problemas diferentes, según la forma en la que se desarrolle la cesión.

Podríamos decir que, en un sentido amplio, la obligación de entrega incluye, en primer lugar, el traspaso de la posesión del solar del cedente al cesionario-constructor, que se debe producir con independencia del cauce contractual utilizado por los particulares, ya que la finalidad del contrato, la construcción, exige que el constructor, para cumplir, ostente la tenencia material del terreno y además esté legitimado, de algún modo, para realizar todos los trámites necesarios para llevar a término la obra (bien a través de la adquisición del dominio del solar o, en caso de conservar el cesionario la propiedad del terreno, a través de un poder concedido por el cedente a tal fin, que, al otorgarse en interés de mandante y mandatario, como medio necesario para el cumplimiento de la finalidad del contrato, tiene carácter irrevocable) (4).

(3) En determinados supuestos puede incumbir a cedente o cesionario, según se pacte, la realización de determinadas actividades que son necesarias para llevar a cabo el contrato, pero que, al no constituir su fin principal, podemos calificar de obligaciones accesorias (así las califican ZURITA MARTÍN, «El contrato de aportación de solar», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 51, Madrid, 1995, pág. 43, y ALVAREZ MORENO, «La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido», en *Aranzadi Civil*, núm. 4, mayo 1995, pág. 29) como, por ejemplo, la demolición de construcciones preexistentes o el desalojo de ocupantes del inmuebles cedido.

(4) La regla general es la posibilidad de libre revocación del poder por el poderdante, pero sin embargo, como excepción a esta regla, doctrina y jurisprudencia admiten la posibilidad de poderes irrevocables. El origen del carácter irrevocable del poder puede estar en un pacto o en la propia naturaleza de éste. La existencia de un poder, naturalmente irrevocable, depende de la naturaleza de la relación de que trae causa (DE LA CÁMARA, «La revocación del mandato y del poder», en *AAMN*, 1948, pág. 642) afirma que el poder se otorga para que se utilice como instrumento de la gestión de negocios del poderdante, o bien como medio de ejecución de un convenio del que forma más o menos parte y por tanto sólo acudiendo a la relación causal podremos determinar con fundamento si el poder

Pero fundamentalmente, la obligación de entrega se traduce en la transmisión del dominio de los inmuebles objeto del contrato (solar y contraprestación). En la mayoría de los casos, dependiendo siempre de cómo configuren las partes, en uso de su autonomía privada, el contenido del contrato, se producen dos transmisiones dominicales: la primera, la transmisión del dominio del solar del cedente al cesionario-constructor o promotor, y la segunda, la transmisión de determinados inmuebles del constructor al cedente.

La transmisión del dominio del solar, cuando las partes han pactado que se produzca (5), no plantea especiales problemas, ya que se trata de la transmisión a título oneroso de un bien presente (6).

Las dificultades para explicar cómo y cuándo se produce la adquisición por el cedente del dominio de los inmuebles derivan de la inexistencia física, en el momento de la cesión, de los inmuebles que han de corresponder al

es o no revocable. Más concretamente podemos considerar que tendrá este carácter cuando su otorgamiento sea parte integrante o medio específico de cumplimiento de un negocio no denunciado unilateralmente y especialmente en aquellos casos en que el poder se otorgue en interés común de mandante y mandatario, como medio de desarrollar un negocio celebrado entre ambos. RIVERO HERNÁNDEZ (en LACRUZ, Tomo II, vol. 2, edic. 1995, pág. 246) entiende que el poder es irrevocable cuando procede de un contrato distinto del mandato y la irrevocabilidad es un medio de ejecución del contrato en cuestión; pone como ejemplo la cesión de un solar a cambio de los bajos del futuro edificio, si en este caso el propietario del suelo conserva la propiedad de éste y concede al constructor un poder irrevocable para que realice las obras, venda los pisos, etc.; el poder entonces no depende en su vigencia de la voluntad del poderdante, sino de las vicisitudes del contrato que lo causó y del cual es instrumento de ejecución (vid. sobre este punto las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1993, RA 10149, y 19 de noviembre de 1994, RA 8537, sobre un supuesto de cesión de solar a cambio de obra futura).

(5) Las diversas modalidades contractuales a través de las que se desarrollan los negocios de cesión supone también distintas posibilidades en cuanto a la cesión del terreno: transmisión de la propiedad del solar, de una cuota, constitución de un derecho real que permita construir o reserva de la propiedad del solar por el cedente, concediendo un derecho personal que permita edificar (como el caso del arrendamiento de obra).

(6) En la doctrina, LÓPEZ FRÍAS (*La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Barcelona, 1997, págs. 20 y sigs.) se ha planteado si la transmisión del dominio del solar es esencial en los contratos de cesión. Desde luego, son posibles formas contractuales que no impliquen esta transmisión, pero la cuestión se podría plantear en los casos en los que en el contrato no se establece expresamente. No parece que se pueda predicar de manera indudable que el contrato de cesión de solar tiene como efecto necesario el de transmisión de la propiedad del solar, o que ocurre de tal manera salvo que se pacte lo contrario; a la postre, se trata de un problema de interpretación del contrato y se deberá resolver por este cauce, dilucidando cuál ha sido la voluntad de los contratantes reflejada en el contrato y sin olvidar en ningún momento que los efectos reales están siempre determinados por la ley y no por la voluntad de las partes (en este sentido, RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pág. 103, pone de manifiesto: «Indudable es que toda concesión de un efecto real se produce siempre tras una valoración formal, cuya realización compete exclusivamente a la ley, respecto de la concurrencia de los presupuestos que ella ha establecido previamente a tal fin»).

cedente. El carácter futuro del objeto no impide, como se sabe, la validez del contrato, conforme al artículo 1.271 del Código Civil, pero la cuestión que se plantea es la relativa a la naturaleza del derecho del cedente hasta el momento en que los bienes futuros lleguen a existir y efectivamente se entreguen.

No podemos olvidar que la respuesta depende de la forma como se haya articulado el negocio. Con todo, también hay que advertir que, tal como vamos a ver, la ventaja que en algunos casos representa una adquisición originaria de la propiedad, merced a los principios de la accesión, se encuentra en ocasiones contrarrestada por los riesgos que supone la intervención efectiva del cedente como propietario o promotor, en lo que a responsabilidad frente a terceros se refiere:

Si estamos ante un arrendamiento de obra (7) (es decir, aquellos casos en los que el cedente conserva la propiedad del solar y encarga al constructor que realice la obra, pagando la construcción con una parte de lo edificado y conservando el cedente el resto), supuesto en el cual el cedente no se desprende del dominio del solar, adquiere sin más por accesión, pero, al mismo tiempo asume, como propietario, la responsabilidad frente a los terceros que hayan puesto su trabajo en la obra y frente a los terceros adquirentes en materia de vicios de la construcción, conforme a las normas generales.

Tales riesgos, sin embargo, pueden obviarse si se acude a la constitución de derechos de vuelo o superficie, sin perder, acaso, las ventajas (8).

(7) Doctrina y jurisprudencia han calificado en ocasiones el contrato de cesión de solar a cambio de obra futura como arrendamiento de obra (vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1981, RA 1658; 10 de noviembre de 1994, RA 8537; 3 de junio de 1970; 10 de octubre de 1970; 16 de noviembre de 1994, RA 8837, y 20 de noviembre de 1991, RA 9232). Ante estas opiniones es necesario precisar, en primer lugar, que, partiendo de la imposibilidad de una tipificación unitaria de las diversas formas que adopta la cesión, lo que se trata de plantear es la calificación de determinados supuestos como arrendamiento de obra. Por otro lado, el carácter principal de la obligación de hacer asumida por el constructor, junto con la insuficiencia de las normas propias de la permuta y la compraventa, nos lleva a la necesidad de aplicar a los contratos de cesión las normas referentes a las obligaciones de hacer y más concretamente a obligaciones de resultado y como modelo de ellas el arrendamiento de obra, lo que no significa que podamos defender esta calificación para cualquier contrato de cesión.

(8) Entre otras, contemplan supuestos de estas características las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1983 (RA 2125); 24 de octubre de 1983 (RA 5340). Comentario de CLAVERÍA GOSÁLVEZ en CCJC 1983, págs. 1021-1028); 30 de noviembre de 1984 (RA 5691); 20 de noviembre de 1991 (RA 7973) y 27 de junio de 1992 (RA 5562). También en la sentencia de 31 de marzo de 1980 (RA 1233) se contempla un supuesto de hecho sobre el que se discute si se enajena el solar o el derecho a edificar sobre él; aunque el Tribunal Supremo se inclina por lo primero, la Audiencia considera que se había enajenado el vuelo y ALONSO PÉREZ se muestra de acuerdo con la decisión de la Audiencia (vid. los argumentos en «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre

El criterio para distinguir entre ambos derechos no es la existencia de una previa construcción, pues tanto la doctrina como la DGRN admiten un derecho de vuelo sobre inmueble futuro (9) y un derecho de superficie sobre un inmueble ya construido (10).

La distinción hemos de buscarla, aparte de las diferencias de contenido, en la participación que al cesionario de tales derechos corresponde en la propiedad del solar. Calificando el derecho por razón de sus efectos, podríamos concluir que: si se confiere el derecho a edificar sobre finca ajena y el titular del derecho adquiere la propiedad indefinida de lo edificado, a título originario, con participación en la propiedad del solar, como elemento común del régimen de propiedad horizontal, estamos ante un derecho de vuelo.

Si se trata del derecho a construir sobre finca ajena y disfrutar como propietario temporal, revirtiendo el dominio de lo construido en el dueño del solar al cumplirse el tiempo establecido, se trata de un derecho de superficie. Recordemos que el pacto de reversión puede ser parcial, de modo que el constructor retiene como dominio pleno e indefinido una parte de lo construido.

En ambos casos, la adquisición por parte del cedente del dominio de lo construido se produce según los principios de la accesión.

Por último, el cedente puede haber transmitido el dominio con reserva del derecho de vuelo; la construcción se realiza, con los riesgos inherentes, por el cesionario, incluyendo aquellas plantas o pisos en concreto que corresponden al cedente; ahora bien, el cedente adquiere el dominio en virtud del propio derecho de vuelo, siendo el papel del constructor el de contratista de obra.

Precisamente en la doctrina (11) se considera que esta fórmula es la que mejor permite calibrar los distintos intereses en juego: no se plantean proble-

y de subedificación», en *RCDI*, 2001, pág. 1075). En general sobre el tema, ALONSO PÉREZ, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, Madrid, 2000.

(9) Resolución de 5 de febrero de 1986, RA 1006 (vid. RUANO BORRELLA, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de febrero de 1986», en *RCDI*, 1986-II, págs. 868-877, y en general sobre el derecho de vuelo, vid. entre otros, BALLESTEROS ALONSO, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *RCDI*, 1992-II, págs. 2055-2083).

(10) Vid. BENAVIDES DEL REY, «El Derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *RCDI*, 1992-I, en especial págs. 1248-1253, y DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, 2.ª edic., Madrid, 2000, págs. 117-118. Vid. en cuanto al concepto actual de vuelo y superficie y su diferenciación: CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ. Vid. en cuanto al concepto actual de vuelo y superficie y su diferenciación: CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3.ª edic., Madrid, 2000, pág. 192, y FONT BOIX («El Derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la Propiedad Horizontal», en *RDN*, núm. 57-58, 1967, pág. 11).

(11) Así CARRASCO en el comentario a la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, en *CCJC*, 1997, págs. 61-73, y también menciona los beneficios fiscales en «Derecho de la construc-

mas para explicar la adquisición de los inmuebles por el cedente y al mismo tiempo, al adquirir la propiedad del solar, el constructor tiene la autonomía necesaria para llevar a cabo cuantas actuaciones sean precisas para construir.

Parece claro que lo relativo a la entrega y el momento de transmisión del dominio se plantea como cuestión especialmente problemática cuando se trata de la forma más habitual que adoptan los negocios de cesión, aquélla en la que el dueño del solar transmite la propiedad del mismo a cambio de determinados inmuebles en la obra que se va a construir sobre el terreno objeto del contrato: pisos, locales... [a esta modalidad, que la doctrina mayoritaria califica de permuta (12), aunque la obligación de hacer asumida por el constructor confiere caracteres propios a este contrato, de manera que tendríamos que calificarlo de permuta «especial», hay que asimilar otros supuestos que básicamente reúnen los mismos caracteres: el caso en que la contraprestación consista en un porcentaje de la obra, cuando se pacta también una compensa-

ción...», *ob. cit.*, pág. 166. MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987, págs. 63 y sigs., y ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 1978.

(12) Algunos autores simplemente entienden que la calificación apropiada para el contrato de cesión de solar, a cambio de obra futura, es la de permuta (aunque realmente se están refiriendo a una modalidad) y otros autores, partiendo de la imposibilidad de un tratamiento unitario de las diversas formas, optan por calificar como permuta la modalidad que consiste en la transmisión de la propiedad del solar a cambio de ciertos inmuebles en la edificación que se construirá sobre el terreno (vid. SERRANO CHAMORRO, *ob. cit.*, págs. 45, 133 y 166, y LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, págs. 11-18. En referencia a supuestos concretos: BLASCO GASCÓ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1989», en *CCJC*, 1989, págs. 794-796, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1983», en *CCJC*, 1983, pág. 1026; ROGEL VIDE, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1989», en *CCJC*, 1989, pág. 1039; MARTA FONTAS, *Venta de solares en la modalidad de permuta*, Barcelona, 1979, pág. 10, y SANMARTÍN MARÍÑAS, *Las permutas inmobiliarias. Aspectos contables y fiscales*, Pamplona, 1997, pág. 34. Entre los autores que consideran que la cesión de solar adopta diversas modalidades y califican una de ellas como permuta: GARCÍA CANTERO considera que no hay duda de que la permuta es uno de los negocios típicos que pueden lograr la finalidad perseguida en estos casos, a pesar de que hay una gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener el mismo resultado económico, *ob. cit.*, «Comentarios a los artículos 1538-1541 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, Tomo XIX, Madrid, 1980, pág. 73; en el mismo sentido considera una de las modalidades como permuta, DE LA CÁMARA ALVAREZ, con GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, 1969, pág. 198; MERINO HERNÁNDEZ califica de permuta el supuesto más común y reconoce que pueden existir otras modalidades (*ob. cit.*, pág. 344), y en el mismo sentido, DE LA ROSA DÍAZ, *ob. cit.*, pág. 395; MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, págs. 70 y sigs., y LUCAS FERNÁNDEZ, *Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan*. Separata de *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXI, curso 1962-1963, págs. 77 y sigs., y «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, 1967, págs. 301 y sigs.).

ción dineraria o cuando se trate de rehabilitación de un edificio ya existente). En este caso es donde se plantean mayores problemas con relación a la obligación de entrega y en especial a la transmisión del dominio de los inmuebles pactados como contraprestación (13).

La cuestión se suscita, en términos similares, en cualquier negocio con finalidad transmisiva y con objeto futuro y está estrechamente relacionada con la posibilidad de admitir un derecho real sobre cosa físicamente inexistente.

2. TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA

2.1. *Distintos sistemas transmisivos*

La cuestión del momento de adquisición de la propiedad cuando el objeto es futuro se plantea de modo distinto en los diferentes ordenamientos jurídicos, dependiendo del sistema transmisivo.

Dentro de nuestro entorno jurídico podemos distinguir entre los sistemas consensualistas de transmisión del dominio y el sistema abstracto alemán. En el Derecho alemán la transmisión de la propiedad se produce mediante un negocio transmissivo celebrado entre el transmitente y el adquirente por el que manifiestan su intención de que se produzca la transmisión (14).

En los ordenamientos francés e italiano rige el sistema consensualista de transmisión del dominio, según el cual la propiedad y demás derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, que se deriva del contrato trasla-

(13) El motivo es la situación en la que queda el cedente en estos supuestos. CARRASCO PERERA resume los riesgos que generan estos contratos para el cedente del terreno (en el Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, *CCJC*, 1996, págs. 66 y sigs.): En primer lugar, el riesgo jurídico de que el cesionario realice actos de disposición en favor de un tercero protegido, o sufra un embargo respecto de los pisos o locales que constituyen la contraprestación contractual. En segundo lugar, los riesgos económicos, ya que el cedente se encuentra expuesto a situaciones de insolvencia en que puede derivar el cesionario e incluso a la posibilidad de una pura estafa. Finalmente los riesgos urbanísticos, que derivan del hecho de que el solar y las edificaciones que haya sobre él se encuentran sometidos a la posibilidad de expropiación, si el constructor incumple las obligaciones y plazos que impone el proceso de adquisición gradual de facultades urbanísticas.

(14) Este sistema se basa en la distinción entre el negocio dispositivo específico por el que se produce la adquisición de la propiedad y el contrato anterior (negocio traslativo) que está en su origen y que sólo es fuente de obligaciones, pero no produce ningún efecto transmissivo. El negocio traslativo se lleva a cabo en ejecución de las obligaciones que genera el contrato, pero es abstracto puesto que su validez es independiente de la del negocio obligacional. Según el sistema alemán, la transmisión de los bienes muebles se produce por el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad y la entrega del bien, mientras que si se trata de un bien inmueble la transmisión de la propiedad requiere, además del negocio transmissivo, la inscripción preceptiva en el Registro Inmobiliario.

tivo, sin necesidad de entrega (así deriva del art. 1.376 del Codice Civile italiano y del art. 711 del Code Civil francés) (15). Cuando el objeto del contrato es un bien futuro, el problema que se plantea es la imposibilidad de transmitir bienes que no existen al momento de contratar (16).

En Italia esta cuestión está expresamente regulada en el artículo 1.472 del Codice Civile (17), relativo a la compraventa de cosa futura (18), en virtud del cual en la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica en cuanto la cosa venga a existencia (19), con lo cual queda

(15) Con relación al acercamiento entre los sistemas consensuales y el del título y modo y las escasas diferencias que existen en definitiva entre ellos, vid. RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 121 y sigs.

(16) Con todo, al margen de los problemas que se plantean para explicar cómo se produce en estos casos la adquisición, también en estos ordenamientos se admite la validez del contrato con objeto futuro: en Italia, el artículo 1.348 del Codice Civile permite que la prestación futura sea objeto del contrato (*La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto...*), y el artículo 1.472 se refiere específicamente a la compraventa de cosa futura, y en el ordenamiento francés el artículo 1.130 del Code Civile admite que las cosas futuras sean objeto de la obligación (*Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation*). En el ordenamiento alemán no se reconoce expresamente la posibilidad de contratación sobre cosa futura, ni se regula la compraventa de cosa futura, esto no significa, según reconoce la doctrina, que no sea posible, entendiendo que supone una excepción a la regla contenida en el parágrafo 310 del BGB (a tenor del cual: es nulo el contrato por el que una parte se obliga a transmitir su patrimonio futuro o una parte de él, o a gravarlo con un usufructo).

(17) También establece este precepto que si las partes no manifiestan su voluntad de concluir un contrato aleatorio, la venta es nula si la cosa no viene a existencia («Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza (...) Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza»).

(18) Vid. en la doctrina italiana, en relación al régimen de la compraventa de cosa futura y en cuanto al momento de transmisión del dominio: BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta», en *Trattato di Diritto Civile italiano*, de VASALLI, vol. VII, t. 1.º, 2.ª edic., Torino, 1993; GRECO Y COTTINO, «Della vendita». *Comentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna, Roma, 1981; COTTINO, «Del riporto. Della permuta». *Comentario del Codice Civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1970; FERRI, *La vendita* en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, P., *Obbligazioni e contratti*, Tomo III, núm. 11, Torino, 1985, págs. 202 y sigs.; FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti della teoria del contratto*, Milano, 1974; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Nápoles, 1962, y SALIS, L., *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935.

(19) En realidad, podríamos pensar, tal como pone de relieve CALONGE al referirse a la compraventa de cosa futura en el ordenamiento italiano (*La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma a la doctrina europea actual*. Salamanca, 1963, págs. 186 y sigs.) que esto significa configurar el contrato como meramente obligatorio, rectificándose así la idea de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento. Sin embargo, para PERLINGIERI (*ob. cit.*, pág. 43) está fuera de toda duda que en la compraventa de cosa futura, como en cualquier otra, el contrato se concluye con el simple consentimiento; que el efecto traslativo se difiera a un momento posterior, no incide en la naturaleza consensual del negocio, ya que el principio de transmisión consensual no implica transmisión instan-

solucionado el problema del momento en que se produce la transmisión del dominio (20). Durante el período que media entre la celebración del contrato y la existencia del bien, el adquirente tendrá un simple derecho de crédito (21), lo que le deja al margen de los riesgos derivados de la obra, pero al mismo tiempo también le deja a merced de la actuación del transmitente, que puede enajenar o gravar el inmueble objeto del contrato y puede verse afectado por los créditos de terceros acreedores del transmitente o del constructor (22).

En Francia, cuyo Derecho también establece el sistema consensualista de transmisión del dominio, debemos tener en cuenta dos circunstancias fundamentales: no se regula expresamente la compraventa de cosa futura, pero sí se tipifica la compraventa de inmuebles a construir.

Con relación a la compraventa de cosa futura, la doctrina entiende que la adquisición del bien sólo se produce una vez que éste existe. Y en cuanto a la compraventa de piso en construcción, está regulada expresamente en los artículos 1.601-1 a 1.601-4 del Code (introducidos por la Ley núm. 67-3, de 3 de enero de 1967) (23). La definición de venta de inmueble a construir se contiene en los artículos 1.601-1 del Code Civile y Ley 261-1 del Code de la Construction (24), de esta definición se deducen los dos elementos funda-

tánea; el consentimiento es suficiente para producir la transmisión, pero esto no significa que deba ser efecto inmediato del contrato (en apoyo de este planteamiento se puede citar en el mismo sentido doctrina francesa, en concreto COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, París, 1959. Tomo II, pág. 283).

(20) La cuestión que deja pendiente esta fórmula es la determinación del momento en el que se debe entender que la obra existe y se produce la adquisición. BIANCA («La vendita...», *ob. cit.*, págs. 55, 384 y sigs., y 1142 y sigs., Tomo II) entiende que esta circunstancia se produce, en el caso de un inmueble de futura construcción, cuando se han finalizado las obras (*completamento del bene*), solución que responde al interés del adquirente de no verse afectado hasta ese momento por los riesgos; si bien todavía queda por determinar qué se entiende por obra terminada a estos efectos: el momento en que se completan todas las obras de acabado, o desde el momento en que se ha realizado los cerramientos (*opere murarie*) que, ciertamente, es el momento decisivo de la construcción. En relación específicamente a la cesión de solar por obra, COTINO («Permuta», *ob. cit.*, pág. 103) propone utilizar un criterio elástico que tenga en cuenta la voluntad de los contratantes y la función que la parte construida pueda cumplir.

(21) PERLINGIERI lo califica como un «derecho al derecho» (*ob. cit.*, págs. 193 y sigs.).

(22) Sobre los conflictos del adquirente de cosa futura con terceros, vid. PERLINGIERI, *ob. cit.*, págs. 257 y sigs.

(23) En general, sobre la compraventa de inmueble a construir, vid. en la doctrina francesa: DAGOT, *La vente d'immeuble à construire*, París, 1983; MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tomo II, vol. 2, 8.ª edic., 1994; PH. MALINVAUD y PH. JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, 3.ª edic., París, 1986, y MAGNIN, *Vente d'immeuble à construire*. Jurisclasseur civil (arts. 1.601-1 a 1.601-4) 2001 (este último autor ofrece una extensa bibliografía sobre la materia).

(24) Según estos preceptos, «La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat...»

mentales de este contrato: se trata de una compraventa de inmueble y de él deriva la obligación de construir en un determinado plazo, lo cual convierte este contrato en una original simbiosis de contrato de compraventa y contrato de obra (25).

El segundo inciso del artículo 1.601-1 del Code Civil se refiere a las dos posibles modalidades de compraventa de inmueble a construir (26): la venta a término (*vente à terme*) y la venta en estado de futura terminación (*vente en état futur d'achèvement*) (27). Estamos, por tanto, frente a un contrato, la venta de inmueble a construir, que presenta dos modalidades (28), lo cual explica la existencia de una serie de normas comunes aplicables a ambos supuestos.

La diferencia fundamental entre las dos modalidades es la manera en que se produce la adquisición de la propiedad:

En la venta a término la transmisión de la propiedad de los inmuebles se produce en el momento en que la obra está terminada, constatándose tal circunstancia mediante un acta auténtica (29) y los efectos de la adquisición

(25) En este sentido, DAGOT (*ob. cit.*, «La vente...», págs 41 y sigs.).

(26) «...Elle peu être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement».

(27) El artículo 1.601-2 contempla la venta a término: «La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente», y el 1.601-3. la venta en estado de futura terminación: «La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acheteur ses droits sur le sol, ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux».

(28) MALINVAUD y JESTAZ, «Droit de la promotion...», *ob. cit.*, pág. 251.

(29) La transmisión de los inmuebles no se produce en el mismo momento de conclusión del contrato, sino que se aplaza a un momento posterior, y por ello la primera cuestión que plantea esta fórmula contractual es la determinación del momento exacto en el que se debe considerar terminada la obra y con ello transmitida la propiedad. Indudablemente, es necesario fijar una fecha incontestable y para ello la ley determina que este momento tiene lugar con la constatación de la terminación de la obra recogida en un acta auténtica, que podrá ser hecha, ante notario, bien por las partes o por persona cualificada designada a tal efecto por el tribunal competente, en caso de desacuerdo de las partes o si se ha previsto en el contrato. Esta materia está regulada en el Código de la Construcción (CCH). El artículo R-261.1 establece cuándo se considera acabada la construcción: «L'immeuble vendu à terme ou en l'état futur d'achèvement est réputé achevé au sens de l'article 1.601-2 du Code Civil (...) lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination...» (sobre este punto, vid. MALINVAUD et JESTAZ, págs. 257 y sigs., y MAGNIN, pág. 11), y el artículo R-261.2 establece la forma de constatación: «L'achèvement de l'immeuble vendu à terme est constaté soit par les parties, soit par une personne qualifiée...» (sobre este punto, vid. MALINVAUD et JESTAZ, pág. 280; DAGOT, pág. 765, y MAGNIN, pág. 12).

serán retroactivos, lo que implica la nulidad de cualquier acto dispositivo efectuado por el vendedor en el tiempo intermedio (30).

Además de la determinación del momento de finalización de la obra, la cuestión fundamental que se nos plantea son los efectos que produce esta transmisión, en concreto, qué ocurre con la constitución de derechos reales entre la venta y el momento de terminación de la obra. La transmisión tiene carácter retroactivo, lo que implica la cancelación de todos los derechos constituidos durante el período transcurrido. Esta previsión tiene una finalidad protectora del adquirente, ya que el constructor, al continuar como propietario, podría constituir derechos reales que burlarían el derecho del adquirente o incluso vender a un tercero que, al publicar antes su derecho, sería preferente al adquirente inicial; todo lo cual se evita concediendo eficacia retroactiva a la adquisición (31). Sin embargo, esta fórmula no deja de tener inconvenientes, en especial, es bastante probable que el constructor necesite acudir a un préstamo para financiar la construcción, y en este caso el prestamista suele exigir una garantía hipotecaria; para resolver este problema el mecanismo previsto es el del mandato, a través del cual el adquirente permite que el constructor afecte hipotecariamente el inmueble vendido (32). El mandato por el que el adquirente consiente en concreto la afección hipotecaria del inmueble está regulado en el artículo R. 261-6 C.C.H., que establece como límite de la responsabilidad hipotecaria que corresponde al inmueble, la cantidad pactada en el contrato de compraventa como precio, con lo que el adquirente se asegura de no tener que pagar más para obtener su inmueble libre de cargas.

En el caso de la venta en estado de futura terminación, el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre las construcciones existentes y las obras futuras las va adquiriendo el comprador a medida que se realizan (de modo que el contrato tiene efectos reales inmediatos).

(30) Realmente, es una modalidad residual, según señala MALINVAUD (*ob. cit.*, pág. 279, y los motivos de ello en pág. 284).

(31) MAGNIN, *ob. cit.*, pág. 10.

(32) Para cualquier modalidad de venta de inmueble futuro, el artículo R-261.5 CCH prevé que el contrato de compraventa puede ir unido a un mandato, por el que el adquirente concede al vendedor los poderes necesarios para realizar actos de disposición o gravamen sobre los inmuebles objeto del contrato, ya que puede ser imprescindible para llevar a cabo la construcción (por ejemplo, constitución de servidumbres para los servicios necesarios para el edificio, etc.). El recurso a esta técnica es necesario tanto en la venta a término, para que los actos realizados por el constructor no se anulen en el momento en que el comprador adquiera, como en la venta en estado de futura terminación, en la que el constructor debe desarrollar la obra, pero no es propietario (*vid.*, MAGNIN, *ob. cit.*, págs. 7-8, y DAGOT, *ob. cit.*, págs. 847-863).

Este contrato supone la transmisión inmediata al **adquirente** de los derechos sobre el solar que tenga el vendedor (el vendedor debe ostentar un derecho sobre el terreno que le permita construir, pero no necesariamente la propiedad y por tanto lo que transmite es ese derecho). Esta vía engloba diversas posibilidades, desde la transmisión de un derecho real sobre el suelo distinto de la propiedad (superficie, etc.) hasta la transmisión de la propiedad de una parte indivisa del solar o de una cuota en la **propiedad horizontal** (33); en definitiva, el vendedor transmite sus derechos sobre el solar tal como él los tenga y con la misma configuración jurídica. También se transmite inmediatamente la construcción que ya exista en el momento de contratar, tanto una nueva construcción (por ejemplo, si el edificio ya está a medio construir) como las edificaciones antiguas que estén destinadas a ser demolidas (34).

Por último, la transmisión de los inmuebles futuros se produce conforme éstos van adquiriendo realidad física. Esta adquisición se funda en las reglas de la **accesión**, pero el artículo 1.601-3 del Code Civil no utiliza este término porque no siempre el adquirente era previamente propietario del suelo, que es el único modo en que puede operar la **accesión**.

El vendedor conserva, a pesar de la transmisión efectuada, según establece el último inciso del artículo 1.601-3 del Code Civil, los poderes necesarios para realizar la obra: nombrar a los técnicos, contratar con los proveedores, dar el visto bueno a los trabajos (recepción y certificación de obra), etc. Sin embargo, no podrá el vendedor, tal como ya hemos dicho con relación a la venta a término, enajenar ni gravar los inmuebles, la única posibilidad de actuación, en este sentido, se reduce a la existencia de un mandato que le faculte para realizar estos actos y sólo podrá actuar en los límites de este mandato.

A diferencia de estos países, en nuestro ordenamiento jurídico, como es sabido, rige el sistema del título y el modo (art. 609 del Código Civil), en virtud del cual la transmisión de la propiedad y demás derechos reales exige además del contrato válido (título) la entrega del bien (modo o *traditio*).

Teniendo en cuenta los principios que rigen en este sistema de transmisión de los derechos reales, la cuestión del momento de adquisición de la propiedad cuando el objeto es futuro se plantea de manera distinta. Los contratos con objeto futuro tendrán plenos efectos desde el punto de vista obligacional, como ocurre en cualquier otro caso, sin que por ello debamos entender que no existe

(33) Vid. la enumeración ejemplificativa de las diversas posibilidades hecha por DAGOT (*ob. cit.*, «La vente...», págs. 217-218).

(34) En principio, en este segundo caso, normalmente será al vendedor al que corresponde la obligación de derribo, y para evitar los problemas que supone el que se trate de un bien propiedad del adquirente, es aconsejable que el contrato de compraventa contenga alguna previsión sobre este punto, por ejemplo autorizando al vendedor a llevar a cabo el derribo (en este sentido se pronuncia DAGOT, *ob. cit.*, pág. 218-219).

contrato por falta de objeto. Posteriormente, una vez que la cosa venga a existencia, será necesaria su entrega, en cualquiera de las formas legalmente válidas, para que se produzcan los efectos reales y con ello la transmisión (35). A diferencia de los sistemas de transmisión consensual, en nuestro ordenamiento que el contrato sólo produzca efectos obligacionales, no constituye una modificación del sistema general ni una peculiaridad de los contratos sobre cosas futuras, se trata del funcionamiento normal del sistema (36).

El problema que en otros ordenamientos, en los que la transmisión de los derechos reales es consensual, se produce en el momento de perfección del contrato, en nuestro ordenamiento se plantea en el momento de la entrega.

2.2. Tradición instrumental de cosa futura

El esquema sencillo e incluso evidente, según el cual podemos afirmar que para entregar algo es requisito imprescindible que exista, y por tanto en los contratos con objeto futuro la entrega y consiguientemente la transmisión se produce una vez que el bien futuro existe, se complica al admitir nuestro ordenamiento jurídico formas de entrega abstractas o espiritualizadas, que no exigen la entrega material del bien.

No cabe duda acerca de la imposibilidad de entrega material, ya que el objeto no existe físicamente; pero nuestro ordenamiento jurídico admite formas de entrega abstractas o espiritualizadas en las que no es necesaria la entre-

(35) El nacimiento de la cosa futura es una circunstancia que no afecta a la perfección del contrato sino a su cumplimiento, permitiendo que se produzca el efecto transmissivo, que hasta ese momento es una mera obligación. Esto significa que si la cosa no llega a nacer, el contrato no es nulo por falta de objeto sino que estamos ante un supuesto de incumplimiento contractual y se podrá instar la resolución («...en su caso, podrá ser resuelto, si aquella circunstancia se produjo por causa no imputable al vendedor o si, siendo imputable al mismo, el comprador opta por desligarse del contrato, exigiendo, además, el resarcimiento del interés contractual negativo...» (RUBIO GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 367).

(36) Para RUBIO GARRIDO es claro que en España, «...el contrato de compraventa es un contrato consensual, luego no precisa de la producción del efecto transmissivo para su perfección...», sin que ante esta circunstancia se pueda entender que no estamos ante un verdadero contrato de compraventa (págs. 136-137). Si aplicamos tal conclusión al caso de la compraventa de cosa futura: «Decir que la inexistencia actual del bien vendido equivale a la falta de objeto del contrato no es de recibo (...). Aplicar a la venta de cosa futura la noción de contrato preliminar que produce efectos preparatorios (...) es erróneo, puesto que en ella el vendedor tiene una obligación, desde el momento en que concurren los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, que no se limita a constreñirlo a no perturbar el proceso de nacimiento de la cosa futura, sino que le prescribe la realización de todas las actividades que la buena fe objetiva señale como necesarias para la obtención del mismo» (*ob. cit.*, pág. 139): Por tanto, existe un contrato válido de compraventa en el que concurren todos los requisitos estructurales y el contrato no produce la transmisión del dominio, aunque sí deriva del mismo la obligación de transmitirlo en un futuro, lo cual, en el caso de un bien futuro, se producirá cuando éste venga a existencia.

ga material. Fundamentalmente la discusión doctrinal se ha planteado cuando el contrato se documenta en escritura pública. Como es sabido, una forma de entrega reconocida expresamente en nuestro Código Civil es la denominada tradición instrumental (art. 1.462 del Código Civil) en virtud de la cual se entiende que el otorgamiento de escritura pública equivale a entrega, salvo que de ella se derive lo contrario (art. 1.462.2 del Código Civil) (37). La pregunta que se plantea es si la escritura en la que se formaliza el contrato con objeto futuro tiene eficacia transmisiva.

La doctrina no es unánime en la respuesta:

Para un sector doctrinal resulta indudable que no es posible otorgar valor transmisivo a la escritura si el objeto es futuro. Los argumentos que esgrimen los diversos autores son varios: los derechos reales no pueden, por su propia naturaleza, recaer sobre un objeto que no tenga entidad física actual (38), y por tanto tampoco se puede producir su transmisión, porque además no sería posible realizar la entrega. Para algunos autores, partiendo de la necesidad de que el transmitente sea poseedor del bien para poder entregarlo, la conclusión es clara, la entrega requiere que el objeto que se va a entregar exista, y por tanto no sería posible la entrega de un bien futuro (39), para que la entrega se produzca es necesario que el transmitente sea poseedor o al menos que sea posible la transmisión de la posesión mediata (40).

(37) Tal como pone de relieve NAVARRO CASTRO, «...Con el otorgamiento de escritura pública (...) se produce la equivalencia con la entrega (...) aunque las partes guarden silencio al respecto. Es más, deben declarar en la escritura su voluntad contraria a esa equivalencia para que ésta no se produzca...» (*La tradición instrumental*, Barcelona, 1996, pág. 143).

(38) Con carácter general se discute en la doctrina la posibilidad de derechos reales que recaigan sobre un objeto futuro y en especial esta discusión, que en el fondo es la misma que planteamos sobre la transmisión del dominio de bienes futuros, se ha planteado con relación a la posibilidad de constituir servidumbres sobre edificios futuros (como vemos, el problema, desde sus diversos puntos de vista, se relaciona con el ámbito de la construcción): vid. BONET CORREA, «La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *RDN*, 1962, págs. 248-282; MACHADO CARPENTER, «Servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Tomo I, Madrid, 1962, págs. 402-429; BATISTA MONTERO-RÍOS, «Las servidumbres a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir», en *RDP*, 1962, págs. 189-200, y PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Napoli, 1966.

(39) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO considera que no puede transmitirse la propiedad por tradición instrumental de una cosa que no existe, no es posible aplicar el 1.462.2 a la compraventa de cosa futura, ya que, en opinión de la autora, quien no posee porque la cosa no existe, no puede transmitir la propiedad porque no puede transmitir la posesión (*Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Madrid, 2000, págs. 385-391).

(40) Bajo la polémica en relación a la posibilidad de entrega de un bien futuro, subyace un problema más amplio que ha sido objeto de tratamiento doctrinal: se trata de

En cualquier caso, defienden otros, es imposible la entrega de algo que no existe como es un bien futuro, ni siquiera mediante la tradición instrumental, ya que la mención del carácter futuro del objeto en la propia escritura supone reconocer la imposibilidad de que se produzca la transmisión, operando así la previsión del artículo 1.462.2 del Código Civil, en virtud de la cual el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega «...si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» (41).

la posibilidad de que se lleve a cabo la entrega por un no poseedor. Como punto de partida, la doctrina coincide en señalar, al menos como regla general, la necesidad de que el transmitente sea poseedor para que pueda producirse la tradición (vid. la exposición sobre este tema en NAVARRO CASTRO, págs. 63-64, 100-105, 162 y sigs., y 196). Pero también es cierto que se admiten excepciones a este principio; así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO diferencia entre los supuestos que podíamos llamar de «verdadera tradición» o traspaso material de la posesión, entendido como creación de un signo externo de entrega del dominio, y «acuerdos traslativos», que serían aquellos casos en los que la transmisión se produce sin traspaso de la posesión: el artículo 1.463 del Código Civil, la escritura pública, *constitutum possessorium* y *traditio brevi manu* (DIEZ-PICAZO, «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *ADC*, 1966, págs. 562-563). La posición de DIEZ-PICAZO es acogida por ROGEL VIDE (*La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 306) que pone de relieve que en estos casos donde la entrega de la cosa no es relevante con vistas a la transmisión de la propiedad, se produce un acercamiento entre los sistemas español y franco-italiano. Pero sin embargo, la postura de DIEZ-PICAZO es criticada por ALBALADEJO (*Derecho Civil*, Tomo III, vol. 1, Barcelona, 1994). Incluso en los casos en los que pueden plantearse dudas o se puede admitir la posibilidad de que la *traditio* la realice un transmitente no poseedor, se piensa en supuestos en que el transmitente se ha visto privado de la posesión o el bien está en poder de un tercero, es decir, supuestos en que el transmitente se encuentra en una situación de falta de posesión pero es posible la posesión física del bien, lo cual no ocurre en el caso de los bienes futuros. LACRUZ («Inscripción y tradición», en *RCDI*, 1957, pág. 13) considera que el artículo 1.462 tiene igualmente aplicación cuando el *tradens* no es poseedor (ni siquiera mediato), lo cual supone una vuelta, quizá inconsciente, a nuestro Derecho medieval, de manera que la fuerza transmisiva que antes estaba en el desplazamiento de la posesión (más o menos ficticio) se ha colocado en el documento (con el nombre de *traditio* pero más próximo a la *mancipatio*), postura que ROCA SASTRE considera una solución *de lege ferenda*, pero no propia de la legalidad vigente (*Derecho Hipotecario*, 1979, Tomo I, págs. 246 y sigs.).

(41) En esta posición, vid. NAVARRO CASTRO (*ob. cit.*, págs. 290-294) para el cual hemos de entender que en el caso de un contrato sobre cosa futura, de la propia naturaleza del bien se deduce de la escritura que ésta no equivale a la entrega (art. 1.462 *in fine* del Código Civil), ya que no hay nada que entregar [exactamente el autor dice que «...no se puede hablar en los casos de venta de piso futuro (y la misma consideración se puede hacer respecto de cualquier otra enajenación de cosa futura) de la existencia de una equivalencia entre escritura y entrega, porque (...) equivaldría a una entrega ¿de que?; no es que no sea posible la entrega porque el vendedor (o transmitente) no sea poseedor, sino, sobre todo, porque la cosa ni siquiera existe]. En sentido similar también ROVIRA JAÉN («La compraventa de cosa futura», en *Estudios de Derecho Privado*, bajo la dirección de A. Martínez-Radio, vol. 2, Madrid, 1965, págs. 135-136); MONET Y ANTÓN, para el cual en los negocios que tienen por objeto una cosa actualmente inexistente se producen los efectos obligacionales, pero no los efectos reales, que requieren la existencia de la cosa; cuando se trata de cosas futuras no cabe la tradición, ni aún la instrumental, para la

Una segunda posición estaría representada por aquellos que sostienen, igualmente, la imposibilidad de que existan derechos reales sobre un objeto futuro, ni tales derechos se pueden transmitir con carácter actual, ya que la entrega es imposible, pero sin embargo defienden que una vez que el objeto futuro exista no será necesario ningún nuevo acto de entrega y será suficiente para la transmisión de la propiedad la escritura inicial.

Para este sector doctrinal, la escritura puede tener una eficacia transmisiva diferida, lo cual estaría permitido, a su juicio, por el propio artículo 1.462.2 *in fine* del Código Civil («...si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario») de donde no se deduce que quepan sólo dos posibilidades, que la tradición se produzca en el momento de formalizar la escritura o que ya no se produzca, sino que es posible que las partes pacten un aplazamiento del momento transmisivo para un momento posterior (42), que sería el de venida a existencia del objeto, representado por la finalización de la obra.

Los autores que se pronuncian a favor de la primera opción mencionada argumentan en contra de la posibilidad de eficacia diferida de la escritura que no es posible que las partes sometan la transmisión a un término y que además tal circunstancia daría lugar a una situación de inseguridad jurídica, ya que la venida a existencia del objeto se deberá fijar en el momento de terminación de la obra y este momento podría resultar discutible (¿sería necesaria la cédula de habitabilidad?, ¿es suficiente con el certificado de final

adquisición del dominio (*Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Valencia, 1967, págs. 10 y 17-19).

(42) En este sentido, MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, pág. 356, y del mismo modo se pronuncian LUCAS FERNÁNDEZ (*Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en el se construyan*. Separata de *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXI, núm. 2, 1962-63, pág. 80, y «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, 1967, pág. 303) para el cual no hay inconveniente en que se pacte en la escritura de permuta, «...que se entenderá entregada la cosa permutada, y transferida en consecuencia su propiedad, por la mera constancia de la terminación de la obra en el oportuno documento, bastando al efecto la certificación de obras del arquitecto. Nos basamos en la aplicación analógica del artículo 1.462 del Código Civil, aplicable a la permuta...», y ROGEL VIDE (*ob. cit.*, págs. 305-306), según el cual, una vez que el piso esté terminado no es necesario verificar la tradición sino que entrará en juego la tradición instrumental hasta entonces ineficaz, ya que «...entonces la cosa futura sino presente, siendo la posesión del vendedor, por lo que parecen haberse sanado los obstáculos que impedían, en la fase precedente la aplicación del 1.462.2...», y comparte la posición de estos autores, SERRANO CHAMORRO (*Cambio de solar por edificación futura*, Pamplona, 1999, págs. 331-333). Expresamente en contra de la posibilidad de eficacia transmisiva diferida se pronuncian NAVARRO CASTRO y ZURITA MARTÍN, según la cual: «Las partes no gozan de la facultad de establecer un término —la certificación de obra del arquitecto o la conclusión de la obra— a partir del cual se entenderá entregada la cosa, sino que será preciso llevar a cabo cualquier otro acto concluyente para que se considere transmitida la propiedad...» (*ob. cit.*, pág. 47).

de obra?...). Se trata, desde luego, de un obstáculo que es necesario solucionar, pero no es un problema que podamos encontrar exclusivamente en esta situación, ocurre lo mismo, por ejemplo, en el contrato de obra a la hora de fijar el momento de terminación de la obra sin que por ello se pueda decir que existe una situación de inseguridad jurídica; en este último caso, ante el vacío normativo, la jurisprudencia (43) es la que ofrece un criterio para solucionarlo, entendiendo como obra terminada aquélla que está en condiciones de ocuparse de inmediato sin necesidad de trabajo complementario alguno (44). En cualquier caso, es cierto que será necesario determinar el momento a partir del cual se entiende finalizada la obra, a efectos de lo cual no parece que se deban presentar graves dificultades en la práctica, ya que la construcción es una actividad sometida a muy distintos requisitos técnicos y documentales (existencia de planos, visados de colegios profesionales, etc.) y bajo la supervisión continua y legalmente impuesta de expertos en la materia (arquitectos, aparejadores, ingenieros) (45), por lo cual la determinación del momento en que se deba entender finalizada la obra debe depender del dictamen técnico, y en este sentido parecen bastante razonables las opiniones que defienden como dato determinante la existencia de un certificado de final de obra firmado por el profesional técnico a cargo de la obra, el arquitecto. Pero en definitiva, la existencia de un inconveniente de esta naturaleza no puede ser motivo suficiente para negar la posibilidad de eficacia transmisiva diferida de la escritura pública.

Finalmente, hay autores que defienden la posibilidad de adquisición actual de un derecho real sobre el inmueble futuro, cumpliéndose el requisito de la entrega con la escritura pública. Según los defensores de esta posición,

(43) Vid. la jurisprudencia citada en relación a la entrega y recepción de la obra, en DEL ARCO y PONS GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*, Granada, 2000, págs. 365 y sigs., y GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1995, págs. 301 y sigs.

(44) GARCÍA CONESA, *ob. cit.*, págs. 301-302. Con relación al arrendamiento de obra, este autor entiende que la obra está finalizada en el momento «en el que se puede afirmar que se ha dado cumplimiento a todos los requisitos físicos y técnicos exigidos y recogidos en los planos y proyectos, de modo y manera que hagan la obra ya útil y servible para el fin...»

(45) Con relación a las competencias de los diversos profesionales que intervienen en el proceso de edificación existe una amplia bibliografía. A título de ejemplo se puede ver: ESCUDERO ESPINOSA, «Criterios jurisprudenciales para la determinación de las competencias y obligaciones de los profesionales de la edificación», en *RDP*, mayo, 1995, págs. 425-432; DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, *ob. cit.*, en especial págs. 157-300; BLANCO SOLER, «Contratos sobre construcción de edificios», en *RCDI*, 1943, págs. 656 y sigs., y con relación al concepto de promotor, CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos», en *ADC*, 1982, págs. 878 y sigs., y sobre todo, la determinación del concepto y competencias de cada uno de los profesionales que intervienen en la edificación que hace la LOE (cap. III).

una vez celebrado un contrato transmisivo en escritura pública se debe entender cumplido el requisito de la entrega, incluso si se trata de un objeto futuro, por lo que se transmitirá en ese momento el derecho real sobre tal bien (46). Para estos autores debemos tener en cuenta únicamente dos datos relevantes a efectos de entender que ha operado la equivalencia entre escritura y entrega: la voluntad inequívoca de los contratantes de transmitir y la determinación del objeto, cumplidos estos dos requisitos: «el hecho de que el objeto de la compraventa sea o no materialmente poseíble en el momento de la escritura debe permanecer al margen de la interpretación del artículo 1.462 del Código Civil...» y, en definitiva, «...lo relevante a efectos de entender vigente la presunción del artículo 1.462.II del Código Civil no es que la escritura pública sea o no compatible con la puesta a disposición material de la cosa, sino que a través de aquélla, el titular del bien transmita las facultades dominicales sobre ella, sacándola de su patrimonio. Ello es posible incluso antes de que la cosa llegue a existir o de que la entrega material se lleve a cabo» (47).

Tanto la tesis que defiende la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios con objeto futuro antes de que éste venga a existencia, como aquélla que niega tal posibilidad, tienen reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no se muestra unánime en todas sus resoluciones, permitiendo en ocasiones que prospere la tercería de dominio interpuesta por el comprador o el «permutante» de los inmuebles en construcción y denegándola en otras ocasiones por estimar que no se ha producido en estos casos, en los que la construcción no ha finalizado, la *traditio* o entrega (48).

(46) En esta posición debemos mencionar a CARRASCO PERERA («Comentarios a la STS de 19 de marzo de 1994 y a la RDGRN de 16 de mayo de 1996», *ob. cit.*), y GONZÁLEZ CARRASCO («Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1997», en *CCJC*, núm. 46, enero-marzo 1998). Para CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ («Derecho de la construcción», *ob. cit.*, 3.^a edic., pág. 207) se adquiere la titularidad sobre los inmuebles determinados antes de que se proceda a su construcción y entrega efectiva, y para DE LA CÁMARA, este contrato es susceptible de producir efectos reales si se formaliza en escritura pública; «...la única posibilidad de salvar de alguna manera los intereses del comprador estriba en descartar la idea de que la venta de un piso en construcción es (...) susceptible de tan sólo producir efectos obligacionales (...) se trata de la venta de un objeto en formación, que permite superar *ab initio* el estadio meramente obligacional. Basta incluso que el piso esté definido, aunque la construcción en sentido material, no haya aun empezado...» (*Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, págs. 308-310).

(47) GONZÁLEZ CARRASCO (*ob. cit.*, pág. 276).

(48) En sentido negativo se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1997 (RA 8123), y las Resoluciones de la DGRN de 24 y 25 de junio de 1991 (RA 4659 y 4660), relativas a supuestos de compraventa de piso en construcción, y la sentencia de 18 de mayo de 1994 (en este caso se trata de una acción declarativa de dominio y no de una tercería), así como la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996, referentes a supuestos de cesión de solar a cambio de obra. A favor las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (RA 6725), 9 de marzo de 1994 y 22 de julio de 1993 (6276), relativas a compraventa de piso en construcción, y la de 15 de

A través del reconocimiento de la eficacia transmisiva actual de la escritura en la que se formaliza el negocio transmisivo sobre un bien futuro, lo que se pretende fundamentalmente es proteger al adquirente frente a los embargos de terceros por créditos posteriores al contrato formalizado en escritura pública y legitimar al adquirente de cosa futura a efectos de ejercitar la tercería de dominio, por lo que en realidad podríamos hablar si no de una verdadera titularidad real, sí consideramos que es imposible que ésta recaiga sobre un bien inexistente, de una especie de titularidad formal o incluso de ficción mediante la cual se adelantan los efectos del derecho del adquirente frente a terceros con el fin de lograr su protección. Lo cierto es que el reconocimiento de la eficacia real del derecho del adquirente de cosa futura desde el otorgamiento de la escritura pública es el único mecanismo que realmente permite obtener la protección de sus derechos frente a terceros. Tal como han señalado algunos autores, la solución de admitir tan sólo la eficacia transmisiva diferida de la escritura no es suficiente ya que, entre otras cosas, no produce efectos retroactivos a efectos de la tercería de dominio (49).

Una vez admitido un modo abstracto de transmisión como es la tradición instrumental, tan extraño puede resultar entregar sin que se produzca ningún traspaso material (50) como admitir la entrega actual con eficacia futura e incluso la eficacia de la transmisión frente a terceros antes de que exista físicamente el objeto. La negativa a reconocer la eficacia de la escritura como tradición en estos casos de objeto futuro en el fondo implica optar por un concepto de la *traditio*, incluso de la instrumental, como entrega material (51).

junio de 1992 (5134), de cesión de solar a cambio de obra (CARRASCO hace un resumen de la doctrina contradictoria del TS, relativa a tercerías de dominio de adquirentes de pisos en construcción, en el comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1994, en *CCJC*, 1994, *ob. cit.*

(49) CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, «Derecho de la construcción», *ob. cit.*, 3.^a edic., pág. 207.

(50) No parece, sin embargo, admisible considerar que en los casos de *traditio ficta* se condiciona la *traditio* al cumplimiento de la entrega material, porque de esta forma, tal como pone de relieve BERCOVITZ ALVAREZ («Tradición instrumental y posesión», en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 3, Pamplona, 1999, pág. 118) se desvirtuaría totalmente la ficción.

(51) Para BERCOVITZ ALVAREZ la negativa a aceptar la eficacia transmisiva de la escritura inicial en los negocios con objeto futuro parte de un concepto de la *traditio* demasiado apegado al concepto de entrega física o material. A juicio de este autor es importante distinguir los distintos significados de la «entrega»; distinguir la obligación de dar de la obligación de hacer (entrega material) y del cumplimiento definitivo y, por tanto, debemos entender la tradición, hoy en día, como un acto debido (causal) de transmisión de la propiedad, desligado de la idea de cumplimiento global y fundamentalmente desligado de la idea de tradición como algo siempre material (*ob. cit.*, págs. 167 y 177). Esta misma doctrina se extrae de la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996, que entiende que el pacto en virtud del cual las partes en el contrato establecen que será necesaria un acta notarial de entrega, una vez que los inmuebles existan, se refiere al

Reconocida la posibilidad de contratos con objeto futuro (que a la postre supone contratar sobre algo que no existe) y la posibilidad de entrega abstracta, la negativa a admitir la eficacia transmisiva de la escritura contractual en estos casos plantea tantos o más problemas lógicos que los que se tratan de evitar: sólo por poner un ejemplo, no parece demasiado razonable que se hagan dos escrituras con el mismo contenido y entre los mismos contratantes para adquirir un mismo inmueble. Es cierto que los autores que defienden la necesidad de entrega del bien, una vez que éste existe, para que se adquiera el dominio argumentan que tal entrega se podrá hacer por cualquier mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico y no necesariamente mediante escritura (una segunda escritura). Pero en la práctica no ocurrirá así, porque lo normal será que el adquirente quiera inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad y como sabemos al Registro sólo tienen acceso, salvo contadas excepciones, los documentos públicos (art. 3 de la Ley Hipotecaria), y si entendemos que la primera escritura contractual no equivale a entrega necesitaremos una segunda para que la titularidad del adquirente acceda al Registro, ya que a éste sólo acceden los títulos complementados con la tradición.

La diversidad de opiniones expuesta es trasladable a la cesión de obra: junto a opiniones que enlazan con la última de las teorías antes expuestas, en otras ocasiones se acude a explicaciones que pretenden ser, quizá, plenamente respetuosas con los principios clásicos en la materia.

3. LOS NEGOCIOS DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA

Los problemas de la adquisición del dominio se plantean con la vista puesta en los conflictos con terceros; realmente la importancia de la cuestión se refleja en las consecuencias que derivan de ello. De la respuesta que demos a la pregunta de cuándo se produce la adquisición del dominio de los inmuebles por el cedente del solar depende (52) tanto el momento a partir del cual el cedente podrá ejercitar con éxito la acción reivindicatoria frente a quien posea o pretenda ser dueño del inmueble de que se trate, como la situación del cedente frente a los embargos de que puedan ser objeto los inmuebles por deudas del constructor.

cumplimiento de la obligación y no al modo transmisivo, y en sentido parecido la Resolución de la DGRN, de 5 de enero de 1999, reconoce la posibilidad de inscripción de determinados inmuebles a nombre de los adquirentes-cedentes del solar, estimando que el modo transmisivo no está representado por el acta notarial en el que se refleja la entrega de llaves (que al no ser una escritura no tendría acceso al Registro de la Propiedad), sino por la inicial escritura de *permuta*.

(52) Vid. en este sentido, LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 31.

Doctrina y jurisprudencia han buscado diversas vías para explicar la forma de adquisición por el cedente. Las distintas opiniones doctrinales se agrupan en torno a dos opciones:

En primer lugar, considerar que la transmisión sólo se puede producir cuando los inmuebles existan físicamente, de manera que hasta que finalice la obra, el cedente del terreno sólo tiene un derecho de crédito frente al constructor de carácter puramente personal (53). Los argumentos que se esgrimen en defensa de esta posición reproducen los de los negocios con objeto futuro, básicamente la imposibilidad de que recaiga un derecho real sobre un objeto futuro y la imposibilidad de entrega de algo inexistente. De este modo el constructor se convierte en propietario de la totalidad del inmueble construido y conserva la propiedad, incluso de los inmuebles que por virtud del contrato corresponden al cedente, hasta que se produzca la entrega de los mismos al cedente, a efectos de lo cual, según deriva de la tesis expuesta, no será suficiente la escritura en la que se haya documentado el contrato de cesión de solar a cambio de obra, sino que hará falta una nueva escritura.

Las consecuencias que derivan de este planteamiento se reflejan en la solución de los conflictos que se pueden plantear con relación al solar y a los inmuebles (54): Esto significa que el cedente sólo puede transmitir el derecho de crédito que tiende a exigir la entrega de los pisos o locales que le corresponden, pero no la propiedad, tal como refleja la STS de 12 de noviembre de 1992 (RA 9582), que califica el contrato por el que el cedente del solar transmite a un tercero su derecho sobre un local del futuro edificio como una cesión de crédito (55) y lo mismo deriva de la sentencia de 30 de octubre de 1989, que se refiere a una compraventa de piso en construcción y, aunque sobre un supuesto de hecho más complicado, en esencia viene a reflejar un caso similar, una cesión de crédito (56).

(53) Así, GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999, págs. 462 y sigs.; ZURITA, *ob. cit.*, pág. 42, y en las conclusiones, pág. 69, y NAVARRO CASTRO, *ob. cit.*, págs. 290-294.

(54) Las consecuencias de esta tesis son enumeradas por LÓPEZ FRÍAS (*ob. cit.*, págs. 42-44).

(55) M. V. B. y A. R. A. celebran un contrato en documento privado mediante el cual el primero cede al segundo la propiedad de un solar a cambio de la primera planta del edificio que el segundo se obliga a construir. M. V. B. cede a M. C. M. sus derechos sobre la planta baja del edificio en construcción y posteriormente éste vende el 30 por 100 de esta planta a G. M. T. y el 70 por 100 a la entidad C. M. Por último, la entidad C. M. adquiere el 30 por 100 que le correspondía a G. M. T. Tanto esta sentencia como ORTI VALLEJO, en su comentario a la misma (*CCJC*, 1992, págs. 1043-1052) entienden que en este supuesto se ha producido una sucesión de cesiones de crédito (tanto la sentencia como el comentario son también citadas en el mismo sentido por LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 43).

(56) Comentario a esta sentencia de ROGEL VIDE en *CCJC*, 1989.

Del mismo modo, si el constructor dispone de los inmuebles que según el contrato corresponden al cedente, el tercero adquiere el dominio si se produce la entrega y el cedente no podrá oponerle su derecho; en este supuesto, el constructor ha dispuesto de lo que era suyo y frente al cedente habrá incurrido en un claro incumplimiento contractual, del que tendrá que responder conforme a las reglas generales de incumplimiento contractual y a los términos del contrato.

En cuanto al solar, el constructor podrá disponer libremente de él, y en caso de enajenación, el cedente no podrá exigir al adquirente del terreno que edifique y le entregue la contraprestación (en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 1992, RA 2162) (57).

El punto más discutible es el relativo a los posibles embargos de terceros sobre los inmuebles por deudas del constructor. Si partimos de reconocer al cedente sólo un derecho de crédito, sin admitir ninguna de las posibilidades que posteriormente veremos (eficacia como *traditio* de la escritura inicial, adquisición de una cuota del solar...) no tiene ningún modo de oponerse al embargo, doctrina que se ve reflejada en diversas sentencias del Tribunal Supremo que desestiman la tercería interpuesta por el cedente del solar o adquirente de piso en construcción por entender que la entrega no puede realizarse hasta que no esté terminada la construcción y entre tanto el contrato produce sus efectos propios *inter partes*, pero no existe transmisión dominical en favor del comprador: en este sentido, las sentencias de 25 de octubre de 1988 (RA 7639), 26 de noviembre de 1991 (RA 8490), 15 de junio de 1992 (RA 5134) (58), 9 de marzo de 1994 (RA

(57) Mediante contrato de fecha x el señor P. transmite el solar de su propiedad a los señores A. V. y G. R., pactándose como contraprestación la transmisión a los cedentes de cierto número de viviendas y garajes en el edificio a construir sobre el terreno. Posteriormente el señor G. A. adquiere el terreno, edifica y vende la totalidad de los inmuebles que componen la nueva construcción, incluidos los que en virtud del contrato correspondían al señor P., que demanda a los señores A. V., G. R. y G. A., reclamándoles las viviendas. Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo condenan a indemnizar a los señores A. V. y G. R. por incumplimiento contractual, pero consideran que no se puede hacer deudor al señor G. A. del precio de un contrato en el que no fue parte, ya que «...no puede admitirse (...) que (...) incumplida por los compradores parcialmente su obligación de pagar el precio del solar transmitido, sucesivos propietarios de éste o de los pisos y garajes que, según el contrato, deberían ser entregados al vendedor como parte del precio, se vean obligados a cumplir tal contraprestación, pues ello violaría los límites personales del contrato sancionados en el artículo 1.257»; el único modo de responsabilizar a este demandado (en el caso concreto, su causahabiente) es que se hubiera producido una asunción de la deuda, lo cual no sucede en este caso. Tampoco supone ningún cambio en esta situación el hecho, alegado por el demandante, de que entre los señores A. V., G. R. y G. A. existiera en el momento de celebración del contrato un pacto para realizar la construcción (sociedad irregular).

(58) Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 6 de julio de 1979, el Ayuntamiento de H. vende un solar de su propiedad a «C. E. Q., S. A.», con destino a

2205) (59), 18 de septiembre de 1996 (RA 6725) (60) y 9 de octubre de 1997 (7065) (61).

La segunda opción es admitir la posibilidad de que se produzca la adquisición de un derecho real sobre los inmuebles (o al menos un derecho oponible a terceros) antes de que éstos existan físicamente.

centro hospitalario y casa de socorro. En la misma escritura «C. E. Q., S. A.» se obliga a vender al Ayuntamiento la casa de socorro que la citada entidad construiría en el solar, por un precio igual al precio de venta del solar (sólo hay dos mil pesetas de diferencia y el Ayuntamiento declara haberlas recibido). El pago del solar queda garantizado por cinco avales. La entidad adquirente inscribe a su nombre el solar y posteriormente, en mayo de 1980, procede a la declaración de obra nueva y la inscripción de ésta en el Registro, en el que se hacen constar dos fincas a nombre de «C. E. Q., S. A.» (el centro hospitalario y la casa de socorro situada en la primera planta del edificio). El embargo que da lugar al litigio se traba sobre ambas fincas por deudas de «C. E. Q., S. A.» y el Ayuntamiento interpone tercería de dominio. En realidad, al margen del *nomen* que las partes han utilizado, estamos en presencia de un contrato de cesión de solar a cambio de obra futura (tal como el Ayuntamiento alega en el recurso, los contratos son lo que son y no lo que las partes digan). Pero en este caso el Tribunal no estima la tercería por entender que no se ha producido la necesaria *traditio* o entrega en favor del adquirente.

(59) En esta sentencia, a la que posteriormente nos referiremos, el adquirente del piso en construcción interpone tercería de dominio frente al embargo trabado sobre el inmueble por la Hacienda Pública por deudas de la promotora vendedora (vid. el comentario de CARRASCO PERERA a esta sentencia en *CCJC*, 1994, págs. 687-701).

(60) D. C. I. G. y otros interponen tercería de dominio contra «F. R., S. A.» alegando ser propietarios de los inmuebles sobre los que la citada entidad ha trabado embargo en virtud de los contratos de compraventa suscritos en documento privado, posteriormente visado por la Consejería de Urbanismo y Obras Públicas, entre los demandantes y el promotor-deudor ejecutado. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no se ha producido la adquisición de la propiedad por los demandantes, ya que ni los actos posesorios realizados antes de la terminación de los pisos ni el pago del precio suponen *traditio* y tampoco influye en la transmisión el visado del organismo público.

(61) En este caso también entiende el Tribunal Supremo que no puede prosperar la tercería de dominio porque no se ha producido la transmisión del dominio a favor del cedente del solar, circunstancia que no podrá producirse hasta que se realice la edificación, ya que es «...requisito necesario para adquirir el dominio mediante la *traditio*, concurriendo el título, la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edificación». El supuesto en este caso es bastante sencillo: el señor N. V. y la mercantil «A. del V., S. L.» venden a «I., S. A.» un terreno de su propiedad, se fija el precio y se pacta que la adquirente lo hará efectivo mediante la entrega de mil metros de local comercial a construir sobre el solar, posteriormente los vendedores demandan la resolución del contrato basándose en el incumplimiento de la adquirente, pero antes de que la demanda se resuelva se traba embargo sobre la finca por deudas de la entidad «I., S. A.», lo cual da origen al pleito que termina con la desestimación de la tercería por el Tribunal Supremo. De todas formas, el problema de la tercería de dominio y la legitimación del adquirente de piso futuro para interponerla es un tema complejo que será objeto de tratamiento posteriormente.

3.1. *Adquisición según la teoría del título y el modo*

La primera posibilidad consiste en buscar una explicación que permita entender cumplido el requisito de la entrega antes de que el bien exista físicamente.

En algunas ocasiones el TS, como también la DGRN, alegan que si el contrato de cesión se documenta en escritura pública, opera la equivalencia establecida en el artículo 1.462.2 del Código Civil, se cumple el requisito de la *traditio* y el cedente es propietario de los pisos que le corresponden, aunque todavía no tengan existencia física (62); para ello han de cumplirse, fundamentalmente, dos presupuestos: la voluntad inequívoca de las partes de transmitir y la determinación del objeto (63), exigencia que se cumple con el otorgamiento de la escritura de división horizontal.

(62) En contra de esta posibilidad, defendiendo que los problemas que se pretenden resolver de este modo tienen solución si se acude a otros modos de articular el contrato, en concreto los derechos de sobre y subedificación, ALONSO PÉREZ («Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *RCDI*, núm. 665, pág. 1026).

(63) Vid. en este sentido, CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ CARRASCO («Derecho de la construcción», *ob. cit.*); ALONSO CASADO, «Permuta (solar por piso futuro)», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto 1992, pág. 1758, y BONET CORREA, «La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *RDN*, julio-diciembre 1961, págs. 270 y 275. A propósito de este punto debemos plantear dos cuestiones, si la determinación del objeto exige la existencia de título constitutivo de la propiedad horizontal y si es necesario que la obra esté al menos comenzada. En el caso de inmuebles en construcción, el requisito de la determinación del objeto se cumple indudablemente con la existencia de una escritura de división horizontal o título constitutivo de la propiedad horizontal, en el que se contienen las diversas características del edificio y las fincas que comprende (conforme a lo establecido en el art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) pero no parece que sea requisito imprescindible que conste la inscripción, en principio debe bastar con que el objeto quede suficiente determinado, de cualquier modo. Con todo, en las resoluciones judiciales que se admite la adquisición por el cedente antes de que los inmuebles existan físicamente, existía escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal y se habían concretado los inmuebles que correspondían al cedente del solar y también había comenzado la construcción. Con relación a este último punto, hay que tener en cuenta que algunos autores admiten la posibilidad de reconocer al cedente la propiedad pero sobre la base de entender que el objeto «existe»; partiendo del principio de que no cabe concebir un derecho real que recaiga sobre bienes indeterminados o totalmente futuros, la existencia es un requisito necesario, pero esta circunstancia hemos de entenderla bien como existencia física, entendida como construcción al menos comenzada, o bien como existencia «jurídica», que se traduce en la determinación que tiene lugar con el otorgamiento de la escritura de división horizontal (vid. LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 49, y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «¿Existen propiedades horizontales atípicas?», en *ADC*, 1978, pág. 21, nota 27; estos autores entienden que la existencia del objeto no tiene que ir necesariamente referida a un sustrato material, y en este mismo sentido para DE LA CÁMARA ALVAREZ desde que existe el título constitutivo de la propiedad horizontal no puede decirse que el piso en proyecto sea una

Esta es la doctrina que se desprende de la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996 (RA 3950): la recurrente y la sociedad promotora «A., S. A.» celebran un contrato que denominan de permuta, documentado en escritura pública, en virtud del cual la primera transmite a la segunda el solar de su propiedad a cambio de cinco fincas en el edificio que la promotora se compromete a construir en el terreno cedido. La entidad promotora se obliga a entregar a la cedente «las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de 18 meses a contar desde hoy» (64), verificándose tal entrega mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación. Presentada la escritura de permuta con el objeto de que se inscriban a favor de la recurrente las cinco fincas que le corresponden, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega. La cuestión que se plantea consiste en decidir si en el negocio realizado puede estimarse que a favor de la recurrente ha operado, desde el momento del otorgamiento de la escritura en la que se documenta el contrato y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto a los pisos o locales que ella adquiriría y la DGRN entiende que sí se produce el efecto transmisivo en virtud de la escritura en la que se documenta el negocio de cesión de solar por obra, sin que sea un obstáculo para ello el carácter futuro del objeto (65).

cosa totalmente futura, se trata de «...un objeto que está físicamente en formación y sobre el cual pueden recaer derechos dominicales...» («Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, 1969, pág. 179, en colaboración con GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT). En la misma línea, podemos considerar precursor de estas teorías a SAVATIER, que para salvar la falta física de objeto para la constitución del régimen de propiedad horizontal, entiende que el objeto es el volumen, el espacio tridimensional en sí mismo, determinado por planos verticales y horizontales que delimitan metros cúbicos susceptibles de venta como cuerpos ciertos, a los cuales se les aplicará el efecto traslativo del contrato («La propiedad del espacio», en *RDU*, núm. 1, Madrid, 1967, citado por ZURILLA CARIÑANA, *La garantía real y la propiedad horizontal*, Madrid, 1995, pág. 24, vid. el resumen que la autora hace de las distintas teorías que explican la «existencia» del objeto en la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre edificio futuro). Según la teoría expuesta, debemos entender que, en defecto de existencia material o jurídica, y sin perjuicio del reflejo registral de su derecho, el cedente no será considerado propietario de los pisos, ni siquiera aunque éstos estén suficientemente descritos y determinados en el contrato y se hubiera documentado en escritura pública.

(64) Tal como consta en el primer fundamento de la Resolución.

(65) La negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir la titularidad del cedente del solar supone negar el efecto transmisivo de la escritura en la que se documenta el negocio de cesión de solar a cambio de obra, pero en este caso concreto esta postura puede entenderse mejor si tenemos en cuenta dos circunstancias (en este sentido se pronuncia CARRASCO, «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996», en *CCJC*, núm. 43, 1997, pág. 70); la mención de la necesidad de un acta notarial y el complicado iter contractual que siguieron los contratantes: primero se presenta la escritura y se inscribe el solar a nombre del constructor, luego éste inscribe la obra nueva y división

Los argumentos contrarios a esta tesis son los que ya hemos venido mencionando al referirnos a los negocios sobre cosa futura y en especial la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la equivalencia de escritura y entrega exige la posesión efectiva en concepto de dueño por parte del tradens (66) (sentencias de 1 de enero de 1992, 3 de septiembre de 1993, 31 de mayo de 1996: 3866). Frente a este argumento, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende, en la Resolución de 16 de mayo de 1996, que *«la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega...»*. El requisito fundamental para que se produzca la tradición es la voluntad de transmitir, y la Resolución entiende que en este caso es clara la intención de las partes de transmitir (de ningún otro modo se podría entender la expresión utilizada en el contrato, según la cual la entidad promotora se obligaba a entregar a la recurrente «las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta») (67). El problema específico

horizontal y se inscriben todos los pisos futuros a su nombre y, posteriormente, el cedente presenta la misma escritura original para inscribir los pisos a su nombre, cuando lo lógico es que la primera inscripción se hubiera hecho a su nombre. Sin embargo, aunque se haya utilizado una fórmula complicada, la DGRN al plantearse la posibilidad de si inscritos a favor del constructor todos los pisos puede practicarse una segunda inscripción de cinco de ellos a favor del cedente, entiende que la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir al inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico-reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado. Lo cierto es que en este punto la cuestión no parece tan sencilla como la presenta la DGRN, no cabe duda de la veracidad de las afirmaciones que acabamos de citar, pero ello no responde a la pregunta que pone de manifiesto CHICO Y ORTIZ: si como parece afirmar la Resolución, los pisos han sido ya adquiridos por la cedente antes de estar terminados, ¿cómo es posible que se inscriban a nombre de la sociedad promotora, si ya son de otro? ¿Por qué no se rechazó tal inscripción? («Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *RCDI*, núm. 638, enero-febrero 1997, pág. 184).

(66) Este es uno de los argumentos críticos a esta Resolución utilizado por HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, que entiende que en virtud de la escritura no se ha producido la transmisión de los inmuebles, ya que el supuesto tradente no tenía la posesión a título de dueño, bien inmediata, bien mediata, bien a través de otro («Permuta de parcela por pisos y locales a construir. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 21, pág. 235). Recordemos que ya se puso de manifiesto anteriormente que el problema que subyace es la posibilidad de que se produzca la entrega de un bien futuro es si cabe la transmisión por un no poseedor.

(67) GARCÍA GARCÍA también considera decisivo, para determinar el momento de adquisición del dominio, atender a la voluntad de las partes, pero sin embargo entiende que en este caso la voluntad de las partes no es transmitir la propiedad de los pisos o locales, ya que pactan expresamente la necesidad de un acta de entrega, cuya finalidad, a juicio del autor, no es la del mero traspaso posesorio sino que está relacionada con la tradición instrumental («Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Re-

que presenta el supuesto a que se refiere la Resolución es la necesidad de un acta notarial, una vez terminada la obra, en el plazo de 18 meses, que según la Resolución debe entenderse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor, de manera que una cosa es la transmisión, que opera en virtud de la escritura pública, y otra cosa es el cumplimiento total de la obligación de traspaso de la posesión, que se cumple con el acta notarial.

La Dirección General ha vuelto a reiterar una doctrina similar en la Resolución de 5 de enero de 1999 (RA 41), en la que se reconoce que la escritura de «permuta» ha producido el efecto traditorio (aunque los pisos se inscriben a nombre del cesionario).

Del mismo modo que la Dirección General de los Registros y del Notariado, también el Tribunal Supremo asume esta doctrina en algunas Resoluciones, reconociendo la oponibilidad del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento en que se otorga la escritura pública, tanto a efectos de tercería de dominio (sentencia de 14 de noviembre de 1997, RA 8123) (68) que le permite levantar los embargos trabados sobre los inmuebles por terceros debido a deudas del constructor, como incluso a efectos de ejercitar la acción reivindicatoria (sentencia de 18 de mayo de 1994, RA 4094) (69).

gistros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *RCDI*, núm. 640, mayo-junio 1997, págs. 1136-1137).

(68) El Tribunal Supremo entiende en esta sentencia que la escritura pública en la que se documenta el contrato de compraventa implica la entrega del inmueble (futuro) a la parte compradora y con ello la adquisición por ésta del derecho de propiedad, ya que en la fecha de formalización de la escritura existe el inmueble en fase de construcción y se encuentra definido en la escritura de constitución del Régimen de Propiedad Horizontal (lo cual supone su «existencia jurídica», ya que el artículo 8 de la Ley Hipotecaria permite la inscripción). La falta de inscripción de la propiedad horizontal no supone ningún obstáculo, ya que no se trata de una inscripción constitutiva y no se puede por ello entender, tal como pretende la entidad recurrente, que el objeto queda indeterminado (vid. el comentario a esta sentencia de GONZÁLEZ CARRASCO, en *CCJC*, núm. 46, 1998, págs. 269-277).

(69) En su comentario a esta sentencia, NAVARRO CASTRO expone la doctrina contraria a la equivalencia entre escritura y entrega en los casos en los que el objeto es futuro, por ello entiende que, en este caso, la escritura en la que se documenta el contrato de cesión de solar a cambio de obra no es suficiente para, una vez construidos los pisos, entender transmitida la propiedad sobre los mismos, sino que será necesario un posterior acto de entrega, por lo que en principio deberían ser válidos los embargos realizados (se opone así a las tesis que defienden, no ya la validez de la escritura como entrega desde el mismo momento de su otorgamiento, sino a la eficacia traditoria de la escritura diferida al momento de existencia del inmueble). Sin embargo, sí admite que una vez inscritos los pisos en el Registro a nombre del cedente del solar, lo que está permitido por la legislación hipotecaria, el titular registral se ve protegido frente a terceros adquirentes, como ocurre en este caso, aunque en el momento de realizar la inscripción aún no sea propietario por no existir la cosa (*CCJC*, núm. 1994, págs. 1043-1050).

En otras ocasiones, aún cuando todavía no había finalizado la construcción, el Tribunal Supremo ha apreciado la concurrencia de *traditio* material, con base en ciertos actos realizados durante la obra, como el encargo y abono de mejoras, que, a los efectos pretendidos, se califican como actos posesorios (70); o deduce una «puesta a disposición», a los mismos efectos, de la cláusula contractual por la que se permite al cedente transmitir el inmueble a terceros (71). En tales supuestos, se ha argumentado que la enumeración de las formas de *traditio* contenida en los artículos 1.462 a 1.464 del Código Civil, no es una lista cerrada que rige un *numerus apertus*.

3.2. *Propiedad de una cuota del solar y adquisición por accesión*

Diversos autores defienden el carácter real del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento de celebración del contrato, y la explicación que intentan buscar es que el elemento material sobre el que se proyecta tal derecho, ya que los inmuebles no existen físicamente, es el solar y posteriormente, una vez que los inmuebles concretos vengan a existencia, el derecho sobre el solar se concreta sobre ellos (72). Se entiende que en virtud del

(70) En la sentencia de 2 de febrero de 1994 (RA 861), el Tribunal Supremo estima la tercería interpuesta por la compradora de un piso en construcción; aunque el contrato de compraventa se hizo en documento privado, posteriormente visado por la Consejería de Obras Públicas, el Tribunal entiende que «...si bien es cierto *que en el momento de la compraventa (...) no consta que la vivienda estuviese totalmente construida, no es menos cierto que si se acredita documentalmente que el adquirente del piso, mejoró con materiales por él adquiridos, las instalaciones del piso, lo que demuestra que el mismo se hallaba a su disposición, aunque todavía no lo habitase, ni se hubiese otorgado cédula de calificación definitiva (...) que no empece el que el adquirente del piso lo tuviese a su disposición y por tanto ejerciese la posesión sobre el mismo*» (sentencia comentada por HERRADA ROMERO en CCJC, 1994, págs. 463-476). En la sentencia de 10 de mayo de 1994 (RA 3896), en un supuesto de hecho igual, en el que el vendedor y el embargante eran los mismos que en el caso anterior, reitera esta tesis y estima la tercería del comprador. Sin embargo, tampoco es unánime el Tribunal Supremo en todas las Resoluciones, en la sentencia de 9 de marzo de 1994 (RA 2205), en un supuesto que vuelve a ser similar y con el mismo origen (mismo vendedor y mismo embargante) acoge justo la tesis contraria: «...la entrega no puede realizarse hasta que se halle terminada la construcción y, *entretanto, el contrato de compraventa produce sus efectos propios inter partes pero no existe transmisión dominical en favor del comprador (...)* La circunstancia de que el señor P., para mejorar la vivienda comprada, abonase algunas cantidades a suministradores de materiales para la realización de mejoras (...) tampoco significa que hubiera entrado en poder y posesión de la cosa vendida...» (sentencia comentada por CARRASCO PERERA en CCJC, 1994, págs. 687-701).

(71) Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1989 (RA 6945).

(72) Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA, el contrato confiere al cedente una titularidad preventiva sobre los pisos o locales que repercute sobre el solar, otorgándole sobre el

contrato, el cedente deviene titular de una parte del solar, como elemento común del futuro régimen de la propiedad horizontal en el que el cedente participa como titular de un elemento privativo (los pisos o locales que le correspondan) y conforme avance la construcción irá adquiriendo por accesión los inmuebles que le corresponden.

También la Dirección General de los Registros y del Notariado, fundamentalmente en la Resolución de 16 de mayo de 1996 (73), antes citada, ha explicado el derecho del cedente como cotitularidad en el solar, elemento común del futuro régimen de propiedad horizontal en el que, como elementos privativos, le corresponden los pisos o locales reservados; de modo que, conforme avance la construcción, adquiere el dominio de tales inmuebles por accesión (74).

Esta opción plantea numerosos interrogantes, en primer lugar si la titularidad sobre una cuota del solar tiene su origen en la naturaleza de elemento común del solar en el régimen de propiedad horizontal (75), no puede existir la titularidad sobre el solar hasta que no existe el régimen de propiedad horizontal (a través del otorgamiento del correspondiente título constitutivo) especialmente teniendo en cuenta que la determinación de la cuota de participación en la propiedad del solar dependerá de los elementos privativos que

mismo la titularidad de una cuota equivalente a la participación en elementos comunes de los inmuebles que le corresponden del edificio, titularidad que en su día producirá automáticamente la comunidad («La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción», en *RCDI*, 1974, págs. 739 y 743. Del mismo autor, vid. «Pisos futuros y viviendas acogidas», en *RCDI*, 1970).

(73) En la misma línea, pero partiendo de la existencia del régimen de propiedad horizontal, en las Resoluciones de 5 de noviembre de 1982 (RA 6941), 18 de abril de 1988 (RA 3358), 24 y 25 de junio de 1991 (RA 4659 y 4660), la DGR reconoce que la inscripción de los pisos en construcción supone la adquisición de una cuota del solar por el titular de cada piso. Sin embargo, también podemos encontrar resoluciones judiciales que se muestran contrarias a esta tesis: así, la sentencia de 2 de octubre de 1999 (RA 7849), el Tribunal Supremo entiende que «*P. N., S. A. no fue más que cedente del solar, el que construye sobre el es la cesionaria K., S. A. Si la contraprestación pactada fue obra, no por ello la primera se constituye en constructor y cotitular de lo edificado a medida en que se edifique...*».

(74) «...el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso en la comunidad recayente sobre el solar (...); con la terminación de la obra las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente: la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local (...) a medida que avanzan las obras...».

(75) La titularidad de una cuota del solar o bien se explica porque es un elemento común o bien de otro modo sólo podríamos pensar en esta posibilidad como reserva de una cuota del solar por el cedente, pero en ese caso las partes deberían haber configurado el contrato de este modo pactando expresamente la reserva de dominio de una parte del solar por el cedente.

correspondan al cedente. Pero además no se entiende cómo es posible adquirir la titularidad sobre un elemento común sin adquirir previamente el dominio del elemento privativo, ya que la propiedad horizontal se caracteriza por la unión entre elementos comunes y privativos, de forma que no puede existir la propiedad separada de unos y otros (76).

En principio, con esta explicación se puede llegar al mismo resultado que admitiendo la eficacia transmisiva de la escritura en que se documenta el contrato de cesión, con la ventaja de que no sería necesaria ninguna interpretación discutida sobre la eficacia transmisiva de la escritura en los negocios sobre cosa futura. Incluso se podrían obviar las dificultades relativas a la clase de comunidad que se produce sobre el solar, entendiendo que el cedente adquiere los derechos sobre el solar en las mismas circunstancias jurídicas que se producen por virtud del contrato, de manera que si existe una situación de prehorizontalidad, el cedente lo que adquiere es una participación en esa situación (y por tanto una cuota del solar como elemento común del régimen de propiedad horizontal). En Francia también se ha planteado este problema: con relación a la compraventa de inmuebles en estado de futura terminación, la doctrina ha entendido que el comprador adquiere los derechos sobre el suelo que tuviera el vendedor, en las mismas circunstancias jurídicas, de modo que puede adquirir una participación en el solar como elemento común del régimen de propiedad horizontal (77). Sin embargo, con relación a los negocios de cesión de solar a cambio de obra, el problema resulta más complicado; existen dos fórmulas fundamentales de llevarlos a cabo: la denominada «*dation en paiement*» que correspondería al modelo básico que hemos expuesto, aquél en el que el dueño del terreno transmite la propiedad del mismo a cambio de determinados inmuebles en el edificio a construir, y la «*cession de millièmes*», en la que el cedente conserva una cuota del terreno

(76) CARRASCO entiende que la tesis sostenida por la DGRN es incompatible con admitir, tal como hace esta misma Resolución previamente, la eficacia traditoria de la escritura en la que se documenta el contrato. Este autor interpreta la doctrina de la Resolución a la que aludimos, entendiendo que lo que adquiere el cedente desde la celebración del contrato no es una cuota en la propiedad del solar sino una titularidad dominical sobre el piso o local futuro, como propiedad separada cuya titularidad se adquiere por anticipado, de manera que además el cedente adquiere una cuota sobre el solar. Pero esto sólo puede ocurrir cuando nace el régimen de propiedad horizontal. Sin olvidar que es difícil explicar el funcionamiento de la situación de comunidad sobre el solar, ¿cómo se convierte la copropiedad del solar en propiedad del piso?, ¿qué significa acceder la propiedad de lo edificado a una cuota de condominio en el solar?, ¿la división horizontal supondrá una disolución societaria y tendrá que tributar por ello?... (Comentario a la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996, *ob. cit.*, pág. 71). Se muestran también en contra de esta tesis, LUCAS FERNÁNDEZ, «La contratación sobre edificio futuro...», *ob. cit.*, págs. 283 y 303; ZURITA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 48, y LÓPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, pág. 52.

(77) Vid. en este sentido, DAGOT, «La vente...», *ob. cit.*, pág. 218.

y adquiere los inmuebles por accesión (78), con lo que viene a coincidir con el modelo que estamos describiendo en este punto. En este último supuesto, MALINVAUD y JESTAZ (79) entienden que la cesión crea entre las partes una situación de indivisión, que se proyecta sobre el solar y sobre el edificio, por lo que las partes asumen la obligación de proceder a la partición del inmueble, especificando la propiedad exclusiva de cada uno (*partage*), y para evitar este resultado, en la práctica, según los citados autores, es impensable que en el contrato de cesión, cuando se adopta esta modalidad, no se establezcan las precisiones necesarias a estos efectos, llevando a cabo lo que podríamos llamar una regulación de la copropiedad (80).

Con todo, el problema fundamental se refiere a las dificultades que esta modalidad puede suponer para el cesionario-constructor: si el cedente es cotitular del solar, el constructor puede tener dificultades para obtener financiación a través del mecanismo más común de constitución de una hipoteca y esto puede hacer económicamente inviable el contrato. La única solución es que el cedente consienta en la hipoteca, en cuyo caso su situación se ve seriamente comprometida, ya que le afectaría la ejecución por incumplimiento del constructor.

En definitiva, no se nos puede ocultar que tras su aparente sencillez, la teoría que estamos describiendo presenta graves inconvenientes.

A pesar de todo, un sector doctrinal, y a veces el propio TS, entiende que la transmisión del dominio sólo puede tener lugar con la existencia física de los inmuebles, entendida como la finalización de la obra; hasta tal momento el derecho del cedente es de naturaleza meramente personal. El constructor es, en consecuencia, el propietario de la totalidad del inmueble, hasta el momento en que, al terminar la obra, se produzca la tradición, material o instrumental; entendiéndose, en este último caso, que es preciso una nueva escritura, sin que sirva a los efectos pretendidos la escritura inicial.

(78) Vid. DAGOT, «La vente d'immeuble à construire», *ob. cit.*, págs. 890-891, y *La cession de terrain moyennant remise de locaux à construire*, París, 1976, págs. 24 y 35 y sigs.

(79) *Ob. cit.*, «Droit de la promotion immobilière», págs. 564-565.

(80) Así lo denomina DAGOT («La cession de terrain...», *ob. cit.*, pág. 57). Para este autor, éste sería el único inconveniente de esta fórmula, ya que exige que el constructor tenga todos los datos de la construcción, será necesario una especie de anticipo de la propiedad horizontal (descripción pormenorizada de los inmuebles, participación en elementos comunes, etc.), pero, a su juicio, un constructor serio no tendrá graves inconvenientes para ello (vid. págs. 37-39). Por el contrario, las ventajas de la fórmula son muchas, empezando porque la adquisición de los inmuebles es originaria, se produce por accesión (sobre estas ventajas, vid. págs. 40-42).

III. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La protección del derecho del cedente (o en general del adquirente de inmueble futuro) sobre los inmuebles se logra, sin duda, reconociendo la naturaleza real de tal derecho, incluso antes de que el bien exista físicamente. Con todo, es decisivo el papel que juega el Registro de la Propiedad.

Hay que tener en cuenta que el reconocimiento del derecho real del cedente sobre los inmuebles lo pone a salvo de embargos, pero no protege su derecho frente a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (por ejemplo, terceros que adquieren del constructor, aunque sea a *non domino* e inscriben su adquisición), esto sólo se consigue cuando el derecho del cedente sobre los inmuebles accede al Registro.

En realidad, una vez que se logra esta constancia, da igual admitir o no el efecto traditorio de la escritura de cesión de solar (o de compraventa de piso futuro) porque de este modo será el juego de los principios registrales lo que proteja la situación del cedente y su derecho sobre los inmuebles frente a terceros (81).

1. DISTINTAS VÍAS POR LAS QUE EL DERECHO DEL CEDENTE SOBRE LOS INMUEBLES PUEDE TENER REFLEJO REGISTRAL

Dejando a un lado la posibilidad de que los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, de lo que trataremos más adelante, lo cierto es que la constancia del derecho del cedente sobre los inmuebles en el Registro se puede lograr de diferentes formas, ya sea en la inscripción del solar o a través de la mención de su derecho en el folio abierto a cada inmueble, una vez que estos consten inscritos conforme a la normas de inscripción de la propiedad horizontal.

Hay varias formas a través de las que el cedente puede conseguir la constancia de su derecho en la inscripción del solar:

(81) MUÑOZ DE DIOS («El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *RDP*, 1981, pág. 1071) propone como solución a la situación de desprotección de los adquirentes de pisos futuros (como sabemos, supuesto similar al de la cesión de solar a cambio de obra), el que exista en el Registro de la Propiedad alguna indicación, que puede ser simplemente una nota marginal, que enerve el efecto protector de los terceros en cuanto a los pisos que corresponden al comprador (en nuestro caso al cedente); consistiría esta solución en crear un título que impida las múltiples ventas de un mismo piso en documento privado.

Es posible conseguir la oponibilidad del derecho del cedente frente a terceros pactando en el contrato una condición resolutoria e inscribiéndola en el Registro, al amparo del artículo 11 de la Ley Hipotecaria (82).

También se puede hacer constar, en la inscripción de propiedad del solar a nombre del constructor, la obligación que éste asume de entregar determinados pisos o locales al cedente como contraprestación a la transmisión del solar (como permite el art. 10 de la Ley Hipotecaria) (83), pero esta mención carece de eficacia frente a terceros. Partiendo de esta premisa, la duda que debemos plantearnos es si dicha mención es suficiente para destruir la buena fe de los terceros, que de esa forma no estarían protegidos por la fe pública registral.

(82) Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta posibilidad puede no ser económicamente viable. En esta situación, el constructor tendrá graves dificultades para obtener financiación, ya que normalmente obtiene el dinero para realizar la obra con un préstamo, cuya devolución garantiza constituyendo una hipoteca sobre el solar. Si la cláusula resolutoria por incumplimiento consta en el Registro, el acreedor hipotecario se verá afectado si se produce la resolución del contrato y por ello es difícil que, si está inscrita la condición resolutoria, el constructor pueda obtener financiación. De este modo se frustra una de las finalidades de estos contratos, la de financiación. El único modo de evitar este inconveniente es la posposición de la condición a la hipoteca, para lo cual será necesario el acuerdo entre constructor y cedente, normalmente manifestado en el propio contrato de cesión de solar.

La doctrina admite la posposición de la cláusula resolutoria a hipoteca futura (vid. LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, segunda edición, Barcelona, 1984, reimpresión 1991, pág. 127, y ROVIRA JAÉN, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles. Su razón histórica*, Madrid, 1996, págs. 197-198), y también la Dirección General de los Registros (vid., por ejemplo, la Resolución de 25 de octubre de 1979). La técnica de la posposición está regulada en la Ley Hipotecaria para las hipotecas, pero se puede entender aplicable por analogía a la cláusula de resolución expresa, ya que en ambos casos se trata, según MOLL DE ALBA (*La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Barcelona, 1999, pág. 144), de una garantía de la obligación de pago del precio con efectos reales. Para obtener la posposición son necesarios los requisitos establecidos en el artículo 241 RH: consentimiento expreso del beneficiado con la cláusula resolutoria expresa (el cedente) determinación de la responsabilidad máxima por capital, intereses u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración máxima y la inscripción de la hipoteca que haya de anteponerse dentro del plazo convenido para ello.

En esta última hipótesis, el cedente disminuye la garantía que supone la condición resolutoria, ya que no podrá oponer la resolución al acreedor hipotecario, pero seguirá siendo efectiva frente a otros deudores.

(83) A tenor de este precepto: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago». TORRENTE GARCÍA DE LA FUENTE considera aplicable este artículo al supuesto de cesión de solar a cambio de obra («Comentarios al artículo 10 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, EDESA, Tomo VII, vol. 3, Madrid, 1999, pág. 637), y también acoge la posibilidad de que la obligación del cesionario se mencione en la inscripción del solar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 1994.

El supuesto de hecho que se plantea es el siguiente, ¿en caso de enajenación por el constructor del inmueble pactado como contraprestación, se ve afectado el tercero por las consecuencias del incumplimiento o conserva la propiedad del inmueble? El tercer adquirente que inscribe su derecho es protegido por el principio de fe pública registral y por tanto mantenido en su adquisición, siempre que cumpla los requisitos que para ello establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: que haya adquirido a título oneroso y que sea de buena fe. De este modo, si entendemos que el adquirente, figurando la mención de la contraprestación en la inscripción del solar, no es de buena fe, no estará protegido su derecho sobre los inmuebles (pero no porque el derecho del cedente tenga eficacia frente a terceros, sino porque este tercero no cumple los requisitos para ser protegido). Debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la buena fe se presume y además, con carácter general la simple mención del aplazamiento del pago (conforme al art. 10 de la Ley Hipotecaria) no destruye la buena fe del tercero (art. 37.1 y 37.4.b de la LH) (84). Pero en nuestro caso habría que diferenciar, porque no consta simplemente el aplazamiento del pago, sino el contenido de la obligación que asume el cesionario-titular del solar y por tanto acaso habría que entender que si constan los pisos concretos y determinados, no parece que el tercero que adquiere actúe de buena fe, ya que cuando contrata sabe que el transmitente debe a otro el objeto. Si la transmisión que estamos juzgando se produce sin que conste ninguna mención en el Registro, entonces el tercer adquirente se considera de mala fe si se demuestra que conocía el derecho del cedente del solar sobre el inmueble; por tanto, si esta circunstancia consta en el Registro, no parece razonable que no se considere que el adquirente la conoce y por tanto actúa de mala fe (de lo contrario, siempre que conste la mención en el Registro, el tercero será siempre de buena fe, no se nos permi-

(84) El artículo 37 de la Ley Hipotecaria se refiere a los efectos de las acciones resolutorias revocatorias y rescisorias, estableciendo cuándo su ejercicio (frente al incumplimiento) afecta los derechos de terceros, y por lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, este precepto exceptúa de la regla de protección de los terceros, «*Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten en el Registro*» (art. 37.1). Podríamos plantearnos si la mención de la obligación de entrega del cesionario en la inscripción del solar (art. 10) es una «causa de resolución que consta en el Registro» (art. 37.4.b), pero BADOSA (comentario de GARCÍA GARCÍA al art. 37 de la Ley Hipotecaria, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, pág. 706) entiende, diferenciando entre inmuebles inscritos y no inscritos, que la mera constancia registral del aplazamiento del pago (art. 10) no significa que el Registro publique una eventual causa de incumplimiento de la prestación (art. 11) y por tanto no excluye la buena fe del tercer adquirente, y en este mismo sentido GARCÍA GARCÍA (*ob. cit.*, pág. 704) entiende que no implica, por sí solo, mala fe ni fraude el mero conocimiento de haberse aplazado el pago del precio (acorde con el art. 37.4.b, que al regular la eficacia de las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, establece que «*El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude*»).

te probar que conoce porque la prueba es la mención registral y no se considera que ésta destruya la buena fe).

Ahora bien, si lo que figura en el Registro es una simple referencia de la obligación del cesionario del solar de entregar parte de la obra (un porcentaje, varios pisos o locales, etc.) entonces no parece que sólo por esta mención se deba considerar al adquirente de mala fe, porque es perfectamente posible que desconozca que el constructor ha transmitido precisamente aquello que debía al cedente (además en este caso, antes de determinar exactamente qué se debe, es difícil considerar que la transmisión de un inmueble concreto perjudica el derecho del cedente, porque tal derecho todavía no se ha concretado o por lo menos no consta la concreción en el Registro, tendría que haberse producido la enajenación de toda la obra, entonces sí que claramente el cedente no podría ver satisfecho su derecho) (85).

Aunque consideremos el derecho del cedente sobre los pisos y locales que le corresponden como un verdadero derecho real, para inscribir su titularidad sobre los inmuebles es necesario que éstos consten en el Registro. Con carácter general el inmueble futuro o en construcción accede al Registro a través del sistema previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la inscripción del régimen de propiedad horizontal.

Conforme al artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria podrán inscribirse como una sola finca los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias previstas en la ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente. En la inscripción del solar o del edificio en su conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados, de forma que una vez inscrito el edificio en régimen de propiedad horizontal podrá asignarse un folio separado a cada uno de los pisos o locales. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales (86).

(85) La solución que propone MUÑOZ DE DIOS se alcanza simplemente admitiendo la destrucción de la buena fe por esta vía. Para ROCA SASTRE, por buena fe ha de entenderse el desconocimiento por parte del tercer adquirente de la inexactitud del Registro (*Derecho Hipotecario*, Tomo I, 7.^a edic., Barcelona, 1979, pág. 648).

(86) Para RAMOS FOLQUES estas inscripciones tienen un valor diferido al momento de terminación de la obra o de existencia del objeto del derecho, pero al mismo tiempo son inscripciones definitivas, porque de lo contrario habría que otorgar una nueva escritura después de terminada la obra y hacer una nueva inscripción. Por ello, estas inscripciones deben desplegar todos sus efectos, pero desde que se hace constar en el Registro la terminación de la obra («La regulación jurídico-registral de la edificación», en *RCDI*, 1954, pág. 866). Frente a la crítica de quienes consideran que el derecho al piso proyectado se refiere a algo que no tiene entidad real y por ello esta constancia registral supone admitir el acceso al Registro de una relación obligatoria, BATLLE VÁZQUEZ considera que

Mediante esta regulación, la Ley Hipotecaria está permitiendo la inscripción de edificios y pisos en construcción, pero *de facto* también la inscripción de edificios y pisos futuros, ya que, según la doctrina comúnmente aceptada desde que fuera formulada por DE LA CÁMARA, la expresión «construcción comenzada» utilizada en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico, y técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio queda definido mediante la confección del proyecto por el profesional competente y la aprobación por las autoridades; es decir, «construcción comenzada» equivale a existencia de proyecto (87). El inmueble futuro se convierte así en un bien con existencia jurídica que puede ser objeto de tráfico jurídico (88).

La aplicación de este régimen al caso del contrato de cesión de solar a cambio de obra supone que, una vez inscrita la propiedad del solar a nombre del constructor, éste estará legitimado para proceder por sí mismo, sin necesidad de concurrencia del cedente, salvo pacto en contrario, a inscribir la declaración de obra nueva y división en horizontal. Una vez inscrita la división horizontal, podrá abrirse un folio aparte a cada uno de los inmuebles del edificio (el art. 8.5 de la Ley Hipotecaria permite la inscripción como una sola finca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen) y el cedente podrá, si el contrato se ha documentado en escritura pública, inscribir su derecho sobre los inmuebles concretos que le corresponden (89).

«el piso proyectado es ordinariamente un piso que se ha de construir y grava la parte material existente en términos muy semejantes, si no idénticos, al derecho de superficie o al derecho de sobreelevación, cuya inscripción está reconocida y admitida» («Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1961, pág. 421).

(87) DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pág. 292.

(88) «Lo único que no se podrá, en estos supuestos, será vivir en los pisos, pero, una vez inscritos, los compradores podrán enajenarlos o hipotecarlos como objetos de tráfico jurídico» (ZURILLA CARINANA, *ob. cit.*, pág. 27). VÁZQUEZ BOTE entiende que la referencia al edificio meramente proyectado se refiere al polígono de aire que en su día recogerá el edificio, que es una realidad susceptible de apropiación y de indudable valor económico («Prehorizontalidad y horizontalidad ante la dinámica del Derecho. Exigencia de una nueva normativa jurídica», en *RCDI*, 1986, págs. 253 y sigs.

(89) La posibilidad de que los distintos pisos y locales del edificio, una vez que constan en el Registro como fincas, sean término de referencia para inscribir los derechos de los titulares, es reconocida por la Dirección General de los Registros, entre otras, en la Resolución de 17 de julio de 1998 (RA 5973). CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ señalan que aún cuando no se haya otorgado ni inscrito la escritura de división horizontal por no estar la construcción comenzada, desde que exista acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y el destino de los pisos o locales, podrán hacerse constar en el folio abierto al solar aquéllos, o la anotación preventiva de demanda que verse sobre la adquisición de los mismos. Dichos asientos constarán como términos de referencia de los

De este modo, la constancia de su derecho en el Registro otorga al cedente la protección derivada de los principios registrales y especialmente la oponibilidad de su derecho frente a terceros. Tanto la posibilidad de inscripción del derecho del cedente, como los beneficios que ello comporta en cuanto a la protección de sus derechos, es algo reconocido incluso por los autores que en principio niegan la posibilidad de transmisión del dominio de bienes futuros (90), pero lo cierto es que resulta una posición contradictoria: si partimos de entender el derecho del cedente del solar como un simple derecho de crédito y al mismo tiempo es necesario admitir que este derecho puede tener acceso al Registro de la Propiedad, porque la legislación hipotecaria lo permite, sólo podemos conciliar estos planteamientos bien entendiendo que la inscripción sustituye en este caso a la tradición (91) o bien que se permite el acceso al Registro a un título no completado con la tradición, cuando la doctrina mayoritaria entiende, por el contrario, que al Registro sólo tiene acceso la entera traslación del dominio, es decir, los títulos completados con la tradición (92).

2. INSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN: EL ARTÍCULO 13
DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
DE 31 DE ENERO DE 2001

Tanto la posibilidad de que el derecho del cedente tenga reflejo registral a través de la inscripción de dominio del solar a favor del cesionario (conforme a los arts. 10 y 11 de la Ley Hipotecaria) como por la vía de la inscripción de la propiedad horizontal, demuestran la relevancia que el juego de los principios

derechos que sobre la futura finca tiene el adquirente o comunero; según se desprende de las Resoluciones de la DGRN de 18 de abril de 1988 (RA 3358), 24 de junio de 1991 (RA 4659), y 17 de julio de 1998 (RA 5973) («Derecho de la construcción», *ob. cit.*, 3.ª edic., pág. 501).

(90) NAVARRO CASTRO resulta muy claro en este punto: «...la mera escritura pública de aportación de solar a cambio de pisos por construir no es suficiente para, una vez construidos los pisos, entender transmitida la propiedad de los mismos, sino que será necesario un posterior acto de entrega. Ahora bien, si se inscribe el derecho sobre los pisos en el Registro de la Propiedad, el inscribiente se verá protegido por esa inscripción frente a posteriores adquirentes, aunque en el momento de realizar la inscripción aún no sea propietario por no existir la cosa...» (*ob. cit.*, «Comentario...», pág. 1050).

(91) Sobre la relación entre tradición e inscripción, vid. LACRUZ BERDEJO, «Inscripción y tradición», en *RCDI*, 1957, págs. 1-16; NAVARRO CASTRO (*ob. cit.*, «La tradición...», págs. 199-211); HERMIDA LINARES, «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como forma de adquisición de los derechos reales sobre inmuebles», en *RCDI*, 1966, págs. 1401-1507.

(92) Siguen esta postura ROCA SASTRE; CASTÁN, *Derecho Civil español, Común y Foral*, Tomo II, vol. 1, 1987, pág. 335; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VIII, vol. 1, pág. 14; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, pág. 679.

registrales tiene en nuestro objeto de estudio. Pero en ambos casos se trata de vías indirectas a través de las cuales se consigue que el contrato de cesión de solar y el derecho del cedente sobre los inmuebles que constituyen la contraprestación contractual accedan al Registro de la Propiedad. Es necesario plantearnos si es posible la inscripción del contrato de cesión de solar.

La reforma del Reglamento Hipotecario producida en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE de 29 de septiembre de 1998) dio nueva redacción al artículo 13 del Reglamento, en el que se regula el denominado *contrato de permuta de suelo por obra futura*, instaurando un cauce específico de acceso al Registro de ciertos contratos de cesión (93).

Sin embargo, la vida de este precepto ha sido corta, ya que la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001 (BOE de 2 de abril de 2001) ha declarado la nulidad de sus tres primeros párrafos (dejando vigente el resto) en los que se contenía la mayor novedad de la regulación: la posibilidad de que accedieran al Registro ciertos contratos de cesión de solar, que cumplieran los requisitos que se especificaban, configurándose entonces el derecho del cedente como un derecho de carácter real (94).

La vigencia de este precepto suscitó un vivo interés centrado principalmente en dos aspectos: la interpretación de su contenido (95) y la necesidad o procedencia de llevar a cabo esta regulación.

(93) En concreto, el texto era el siguiente:

«En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción, se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años.

Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá, por sí solo, otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega. Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación».

(94) No es el único precepto anulado; a esta sentencia se suman las de 24 de febrero de 2000 (BOE de 24 de abril de 2000), 22 de mayo de 2000 (BOE de 7 de agosto de 2000) y 12 de diciembre de 2000 (BOE de 27 de marzo de 2001), que también se refieren al Decreto de 4 de septiembre de 1998 y anulan distintos preceptos de este Reglamento.

(95) Entre la doctrina que se ha ocupado de esta reforma del Reglamento Hipotecario: ARNÁIZ EGUREN, «Reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998; RICO MORALES, «Sobre la reforma del Reglamento Hipotecario», en *Lunes* 4,30, núm. 248, diciembre de 1998, y MARTÍNEZ SANCHIZ, *Comentario de la reforma hipotecaria (Real Decreto de 4 de septiembre de 1998)*, Madrid, 2000.

En cuanto al contenido, el artículo 13 distinguía dos situaciones, aquélla en la que se reconoce al cedente un derecho de carácter real (párrafos 1, 2 y 3) y los supuestos en los que sólo se le reconoce un derecho de carácter personal.

El precepto a que nos venimos refiriendo posibilitaba el acceso al Registro de la Propiedad de determinados contratos de cesión de solar a cambio de obra, configurándose el derecho del cedente en estos casos como un derecho oponible *erga omnes*, y este régimen es precisamente el que el Tribunal Supremo ha anulado.

Debemos tener en cuenta que se trataba de un régimen establecido sólo para ciertos supuestos: aquellos en los que las partes pretenden ceder la propiedad del solar a cambio de la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir y además en el propio contrato se cumplía con los requisitos de determinación que señalaba el precepto; se exige la descripción de tales pisos o locales conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes. Cumplidos tales requisitos e inscrito el contrato, se reconocía y protegía el derecho del cedente sobre los pisos o locales que constan como contraprestación, desde el momento en que accede al Registro, lo que se traduce en la oponibilidad de su derecho *erga omnes*.

En la inscripción se hacía constar la que podríamos denominar «especial comunidad» constituida entre cedente y cesionario, de acuerdo con la terminología del Reglamento Hipotecario. La determinación de la naturaleza y funcionamiento de dicha comunidad es el primer escollo que encontramos al analizar el precepto.

Probablemente las dificultades de comprensión derivan del reflejo de dos concepciones, hasta cierto punto contradictorias o excluyentes entre sí: de un lado, el artículo 13 establecía que, una vez inscrito el régimen de propiedad horizontal, los elementos independientes se inscribían automáticamente a nombre del cedente, sin necesidad de ningún acto de entrega. De este modo, el Reglamento Hipotecario estaba asumiendo la teoría según la cual la escritura en la que se documenta el contrato de cesión tiene eficacia transmisiva.

Pero, al mismo tiempo, la referencia a la comunidad, en un momento anterior a la constitución de la propiedad horizontal, parece tener sentido entendida como copropiedad sobre el único elemento material existente en el momento de contratar, el solar. Esta última apreciación se ve reforzada si tenemos en cuenta la necesidad de fijar en el contrato un plazo para construir que no podía exceder de diez años, que es el mismo plazo contemplado en el artículo 400.2 del Código Civil con relación al pacto de indivisión de la cosa común; con ello el legislador parecía estar pensando en la situación de copropiedad ordinaria. Subyace en esta posible interpretación, aquella explicación que basa la adquisición del cedente en las ideas de cotitularidad sobre el solar

y los principios de la accesión, reflejada, hasta cierto punto, en la RDGRN de 16 de mayo de 1996, de la que trae causa la redacción del artículo 13.

En cualquier caso, la protección registral del derecho del cedente no afectaba a las relaciones entre las partes, ni al régimen del cumplimiento forzoso ni a los remedios generales que asisten a las partes en caso de incumplimiento. Además, tampoco parece que la constancia registral de la obligación de construir, convirtiera a dicha obligación en una suerte de gravamen real, cuyo cumplimiento fuera exigible, en caso de ulterior transmisión del solar, a persona distinta del obligado contractualmente.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos mencionados, admitiendo la necesidad de regular la transmisión del dominio de los inmuebles que corresponden al cedente (96), que es la materia que regulaba el precepto anulado, la discusión se centra en la norma utilizada. Debemos plantear si un Reglamento es la norma adecuada para regular esta materia.

2.1. *La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001*

Como sabemos, el Reglamento es una norma de rango jerárquicamente inferior a la ley, lo cual se traduce en la imposibilidad de que un Reglamento derogue una ley e incluso, para la doctrina administrativa más clásica, el Reglamento no podrá regular ninguna materia en la que no exista previa habilitación legal (97). Los argumentos esgrimidos ante la sala tercera del Tribunal Supremo por los que demandaban la nulidad de este precepto (el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la sentencia fue iniciado por la *Asociación Foro Notarial* y la *Libre Asociación de Notarios «Joaquín Costa»*) se basan precisamente en la improcedencia de esta norma reglamentaria para regular la materia a la que se refería.

Recogiendo básicamente las alegaciones de las asociaciones demandantes, el Supremo se basa en dos argumentos para declarar la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario: la materia regulada excede las posibilidades de una norma de rango reglamentario y

(96) Con carácter general, habida cuenta las diferentes formas contractuales a través de las que se desarrollan los contratos de cesión, no parece adecuado ni útil llevar a cabo una tipificación de estos negocios, entendida como una regulación unitaria y pormenorizada. Sin embargo, al igual que existen elementos comunes entre las diversas modalidades, también surgen problemas comunes para los que son insuficientes las normas existentes y que demandan una solución específica; esto es lo que ocurre con la transmisión del dominio de los inmuebles.

(97) Entre las obras generales que se refieren a este tema, podemos citar: GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1997; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1988; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1998; DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987.

además el contenido del precepto es contrario al sistema de adquisición de los derechos reales establecido en el Código Civil.

El Tribunal Supremo acoge la principal alegación de los demandantes, que entienden que el artículo 13 del Reglamento Hipotecario contradice el sistema de adquisición de la propiedad establecido en el Código Civil. En el Fundamento duodécimo de la sentencia, el Tribunal considera que el precepto cuestionado es contrario al artículo 609 del Código Civil, que establece la necesidad de concurrencia de título y modo para la adquisición de los derechos reales, entendiendo que los tres primeros párrafos del citado precepto desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por estos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir.

De este modo, el Tribunal está optando, aunque sin explicarlo, por la teoría que exige la existencia del objeto para entender que se ha producido la entrega. Tal como expresamente recoge la sentencia: *«Ni el significado de la traditio ficta, recogida en los artículos 1.462 y 1.463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado (...) no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto (lo mismo que en la propiedad horizontal y no pasa nada) y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional...»*.

Resulta ser éste un argumento cuanto menos discutible, ya que, tal como hemos visto, la interpretación de cómo debe entenderse el sistema del título y el modo aplicado a los negocios con objeto futuro es un tema susceptible de diversas interpretaciones, sin que se pueda afirmar, tal como parece hacer el Tribunal Supremo, que sean «ilegales» las teorías, mayoritarias en la doctrina, que defienden la posibilidad de que el cedente (o en general el adquirente de un bien futuro) pueda hacer efectivo su derecho sobre los inmuebles antes de que éstos existan físicamente. Siendo ésta una de las teorías posibles en cuanto a la transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro, no puede ser el motivo de la nulidad de un precepto.

A pesar de que el argumento utilizado por el Tribunal Supremo es cuestionable, es cierto que, con todo, no parece razonable llevar a cabo esta regulación en un Reglamento. Debemos tener en cuenta que un Reglamento necesita habilitación legal; el Reglamento Hipotecario se encuentra habilitado por la Ley Hipotecaria, esto le legitima para desarrollar las materias contenidas en esta norma superior pero no para abordar la regulación de nuevas materias, como parece ser éste el caso ya que la Ley Hipotecaria ni regula ni siquiera menciona el contrato de cesión de solar a cambio de obra.

La regulación *ex novo* de una forma contractual en un Reglamento podría entenderse como una extralimitación de esta norma (98), y ésta es precisamente la finalidad del precepto cuestionado, tal como se reflejaba en la Ex-

(98) Con relación a este punto debemos tener en cuenta varias premisas: partiendo del reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno [a tenor del art. 97 CE: «El Gobierno (...) Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes»] existe acuerdo unánime en la doctrina en admitir tanto la subordinación jerárquica del Reglamento a la ley, derivada del reconocimiento constitucional del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) como en la inexistencia en nuestro ordenamiento de un ámbito material específicamente reservado a su regulación por Reglamento, como sí ocurre, por ejemplo, en Francia, donde el Reglamento puede incluso modificar y desplazar una ley previa si se trata de una materia de su competencia (con relación a la inexistencia de materia constitucionalmente reservada al Reglamento, vid. por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, págs. 230-232, y DE ORTO, *ob. cit.*, pág. 216).

El problema lo encontramos en las relaciones entre la ley y el Reglamento y en definitiva qué materias pueden ser objeto de regulación reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un tema no resuelto en la doctrina administrativa y constitucional. La divergencia se centra en las materias que pueden ser reguladas por Reglamento: para algunos, la subordinación del Reglamento a la ley significa simplemente que determinadas materias sólo es posible que sean reguladas por ley, mientras que el resto de materias pueden ser reguladas por ley y cuando no lo están podrán ser reguladas por Reglamento. Para otros, el Reglamento sólo puede regular aquellas materias en las que previamente exista una ley, a la que desarrollan y complementan (con relación a la reserva de ley, vid. GARRORENA MORALES, voz «*reserva de ley*», en Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, 1995, Tomo IV, págs. 5860-5867). Nos encontramos frente a dos posiciones contrarias: para un sector doctrinal cuyo máximo exponente es GARCÍA DE ENTERRÍA, el Reglamento es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley y su sumisión a ésta es absoluta, ya que incluso no se puede producir más que en los ámbitos que la ley le deja, es decir, en todo aquello en lo que no está expresamente permitido por la existencia de una ley no es posible un Reglamento (págs. 167-173, 201-203 y 229 y sigs.). Por el contrario, otro sector doctrinal (por ejemplo, vid. DE ORTO, págs. 233-235; COSCULLUELA MONTANER, págs. 118-122, o SANTAMARÍA PASTOR, págs. 745-750, 768 y 789-794) considera que el Reglamento puede regular cualquier materia que no esté expresamente reservada por la constitución a la ley, defendiendo así estos autores la validez del Reglamento independiente, que puede regular cualquier materia con dos límites, las materias de reserva de ley y aquellas otras no incluidas en dicha reserva que hayan sido previamente reguladas por ley (COSCULLUELA, pág. 119).

En el caso que nos ocupa la posible extralimitación del Reglamento Hipotecario debemos considerarla a la luz de las teorías expuestas. Desde luego todo depende de si se admite o no la posibilidad de regular por vía de Reglamento las materias para las que no existe reserva de ley (podríamos pensar en incluir la materia del Registro de la Propiedad en la reserva de ley en materia de propiedad, pero no están muy claros los límites y el contenido de esta reserva), pero aún así debemos tener en cuenta que la polémica en torno a la admisión de los Reglamentos independientes está planteada, aunque no expresamente, en consideración al ámbito administrativo y, por tanto, los planteamientos y argumentos que se hacen sobre ello no parecen directamente trasladables al ámbito civil; pensemos que la agilidad del tráfico jurídico privado y la admisión del principio de autonomía de la voluntad trae como resultado la existencia de múltiples relaciones jurídicas que no se encuentran recogidas en ninguna norma, el ejemplo más claro serían los contratos atípicos, pero esto no significa que en todo el ámbito no regulado expresamente por ley sea posible o recomendable la regulación reglamentaria, esta opción es más adecuada, si la

posición de Motivos del Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, la inclusión de este contrato responde a uno de los objetivos de la reforma: «la regulación de figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que están necesitadas de nueva regulación (...). Se disciplina así el contrato de permuta de suelo por obra futura, que pese a su importancia económica y frecuente utilización, no había sido regulada hasta ahora por el Reglamento Hipotecario».

En esta misma línea, frente a lo que el propio Tribunal considera «machacona alegación de las Administraciones» para explicar el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia inmobiliario-registral, argumentando que tiene un carácter meramente técnico y respeta los principios básicos de nuestro sistema jurídico, en el Fundamento de derecho octavo el Supremo considera que: *«Aun cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código Civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el cometido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria»*.

Planteada la cuestión en estos términos, con relación al artículo cuestionado, el Tribunal entiende que *«...en los tres primeros párrafos del precepto cuestionado se crean una serie de derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de*

admitimos con carácter general, en un ámbito como el administrativo regido por el estricto principio de legalidad y no en un ámbito como el civil en el que la falta de regulación específica es algo habitual si no la regla general. En este último sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA (pág. 241) señala que en materia civil la doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo considera que el Reglamento, salvo que se haya dictado por delegación expresa de una ley, no tiene eficacia normativa en las relaciones jurídicas civiles (puesto que la sentencia que no lo aplica no es objeto de casación). En la doctrina civil, DE PABLO CONTRERAS (en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ALVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil. Derecho Privado. Derecho de la persona*, Tomo I, 1998, págs. 97-100) critica esta doctrina del Tribunal Supremo, entendiendo que es fruto de una mera inercia histórica, como también lo es el negar todo campo de acción al Reglamento en materia civil, ya que no existe en la Constitución Española una reserva de ley en materia civil (sólo se podría encontrar una respuesta positiva afirmando la vigencia en nuestro ordenamiento de la cláusula «libertad y propiedad», con origen en el constitucionalismo inglés, en virtud de la cual existe una genérica reserva de ley en todo lo que afecte a la esfera jurídica personal de los ciudadanos); no existe, a juicio de este autor, una reserva de ley en materia civil, lo único que existe es una tendencia, fruto de la tradición codificada del Derecho Civil, lo que supone una congelación de rango que obliga en muchas ocasiones a la regulación por ley.

los derechos civiles reservada a una ley formal» y, en definitiva, «...se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos».

El Reglamento Hipotecario es una norma perfectamente legitimada para regular lo referente a inscripción y efectos registrales y para desarrollar cualquier materia contenida en la Ley Hipotecaria, pero no parece posible que la regulación de un contrato atípico en este cuerpo legal produzca efectos civiles más allá de los efectos registrales.

Probablemente la decisión del Tribunal Supremo de anular parcialmente este precepto (aunque en el fondo se anula la verdadera regulación, ya que el resto, por sí solo es prácticamente inútil) se puede entender y compartir desde el punto de vista de la extralimitación de una norma de rango reglamentario. Pero son más discutibles, tal como venimos exponiendo, las aseveraciones del Supremo relativas a la modificación que este precepto suponía del sistema de adquisición de los derechos reales establecido en nuestro Código Civil. Resulta discutible y de hecho, tal como hemos visto, hay diversas posiciones en la doctrina, el reconocimiento de un derecho real al adquirente de un bien futuro, pero se trata de un problema de interpretación de cómo funciona la teoría del título y el modo, que admite diversas opciones.

Si admitimos la doctrina manifestada por el Supremo, debemos concluir que cualquier regulación, por ley, de la adquisición del dominio en los contratos con objeto futuro (siguiendo, por ejemplo, el modelo francés de la compraventa), siempre que reconozca al adquirente un derecho real anterior a la existencia física del objeto, supone una modificación de la teoría del título y el modo y no parece que esto sea así ni que los defensores de las diversas explicaciones que hemos analizado estén proponiendo una modificación de nuestro sistema de adquisición del título y el modo. En cualquier caso, tal como dice el Abogado del Estado en sus alegaciones ante el Tribunal Supremo, el debate que se plantea es de Derecho privado, de naturaleza del régimen del contrato y de las relaciones que pueden surgir del mismo; por tanto, no se puede solucionar de un modo tan simple como lo hace la sala tercera del Tribunal Supremo.

En definitiva, con la declaración de nulidad del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desaparece la única vía que existía para que estos contratos tengan acceso directo al Registro de la Propiedad. Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones: la nulidad de este precepto demuestra que un Reglamento no es la norma adecuada para disciplinar esta materia, pero sigue siendo necesaria la regulación del problema, en los mismos términos o no que los utilizados en la norma anulada.

Al mismo tiempo, el intento de regulación representado por el artículo 13 demuestra la importancia que con relación a la transmisión del dominio de los

inmuebles futuros tiene el papel del Registro de la Propiedad; hasta tal punto que podríamos decir que existiendo inscripción (por la vía que sea) se soluciona el problema de los conflictos del cedente con terceros, ya que su derecho será oponible y por el contrario, no existiendo inscripción, estamos en el ámbito de las teorías doctrinales, son defendibles diversas explicaciones y posibilidades (existencia de una cotitularidad sobre el solar, eficacia transmisiva de la escritura en la que se documenta el contrato...) y la solución de cada caso concreto dependerá del Tribunal a cuya consideración se someta el conflicto planteado.

NOTAS

- La contraprestación se determina tomando como referencia la obra que se debe realizar sobre el solar objeto del contrato, con lo que se refleja la propia esencia del contrato, ya que, realmente, estamos en presencia de fórmulas a través de las que se persigue el desarrollo de la construcción (lo que podríamos denominar «contratos de construcción»).
- (Categoría contractual).
- Estos negocios responden, en el fondo, a la necesidad de que el derecho de respuesta a las nuevas necesidades sociales y además de una forma económicamente satisfactoria para los particulares...
- Sobre la sentencia que anula el artículo 13 del RH: Más que decisiones puntuales sobre los preceptos sometidos al juicio del Tribunal, parece que se puede aventurar que se trata de una línea seguida por el Alto Tribunal: no se trata de anular determinados preceptos aislados, sino que no parece que la reforma en conjunto haya sido muy acertada, al menos en cuanto a la técnica legislativa utilizada (AVILA NAVARRO lo ha calificado de contrarreforma).

Hasta la aparición de este precepto, los negocios que podemos denominar de cesión de solar a cambio de obra futura carecían de una regulación positiva. Dejando a un lado la conveniencia de tipificar (entendiendo por tal una regulación general y sistemática) y el inconveniente que para ello representa la existencia de diversas modalidades a través de las que se desarrollan estos negocios, lo cierto es que el artículo 13 se refiere a una determinada modalidad contractual y trata de solucionar un problema concreto.

M.^a CARMEN PLANA ARNALDOS
Profesora de Derecho Civil
de la Universidad de Murcia

Unas notas en torno a la asociación. En especial, la nueva Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación

SUMARIO: 1. INDICACIONES PRELIMINARES.—2. REGIMEN JURIDICO GENERAL: 2.1. CONCEPTO DE ASOCIACIÓN. 2.2. CARACTERES DE LA ASOCIACIÓN: a) *Pluralidad de personas*; b) *Bienes*; c) *Fines lícitos y de carácter general*. 2.3. ORGANOS DE LA ASOCIACIÓN: a) *Asamblea General*; b) *Junta Directiva*.—3. EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE ASOCIACION: 3.1. HASTA LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964. 3.2. LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964. 3.3. LA SITUACIÓN POSTERIOR A LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964, HASTA LA NUEVA LEY ORGÁNICA.—4. LA NUEVA LEY ORGANICA REGULADORA DEL DERECHO DE ASOCIACION DE 2002: 4.1. RÉGIMEN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN (ARTS. 1 A 4). 4.2. CONSTITUCIÓN DE LAS ASOCIACIONES (ARTS. 5 A 10). 4.3. FUNCIONAMIENTO DE LAS ASOCIACIONES (ARTS. 11 A 18). 4.4. LOS ASOCIADOS (ARTS. 19 A 23). 4.5. REGISTRO DE ASOCIACIONES (ARTS. 24 A 30). 4.6. MEDIDAS DE FOMENTO DEL ASOCIACIONISMO (ARTS. 31 A 36 Y 42). 4.7. GARANTÍAS JURISDICCIONALES (ARTS. 37 A 41). 4.8. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.—BIBLIOGRAFIA.

1. INDICACIONES PRELIMINARES

La reciente promulgación de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, largamente esperada, ha supuesto por fin el establecimiento de una normativa general sobre el derecho fundamental de asociación adaptada a la Constitución Española de 1978.

Nos proponemos en este trabajo realizar una exposición del contenido del referido texto normativo, pero ello requiere, previamente, saber qué se entiende en la actualidad por asociaciones y cómo se ha llegado a esa noción. Debemos así trazar una definición del propio concepto teórico de asociación, para pasar a continuación a abordar el estudio de la evolución histórica de la institución hasta la actualidad, con especial detenimiento en la hasta ahora vigente Ley de Asociaciones de 1964. Tras esto, será ya cuando estemos en condiciones de estudiar adecuadamente la nueva Ley.

2. REGIMEN JURIDICO GENERAL

2.1. CONCEPTO DE ASOCIACIÓN

En un nivel estrictamente doctrinal, la asociación suele ser definida como la «personificación de un grupo de personas físicas (colectividad); es decir, organizada unitariamente para conseguir fines propios y determinados del propio grupo» (1), a lo que debe añadirse la nota —que, como veremos, distingue las asociaciones propiamente dichas o en sentido estricto de las sociedades— de la falta de ánimo de lucro. De este modo, podemos entender por asociación una colectividad de personas que se organizan para la consecución de unos fines de interés general sin ánimo de lucro, un «conjunto de personas voluntariamente organizado con vistas a la consecución de un fin de interés general y no lucrativo» (2).

Así, frente a la concepción amplia de asociación como sinónimo de persona jurídica de base asociativa, que incluiría tanto las asociaciones propiamente dichas como las sociedades —civiles o mercantiles—, nosotros nos referiremos en este trabajo a las primeras.

La asociación responde al carácter naturalmente social o sociable del ser humano, que tiende a agruparse para la consecución de determinados fines precisos para el desarrollo de su personalidad, dado que no puede por sí solo alcanzarlos porque trascienden a su capacidad individual (3). Por ello, como ve-

(1) Cfr. CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, «La persona jurídica», en *Temas de Derecho Civil*, ed. del autor, Madrid, 1972, pág. 78. Como veremos en su momento, el requisito del carácter físico de las personas integrantes del grupo ha desaparecido en la actualidad. De modo similar, pero sin esa nota de *fisicidad* de los asociados, se pronuncian LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN (en *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 553).

(2) Cfr. LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil*, T. I, 7.ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 2000, pág. 391; asimismo, en LASARTE, Voz «Asociación (Derecho Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 617-618. Una definición similar es la que da FRANCISCO CAPILLA RONCERO («Comentario a los arts. 35 y 36 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. I, vol. 3.º, 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1993, pág. 850; y «Las asociaciones», en *Derecho Civil. Parte general*, coord. por A. M. López López y V. L. Montés Penadés, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 697).

(3) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, «Comentario a los artículos 35 y 36 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, presid. y coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 591-592; y, de modo similar, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 554, y SÁNCHEZ DE FRUTOS, RAMÓN G., «La asociación: su régimen jurídico en Derecho español», en *RCDI*, núm. 446-447, 1965, pág. 883. Como dijo FRANCESCO FERRARA (*Teoría de las personas jurídicas*, trad. por E. Ovejero, Ed. Reus, Madrid, 1929, pág. 6), «la asociación tiene por efecto producir mediante la concentración el crecimiento de las fuerzas individuales y, por consiguiente, la posibilidad de conseguir un resultado que de otro modo sería irrealizable, o por lo menos conseguirlo con más eficacia y facilidad».

remos, ya desde antiguo es objeto de atención por el Derecho, contemplándose como un derecho de orden natural (4), y desde la Revolución francesa es considerado un derecho de carácter fundamental de la persona. Sin embargo, la visión de las asociaciones por parte del liberalismo imperante en el siglo XIX como una restricción de la libertad individual de la persona hizo que se retrasara su integración en las sucesivas Constituciones, lo que finalmente se produjo por primera vez con la francesa de 1848 (en España desde la de 1869) (5).

(4) En tal sentido, es especialmente significativa la indicación de la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII, que recoge la doctrina de la Iglesia católica al respecto y que es en cierto modo revolucionaria para la época (como destacamos en las cursivas, que son nuestras): «[A]unque las sociedades privadas se den dentro de la sociedad civil y sean como otras tantas partes suyas, hablando en términos generales y de por sí, *no está en poder del Estado impedir su existencia, ya que el constituir sociedades privadas es derecho concedido al hombre por la ley natural*, y la sociedad civil ha sido instituida para garantizar el derecho natural y no para conculcarlo; y, si prohibiera a los ciudadanos la constitución de sociedades, obraría en abierta pugna consigo misma, puesto que tanto ella como las sociedades privadas nacen del mismo principio: que los hombres son sociables por naturaleza.—Pero concurren a veces circunstancias en que es justo que las leyes se opongan a asociaciones de este tipo; por ejemplo, si se pretendiera algo que esté en clara oposición con la honradez, con la justicia, o abiertamente dañe a la salud pública. En tales casos, el poder del Estado prohíbe, con justa razón, que se formen, y con igual derecho las disuelve cuando se han formado; pero habrá de proceder con toda cautela, no sea que viole los derechos de los ciudadanos, o *establezca, bajo apariencia de utilidad pública, algo que la razón no apruebe*, ya que las leyes han de ser obedecidas sólo en cuanto estén conformes con la recta razón y con la ley eterna de Dios» (P. II, núm. 35; texto según la obra *Ocho grandes mensajes*, ed. preparada por Jesús Iribarren y José Luis Gutiérrez García, 12.^a ed., BAC, Madrid, 1981, págs. 49-50). Vid. igualmente las Exposiciones de Motivos de la Ley de 24 de diciembre de 1964 y de la nueva Ley Orgánica de 2002.

(5) Pese a ser contemplado con escasas simpatías por el poder político, por cuanto la existencia de organizaciones en la sociedad supone un obstáculo a su libre actuación. No obstante, es claro que habrá diferencias entre las Constituciones propias de regímenes democráticos y las de los no democráticos, pues las primeras tenderán a su desarrollo y las segundas, por el contrario, a su limitación, sobre todo a efectos de restringir el asociacionismo político (o sea, la constitución y funcionamiento de partidos políticos) no controlado por el poder político. Sin embargo, en nuestra transición política de 1976-78, se produjo un llamativo fenómeno puesto de manifiesto por el profesor LASARTE («Notas sobre el derecho de asociación y la regulación jurídica de las asociaciones», en *La Ley*, T. 1984-1, págs. 1135-1136; y «Principios...», *op. cit.*, págs. 392-393), similar, no obstante, al de otros ordenamientos jurídicos: en vez de promulgar una nueva ley general de asociaciones, que hubiera sido lo pertinente, se mantiene —justo hasta ahora, cuando ha sido sustituida— una originada en un Estado autoritario para «parchear» los problemas políticos de primera línea, prefiriendo —como veremos en el texto— la proliferación de leyes asociativas sectoriales.

Por otra parte, el reconocimiento constitucional del derecho de asociación suele hacerse conjuntamente con el de reunión —y, en ocasiones, manifestación—, de naturaleza muy similar (pero que se diferencia de aquél básicamente en su ejercicio concretado temporalmente, frente a la tendencial permanencia de las asociaciones). También aparecen ligados en su exclusión a los extranjeros sin permiso de estancia o residencia, por parte de los artículos 7.1 (reunión: «Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan

Frente a ese derecho de asociación, los distintos ordenamientos jurídicos han adoptado tres posibles sistemas (6):

- a) Absoluta libertad de constitución de asociaciones, sin necesidad de autorizaciones administrativas ni comunicaciones al poder público, sin perjuicio de que pueda requerirse algún tipo de inscripción para dar publicidad de la existencia de la asociación. Sería, como veremos, el actual sistema español desde la Constitución de 1978, tanto durante la vigencia de la Ley de 1964, reinterpretada a la luz de los principios constitucionales, como en la nueva Ley Orgánica de 2002 (7).
- b) Preaviso de la constitución de la asociación a la Administración, pero sin que ello suponga la necesidad de una autorización de ésta. Este era el sistema de la Ley de Asociaciones de 1887, en el que la inscripción registral era obligatoria pero no constitutiva, sino *posterior*

autorización de estancia o residencia en España»), y 8 (asociación: «Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España») de la *Ley de Extranjería* (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(6) Cfr. PELLISÉ PRATS, BUENAVENTURA, Voz «Asociación», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. III, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1951, pág. 64. Igualmente, ENNECCERUS, LUDWIG, *Derecho Civil (parte general)*, T. I, vol. 1.º, revis. por Hans Carl Nipperdey, del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1953, págs. 443-444.

MANUEL ALBALADEJO (*Derecho Civil*, T. I, vol. 1.º, 9.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1983, págs. 382-386), y JOSÉ PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, revis. por Luis Puig Ferriol, T. I, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 713-714) optan por otra clasificación —si bien el primero lo hace en referencia a la generalidad de personas jurídicas—. Distinguen, en primer lugar, un *sistema de reconocimiento genérico*, de modo que dándose determinados requisitos se reconoce *ope legis* la personalidad jurídica, y uno *específico*, en el que se precisa una decisión de los poderes públicos que la otorgue individual y específicamente. A su vez, dentro del reconocimiento genérico, cabría distinguir entre el *reconocimiento por libre constitución*, en el que el reconocimiento sólo depende del simple hecho de la constitución del ente, y el *reconocimiento por disposiciones normativas*, en el que se precisa el doble requisito de cumplimiento de los presupuestos legales y de acto de la autoridad que así lo reconozca. Finalmente, del reconocimiento por disposiciones normativas debe distinguirse la *atribución por concesión*, en que es el acto concesivo de la autoridad pública el que confiere la personalidad, mientras que en el primero el acto administrativo no es más que el último paso del conjunto de presupuestos que, concurriendo, supondrán la atribución automática de la personalidad jurídica. Para PUIG BRUTAU (*op. cit.*, págs. 713-716), la Ley de 1877 determinaba un sistema de reconocimiento de la personalidad por disposiciones normativas, el Decreto de 1965 vino a instaurar en la práctica el sistema de atribución por concesión, y la Ley de 1964 habría vuelto al sistema de reconocimiento por disposiciones normativas (en cambio, considera que en ésta se asumiría un sistema de libre constitución ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 387).

(7) Aunque esta calificación es un tanto dudosa, pues como veremos cuando analicemos su artículo 10.4, se liga a la inscripción bastante más que los meros «solos efectos de publicidad» que señala la Constitución.

a la constitución de la asociación, y el Gobernador Civil no podía negarse a la inscripción (8).

- c) Previa autorización administrativa, con carácter esencial, para la constitución de asociaciones. Era el sistema originario de la Ley de Asociaciones de 1964, hasta la vigencia de la actual Constitución. No obstante, esa autorización administrativa podía ser reglada —como es el caso de la propia Ley de 1964— o por el contrario discrecional —como sucedía con el Decreto de 25 de enero de 1941—.

La asociación se constituye mediante un acto por el cual los distintos socios fundadores deciden unirse para la obtención de los fines sociales (*acto de constitución*), ya sea propiamente en un solo acto (constitución simultánea, en una asamblea constituyente) o por medio de la existencia de uno o varios promotores que irán recogiendo las adhesiones de los socios fundadores (constitución sucesiva; lo más frecuente). Este acto de constitución, que supone un negocio jurídico asociativo de naturaleza plurilateral (9), tendrá distintas consecuencias en función del sistema vigente: desde la directa constitución de la asociación por su medio (sistema de absoluta libertad) a la mera naturaleza de requisito previo para la autorización administrativa (sistema de autorización administrativa previa). Tanto en la Ley de Asociaciones de 1964 como

(8) En ese sentido, BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER [Anotaciones al *Derecho Civil (parte general)*, de LUDWIG ENNECCERUS, *op. cit.*, págs. 447-448, 456-457 y 459; las cursivas son del original] señalan que la Ley de 1887 no exigía «la *aprobación* por la autoridad, ni la *concesión* de personalidad».

(9) Sobre la discutida categoría de los negocios plurilaterales, en especial de los denominados *acuerdos* o *convenciones*, cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 497.

Dada la falta de una reciprocidad de consentimientos y de unos intereses enfrentados, se ha negado su carácter de contrato, afirmando que se trataría de un *acuerdo*, basado en una pluralidad de consentimientos que confluyen en un fin común, sin contraposición de intereses. Para EMILIO BETTI (*Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f., pág. 225), en el acuerdo los intereses serían *paralelos*, encuentran en el negocio el medio para actuar *prácticamente* su dirección común, mientras que en el contrato esos intereses serían *contrapuestos*, alcanzando por el negocio una solución a su conflicto. Sin embargo, esta diferenciación se encuentra con el obstáculo de que falta una regulación propia de los *acuerdos*, que hace que finalmente aquélla carezca de sentido al aplicárseles la misma normativa que al contrato (ante lo cual, sus defensores deben *escaparse* por la vía de defender el artificio de la aplicación al acuerdo de las normas del contrato *salvo en aquello en que se diferencian*; así, BETTI, «Teoría general...», *op. cit.*, pág. 228), y de que en la sociedad —cuya naturaleza contractual, al ser de origen legal, no puede ser discutida— también se da esa confluencia hacia un fin común. Por ello, entendemos que es preferible retomar su consideración como un negocio jurídico *plurilateral*, más que como integrante de la pretendida categoría del *acuerdo*. Pero baste con lo apuntado hasta aquí, pues un análisis de la cuestión más detallado nos impondría una dispersión excesiva respecto del tema objeto de nuestro estudio.

en la actual de 2002 se determina que el acto de constitución ha de plasmarse en un acta constitutiva.

2.2. CARACTERES DE LA ASOCIACIÓN

Serían notas o caracteres distintivos de la asociación las siguientes (10):

a) *Pluralidad de personas*

Debe existir un conjunto de personas que desean agruparse en una institución, la asociación, para la consecución de un fin común, ya que aquélla es una *universitas personarum*. En principio, cabe pensar que para esa pluralidad deberían bastar dos personas, como sostenía la doctrina más autorizada (11), no siendo admisibles aquí las referencias de algunos autores al mínimo de tres personas para la fundación de sociedades en la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (12) o a la constitución de los *collegia* romanos (*tria faciunt collegium*) (13), ya que nuestra Constitución no exige mínimo alguno y la Ley de Asociaciones de 1964 tampoco lo hacía (sin perjuicio, por supuesto, de que en alguna particular norma sectorial sí se establezca un núme-

(10) Vid. CASTRO, «La persona jurídica», *op. cit.*, págs. 80-82. Con él coinciden DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 553; y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS (revis. por Agustín Luna Serrano), «La asociación», *Parte general del Derecho Civil*, T. I de los *Elementos de Derecho Civil*, de José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Jesús Delgado Echevarría y Francisco Rivero Hernández, vol. 2.º, reimpr., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 280-281.

(11) Vid. LASARTE, Voz «Asociación (Derecho Civil)», *op. cit.*, pág. 618, y «Principios...», *op. cit.*, págs. 396-397. En el mismo sentido, CAPILLA, «Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 698; CARPIO MATEOS, FRANCISCO, «El patrimonio de la asociación y los derechos de los asociados», en *RCDI*, núm. 491, 1972, pág. 772; PELLISÉ, Voz «Asociación», *op. cit.*, págs. 69 y 89; PÉREZ y ALGUER, «Anotaciones...», *op. cit.*, pág. 458 (que entienden aplicable analógicamente el art. 1.665 del Código Civil); PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, págs. 704 y 710, y SÁNCHEZ DE FRUTOS, «La asociación...», *op. cit.*, págs. 887 y 893. Igualmente parece decantarse por esta posición ALBALADEJO, «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 396. LACRUZ sigue una posición poco clara, pues mientras que por una parte señala (en «La asociación», *op. cit.*, pág. 290) que para la constitución de la asociación deberían bastar dos personas, posteriormente dice que la asociación es el producto de una pluralidad de declaraciones de voluntad, «a partir de tres» (*loc. cit.*, pág. 291).

(12) Mínimo que, por otra parte, quedó reducido a dos personas con el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; en adelante, LSA) y eliminado —al permitirse la sociedad unipersonal— con la reforma de éste por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (Ley 2/1995, de 23 de marzo; en lo sucesivo, LSRL), a raíz de la XII Directiva sobre el Derecho de Sociedades. Esto, no obstante, no es utilizable como un argumento ahora a favor de las asociaciones de un solo miembro, dado que las necesidades económicas de utilización instrumental a las que responde la existencia de esas sociedades unipersonales no se dan en relación con las asociaciones propiamente dichas.

(13) Cfr. MARCELO, fr. 85 en *Digesto, De verborum significatione*, 50, 16.

ro mínimo de socios). Sin embargo, la nueva Ley de 2002 ha establecido finalmente un mínimo de tres socios fundadores para la constitución de una asociación, como veremos al hablar de dicha Ley. En cualquier caso, en lo que sí no existe duda es que no hay un número máximo de socios, salvo que la normativa sectorial aplicable o los Estatutos de la propia asociación dispongan otra cosa.

Por otra parte, esta pluralidad de socios habrá de concurrir tanto en el momento constitutivo como a lo largo de la vida de la asociación, sin que en principio quepa admitir la existencia de asociaciones unipersonales (14).

La adquisición de la condición de socio puede ser mediante la participación en el acto de constitución (socio fundador) o a través de su adhesión a una asociación ya constituida, cumpliendo los requisitos que en su caso prevean los Estatutos y previa aprobación de la admisión por el órgano de la asociación que sea competente (15).

Por otra parte, frente a la tradicional exigencia de que los socios fundadores fueran necesariamente personas naturales o físicas —pese a la existencia de algunas voces discrepantes (16)—, como así señalaba la Ley de Aso-

(14) Vid. CAPILLA, «Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 698. No se dan en la asociación las razones económicas que justifican la admisibilidad de sociedades mercantiles unipersonales, a las que hacíamos referencia en la nota 12. En cambio, admite la posibilidad de reducción de la asociación a un solo asociado, LACRUZ, «La asociación», *op. cit.*, pág. 290.

Sin embargo, pese a que la unipersonalidad va en contra del propio concepto de asociación, que denota una idea de *agrupamiento* de personas, y que por ello sólo es admisible por vía de excepción legal expresa, como sucede con las sociedades mercantiles a que hemos hecho repetida referencia, con la nueva Ley probablemente habrá que entender que, a falta de previsión específica, sí serán finalmente admisibles —indirectamente— las asociaciones con unipersonalidad sobrevenida, ya que las causas de disolución están determinadas taxativamente en el artículo 38, y entre ellas no se contempla la unipersonalidad, mientras que el número mínimo sólo se contempla respecto del momento constitutivo. Por ello, la mera reducción del número de miembros a uno no supondrá su disolución, de modo que la asociación seguirá subsistiendo aun en esas circunstancias.

(15) Es posible que la asociación se establezca como una estructura cerrada, de modo que no quepa la admisión de nuevos socios o sólo muy restrictivamente. Sin embargo, dado que lo normal es lo contrario, si no hubiera previsión estatutaria que se oponga debe entenderse que la admisión es libre, con los requisitos que indicamos en el texto.

Señala CAPILLA (en «Las asociaciones», *op. cit.*, págs. 706-707) que si se tratara de asociaciones u organizaciones con un papel de predominio legalmente establecido o fomentado, se podría imponer el deber de admitir a quien reúna ciertas condiciones, sin que sea libre la decisión de la asociación. LACRUZ (en «La asociación», *op. cit.*, pág. 296) considera que en tales casos la negativa injustificada a admitir como socio a un solicitante que reuniera las condiciones exigidas podría constituir un abuso de derecho. Fuera de estos supuestos, no puede entenderse que exista un derecho a ser admitido en una asociación por el simple cumplimiento de los requisitos establecidos estatutariamente, como ponen de manifiesto CAPILLA («Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 715), y LACRUZ («La asociación», *op. cit.*, pág. 295).

(16) Como CARPIO MATEOS, «El patrimonio de la asociación...», *op. cit.*, pág. 768; PELLISÉ, *Voz* «Asociación», *op. cit.*, pág. 82; y SÁNCHEZ DE FRUTOS, «La asociación...», *op.*

ciaciones de 1964 (17) y defendía un sector de la doctrina (18), recientemente se venía observando en cambio una tendencia favorable a que también las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, pudieran crear y ser miembros de asociaciones, plasmada destacadamente en las leyes autonómicas vasca (19) y catalana (20), y que ha culminado en la Ley Orgánica de 2002. También cabe citar, en este último sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, de 23 de julio, que consideró extensible a las personas jurídicas la titularidad del derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución.

Respecto a la nacionalidad de los socios, tradicionalmente se ha restringido el derecho de asociación de los extranjeros (21), aunque a falta de una previsión legal específica se propugnaba bajo la Ley de 1964 la equiparación entre españoles y extranjeros en este punto, sobre la base del artículo 27 del Código Civil, y salvando la posibilidad de normas especiales más restricti-

cit., pág. 895 (que considera que las personas jurídicas pueden ser socios de una asociación, aun cuando no puedan ser fundadores, debido a la explícita exigencia de la Ley de 1964 de que sean personas naturales); y, en el mismo sentido, ENNECCERUS, *Derecho Civil (parte general)*, *op. cit.*, pág. 479; y PÉREZ Y ALGUER, «Anotaciones...», *op. cit.*, pág. 485. Más recientemente, ALBALADEJO («Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 396), LACRUZ («La asociación», *op. cit.*, págs. 290 y 295), y CAPILLA («Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 698), entienden que el reconocimiento de la libertad de asociación por el artículo 22 CE comprende la libertad de autoorganización de las asociaciones, de modo que pueden ser miembros de las asociaciones tanto las personas físicas como jurídicas, y por tanto consideran como verdaderas asociaciones a las federaciones y agrupaciones de asociaciones.

(17) Vid. artículo 3.

(18) Así, el Profesor LASARTE («Principios...», *op. cit.*, pág. 397) entiende que debemos tener en cuenta que la asociación es un derecho reconocido a los ciudadanos y que por tanto debe quedar reservado a las personas propiamente dichas, con independencia de que las personas jurídicas puedan constituir federaciones o confederaciones (entes distintos de las asociaciones y que no derivan del derecho constitucionalmente reconocido). PUIG BRUTAU parece seguir una posición intermedia, pues aunque distingue claramente entre asociación y federación de asociaciones («Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 703) y entiende —si bien limitado por el tenor del art. 3.1 de la entonces vigente Ley de 1964— que no cabe su participación en la constitución de la asociación (*loc. cit.*, págs. 704-705), finalmente concluye que el impedimento operaría únicamente en ese momento constitutivo de la asociación, de modo que «ningún obstáculo existe para que una vez constituida una asociación, pueda ingresar como socio de la misma una persona jurídica a menos que tal posibilidad venga excluida por la normativa especial de ciertas asociaciones» (*loc. ult. cit.*).

(19) Vid. artículo 5.2.b).

(20) Vid. artículo 4.1.b).

(21) Así, el Real Decreto de 1901 establecía que «para que los extranjeros constituyan en España asociaciones comprendidas en los preceptos de la Ley de 30 de junio de 1887, o ingresen en las ya creadas, será condición indispensable que los fundadores, directores o presidentes de las asociaciones mismas acrediten ante el Gobierno de provincia que aquéllos se hallan inscritos como súbditos de la Nación a que pertenezcan en el consulado correspondiente, solicitando al mismo tiempo su inscripción en el propio Gobierno de provincia».

vas (22). En la actualidad, al margen de los ciudadanos de países de la Unión Europea —respecto de los cuales los tratados comunitarios imponen el mismo tratamiento que a los nacionales españoles—, el artículo 8 de la denominada *Ley de Extranjería* no lo admite respecto de los que no cuenten con permiso de estancia o residencia (23), mientras que los extranjeros que sí cuenten con tales permisos habría que entender que gozan del derecho de asociación en igualdad de condiciones que los españoles (24).

Asimismo, la Ley de Asociaciones de 1964 requería que los socios constituyentes o fundadores tengan capacidad de obrar, quedando excluidos los menores de edad e incapacitados, lo que suscitaba críticas por cuanto la legislación relativa a las asociaciones juveniles y estudiantiles partía precisamente del principio de la minoría de edad de sus socios, y la práctica mostraba la incorporación de menores de edad a asociaciones culturales y deportivas (25). Esto fue superado en las leyes autonómicas vasca y catalana, que admiten que los menores de edad puedan constituir y ser miembros de asociaciones juveniles o de alumnos (26), y, finalmente, con la nueva Ley Orgánica de 2002.

Algunos autores, con un criterio *subjetivista*, han considerado como característica de la asociación, por oposición a la sociedad, el tener una estructura esencialmente abierta, frente a la cerrada de la sociedad, es decir, el que en la asociación se pueda cambiar la identidad y el número de sus socios sin que en sí se modifique o altere, cosa que no sucede en la sociedad (27). Sin embargo,

(22) Así, PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 705. Igualmente, SÁNCHEZ DE FRUTOS, «La asociación...», *op. cit.*, pág. 895.

(23) Vid. *supra* nota 5.

(24) Vid. igualmente, en tal sentido, la STC 115/1987, de 7 de julio.

(25) Así, LASARTE, «Principios...», *op. cit.*, pág. 397.

(26) La catalana no hace referencia a las asociaciones de alumnos (tal vez por entender que por su naturaleza son una especificidad de las juveniles), pero en cambio tiene la importante previsión de que las asociaciones no juveniles podrán admitir a menores como asociados, aunque respecto de aquello en que no tengan capacidad de obrar deberán actuar a través de sus representantes legales (art. 4.2).

(27) Como mantiene PELLISÉ, Voz «Asociación», *op. cit.*, págs. 70 y 73. Básicamente, mientras el criterio de distinción entre asociaciones y sociedades basado en el fin de lucro es de origen francés, el que se asienta en diferenciar una estructura corporativa y desligada de sus miembros (asociación) y una estructura personalista (sociedad) es de raíz alemana [cfr. PANTALEÓN, FERNANDO, «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», en *ADC*, T. XLVI-I, 1993, pág. 8], aunque también la aceptan autores, no alemanes, como FERRARA («Teoría de las personas jurídicas», *op. cit.*, pág. 458); sin embargo, como vemos en el texto, este último criterio no es plenamente aceptable en nuestro Derecho.

No obstante, últimamente se vuelve a ver una cierta tendencia a redefinir el concepto de sociedad sobre la base de su estructura (si bien, por supuesto, abandonando las referencias a lo abierto o cerrado de la misma) en vez de sobre el ánimo de lucro (según sigue haciendo la doctrina mayoritaria); así, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, «Animo de lucro y concepto de sociedad», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 737-739. Entiende

esto no es aceptable, dado que por una parte la mutabilidad de los socios o estructura abierta no es una característica esencial de la asociación, sino meramente natural, ya que ésta podrá establecer unas restricciones a la admisión de socios fijadas con carácter general (28), y por otra, en las sociedades sólo podrá predicarse su estructura cerrada en los casos en que se hayan constituido *intuitu personae*, lo que desde luego no ocurre con las sociedades de carácter no personalista, como las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Es decir, cabe la posibilidad tanto de asociaciones cerradas como de sociedades abiertas. No obstante, sí es cierto que lo normal es que haya una natural mutabilidad de los socios, de modo que la asociación mantiene su identidad aun cambiando el número e identidad de los socios que la componen.

La cualidad de socio es, con carácter general, de naturaleza personalísima y, por tanto, intransmisible a terceros (29), sin perjuicio de que los Estatutos sí puedan autorizar la transmisión (30), y se extinguirá por muerte del socio, disolución de la asociación, separación voluntaria de aquél (31) o expulsión de la sociedad, con independencia de que los Estatutos puedan prever otras causas específicas.

La condición de socio atribuirá a éste los derechos y deberes inherentes a ella, que serán los que fijen los Estatutos de la asociación y, en defecto de previsión específica, habrá que entender que tendrá como mínimo los derechos de participación en la actividad y en los beneficios o ventajas de la asociación, de asistencia y voto en las asambleas y de ser elegido para los cargos de gestión de la asociación; y los deberes de prestar a la asociación los medios reales y personales que le correspondan (en especial, el abono de

este autor que de que el Derecho de asociaciones excluya de su ámbito las asociaciones con fin lucrativo «no cabe inferir la imposibilidad de sociedades sin fin lucrativo, sino solamente la imposibilidad de asociaciones con fin lucrativo» (*op. cit.*, pág. 739; y «Comentario al artículo 1.665 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1300). Apoya el criterio estructural PANTALEÓN («Asociación y sociedad...», *op. cit.*, págs. 26 y 40-41).

(28) Vid. *supra* nota 15.

(29) Dado que en la admisión de socios normalmente se tienen en cuenta sus características y condiciones personales.

(30) La nueva Ley, como veremos, restringe la posibilidad de admisión estatutaria de la transmisión de la cualidad de socio únicamente al caso de ser por causa de muerte o a título gratuito.

(31) El socio siempre debe poder abandonar la asociación, en consonancia con el principio general que excluye las vinculaciones vitalicias o perpetuas (vid. arts. 1.583 del Código Civil, respecto del arrendamiento de servicios; y, respecto del contrato de sociedad, 1.700.4º del Código Civil, si bien en la asociación no se producirá su disolución por la mera renuncia de un socio —como se dirá en su momento en el texto—). No obstante, los Estatutos pueden imponer condiciones o restricciones a este derecho del socio a darse de baja, siempre que no sean tan excesivas que lo hagan inviable en la práctica. Cfr. PÉREZ y ALGUER, «Anotaciones...», *op. cit.*, pág. 486.

las correspondientes cuotas) y de no llevar a cabo actos que contradigan el fin social (32). En la nueva Ley, los derechos y deberes del asociado aparecen expresamente contemplados en los artículos 21 y 23, y 22, respectivamente, como veremos más adelante.

Finalmente, suele afirmarse la necesidad de una *organización* de esa pluralidad de socios. De no existir, como ponen de manifiesto Díez-PICAZO y GULLÓN (33), estaríamos ante un conglomerado de personas, sin más: la organización viene impuesta por el mismo hecho asociativo, y representa el carácter estable de la unión de los miembros de la asociación. Una asociación estará organizada cuando cuente con órganos rectores —aun cuando lo reducido de la misma haga que todos sus socios sean simultáneamente gestores o administradores—, que son los que harán posible el cumplimiento de su fin. Sobre los aspectos organizativos volveremos más adelante.

b) *Bienes*

Toda asociación ha de tener un patrimonio personal. La importancia del elemento patrimonial no llega a la existente en relación con la fundación, hasta el punto de que ésta puede ser considerada un patrimonio destinado a un fin lícito de carácter general (en el sentido de que la fundación es considerada una *universitas bonorum*, mientras que la asociación es una *universitas personarum*), pero no cabe la existencia de una asociación —como toda persona— sin patrimonio, por mínimo que éste sea, siempre que sea suficiente para el cumplimiento de los fines de la misma. Por ello, como veremos, la desaparición del patrimonio social suele conllevar la obligatoriedad de iniciar el procedimiento de liquidación de la asociación (34).

Ese patrimonio estará integrado tanto por ingresos ordinarios (percibidos regularmente: cuotas sociales y rentas de la asociación) como extraordinarios [percibidos con carácter ocasional o aislado, como el cobro de subvenciones

(32) Cfr. PELLISÉ, Voz «Asociación», *op. cit.*, pág. 82.

(33) Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 553.

(34) En tal sentido, la pérdida del patrimonio no provocará necesariamente la disolución de la asociación, pero sí de modo indirecto: supondrá la imposibilidad de conseguir el fin social, que sí es una causa de disolución (cfr. LACRUZ, «La asociación», *op. cit.*, pág. 299).

Por el contrario, M. MIGUEL TRAVIESAS («Las personas jurídicas», en *RDP*, núm. 94-95, julio-agosto 1921, pág. 197) considera que no es esencial el patrimonio para la existencia de las personas jurídicas, al igual que entiende posible imaginar una asociación sin patrimonio CARPIO MATEOS («El patrimonio de la asociación...», *op. cit.*, págs. 772-773). ALBALADEJO («Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 397) afirma que el patrimonio no es un elemento imprescindible, pero que el Derecho sí requiere la existencia de un patrimonio inicial y que cuando se pierde establece la extinción de la persona (¿y eso es un elemento *no esencial?*, diríamos nosotros).

públicas, donaciones, herencias (35), legados (36), enajenaciones...], y se destinarán al mantenimiento de la asociación, a la cobertura de las cargas sociales y al cumplimiento de sus fines.

Entre los ingresos, un lugar destacado lo ocupan las cuotas sociales, que suponen el medio normal por el cual los socios contribuyen al mantenimiento de la asociación; y, por ello, hacerse cargo de su pago es uno de los principales deberes de todo socio (cuyo incumplimiento, normalmente a partir de una cierta entidad de las cantidades impagadas, será justa causa para la expulsión del socio). Pueden distinguirse unas cuotas ordinarias (las que se devengan periódicamente a cargo de cada socio desde su ingreso en la asociación; y las denominadas «cuotas de ingreso» o «derechos de entrada», cuyo abono se exige en determinadas asociaciones para poder ingresar como socio en ellas) y otras extraordinarias (las que se devengan excepcionalmente, por necesidades imprevistas de la asociación, y ésta debe exigir de sus socios por medio de derramas).

Estas aportaciones, tanto las iniciales como las realizadas posteriormente, normalmente tendrán un carácter pecuniario, pero nada obsta a que sean en especie, aunque habrá de tenerse en cuenta que si lo aportado fueran inmuebles o derechos reales inmobiliarios, deberán realizarse en escritura pública (37). Esos bienes podrían ser aportados en plena propiedad; sólo a título de goce, bien con un carácter real (derechos de usufructo o uso), bien a través de un derecho personal (señaladamente el arrendamiento, en la medida en que quepa su cesión); o, finalmente, aportando su nuda propiedad, con reserva del usufructo, uso o habitación vitalicios por el aportante.

La Ley de 1964 establecía que formaba parte del contenido estatutario mínimo el llamado «patrimonio fundacional», que quedaría afecto al cumplimiento de los fines asociativos y podría verse posteriormente incrementado con otros recursos complementarios. No obstante, la capacidad patrimonial de la asociación aparecía en esta Ley con una visión claramente restrictiva, pues se requería la autorización del Gobernador Civil o del Ministerio del Interior para esas aportaciones posteriores; norma de carácter claramente contrario a los principios de la Constitución de 1978 y por tanto derogada por la misma, de modo que desde su promulgación cabía entender que las asociaciones pueden adquirir y poseer toda clase de bienes y derechos sin necesidad de autorización ad-

(35) Vid. artículo 746 del Código Civil. Debemos tener en cuenta que la repudiación precisará la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Público (art. 993 del Código Civil).

(36) Respecto de éstos, la RDGRN de 24 de mayo de 1930, entiende que la aprobación judicial no es precisa para su repudiación, ya que sus bases son distintas de las de la repudiación de la herencia contemplada en el artículo 993 del Código Civil, a la que hacemos referencia en la nota anterior.

(37) Vid. artículos 3 LH, y —por aplicación analógica— 1.667 del Código Civil. Al respecto, cfr. CARPIO MATEOS, «El patrimonio de la asociación...», *op. cit.*, pág. 774.

ministrativa alguna, como cualquier otra persona jurídica (38). La nueva Ley, obviamente, confirma esta posición y elimina toda restricción de esta clase.

En tal sentido, las asociaciones podrán ostentar derechos reales de cualquier tipo (39), si bien el usufructo tendrá un límite temporal de treinta años —o el de la disolución de la asociación, si se produce con anterioridad— (40).

c) *Fines lícitos y de carácter general*

Por último, será precisa la existencia de unos fines, para los cuales se ha constituido la asociación.

Esos fines, por la propia naturaleza de la asociación, han de ser de carácter *general* y no lucrativo, pues ahí radica la nota distintiva entre ésta y las sociedades (civiles o mercantiles). Como ya hemos tenido ocasión de indicar, mientras que la asociación propiamente dicha se dirige a unos fines de carácter público o general y sin ánimo de obtener un lucro o ganancia (41), las sociedades se caracterizan por tener una finalidad de carácter particular (42) (de ahí que el Código Civil se remita a sus normas para las «asociaciones de interés particular»), concretada en la obtención de una ganancia o lucro repartible entre sus socios (43); o sea, en las sociedades concurrirá un doble requi-

(38) Vid. artículo 38 del Código Civil. En ese sentido, LASARTE, «Principios...», *op. cit.*, pág. 404.

(39) Se discute en la doctrina si se exceptuarían los derechos de uso y habitación, por cuanto el artículo 524 del Código Civil determina su extensión en función de las necesidades del usuario o su familia. Entendemos con CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, vol. 2.º, 13.ª ed., revis. y puesta al día por José Luis de los Mozos, Ed. Reus, Madrid, 1982, pág. 443, nota 1) que es muy discutible esa exclusión: obviamente, la asociación no tiene familia, pero sí necesidades propias de uso, como podría ser el de unos despachos para sus oficinas administrativas.

(40) Vid. artículo 515 del Código Civil.

(41) Como señala VÍCTOR COVIÁN [Voz «Asociación (Derecho y contrato de)», en *Enciclopedia Jurídica Española*, T. III, Ed. Francisco Seix, Barcelona, s. f. (ca. 1910), pág. 689; cursiva en el original], «la asociación es en su esencia *desinteresada*». En tal sentido, el artículo 1 de la Ley de Asociaciones de 1887 establecía que el concepto de asociación se correspondía con aquellas «para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia», así como «las Sociedades de Socorros Mutuos, de Previsión, de Patronato y las Cooperativas de producción, de crédito o de consumo».

(42) Aunque ello no obsta a que excepcionalmente pueda haber sociedades en que su fin principal sea de interés público, como es destacadamente el caso de las sociedades creadas por entes públicos (Estado, Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales...), y por ello a éstas les son de aplicación ciertas normas de Derecho Público. Cfr. PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 657.

(43) Afirma COVIÁN [Voz «Asociación (Derecho y contrato de)», *op. cit.*, pág. 691; cursivas en el original] que «la asociación es extraña á toda idea de lucro material, pues si éste interviene, se convierte en otra entidad, ó sea la sociedad propiamente dicha. (...)

sito: ánimo de lucro, y ánimo de repartirse entre los socios las ganancias que se obtengan (44) (45).

El que la asociación tenga unos fines de carácter no lucrativo no supone que la misma no pueda obtener ventaja patrimonial alguna o realizar alguna actividad económica, respecto de la cual estará en su caso sujeta al estatuto de comerciante, sino que lo que queda excluido es que la finalidad exclusiva y única por la que se constituya sea de carácter económico, de obtención de lucro y de reparto del mismo entre los socios (46). Como señala PELLIS-

(S)e opone la *sociedad* á la *asociación*, reservando el primer vocablo para las instituciones de derecho privado que persiguen como exclusivo objeto la obtención de beneficios y su reparto entre los socios, notas características que niegan las legislaciones modernas al segundo, pues su naturaleza excluye toda idea de ganancia ó lucro; la asociación busca un fin más noble (...). En este materia es especialmente significativo el Preámbulo del Real Decreto de 3 de marzo de 1928, que señalaba que «(...) todas aquellas [asociaciones] en que falten los esenciales requisitos que para las sociedades civiles señala el artículo 1.665 del Código Civil y para las mercantiles el 116 del de Comercio, han de considerarse necesariamente comprendidas en el concepto genérico de asociación que regula la expresada Ley [la de 1887], ya que en su amplitud caben todas las modalidades en que, persiguiéndose la obtención de cualquier fin lícito por la cooperación humana, no aportan sus individuos bienes determinados, ni verifican distribución de las utilidades o ganancias que con los mismos se obtuvieren».

(44) En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que la terminología del legislador en esta materia —como en tantas otras— no es especialmente precisa, y en ocasiones denomina «sociedades» a entidades de naturaleza mercantil por razón de la forma pero no presididas por un ánimo de lucro, como es el caso de las cooperativas de iniciativa social (arts. 1 y 106 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas —en lo sucesivo, LCoop.—, que define las cooperativas como sociedades y declara que las de iniciativa social han de ser sin ánimo de lucro, respectivamente) o las agrupaciones de interés económico (sin ánimo de lucro, conforme al art. 2.2 LAIE).

(45) No obstante, debemos recordar la existencia de una corriente doctrinal minoritaria, que prescinde de toda referencia a una distinción causal, basada en el lucro, para hacer hincapié en el elemento estructural (vid. *supra* nota 27).

Por su parte, PANTALEÓN («Asociación y sociedad...», *op. cit.*, págs. 44-45), aun dentro de esa posición minoritaria, complementa el criterio estructural («corporaciones jurídico-privadas» frente a «sociedades contractuales») con otro de segundo grado e índole objetiva (dentro de las «corporaciones jurídico-privadas», distingue entre asociaciones y sociedades estatutarias). Consideramos criticable el considerar que sólo serían sociedades en sentido estricto la sociedad civil, colectiva, comanditaria, etc. (o sea, aquellas *intuitu personae*) y aproximar las de mayor importancia actual (anónima, de responsabilidad limitada, cooperativa...) a las asociaciones, pero ello sería algo que sale ya del régimen de las asociaciones propiamente dichas, ámbito de nuestro estudio, siendo más bien materia de un potencial análisis sobre las entidades sociales o asociativas en general.

(46) Cfr. PELLISÉ, Voz «Asociación», *op. cit.*, pág. 71; y PÉREZ y ALGUER, «Anotaciones...», *op. cit.*, págs. 456-457. Más recientemente, CAPILLA, «Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 702; GULLÓN, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 597; PAZ-ARES, «Comentario al artículo 1.670 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1383; y PANTALEÓN, «Asociación y sociedad...», *op. cit.*, pág. 42. Asimismo, vid. el

sé (47), no debe confundirse la finalidad económica con la lucrativa, y sería ésta última la prohibida a la asociación, no aquélla, que «incluso puede darse el caso de que llegue a ser (...) esencial a la misma naturaleza de la entidad y determinante de su constitución», como es el caso de las cooperativas (48). En cambio, no hay obstáculo alguno a que la sociedad pueda desarrollar, además de su fin principal de carácter lucrativo, otras actividades de interés general.

No obstante lo dicho, podemos entender —en una posición ciertamente minoritaria (49)— que el hecho de que las sociedades puedan ser consideradas asociaciones de interés particular no supone que todas las asociaciones (en sentido amplio) que no sean sociedades —es decir, sin un ánimo de lucro— sean de interés público (50) ni que todas las asociaciones de interés

artículo 1 de la Ley de 1887 (cit. en nota 41); lo mismo podría entenderse que establecía —si bien de un modo mucho menos claro— el artículo 2 de la Ley de 1964, al excluir de su ámbito a «las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad».

(47) PELLISÉ, Voz «Asociación», *op. cit.*, pág. 71.

(48) Vid. artículo 1 LCoop. Esto es particularmente claro en el caso de las cooperativas de iniciativa social, que, sin dejar de ser cooperativas, y por tanto estar dirigidas a la realización de actividades empresariales, como antes señalamos han de ser necesariamente sin ánimo de lucro (art. 106 de la citada Ley).

(49) Posición que sin embargo compartimos con el excelente estudio de PANTALEÓN («Asociación y sociedad...», *op. cit.*, págs. 5-56), y anteriormente ALBALADEJO, «Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 380-381 (en especial, la nota 2); Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 561; PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, págs. 656-660, 692 y 694-695; y VICENT CHULIÀ, FRANCISCO, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. I, vol. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1991, págs. 297-298.

Frente a quienes entienden que el interés particular no lucrativo (por ejemplo, en las asociaciones gastronómicas o cooperativas) sería considerable como «interés público» a efectos de clasificación de la asociación que lo persiguiera, *vid.* las críticas de PANTALEÓN («Asociación y sociedad...», *op. cit.*, págs. 14-16), quien señala argumentos contrarios de índole gramatical, normativo —tanto el Real Decreto de 3 de marzo de 1928 como la Ley sobre Heredamientos de Aguas de 1956 distinguían las asociaciones de interés particular de las de interés público y de las sociedades— y la irracionalidad de aplicar a la disolución de las asociaciones de interés particular el artículo 39 del Código Civil en defecto de previsión estatutaria específica.

(50) En tal sentido, PUIG BRUTAU señala que cuando el fin social «interesa únicamente a los miembros que integran como socios o asociados la persona jurídica, la misma habrá de calificarse de interés privado, y por tanto, sujeta a las prescripciones civiles o mercantiles según los casos» («Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 660), de modo que habrá que entender que son asociaciones de interés público «aquellas que persiguen finalidades no lucrativas que interesan a la comunidad en general y no sólo a sus miembros o asociados» (*loc. cit.*, pág. 702). Este autor considera que la declaración del artículo 35.1 del Código Civil sobre asociaciones de interés público sería meramente incidental, puesto que no derogaría lo dispuesto en la Ley de 1887, que —entiende— permitía claramente las asociaciones de interés privado o particular, criterio que a su vez vendría reafirmado por la Ley de 1964 cuando sólo exige que persigan «fines lícitos y determinados» (*loc. cit.*, pág. 659).

particular sean necesariamente sociedades (51) (aunque sí es cierto que sí lo serían en su gran mayoría; podríamos recordar el viejo dicho: *son todas las que están, pero no están todas las que son*), y una cosa es que —en virtud del art. 36 del Código Civil— a las asociaciones de interés particular se les aplique el régimen de las sociedades (52) y otra que ambas entidades se identifiquen plenamente. Las asociaciones que no tengan un fin de lucro (y que, por tanto, no puedan ser consideradas sociedades, sino asociaciones propiamente dichas) y sin embargo tampoco sean de interés público, no cabe entender que estén excluidas de la atribución de personalidad jurídica, ni que sean sociedades. Con independencia de su posible regulación por una normativa específica, debemos recordar que la Ley de 1964 también las incluía dentro de su ámbito de aplicación (53), y por ello cabe entender que les será aplicable el régimen ordinario de las asociaciones, en la medida en que lo admitan, así como cabrá una aplicación analógica de las normas relativas a la sociedad civil o a la comunidad de bienes, según los casos (54).

En cambio, PAZ-ARES («Animo de lucro...», *op. cit.*, pág. 739) entiende que el «interés público» haría en realidad referencia a su institucionalización y despersonalización, de modo que el fin de la asociación sería de interés público cuando se institucionalizara y despersonalizara mediante una estructura corporativa cuya subsistencia se desvinculara de las vicisitudes de los socios, con lo cual quedarían incluidas las asociaciones con un fin de naturaleza particular (siempre que no sea lucrativo), lo cual recibe las críticas de PANTALEÓN («Asociación y sociedad...», *op. cit.*, págs. 24-26), que reitera los argumentos que recogimos en la nota anterior.

(51) ALFONSO DE COSSÍO («Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica», en *ADC*, T. VII-III, 1954, pág. 643), PELLISÉ (Voz «Asociación», *op. cit.*, pág. 75) y PÉREZ y ALGUER («Anotaciones...», *op. cit.*, pág. 448), en cambio, entienden que sí se identificarían las asociaciones de interés particular con las sociedades civiles o mercantiles. En el mismo sentido, recientemente, CAPILLA, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 847 y 850, y «Las asociaciones», *op. cit.*, págs. 701-702; LACRUZ, «La asociación», *op. cit.*, pág. 281; y GULLÓN, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 597 y 599.

Esta identificación traería causa de un acogimiento defectuoso de la definición del artículo 1 de la Ley de 1887 (vid. nota 41), pues el mismo señalaba como asociaciones las que tuvieran como fines «cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia». No cabe entender que una asociación recreativa, de acceso restringido, sea una asociación *de interés general*: vemos así un caso claro de asociación de interés particular que desde luego no es una sociedad (no hay ánimo de lucro). En parecido sentido, vid. PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 659.

(52) Aunque no faltan autores en contra de esa aplicación, como PANTALEÓN («Asociación y sociedad...», *op. cit.*, pág. 37), sobre la base de que el artículo 36 del Código Civil es una norma defectuosa.

(53) Los artículos 1 y 2 de esta Ley sólo excluían de su ámbito de aplicación a las sociedades y a aquellas asociaciones que estaban reguladas por leyes especiales.

(54) En esa línea se pronuncia JORGE CAFFARENA LAPORTA, «Comentario a los artículos 35 y 36 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 236.

En tal sentido, fue acertado el criterio de la Ley de 1964 al prescindir, a la hora de definir una entidad como asociación propiamente dicha, de matices sobre la naturaleza pública o particular de los fines sociales, para poner el acento únicamente en que no se persiguiera un lucro partible entre los socios.

Asimismo, esos fines han de ser *lícitos*, entendiendo por tales los que no sean ilícitos. La Ley de Asociaciones de 1964, consecuente con el régimen político del que derivaba, entendía por ilícitos «los contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes Fundamentales, los sancionados por las leyes penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política u social de España». En la actualidad, había que estar a las limitaciones impuestas por la Constitución (art. 22.2 y 5) y el Código Penal (55), de modo que sólo podrán entenderse como ilícitas las asociaciones que tuvieran por objeto la comisión de algún delito o que, después de constituidas, promuevan su comisión o utilicen medios delictivos; las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (que, en el fondo, son reconducibles al supuesto anterior); las organizaciones secretas o clandestinas (56) o de carácter paramilitar, y las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella. La Ley de 2002, como veremos, reitera las previsiones constitucionales.

Los fines también habrán de ser *posibles*, entendidos en el sentido de posibilidad física o material —la posibilidad jurídica vendría determinada por la licitud—. No obstante, ello no supone la exclusión de la formulación de fines más o menos utópicos (desarme mundial, erradicación del hambre o la pobreza, etc.), debiéndose entender que en tales casos el fin a considerar será la promoción de actividades dirigidas a facilitar su consecución (57).

(55) Vid. su artículo 515.

(56) En tal sentido, algunos autores (así, Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 555) entienden que la publicidad exigida (?) por la Constitución excluye el carácter secreto de la asociación. En la discusión parlamentaria de la Ley Orgánica de 21 de mayo de 1980, que reformó el artículo 173 del anterior CP (antecedente del actual art. 515 CP), se puso de manifiesto que con el término «clandestinas» se penaba a las asociaciones no inscritas, sin publicidad, que se sustraen así al control público en el conocimiento de sus fines y estatutos. Sin embargo, entendemos que no pueden identificarse las asociaciones secretas o clandestinas con las no inscritas, pues de lo contrario la inscripción ya no sería sólo «a los solos efectos de publicidad», como establece la Constitución, sino que se estaría derivando de ella una prohibición de las asociaciones no inscritas; de este modo, como pone de manifiesto CAPILLA («Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 705), cabe la existencia de asociaciones registradas y no registradas, todas ellas protegidas constitucionalmente. En parecido sentido, LACRUZ (en «La asociación», *op. cit.*, págs. 287-288) entiende que una asociación no registrada no es *secreta* sólo por ello, y que igualmente cabría pensar en asociaciones registradas con cláusulas secretas.

(57) Cfr. CAPILLA, «Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 699.

También se ha requerido tradicionalmente (y en tal sentido lo hacía la Ley de 1964) que los fines sean *determinados*, entendiendo que serán tales cuando no se pueda dudar respecto a las actividades a desarrollar; exigencia que se derivaría del hecho de que los propósitos comunes de la asociación, los fines sociales, constituyen el vínculo que une a los asociados, y de ahí la importancia de su concreción y determinación, que resulta de interés tanto para los propios socios como para terceros, puesto que así podrán saber a qué se comprometen y cuál es el ámbito de actuación de los órganos de la asociación.

En el fondo, los requisitos de licitud, posibilidad y determinación, cuya falta provocaría la nulidad del acto constitutivo de la asociación, no son más que la concreción de los requisitos generales del objeto de las obligaciones (58), y que derivan de la naturaleza contractual a que hemos hecho referencia anteriormente.

Finalmente, será requisito esencial el que los fines sociales gocen de una tendencial estabilidad y *permanencia* (es decir, que no se obtenga con un solo acto de ejecución, sino que se precise una serie de actos que se prolongan en el tiempo), sin que por supuesto ello obste a que el fin pueda agotarse con su consecución o que la asociación pueda ser de carácter temporal. De esta forma, no serían auténticas asociaciones las denominadas *asociaciones de hecho de carácter temporal* o *fondos de suscripción*, formadas en relación con colectas o suscripciones públicas (para la erección de monumentos, ayudas sanitarias concretas...) que constituyen un patrimonio destinado a un fin y se caracterizan precisamente por su carácter no duradero (59).

2.3. ORGANOS DE LA ASOCIACIÓN

Como dijimos, es precisa una mínima organización de la asociación. Esta puede ser tan simple como que todos los socios sean igualmente gestores o administradores, pero lo más frecuente es que tenga una organización algo más estructurada, por las complicaciones propias de la vida asociativa actual. Por ello, la estructura típica general [establecida con carácter estable a partir de la Ley de 1964 (60), pues antes no era imprescindible] de la organiza-

(58) Vid. artículos 1.271-1.273 del Código Civil.

(59) Por el contrario, entiende PELLISÉ (Voz «Asociación», *op. cit.*, pág. 70) que sí serían auténticas asociaciones, precisamente por la estabilidad de su fin (?). A ellas se refería la Disposición Adicional 3.ª de la Ley de 1964, desarrollada por los artículos 19 y 20 del Decreto 1440/1965, de 20 de mayo.

(60) Artículos 6.2 y 3. El artículo 11 de la nueva Ley de 2002 —como veremos en su momento— igualmente contempla con carácter expreso la existencia de una Asamblea General y un «órgano de representación».

ción asociativa ha sido la que distingue entre una Asamblea o Junta General de socios, como órgano integrado por la generalidad de los socios, y una Junta Directiva, como órgano de dirección, gestión y administración de la asociación.

a) *Asamblea General*

Está integrada por la generalidad de los socios de la asociación. Por ello, más que un órgano de la misma es la materialización de la propia asociación como colectividad, y de ahí que se identifique la voluntad de la Asamblea con la de la propia asociación (61). Su función es similar a la de otros órganos asamblearios, como las Juntas generales de socios en las sociedades o la Junta de Propietarios de las comunidades en régimen de propiedad horizontal.

Puede considerarse que, a falta de previsiones específicas en los Estatutos sobre su organización y funcionamiento, serán aplicables analógicamente las disposiciones relativas a las Juntas de accionistas de la Ley de Sociedades Anónimas (62), dada la proximidad entre sociedades y asociaciones y ser aquélla la norma que muestra unas disposiciones más elaboradas sobre órganos asamblearios de socios.

b) *Junta Directiva*

La constituyen unos socios designados por la Asamblea para ocuparse de la gestión y administración de la asociación, sin perjuicio de que también puedan integrarla personas (contratadas) que no sean socios (63). Es el órgano ejecutivo de la sociedad y al que le atribuyen funciones de representación de la asociación, gestión de sus actividades, administración patrimonial, convocatoria de las Asambleas y, finalmente, velar por el cumplimiento de las leyes, los Estatutos y los acuerdos sociales (64).

Es un órgano que en caso de asociaciones pequeñas podrá estar integrado por la totalidad o una gran cantidad de los socios, con lo que prácticamente se identificarán Asamblea y Junta Directiva. En todo caso, el órgano directivo podrá venir constituido por un administrador único, unos administradores

(61) Cfr. PELLISÉ, Voz «Asociación», *op. cit.*, pág. 83.

(62) Artículos 93-122.

(63) Normalmente para los puestos que precisan una mayor especialización y profesionalización, o bien una mayor dedicación de tiempo.

(64) En tal sentido, nuevamente podemos hacer un paralelismo con otros órganos directivos semejantes, como los Consejos de Administración de las sociedades o las Juntas Directivas de las comunidades en régimen de propiedad horizontal.

solidarios o una Junta directiva propiamente dicha —similar al Consejo de Administración societario— (65).

La composición y funciones concretas de la Junta Directiva habrán, en principio, de concretarse en los Estatutos (66). No obstante, las Juntas Directivas con estructura de tales, normalmente estarán integradas por un presidente, uno o varios vicepresidentes, un secretario (y, en su caso, un vicesecretario), un tesorero y varios vocales, con unas funciones que —en defecto de previsión estatutaria— la práctica ha ido estableciendo (67). En cualquier

(65) Puede volver a hacerse la referencia a una aplicación analógica, en este caso del artículo 57 LSRL, que dispone esta tripartición de posibles sistemas de administración de la sociedad (el art. 123 LSA se remite a los Estatutos y a los acuerdos de la Junta General).

(66) Así, el artículo 4 de la Ley de 1887. La de 1964 no contiene previsión al respecto. La de 2002 vuelve a indicarlo, entre los contenidos mínimos de los Estatutos, en su artículo 7.1.h).

(67) Respecto a las competencias de las Juntas Directivas cita, a título de ejemplo, FRANCISCO LÓPEZ NIETO Y MALLO (*La ordenación legal de las asociaciones*, Bayer Hnos., Barcelona, 1974, pág. 103): «interpretación de los Estatutos, cambios de domicilio, admisión y separación de socios, determinación de cuotas de ingreso y periódicas, formación de proyectos de presupuestos y estados de cuentas, nombramiento y separación de empleados, aceptación de donativos y legados, adquisición de mobiliario y, en general, proponer a la Asamblea la necesidad de adoptar acuerdos respecto de las materias propias de su competencia, así como aprobar planes concretos de actuación social, siguiendo las directrices que reciba de la propia Asamblea».

En cuanto a las funciones de cada uno de los integrantes de la Junta Directiva, las mismas suelen ser:

a) Presidente: representación de la asociación y otorgamiento de poderes, firmar en su nombre; convocar, fijar el orden del día, presidir y dirigir las Asambleas; velar por el cumplimiento de los acuerdos, estatutos y leyes; y poner el visto bueno a los documentos expedidos por el secretario.

b) Vicepresidentes: asistir y sustituir al Presidente en sus funciones, en los casos de vacante, ausencia o enfermedad de éste.

c) Secretario: redactar las actas de las distintas sesiones de la Junta Directiva, cuidar y custodiar los libros, documentación y sellos de la asociación; tramitar asuntos, autorizar oficios y expedir certificaciones con el visto bueno del Presidente.

d) Vicesecretario: asistir y sustituir al Secretario en sus funciones, en los casos de vacante, ausencia o enfermedad de éste.

e) Tesorero: firmar recibos y aceptar cuotas e ingresos; tener la responsabilidad de la custodia de los fondos económicos de la asociación y cuidar de su mantenimiento, proponer lo necesario para la mejor administración de sus recursos económicos y efectuar los pagos de la asociación. La figura del contador hoy prácticamente ha desaparecido, siendo sus funciones asumidas por el tesorero o —más frecuentemente— encomendadas a un departamento administrativo de contabilidad o a profesionales, normalmente gestorías administrativas: supervisar la documentación contable y los estados de cuentas de la asociación, llevar la contabilidad del patrimonio social y elaborar el presupuesto y balance general anuales.

f) Vocales: tomar parte con voz y voto en las sesiones de la Junta Directiva, sustituir a cualquier directivo y encargarse de cualquier misión especial que pueda encomendárseles.

caso, su actuación sólo será válida dentro de los límites que establezcan los Estatutos, conforme a la finalidad social (68).

Salvo disposición contraria de los Estatutos, los cargos de los miembros de la Junta Directiva, dado su carácter de mandatarios de la asociación, serán de carácter no retribuido (69) y de duración limitada (70).

3. EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE ASOCIACION

3.1. HASTA LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964

La evolución del concepto de asociación, como en general el de persona jurídica, se ha producido principalmente sobre elementos del Derecho político, y sólo en su final ha sido asumido por el Derecho privado (71).

Los precedentes más remotos de entidades asociativas (más que de asociaciones propiamente dichas) pueden remontarse a las Leyes de SOLÓN en Atenas, de donde se extendieron a toda Grecia, y en Roma a las Leyes de las Doce Tablas (respecto de las cuales GAYO decía que reconocían el derecho de asociación como de origen griego).

No existían, sin embargo, instituciones similares a las asociaciones en el Derecho romano, que contaba con un primitivo nivel de admisión de las personas jurídicas, de modo muy restringido y limitado al campo del Derecho público (72): en primer lugar, se reconoció la personalidad de la república romana, posteriormente la de los municipios y, finalmente, la de las colonias, pero tratándose sólo de una forma de abordar los problemas organizativos, nunca como personificación propiamente dicha de los entes públicos. Lo más parecido a las asociaciones en la época romana fueron las *sodalitates* sacerdotales (73) y los colegios de artesanos. Las agrupaciones (más que asocia-

(68) Cfr. LACRUZ, «La asociación», *op. cit.*, pág. 295.

(69) Vid. artículo 1.711 del Código Civil. En tal sentido se pronuncia, igualmente, el artículo 66 LSRL.

(70) Extinguiéndose por las mismas causas que el mandato (vid. art. 1.732 del Código Civil: revocación, renuncia del mandatario y muerte, incapacidad, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario) y por las generales de las obligaciones (en especial, la expiración del plazo de duración de su mandato, en los términos previstos en los Estatutos o en el acuerdo social de nombramiento).

(71) Cfr. Cossío, «Hacia un nuevo concepto...», *op. cit.*, pág. 629.

(72) La *societas* era contemplada únicamente como una relación contractual entre las partes y sin que trascienda más allá de las mismas.

(73) Tal vez más próximas a las corporaciones que a las verdaderas asociaciones, ya que eran unidades de Derecho público, consideradas más como partes del Estado que como entes autónomos.

ciones) debían ser autorizadas, de modo que en caso de no estarlo no sólo debían ser disueltas, sino que sus miembros serían tratados como sediciosos e incurrirían en las penas correspondientes a los perturbadores del orden público (74).

Este incipiente reconocimiento de las asociaciones era, en cambio, totalmente desconocido en el ámbito germánico, y así en la España visigoda sólo existirá en los textos legales destinados a la población hispano-romana (Brèviario de Aniano), mientras que se omite toda referencia en los propiamente godos (Fuero Juzgo, e incluso los muy posteriores Fueros Viejo y Real y algunos fueros municipales y regionales, de origen germánico).

No será hasta la Edad Media cuando comiencen a surgir entidades asimilables a las actuales asociaciones: las colectividades religiosas, por una parte, y las organizaciones profesionales (gremios, cofradías y hermandades) por otra —sobre todo, las primeras— (75), junto a las *causas pías*, precedentes de las fundaciones. Serán los glosadores los primeros en plantearse la identidad o no de las *universitates* —partiendo de la concepción romana— respecto de sus miembros, pero corresponderá a los canonistas posteriores (y sobre todo a los legistas) dar el paso decisivo de concepción de las que en el futuro se considerarán personas jurídicas como entes separados y distintos de sus miembros, con una personalidad propia e independiente. No obstante, las teorías en torno a la persona jurídica siguen limitándose al ámbito de las corporaciones y del Derecho público (en tal sentido, se habla de una *res publica imperii*, y de una *res publica civitatis* o *municipii*, que sólo serían diferentes en el grado, no en la calidad).

En esta línea, el canonista SINIBALDO DEI FIESCHI (que sería posteriormente el Papa INOCENCIO IV) logrará imponer en el Concilio de Lyon de 1245 (76) la denominada *teoría de la ficción* (en la que también destacará la posición de BARTOLO, y que alcanzará su máxima expresión siglos después con SAVIGNY, PUCHTA y WINDSCHEID, o, más recientemente, VON TUHR y ENNECCERUS) (77), por la cual *se fingía* que todas estas *universita-*

(74) Vid. *Digesto*, leyes 2 y 3, Tít. XXII, Lib. XLVII.

(75) En el ámbito germánico, en cambio, se distinguen —si bien imprecisamente— los grupos de gran número de miembros, que se constituirían como *asociaciones* (como un primer paso para llegar a la corporación), y los de un reducido número de integrantes, que se configuran como comunidades y carecen de sustantividad, traducándose exclusivamente en la titularidad colectiva de ciertos bienes. Al respecto, vid. COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto...», *op. cit.*, págs. 634-635.

(76) Que prohíbe la excomunión de las ciudades o corporaciones que se rebelaran contra el Papa o el Emperador, ya que las *universitates* no eran sino un mero nombre, que no podían pecar ni cometer delitos.

(77) ENNECCERUS, «Derecho Civil (parte general)», *op. cit.*, pág. 424.

tes constituían personas (*personae fictae*), aun cuando realmente no lo fueran (78).

Desde el siglo xiv y durante toda la Edad Moderna, con el fortalecimiento del poder de los reyes, se retoma la necesidad de autorización real para el ejercicio de los derechos de asociación y reunión, que se agrupan en una amalgama indistinta. Así, se establecen limitaciones al derecho de asociación en las Cortes de Guadalajara de 1390, Madrid de 1392, Toledo de 1462, Santa María de Nieva de 1473, y Madrid de 1534, que prohibieron diversas ligas, comunidades, ayuntamientos, cofradías, cabildos...; y en la Novísima Recopilación (79) se autorizarán sólo las cofradías de causas pías y espirituales y con *Real licencia*. Con esas restricciones intentaba limitarse el asociacionismo político no controlado, dado que las asociaciones de oficios y gremios tenían su propia regulación, pero se tendió a considerarlas de carácter general, llegando a su culminación en la Resolución de CARLOS III de 25 de junio de 1783 (80) (81).

La evolución de la personificación de las personas jurídicas desde entonces hasta la Codificación, con su plena admisión, ha sido larga y compleja, e integrante doctrinalmente de una única categoría. En tal sentido, se discute la admisibilidad de la propia categoría de *la persona jurídica*, y no de cada uno de sus tipos individualmente, evolución en que han sido hitos de relevancia la aparición de las primeras compañías mercantiles y el desarrollo de distintas concepciones doctrinales: las teorías de la personalidad real o moral (que consideran que las personas jurídicas son auténticas personas, de naturaleza supraindividual, y son mantenidas por los autores de la escuela racionalista del Derecho natural, como GROCIO o PUFFENDORF; en especial, destaca la concepción antropomórfica u *orgánica* de

(78) O, conforme entendía SAVIGNY, el atributo de la personalidad jurídica la tiene el ser humano individualmente considerado, por lo que si se extiende a sujetos artificiales será creándolos como una simple *ficción*. En esta posición destacan también BAKKER y WINDSCHEID.

Una derivación de la teoría de la ficción es la doctrina de BRINZ, según quien sólo los hombres son personas, pero hay en el hombre la tendencia a humanizar algunas cosas, a pensar en ciertas cosas como sus iguales, lo no humano como humano (mitos, metáforas, poesía, lenguaje). El concepto de persona jurídica resultaría de una necesidad: respecto de los derechos y cosas de una entidad, nos encontramos con que no se señala ninguna persona a la que hayan correspondido, cuando es necesario que haya existido algo para lo que (*wofür*) se hayan aplicado, y justamente por esa realidad (*ese wofür*) esas cosas se destinaron a un fin.

(79) Ley 12, Tít. XII, Libro XII.

(80) «Y para obviar iguales contravenciones en lo sucesivo y renovar la observancia de las leyes del Reyno en esta parte, prohibo por punto general la fundación ó creación de cofradías, congregaciones ó hermandades en que no intervenga la aprobación Real y eclesiástica (...).».

(81) Cfr. COVIÁN, Voz «Asociación (Derecho y contrato de)», *op. cit.*, pág. 688.

GIERKE) (82), las teorías de la entequeia jurídica (de FERRARA, JELLINECK, Kelsen o ASCARELLI, entre otros; en una posición próxima a la teoría de la ficción, con la que comparten su consideración de ser una creación jurídica, pero de la que se diferencian por entender que se trata de una realidad jurídica, no extrajurídica: el hombre es persona por obra del Derecho, por lo que nada impide que éste pueda conceder igualmente la personalidad a entes distintos del hombre, a formas de convivencia humana), las teorías negativas (que propugnan la exclusión de la persona jurídica del Derecho, como es el caso de IHERING) e incluso la actual *crisis* de la concepción tradicional de la persona jurídica como consecuencia de la denominada *doctrina del levantamiento del velo*. Por ello, hacemos gracia de tal exposición, que excede del tema estricto que nos proponemos estudiar, remitiéndonos a los autores que se han ocupado de la materia (83).

La Revolución francesa adoptó una curiosa posición: por una parte prohibía los establecimientos civiles y eclesiásticos (84) y consideraba la personalidad como un privilegio del Estado, y por otra reconoció el derecho de asociación como una de las libertades innatas del hombre y del ciudadano, pero bajo la vigilancia y autorización del gobierno, con lo que se separaban y distinguían el asociacionismo y la personalidad jurídica: las asociaciones no gozan de personalidad jurídica más que cuando son reconocidas como establecimientos de utilidad pública por declaración especial (85).

(82) Este autor considera que la persona colectiva (*Verbandperson*) es una persona real y completa, un organismo natural, igual que el hombre o persona individual (*Einzelperson*), pero, a diferencia de ésta, es una persona compuesta, aunque con una voluntad propia y un propio interés, distintos de la voluntad e interés de las personas físicas de sus miembros. La *Verbandperson*, como manifestación de la naturaleza sociable del hombre, sería una realidad anterior al propio Estado, que por ello no puede actuar frente a ella sino como lo hace respecto del resto de individuos, y por tanto reconociéndole los mismos atributos, incluida la personalidad jurídica.

(83) Vid. CASTRO, «La persona jurídica», *op. cit.*, págs. 69-71; GULLÓN, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 593-595, y SOLÍS VILLA, IGNACIO, «La teoría de la persona jurídica en la obra de don Federico de Castro», en *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 90-107. En particular, sobre la *doctrina del levantamiento del velo* cabe citar, entre otros, a ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, LORENZO, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Ed. Colex, Madrid, 1997; ANGEL YÁGÜEZ, RICARDO DE, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1997; BOLDÓ RODA, CARMEN, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 3.ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, y RUIZ-RICO RUIZ, CATALINA, «El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad», en *ADC*, T. LIII-III, págs. 923-937.

(84) En un primer momento (Leyes de enero de 1790, junio de 1791 y agosto de 1792) con carácter general; posteriormente (Constitución de 5 de termidor del año III) se restringe la prohibición a los entes contrarios al orden público.

(85) Cfr. COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto...», *op. cit.*, pág. 641.

No será hasta el siglo XIX cuando la independencia de los *collegia* (o sea, las actuales corporaciones) respecto de sus miembros se extienda a las asociaciones en sentido amplio, inicialmente las sociedades (sobre todo las mercantiles) (86) y luego las asociaciones propiamente dichas (87). Por ello, se ha dicho que, aunque la historia nominal de la personalidad jurídica es muy antigua, su historia útil se remonta a ese siglo (88).

Sin embargo, hasta mediados del siglo todavía se sigue con una visión muy restrictiva, que suponía una supresión *de facto* del derecho de asociación (89). Es en 1866 (90) cuando algo comienza a *moverse* en esta materia, con la presentación del proyecto de una *non nata* Ley de sociedades públicas el 29 de enero de ese año por parte del Ministro de la Gobernación José de POSADA HERRERA. Aprobado en el Senado, no llegó siquiera a su discusión en el Congreso de los Diputados.

Con la *Gloriosa* será cuando se produzca la gran revolución —valga el juego de palabras— en el ámbito del reconocimiento público del derecho de asociación. El Decreto del Gobierno Provisional, de 20 de noviembre de 1868, ya reconoció el derecho de todos los ciudadanos a constituir libremente asociaciones públicas, si bien con alguna limitación como la prohibición de las sociedades secretas, constituyendo la primera norma española específicamente dirigida a la regulación de las asociaciones (91) y siendo elevado

(86) Con ello, se produce un fenómeno de extensión y deformación del concepto originario de persona jurídica, pues se pasa de destacar un interés público y permanente y los problemas relativos a la capacidad normativa y jurisdiccional (casos de las *universitates* y los *collegia*) a una unión de personas con un fin de lucro y a atender principalmente a un problema patrimonial, el que las sociedades puedan tener su propio patrimonio, distinto de los de sus miembros. Vid. al respecto, GULLÓN, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 595.

(87) La regulación de las asociaciones sólo precedió a la de las sociedades en algunos cantones suizos, destacadamente en el del Código Civil de Zurich.

(88) Así, CAPILLA, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 834-835.

(89) Así, los Reales Decretos de 1 de noviembre de 1822 y 26 de abril de 1841, las Reales Ordenes de 14 de febrero de 1841 y 30 de mayo de 1848 y los Códigos Penales de 1848 (arts. 202-216) y 1850 (arts. 207-212).

(90) Anteriormente hay otros textos destacables al respecto, pero de índole no legislativa: una Exposición de 18 de febrero de 1862, presentada por Nicolás María Rivero al Congreso de los Diputados en nombre de 15.600 obreros de Barcelona, y una enmienda del diputado Segismundo Moret al proyecto de Contestación al discurso de la Corona de 10 de diciembre de 1863.

(91) Esta trascendencia histórica bien merece que transcribamos unos significativos párrafos de su Preámbulo:

«No quedaría perfecto el cuadro de los derechos políticos, si al celebrar reuniones dejara de agregarse el que autoriza la libre asociación de los ciudadanos, complemento necesario del de reunión, que a los resultados transitorios de éste añade consecuencias de carácter permanente. El principio de asociación debe constituir de hoy en adelante parte de nuestro derecho político. De todo en todo olvi-

a Ley el 20 de junio de 1869 (92). Un reconocimiento de las asociaciones se instalará desde entonces, incluso en el ámbito constitucional, destacando en tal sentido los artículos 17 y 19 de la Constitución de 1869 (93) y 13 de la de 1876 (94). Desarrollo de este último precepto constitucional será la Ley de Asociaciones de 1887, primera norma propiamente reguladora del derecho de asociación (95), a la que luego nos referiremos, que tuvo una vigencia de nada menos que setenta y siete años (96).

En el ámbito del Derecho privado, nuestro Código Civil, seguramente el primero que ofreció una regulación especial de la personalidad jurídica de los entes colectivos (97), distingue en su artículo 35 entre tres tipos de personas

dado por el antiguo sistema, casi en absoluto desconocido, y por lo demás, severa y recelosamente vigilado por el régimen pseudoconstitucional en que hasta la época de la revolución hemos vivido, bien puede afirmarse que el principio de asociación carece de precedentes en la historia jurídica de nuestro país, como no quieran suponerse hijas de él aquellas antiguas y grandes asociaciones que, nacidas por un favor del Estado, fueron auxiliares poderosos, sí, pero también, y acaso con más frecuencia, obstáculo y peligro para el poder mismo que las creara. Empero, si el principio de asociación no es tradicional en la legislación española, es en cambio una viva creencia de nuestra generación, una de las necesidades más profundas de nuestro país y una de las reclamaciones más claras, justas y enérgicas de nuestra gloriosa revolución».

(92) Con ello España se adelantaba incluso a Prusia (en la que nunca se llegó a publicar la Ley Orgánica sobre la Libertad de Asociación prevista en el art. 31 de la Constitución de 1850) y a Francia (que, pese a su consagración constitucional desde 1868, no llegó a tener una Ley de Asociaciones hasta la de 1 de julio de 1901, e incluso estuvo vigente hasta entonces el art. 291 del *Code pénal* de 1810, que declaraba punible toda asociación con más de veinte miembros que no hubiera sido autorizada por la Administración). Cfr. en tal sentido, COING, HELMUT, *Derecho Privado Europeo*, T. II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pág. 179.

(93) Que, respectivamente, garantiza el derecho de todo español a asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública, y establece la disolubilidad de las asociaciones que sirvieran como medio para delinquir o cuyo objeto o medios comprometieran la seguridad del Estado. En esa línea, se reformó el CP, de modo que el de 1870 sólo comprendía a las asociaciones contrarias a la moral pública o que tengan por objeto cometer delitos (arts. 198-201).

(94) Que señalaba: «Todo español tiene derecho de asociarse para los fines de la vida humana».

(95) Las anteriores normas se limitaban a determinar el derecho de los ciudadanos de constituir las (más o menos) libremente, y a afrontar aspectos meramente políticos y administrativos.

(96) Si bien se intentó sustituir en dos ocasiones antes de la Ley de 1964, ya en el siglo XX. Hubo un proyecto de 25 de octubre de 1906, que fue abandonado tras pasar por el trámite de Comisión en el Congreso de los Diputados, y otro de 8 de mayo de 1911.

(97) En tal sentido, cfr. COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto...», *op. cit.*, pág. 642, y CAPILLA, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 849-850. CAPILLA (*op. cit.*, pág. 838) señala como justificación de esa novedosa regulación el que en el momento de elaboración del Código habían decaído en gran medida los motivos de desconfianza del Estado liberal ante las organizaciones sociales: el proceso de desamortización y desvinculación de propiedades había concluido hacía ya tiempo (con lo que no

jurídicas: asociaciones, fundaciones y corporaciones. Centrándonos en las primeras, observamos que existen unas *asociaciones de interés público reconocidas por la ley* y unas *asociaciones de interés particular*.

De la conjunción de ese precepto con el siguiente entiende la generalidad de la doctrina que podemos derivar la intelección del régimen asociativo previsto por el Código: dentro del concepto general de «asociación» debemos distinguir unas *asociaciones de interés público reconocidas por la ley* (98) y unas *asociaciones de interés particular*. En principio, las asociaciones propiamente dichas serían únicamente las primeras, pues las «asociaciones de interés particular» no son en realidad —si bien con excepciones— más que las sociedades (civiles, mercantiles o industriales), que se dirigen principalmente a la obtención de lucro y al *interés particular* de sus socios o miembros (aun cuando pueda haber una cierta atención a los intereses generales) (99), y que se regirán por tanto por las normas correspondientes a su sustrato contractual: el contrato de sociedad (sean las del Código Civil, sean las del Código de Comercio, sean las de las normas societarias mercantiles especiales) (100). De esta forma, la falta de afán de lucro o ganancia es esencial a la propia idea de asociación (propiamente dicha).

Esta bipartición, como pone de manifiesto el Profesor DE CASTRO (101), responde a la concepción dominante aún en 1889, que consideraba peligrosas las asociaciones —incluso las sociedades civiles— por su posible empleo para el encubrimiento de actividades políticas o *conspirativas* —de tanta tradición en la España del siglo XIX—, y de ahí que fuera necesario someter-

persistía la necesidad de disolver los *cuerpos intermedios* y la abolición de las *manos muertas*), la libertad de asociación había sido reiteradamente reconocida con rango constitucional —como hemos visto en el texto—, se habían superado los conflictos con la Iglesia católica y habían desaparecido las desconfianzas ante las sociedades. Es más, no será precisamente hasta el Anteproyecto de 1888 cuando se incluye por vez primera una regulación sobre asociaciones en el Código Civil, inexistente tanto en el Proyecto de 1851 como en el Anteproyecto de 1882.

(98) Se plantea PUIG BRUTAU («Fundamentos...», *op. cit.*, págs. 701-702) si serían sinónimas las expresiones *interés público* y *utilidad pública*, concluyendo que las asociaciones de utilidad pública serían una especie limitada dentro del género más amplio de las de interés público (de modo que podrá haber asociaciones de interés público que no puedan ser declaradas de utilidad pública), cualificadas por la especialidad de sus fines: no sólo promover intereses generales o comunitarios, sino el «bien común», concretado en la consecución del bienestar social.

(99) Como decimos, el que esto pueda entenderse que es la regla general no obsta a que excepcionalmente pueda haber asociaciones de interés particular que no sean sociedades por no tener un fin de lucro, como ya indicamos anteriormente.

(100) Esta aplicación supletoria de las normas del contrato de sociedad se ha propugnado por algunos autores para cubrir las lagunas en la regulación de las asociaciones con carácter general, incluso de aquellas sin fin lucrativo, con base en razones de analogía. Cfr. CARPIO MATEOS, «El patrimonio de la asociación...», *op. cit.*, págs. 772 y 774, y PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 698.

(101) CASTRO, «La persona jurídica», *op. cit.*, pág. 79.

las a una especial vigilancia, mientras que las compañías mercantiles, cuya finalidad era la obtención de un lucro o ganancia, se consideran dignas de una contemplación favorable, al ser beneficiosas para la economía nacional, y por ello se dejan a la autonomía de la voluntad.

La regulación del Código Civil partía de la preexistencia de una norma específica sobre asociaciones, la Ley de 30 de junio de 1887, cuya vigencia como vimos traía causa de la Constitución de 1876 y que seguía para la creación de asociaciones el sistema de preaviso a la Administración (Gobernador Civil de la provincia), a través de la presentación de dos ejemplares firmados de los Estatutos por lo menos ocho días antes de la constitución.

Con anterioridad a esta Ley, la concepción de las asociaciones, además de limitada y restrictiva, era única y en cierto modo confundía tipos diversos de «asociaciones», tanto las propiamente dichas como las (en realidad) sociedades, llegándose a hablar en tal sentido de *asociaciones mercantiles*. Así, el artículo 33 del Proyecto de Código Civil de 1851 establecía que «las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la Ley se consideraran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles», y la Ley de 11 de octubre de 1869 reconocía en su artículo 1 la libre creación, sin necesidad de aprobación del Estado, de «las asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio» (o sea, sociedades mercantiles, no auténticas asociaciones), en línea con sus precedentes del Decreto de 20 de noviembre de 1868 —como hemos visto, la primera normativa real específica sobre asociaciones—, de donde la recogió la Constitución de 1 de junio de 1869. No obstante, ya con el Código de Comercio de 1885 comienzan a distinguirse las «compañías mercantiles», término empleado para hacer referencia a las que el Código Civil denomina *asociaciones de interés particular* de naturaleza mercantil.

La Constitución de 1931 vuelve a proclamar el derecho de asociación, subordinado a la inscripción obligatoria en un Registro, con la novedad de hacer referencia por primera vez al derecho de sindicación, como una derivación de aquél (102).

(102) Artículo 39: «Todos los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente por los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado». Además, añade que los sindicatos y asociaciones deberán inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la ley.

La libertad de sindicación se desarrollará por la Ley de 8 de abril de 1932, sobre constitución de asociaciones de patronos y obreros para defensa de los intereses de las clases respectivas en las distintas profesiones, industrias o ramos de éstas. En cambio, la falta de desarrollo del artículo 39 de la Constitución hizo que en materia de asociaciones siguiera siendo de aplicación la Ley de 1887. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que el artículo 3 de la Ley de Defensa de la República, de 21 de octubre de 1931, facultaba al Ministro de la Gobernación para «clausurar los Centros o Asociaciones que se considere incitan a la realización de actos comprendidos en el artículo 1 de esta Ley» (los

El siguiente paso de importancia en la regulación de las asociaciones lo hallaremos con el Decreto de 25 de enero de 1941, dictado por la necesidad de un tratamiento homogéneo ante la enorme variedad de normas parciales de carácter sectorial (103) y que reinstauraba, alterando profundamente el régimen de la Ley de 1887 (104), el sistema de previa autorización administrativa (concretada en la necesidad de aprobación de los Estatutos por el Ministerio de la Gobernación) para la válida constitución de asociaciones —lo cual, como veremos, será mantenido, aunque con modificaciones, en la Ley de 1964—. El carácter de cierta urgencia con que se abordó la elaboración de este Decreto se justificaba por la falta de una normativa precisa actualizada que pudiera afrontar el resurgimiento del asociacionismo tras la Guerra Civil, pero precisamente por ello se hacía con un carácter de Derecho excepcional y transitorio, «hasta tanto se regule de una manera definitiva en articulaciones de más amplio alcance».

Si a esa transitoriedad con que se contemplaba el Decreto de 1941 añadimos el que el artículo 16 del Fuero de los Españoles de 1945 vino a establecer que «los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes», y que la existencia de un nuevo Concordato con la Santa Sede en 1953 imponía una nueva contemplación de las asociaciones de carácter religioso (católico), se verá que existía la necesidad de una nueva regulación legal de las asociaciones, que «recogiendo la experiencia de tan largo período (...) dé cauce a la libertad de asociación referida en el Fuero de los Españoles, y establezca los principios fundamentales en torno a su ejercicio, de acuerdo con las normas inspiradoras del Movimiento Nacional» (105).

Esta Ley será la 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, que vino a derogar a la Ley de 1887 y al Decreto de 1941, y ha estado vigente hasta ahora (106). Ello motiva que debamos dedicarle cierta atención.

considerados como contrarios a la República), lo que otorgaba una amplísima discrecionalidad administrativa.

(103) Declaraba su Preámbulo: «La vigilancia que el Poder Público debe aplicar al llamado derecho de asociación aconseja que, hasta tanto se regule de una manera definitiva en articulaciones de más amplio alcance, se dicten algunas normas que suplan las deficiencias y aclaren las dudas suscitadas por textos legales cuya vigencia emanaba de preceptos constitucionales hoy abolidos, sin perjuicio de la facultad que, en la actual situación, corresponde a los Gobernadores para imponer restricciones al ejercicio de aquel derecho».

(104) Pese a su menor rango normativo.

(105) Preámbulo de la Ley de Asociaciones de 1964.

(106) Con derogación sobrevenida (o reinterpretación forzada) de bastantes partes de la misma por chocar con la Constitución, así como alguna modificación postconstitucional de pequeña importancia, como la que afecta a las asociaciones declaradas de utilidad pública (art. 4), realizada por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General —en lo sucesivo LF—.

3.2. LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964

Como hemos indicado, la Ley de 1964 respondía a los presupuestos del régimen político imperante, y en tal sentido se dejaba una cierta libertad asociativa, pero restringida «de acuerdo con las normas inspiradoras del Movimiento Nacional» (107), lo que motivaba que —ya pusimos de manifiesto más arriba— se consideraran fines ilícitos «los contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes Fundamentales, los sancionados por las leyes penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política o social de España». Además de su naturaleza restrictiva, cabe hacerle la crítica de su escasa calidad técnica (108), pues la Ley está más preocupada en lograr un control administrativo de las asociaciones que en realizar una auténtica regulación de las mismas, y así mientras dedica una extensa parte a ese control, prescinde (o pasa muy por encima) de importantes aspectos (109), que deja en manos de los Estatutos. Más que en el aspecto civil de las asociaciones, que trata de modo muy marginal, se centra sobre todo en su aspecto político. Fue desarrollada por el Decreto 1440/1965, de 20 de mayo.

La Ley de 1964 era la norma genérica y general de regulación de las asociaciones, que no era aplicable en caso de existir alguna norma especial por razón de la materia. Así, la propia Ley establecía en su artículo 2 que quedaban excluidas de su ámbito de aplicación las sociedades civiles o mercantiles (cosa lógica, si tenemos en cuenta que —como ya hemos dicho— no son en realidad asociaciones), y las asociaciones de Derecho canónico, de Acción Católica española (en cuanto a sus fines de apostolado religioso), las organizaciones estatales, las sindicales y las restantes sujetas al régimen jurídico del Movimiento, las de funcionarios y personal civil de las Fuerzas Armadas y, en general, las reguladas en leyes especiales.

En tal sentido, se ha ido dictando desde la Ley de 1964, una serie de normas sobre asociaciones especiales por razón de la materia:

- a) Sobre asociaciones deportivas, han de tenerse en cuenta los artículos 12 a 45 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. Su desarrollo se efectuó por el Real Decreto 1835/1991, de 20 de di-

(107) Ello ha motivado que pueda ser calificada gráficamente como «Ley de Antiasociaciones», por parte del Profesor LASARTE [Voz «Asociación (Dº Civil)», *op. cit.*, pág. 618; y «Principios...», *op. cit.*, pág. 395]. Curiosamente, el estudio de sus antecedentes históricos pone de manifiesto que algunos de los puntos más restrictivos provienen ya de la anterior Ley de 1887.

(108) En cualquier caso muy inferior a la de la precedente Ley de 1887.

(109) Básicamente, los relativos a la regulación interna de la asociación y de sus relaciones con los terceros, entre los que puede citarse el régimen de incorporación y cese de los socios y las funciones y composición de cada uno de los órganos sociales.

ciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, modificado por los Reales Decretos 1325/1995, de 28 de julio; 253/1996, de 16 de febrero, y 1252/1999, de 16 de julio.

- b) Sobre asociaciones en materia educativa, **deben** tenerse en cuenta, en los niveles no universitarios, las previsiones de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, y los Reales Decretos 1532 y 1533/1986, ambos de 11 de julio, que versan respectivamente sobre Asociaciones de Alumnos y sobre Asociaciones de Padres de Alumnos; así como, respecto de las de estudiantes universitarios, el artículo 46.2.g) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y los Estatutos de cada Universidad.
- c) Sobre asociaciones de consumidores, los artículos 20 a 22 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones (reformado por el Real Decreto 2211/1995, de 28 de diciembre).
- d) Sobre asociaciones religiosas, los artículos 1.2)-4) del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979; 2.1.d) y 5 a 6 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, reguladora del Derecho de Libertad Religiosa; y el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas. Además deben ser tenidos en cuenta los acuerdos del Estado con las distintas confesiones religiosas (en la actualidad, con la islámica, judía y evangélica).
- e) Así como otras muchas entidades asociativas previstas en otras normas: de jueces y magistrados, en el artículo 401 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; de fiscales, en el artículo 54 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; las asociaciones de propietarios de la legislación local y del suelo...
- f) A todas ellas deben añadirse otras muchas normas autonómicas sobre diversos tipos de asociaciones en las materias de su competencia.

La Ley de Asociaciones de 1964 exigía que los socios fundadores llevaran a cabo un acto formal —entendiendo *formal* en cuanto que quede clara la voluntad de constitución, no en cuanto que se requiera una forma determinada para su validez, que no se exige más allá de que sea documentalmente (110)—

(110) En tal sentido, se entiende que el acta puede constar en documento público o privado. Cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 555; LACRUZ, «La asociación», *op. cit.*, pág. 291; y PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 710; y SÁNCHEZ

de manifestación de su voluntad de constituir una asociación, el acta constitutiva o fundacional, documento en el que debe plasmarse esa voluntad común de los socios fundadores y que tendría naturaleza contractual (111).

Dentro del contenido del acta fundacional, destacan los *Estatutos* (112), conjunto de reglas o normas (113) por las que habrá de regirse la asociación y que debían contener unos contenidos mínimos: denominación, fines, domicilio, ámbito territorial de acción, órganos directivos y de administración, procedimiento de admisión y pérdida de la cualidad de socio, derechos y deberes de éstos; patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual, y aplicación del patrimonio social en caso de disolución (114).

El acta fundacional con los Estatutos era sometida a un control de licitud y determinación de los fines y visado por parte del Gobernador Civil (con posibilidad de elevación al Ministerio de la Gobernación e incluso al Consejo de Ministros), debiéndole ser remitida a tal efecto copia en ejemplar triplicado en un plazo de cinco días a contar desde su fecha. Este visado era de especial importancia, ya que si se entendía que el fin era indeterminado o

DE FRUTOS, «La asociación...», *op. cit.*, pág. 894. No obstante, sí hemos de tener en cuenta que sí sería conveniente que el acta y los Estatutos consten en documento público, o al menos su protocolización, máxime si consideramos la facilitación de la representación de la asociación y de la inscripción de sus bienes en el Registro de la Propiedad, como pone de manifiesto SÁNCHEZ DE FRUTOS (*loc. cit.*).

CAPILLA (en «Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 711), en cambio, entiende que el requisito formal no sería constitutivo, de modo que cabría una constitución verbal y las asociaciones donde falte un acta fundacional documental no habrán de considerarse nulas, sino operar la norma general del artículo 1.279 del Código Civil, aunque sí será precisa la documentación para acceder al Registro.

(111) Cfr. CAPILLA, «Las asociaciones», *op. cit.*, págs. 699 y 711.

(112) Si bien no era exigencia legal el que los Estatutos se integraran en el acta, de modo que podían constar en documento aparte, así venía impuesto por la práctica. En la actualidad, el artículo 6.1.c) de la nueva Ley de 2002 sí incluye a los Estatutos entre los contenidos mínimos del acta fundacional.

(113) Como pone de manifiesto LACRUZ («La asociación», *op. cit.*, pág. 292), los Estatutos no son normas jurídicas, pero, pese a tener un carácter negocial, al deber valer para un número indeterminado de asociados, no se sujetan a las reglas ordinarias de los contratos, dado que no se tienen en cuenta los intereses de los fundadores o una parte de los asociados, sino los permanentes; de este modo, los Estatutos constituyen una especie de *lex contractus*, objetivada, que afectará incluso a los asociados que no los acepten, en tanto lo sean.

(114) PÉREZ y ALGUER («Anotaciones...», *op. cit.*, págs. 459-460) distinguían aquí entre elementos esenciales de los Estatutos, que deben constar en ellos necesariamente (denominación y objeto sociales, y recursos económicos actuales o previsibles) y elementos no esenciales, que serían suplidos por la aplicación subsidiaria de la ley (domicilio social, suplido por el art. 41 del Código Civil; forma de administración, cuya falta se subsanaría aplicando analógicamente las reglas de la sociedad y de la comunidad de bienes; y destino del patrimonio social en caso de disolución, con aplicación subsidiaria del art. 39 del Código Civil y de la Ley de Asociaciones).

ilícito, la asociación no se reconocía, por lo que no se alcanzaba la personalidad jurídica al no ser reconocida por la ley (115).

La Constitución de 1978 obligó a dar a estos preceptos una nueva interpretación, y así se entendía que podía continuar manteniéndose que los fines de la asociación han de ser lícitos y determinados, pero el concepto de ilicitud debía discurrir exclusivamente por la vía del artículo 22 de la Constitución, en cuanto tipifica de ilegales las asociaciones que persigan «fines o utilicen medios tipificados como delitos», y prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Por supuesto, ya no cabe entender precisa autorización administrativa alguna, sino que el control administrativo será meramente formal.

La Ley de 1964 contemplaba asimismo la obligatoriedad de la inscripción de las asociaciones en un Registro Provincial del Gobierno Civil (junto a un Registro Nacional del Ministerio de la Gobernación) (116). No obstante, la Constitución ha limitado en su artículo 22.3 la necesidad de la inscripción «a los solos efectos de publicidad», por lo que tras ella la jurisprudencia ha entendido reiteradamente (117) que la personalidad jurídica de la asociación nacería ahora por el mero acto constitutivo de los socios fundadores, es decir, por la simple concurrencia de la voluntad de los socios promotores, sin necesidad de que se proceda a inscripción registral alguna. Jurisprudencia que fue criticada mayoritariamente por la doctrina, pues una cosa sería la no necesidad de reconocimiento administrativo para la constitución de asociaciones y otra la concesión de personalidad jurídica a las asociaciones no registradas, y los principios de protección de la buena fe de los terceros y de seguridad jurídica exigirían la inscripción (118).

(115) Vid. artículo 35.1 del Código Civil.

(116) La STS de 2 de octubre de 1972 —preconstitucional, por tanto— consideró que la inscripción en el Registro de asociaciones tenía carácter constitutivo, de modo que no era hasta entonces cuando la asociación adquiría personalidad jurídica. En cambio, de los artículos 5 de la Ley de 1964 y 6.2 del Decreto de 1965 podía surgir la duda —antes de la Constitución— de si la personalidad jurídica no se habría obtenido ya antes, con el reconocimiento gubernativo. Vid., al respecto, PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 717.

(117) Así, entre otras muchas, las SSTs (Sala 4.^a, de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de julio de 1979, 3 de junio de 1980, 4 de noviembre de 1981, 21 de abril de 1982, 14 de enero de 1986, 2 de noviembre de 1987, y 7 de marzo y 22 de julio de 1989.

(118) De este modo, será la publicidad que da la inscripción la que atribuya la personalidad a la asociación, por lo que las asociaciones no inscritas carecerían en principio de personalidad jurídica. En tal sentido, CAPILLA (*La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984) muy gráficamente indica que «las asociaciones registradas gozarían de personalidad; las no registradas serían asociaciones sin personalidad». Este autor (en «Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 705) llega a entender que, dado que la STC 15/1989, de 26 de enero, admitía como constitucionalmente legítimo obligar a las asociaciones a inscribirse registralmente «como condición previa para el otorgamiento por el Estado de cualesquiera ayudas o beneficios», y que la atribución de personalidad jurídica sería un conjunto de beneficios, nada obstaría a que el legislador condicionara su

Entendía la doctrina que debe distinguirse entre el libre ejercicio del derecho de asociación, concretado en la válida constitución de asociaciones —de trascendencia constitucional—, y la atribución de una personalidad jurídica a esas asociaciones —cuestión de mera legalidad—; para adquirir la personalidad jurídica, las asociaciones deben inscribirse en un Registro, y en tal sentido habría que entender el artículo 22.3 CE (119).

Es más, como pone de manifiesto CAPILLA (120), es deseable la intervención pública en la constitución de personas jurídicas, por razones de certeza, seguridad jurídica y protección de terceros: el hecho de que el nuevo sujeto de Derecho sea titular de relaciones jurídicas tanto con sus miembros como frente a terceros y que se le atribuya la titularidad de un patrimonio separado, distinto de los de sus miembros (121), determina un sistema de publicidad

atribución a la inscripción registral. En este último punto disintimos de este autor, pues no pueden equipararse la personalidad jurídica, con un carácter general y de origen legal, y las ayudas o beneficios, de carácter específico o particular y concedidos administrativamente, identificándose la personalidad jurídica como un beneficio.

Igualmente, el Profesor FEDERICO DE CASTRO («La persona jurídica», *op. cit.*, págs. 82-83) entendía, si bien en un momento de plena vigencia del texto de la Ley de 1964, que «los elementos formales tienen en la persona jurídica un significado destacadísimo; imprescindible, dada su falta de corporeidad física (...). La publicidad es un requisito imprescindible para el reconocimiento social, que posibilita la actuación normal en el tráfico jurídico de la persona jurídica», pues las personas jurídicas «requieren una prueba legal de su misma existencia. Importa sobre todo a los terceros, pues a ellos les interesa no sólo la publicidad de su nacimiento, sino también la de su estructura; en especial, saber de sus órganos o representantes». Asimismo, cabe citar en ese sentido a PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 709. También se pronuncian por subordinar la personalidad jurídica de la asociación a su inscripción DIEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 558.

Parece poderse incluir en esta línea defensora de la necesidad de inscripción la STS de 3 de agosto de 1979, cuando afirma que «la inscripción registral prevista por el artículo 22 de la Constitución habrá de practicarse tan pronto como consten los datos que señala el párrafo 2.º del artículo 3.º de la Ley de 1964, y el acta de constitución a que se refiere el párrafo 1.º del mismo texto, sin posibilidad de denegación, aunque, eso sí, sin perjuicio de instar la Administración la acción declarativa pertinente, en orden a constatar su ilicitud o el hallarse incurso en prohibición legal».

En cambio, LACRUZ adopta una posición poco clara en este punto: por una parte, entiende que la personalidad jurídica de una asociación depende de su ingreso en el Registro («La asociación», *op. cit.*, pág. 287); mientras que posteriormente señala que «la inscripción en el Registro no es presupuesto de la adquisición de la personalidad jurídica» (*loc. cit.*, pág. 293).

(119) Cfr. CAPILLA, «La persona jurídica...», *op. cit.*, pág. 117; FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN, *Asociaciones y Constitución. Estudio específico del artículo 22 de la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 105.

(120) CAPILLA, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 857-859.

(121) Precisamente, una de las notas características de la personalidad jurídica sería que por ella las asociaciones tienen un patrimonio propio y asumen la titularidad exclusiva de sus créditos y deudas, estableciéndose respecto de éstas últimas la responsabilidad universal *ex* artículo 1.911 del Código Civil y su ajenidad respecto de los asociados

para la atribución de personalidad jurídica o al menos para gozar de sus efectos en los regímenes de la mayoría de las personas jurídicas [fundaciones (122), sociedades civiles (123), sociedades mercantiles de índole personalista (124), sociedades anónimas (125), sociedades de responsabilidad limitada (126), cooperativas (127)...; o, dentro ya de las asociaciones en sentido amplio, en el caso de los partidos políticos (128), los sindicatos (129), las asociaciones religiosas (130)...]. Por ello, estas razones permiten entender que el régimen de las asociaciones no tiene por qué ser distinto, requiriéndose igualmente una inscripción registral.

En cualquier caso, si hubiera deficiencias o incumplimiento de los requisitos formales de constitución de las asociaciones, cabría entender que la Administración encargada del Registro podrá denegar la inscripción, o suspenderla si hubiera indicios de ilicitud (131). Una cosa es que la declaración de suspensión de la asociación sea potestad judicial y otra el que no parece ser lógico que la Administración deba inscribir una asociación ilícita y después accionar contra ella (132), sino que es preferible defender la suspensión de la inscripción y el traslado al Ministerio Fiscal (133). Se trataría de un control administrativo a

(cfr. CAPILLA, «Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 718). No obstante, como señala el propio CAPILLA (*ibid.*), hemos de tener en cuenta que serían consecuencias propiamente derivadas de la personalidad jurídica la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la responsabilidad propia, pero no la ajenidad de las deudas respecto de los miembros de la entidad (no existe, por ejemplo, en las sociedades colectivas), si bien en los casos en que no concurriera esa limitación de responsabilidad la de los socios sería sólo *subsidiaria*, debiendo los acreedores dirigirse en primer lugar contra el patrimonio de la propia asociación.

(122) Vid. artículo 3 LF.

(123) Vid. artículo 1.669 del Código Civil.

(124) Vid. artículo 119 del Código de Comercio.

(125) Vid. artículo 7.1 LSA.

(126) Vid. artículo 11.1 LSRL.

(127) Vid. artículo 7 LCoop.

(128) Vid. artículos 3.2 y 4 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en igual sentido, antes, el art. 2 de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos).

(129) Vid. artículo 4.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical —en lo sucesivo, LOLS—.

(130) Vid. artículo 5.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, reguladora del Derecho de Libertad Religiosa, y respecto de las de la Iglesia católica, artículo I.4) y DT 1.ª del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre España y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979.

(131) En tal sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, «Asociaciones y Constitución», *op. cit.*, pág. 126.

(132) Como, en cambio, mantenía la STS de 3 de agosto de 1979 (cit. *supra*, en nota 118).

(133) Vid. STS (Sala 4.ª de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de noviembre de 1981. Posición defendida igualmente por Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema...», *op. cit.*, pág. 555. Asimismo, el artículo 30.4 de la nueva Ley de 2002 ha establecido finalmente

los meros efectos de la inscripción registral de la asociación, pues lo que sí es claro es que la Constitución —como hemos indicado— no permite que el ejercicio del derecho de asociación quede sometido a un previo control administrativo (134), ni que la subordinación de la adquisición de la personalidad jurídica de la asociación a su inscripción registral pueda entenderse como un límite al libre ejercicio de ese derecho (135).

Sin embargo, ha sido la posición que pone el momento de adquisición de la personalidad en la constitución de la asociación la finalmente adoptada en la nueva Ley de 2002, aunque con matices, como veremos en su momento.

La Ley de 1964 contemplaba que las asociaciones se regirían por sus Estatutos y los acuerdos que adopten sus órganos, y subsidiariamente por la propia Ley y disposiciones reglamentarias. En tal sentido, las asociaciones habían de contar con una Asamblea General, integrada por los socios y que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario, siendo convocada un mínimo de una vez al año para aprobación de cuentas y presupuesto; y una Junta Directiva.

Esta Ley, consecuente con su orientación restrictiva y de fuerte control, contiene una serie de normas complementarias en tal sentido, que podían entenderse claramente derogadas por la Constitución: deber de comunicar al Gobernador Civil la celebración de las sesiones generales, posibilidad de libre acceso de la autoridad gubernativa a las reuniones y a los libros y documentos de la asociación, y control del Gobernador Civil o del Ministerio de la Gobernación de las donaciones a la asociación que excedan de cincuenta mil pesetas.

Asimismo, la Ley de Asociaciones de 1964 permitía que la autoridad gubernativa pudiera suspender las actividades de la asociación en caso de que no se hubiese constituido conforme a la legislación de asociaciones, no actua-

la suspensión de la inscripción, dándose traslado del expediente al Ministerio Fiscal o al juez competente, en caso de que la Administración aprecie indicios racionales de ilicitud penal.

(134) El control administrativo admisible había de entenderse como meramente formal, y la inscripción obligatoria para la Administración, que no podrá denegarla (vid. SSTs de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de julio de 1979, 21 de abril de 1982 y 20 de marzo de 1991), siendo el silencio administrativo negativo base suficiente para obtener el amparo constitucional por violación del derecho de asociación (vid. STC 291/1993, de 18 de octubre). No obstante, se entendía por la jurisprudencia que podría ser denegada la inscripción de las asociaciones cuya denominación induzca a confusión con la de otra preexistente (vid. SSTs —Sala 4.ª de lo Contencioso-Administrativo— de 21 de abril de 1982, 2 de noviembre de 1983 y 9 de mayo de 1985), o que incurran en alguna de las causas de ilegalidad del artículo 22 CE (vid. SSTs —Sala 4.ª de lo Contencioso-Administrativo— de 3 de junio de 1980, 27 de octubre y 4 de noviembre de 1981; en contra, la STC 85/1986, de 25 de junio, que entendió que el control de la licitud penal no es competencia de la Administración).

(135) Así, CAFFARENA, «Comentario a los artículos 35-36 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 237.

ra conforme a la misma o hubiera llevado a cabo actos ilícitos (si bien con un carácter provisional, debiendo ser comunicado a la autoridad judicial en tres días, para su confirmación o revocación). Actualmente el artículo 22.4 de la Constitución es claro al respecto, atribuyendo tal potestad de suspensión únicamente a la autoridad judicial, que deberá acordarla motivadamente.

Finalmente, la Ley de 1964 también contemplaba la disolución o extinción de la asociación en casos de ilicitud, que debía ser dispuesta por sentencia judicial (136); esta previsión, al contrario que la relativa a la suspensión, sí es conforme con la Constitución (art. 22.4).

Por otra parte, junto a la disolución por ilicitud, cabe la posibilidad —explicitada ahora por la Ley de 2002 (137)— de extinción por previsión estatutaria que así lo disponga, al igual que la disolución voluntaria por acuerdo en tal sentido adoptado por sus socios (en caso de que los Estatutos no contemplen nada al respecto, el Decreto de 1965 requería un voto favorable de los dos tercios de los socios presentes o representados en la correspondiente Asamblea General) (138), así como —al igual que cualquier otra persona jurídica— por cualquiera de las causas del artículo 39 del Código Civil (expiración del plazo por el que se constituyó, realización del fin social o imposibilidad del mismo). Finalmente, también habrá que entender que la asociación se extinguirá cuando dejen de darse los requisitos esenciales que han de concurrir en ella: en particular, cuando desaparezcan todos los miembros de la asociación, ya sea por muerte ya por renuncia (139), al faltar el requisito de pluripersonalidad —no cabe asociación sin socios—; cuando desaparezca el patrimonio social (140); cuando el fin social devenga ilícito por cualquier

(136) La competencia para la disolución de las asociaciones ha venido siendo atribuida tradicionalmente a los órganos jurisdiccionales, ya desde la Ley de 1887, entre otras razones por tratarse de extinguir una personalidad jurídica, que ha de reservarse a los tribunales. Cfr. SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS, «Algunas dudas sobre la legislación de asociaciones», en *RCDI*, núm. 482, 1971, pág. 35.

(137) Vid. su artículo 17, al que posteriormente nos referiremos en el texto.

(138) Anteriormente se mantenía que bastaba la mayoría simple, pues si no, al permitirse la libre separación de los socios, se podría dar el caso de mantenerse una asociación con un número tan escaso de asociados que imposibilitara la obtención del fin social. En tal sentido, COVIÁN, Voz «Asociación (Derecho y contrato de)», *op. cit.*, pág. 696.

(139) O bien queden reducidos a uno solo (vid. lo dicho anteriormente sobre la posibilidad de unipersonalidad en las asociaciones, en la nota 14). La STS de 2 de noviembre de 1965 entendió que una asociación había quedado disuelta por haber desaparecido todos sus miembros sucesivamente.

(140) En tal caso, las leyes sobre asociaciones (así como las reguladoras de las sociedades) suelen imponer la necesidad de iniciar el procedimiento de liquidación. La de 2002 no contiene previsión específica al respecto, pero cabe entender que esta situación se contempla indirectamente: estaría incluida entre las causas de extinción del artículo 39 del Código Civil (dado que sería «ya imposible aplicar a éste [el fin social] la actividad y los medios de que disponían»), y la disolución sí conlleva la apertura del período de liquidación (art. 18.1).

causa; en los casos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y del pasivo, en que o bien desaparece la anterior asociación, absorbida por otra, o bien se fusionan varias dando lugar a una nueva asociación con extinción de las otras (141) o, por último, la revocación de la aprobación administrativa cuando es necesaria para la subsistencia de la asociación (142).

3.3. LA SITUACIÓN POSTERIOR A LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964, HASTA LA NUEVA LEY ORGÁNICA

La situación normativa sobre asociaciones corre paralela a la situación política en nuestro país. Por ello, no hay una nueva regulación de la materia desde 1964 hasta el fin del franquismo.

Con el inicio de la Transición, la necesidad de legitimar la actuación —hasta entonces más o menos en la sombra— de los grupos políticos y sindicales impone urgentemente, en primer lugar, la admisión de las denominadas asociaciones políticas (en el fondo, partidos políticos), mediante la Ley 21/1976, de 14 de junio, que fue sustituida poco después por la Ley de Partidos Políticos (Ley 54/1978, de 4 de diciembre) (143); y, después, de los sindicatos y asociaciones profesionales y empresariales, con la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical (144). Asimismo se contemplaron estas cuestiones respecto de determinados sectores funcionariales: Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, sobre el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las Fuerzas Armadas; Real Decreto 1522/1977, de 17 de junio, sobre ejercicio del derecho de asociación sindical de los funcionarios públicos; y Real Decreto 3624/1977, de 16 de febrero, sobre el ejercicio del derecho de asociación de los funcionarios civiles de la Seguridad del Estado.

Finalmente, en la línea tradicional de las Constituciones políticas, tanto españolas (145) como de otros países, y de los convenios internacionales

(141) Los casos de fusión, normales y relativamente frecuentes en los casos de sociedades, son mucho más raros en relación con las asociaciones, en que se encuentran con la dificultad añadida de la compatibilidad de los fines de todas las asociaciones implicadas.

(142) Como vimos que sucedía bajo la vigencia de las Leyes de 1887 y 1964. Desde luego, volvemos a reiterar, en la actualidad no puede entenderse que sea necesaria una autorización administrativa para el ejercicio del derecho de asociación.

(143) Sustituida recientemente, a su vez, por la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio.

(144) Sustituida en la actualidad por la LOLS respecto de los sindicatos. En cambio, respecto de las asociaciones profesionales y empresariales continúa vigente.

(145) Incluso, dentro de las Leyes Fundamentales franquistas, por el *Fuero de los Españoles*, en los términos ya vistos.

les (146), la Constitución Española de 1978 reconoce el derecho de asociación como uno de los derechos fundamentales. En tal sentido, su artículo 22 establece que:

- «1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

No volveremos a analizar aquí el precepto constitucional, puesto que ya lo hicimos con ocasión del estudio de la Ley de 1964 y resultaría reiterativo.

Además, nuestra Constitución contempla en otros preceptos, con carácter especial, determinados tipos de asociaciones de especial relevancia, como son los partidos políticos (art. 6), los sindicatos (art. 7; la libertad de sindicación es contemplada también en el art. 28.1, con naturaleza de derecho fundamental), las asociaciones empresariales (art. 7), las confesiones religiosas (art. 16; la libertad religiosa y de culto es igualmente un derecho fundamental), los colegios y organizaciones profesionales (arts. 36 y 52, respectivamente), las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51.2, que las denomina «sus organizaciones») y las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales (art. 127.1). En cualquier caso, puede entenderse que, como todas estas entidades son «asociaciones especiales», el artículo 22 será la normativa común subsidiaria de todas ellas, sin perjuicio de sus propias especialidades.

El carácter de derecho fundamental de asociación imponía su regulación por Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución). Sin embargo, pese al carácter claramente restrictivo de la Ley de Asociaciones de 1964 y de la especial importancia del derecho de asociación, la promulgación de una Ley Orgánica que regule las asociaciones en general (147) se ha retrasado nada menos que veinticuatro años, omisión tanto más sangrante si tenemos en cuenta la derogación por la Constitución —ya puesta de manifiesto anteriormente— de gran

(146) Así, los artículos 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

(147) No, en cambio, respecto de partidos políticos, sindicatos y otras asociaciones especiales, que como vimos sí tienen una regulación propia postconstitucional —caso, por ejemplo, de los sindicatos o de los partidos políticos— o inspirada por similares principios.

parte de la Ley de 1964, que se asentaba sobre principios contrarios a los constitucionales, y la práctica ausencia de normativa al respecto en el Código Civil, retraso que ha venido suscitando unánimes críticas en la doctrina (148).

Finalmente, en desarrollo de las competencias que les atribuyen sus Estatutos de Autonomía sobre las asociaciones de interés autonómico (las que desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito territorial autonómico), algunas Comunidades Autónomas han aprobado sus propias leyes de asociaciones. Concretamente, en tal sentido se han promulgado la Ley vasca 3/1988, de 12 de febrero, y la catalana 7/1997, de 18 de junio, a las que ya nos hemos referido con anterioridad.

4. LA NUEVA LEY ORGANICA REGULADORA DEL DERECHO DE ASOCIACION DE 2002

Presentado el Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados el 22 de junio de 2001, finalmente la Ley Orgánica fue promulgada con el ordinal 1/2002 y fecha de 22 de marzo de 2002, viendo su publicación en el Boletín Oficial del Estado del siguiente día 26. Como hemos dicho, supone el primer desarrollo del artículo 22 de la Constitución (149), uno de los pocos preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales que quedaban por desarrollar, lo que pone de manifiesto la enorme trascendencia de esta Ley. A continuación, pondremos de manifiesto los principales puntos de la Ley, a la que ya podemos hacerle la objeción del carácter superfluo de algunas de sus indicaciones, dado que exponen principios o reglas obvios, de clara aplicación aun cuando no se dijeran expresamente (150).

(148) Máxime cuando en su momento pudo haberse aprovechado la promulgación de la Ley 19/1977, sobre derecho de asociación sindical (así como las otras leyes de asociaciónismo sectorial posteriores) para haber abordado una ley general de asociaciones, generalizando su regulación y derogando la de 1964, como pone de manifiesto LASARTE, «Notas sobre el derecho de asociación...», *op. cit.*, pág. 1136.

(149) Y conforme a la interpretación que de este precepto hizo el Tribunal Constitucional en su sentencia 173/1998, de 23 de julio, en el sentido de que este derecho constitucional tiene una cuádruple dimensión: una positiva, de libertad de creación de nuevas asociaciones o adscripción a las ya creadas; una negativa, de libertad de no asociación y de dejar de pertenecer a una asociación; la libertad de organización y funcionamiento interno y sin injerencias de los poderes públicos; y las facultades propias de los asociados frente a la asociación a la que pertenecen.

(150) Como muestra, un botón: el artículo 4 establece que «la constitución de asociaciones y el establecimiento de su organización y funcionamiento se llevarán a cabo dentro del marco de la Constitución, de la presente Ley Orgánica y del resto del ordenamiento jurídico». Es obvio que la asociación, como cualquier otra persona jurídica (y física) ha de constituirse y funcionar conforme al ordenamiento jurídico en general y a la Constitución en especial, aun cuando esta Ley no lo dijera. Lo mismo cabe decir del artículo 6.2 («El contenido de los Estatutos no podrá ser contrario al ordenamiento jurídico»).

La Ley está organizada en ocho capítulos, que contienen un total de cuarenta y dos artículos, cuatro Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria y cuatro Finales.

4.1. RÉGIMEN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN (ARTS. 1 A 4)

La Ley se abre con el Capítulo I, titulado «Disposiciones generales» (151).

Mantiene en su artículo 1 el ámbito del derecho de asociación tal y como se definía hasta ahora: exclusión de las asociaciones con fin de lucro, con un régimen asociativo específico o reguladas por leyes especiales, en especial los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, entidades religiosas, federaciones deportivas y asociaciones de consumidores y usuarios. En particular, las asociaciones con fines exclusivamente religiosos de iglesias, confesiones y comunidades religiosas se registrarán por los correspondientes tratados internacionales y leyes específicas (152), con aplicación supletoria de la propia Ley Orgánica.

Asimismo se establece expresamente la exclusión de determinadas entidades que no son asociaciones, pero cuya proximidad a ellas podría hacer que se considerara procedente la aplicación de la Ley por vía analógica: comunidades de bienes y propietarios, entidades regidas por las normas del contrato de sociedad, cooperativas, mutualidades y uniones temporales de empresas y agrupaciones de interés económico.

El derecho de asociación se configura en una doble perspectiva: individual y colectiva. Por una parte, como derecho individual de las personas; y, por otra, como derecho de las propias asociaciones para su funcionamiento.

Curiosamente, la Ley habla en repetidas ocasiones de asociaciones, derecho de asociación y asociacionismo, pero no define estos conceptos —como por otra parte tampoco hacía la Ley de 1964 ni el propio Código Civil—, tal vez por darlos por suficientemente conocidos, máxime tratándose de un derecho de relevancia constitucional, o bien derivables del propio término *asociación*.

El artículo 2 declara, desde la óptica individual, el derecho general de todos (153) a asociarse para la consecución de fines lícitos, sin necesidad de

(151) Su denominación originaria en el Anteproyecto de la Ley era «Régimen del derecho de asociación». Como entendemos que ésta es más expresiva de su contenido, hemos optado por mantenerla para intitular este apartado.

(152) Claramente están incluidas en este supuesto las asociaciones creadas por la Iglesia católica, respecto de las cuales el artículo 1.3 contenía en el Proyecto de Ley una previsión específica, que desapareció en su tramitación en el Senado. Las mismas, como ya hicimos referencia con anterioridad, se regularán por el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre España y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979.

(153) En ese «todos», de acuerdo con el artículo 8 de la *Ley de Extranjería*, y como ya señalamos, no cabe entender incluidos los extranjeros no comunitarios sin permiso

autorización previa, y —desde el punto de vista negativo— sin que nadie pueda ser obligado a constituir una asociación, pertenecer a ella o permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a la misma.

En la vertiente colectiva del derecho, se establecerán más adelante una serie de capacidades de las asociaciones (para inscribirse en el correspondiente Registro, de autoorganización en el marco de la ley, de realización de actividades para el cumplimiento de sus fines) y un derecho a no sufrir interferencias por parte de las Administraciones Públicas, en los términos del artículo 4. En cualquier caso, su organización y funcionamiento han de ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo, y asimismo se reitera la previsión constitucional de ilicitud de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito y de las asociaciones secretas y de carácter paramilitar.

Se reconoce como novedad el que el derecho de asociación corresponde también a las entidades públicas, si bien con un carácter excepcional, como medida de fomento y apoyo y con la salvedad de que no podrán ostentar el control de la correspondiente asociación.

Respecto a la capacidad para constituir asociaciones y formar parte de las mismas sí se introducen en el artículo 3 importantes novedades respecto a la normativa de 1964:

- a) Se admite respecto de los menores no emancipados mayores de catorce años, siempre que cuenten con el consentimiento documentado de las personas que deben suplir su capacidad. Ello sin perjuicio de que en el caso de las asociaciones infantiles, juveniles y de alumnos se aplicará el régimen específico previsto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor.
- b) Frente a las voces doctrinales discrepantes y en línea con la posición que se venía manteniendo a nivel legislativo autonómico, como vimos, se reconoce el derecho de asociación también a las personas jurídicas. Para ello, las que sean de naturaleza asociativa requerirán el acuerdo expreso de su órgano de gobierno o de representación, y las de naturaleza institucional el acuerdo de su órgano rector. Las propias asociaciones podrán a su vez constituir federaciones, confederaciones o uniones, con acuerdo expreso de sus órganos rectores y conforme a los requisitos relativos a las asociaciones. Finalmente, como ya indicamos, también serán titulares del derecho de asociación las personas jurídico-públicas, con sujeción a lo que dispongan sus normas constitutivas y reguladoras.

de estancia o residencia, a los que dicha Ley excluye del derecho de asociación (sí, en cambio, los que tengan ese permiso; igualmente, cabe citar el artículo 27 del Código Civil).

- c) Por último, se reitera la línea tradicional de que las personas físicas han de tener capacidad general de obrar [lo que queda inmediatamente contradicho por la atribución de capacidad a los menores mayores de catorce años, como hemos visto en la indicación a)] y las restricciones a los miembros de las Fuerzas Armadas e Institutos Armados de naturaleza militar (que se regirán por lo dispuesto en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas) y a los jueces, magistrados y fiscales (que se atenderán a su normativa específica).

El artículo 4 establece los principios de relación de la Administración con las asociaciones: el fomento de las asociaciones con actividades de interés general, y específicamente el asesoramiento e información técnica si son solicitados por quienes las acometan, así como la no adopción de medidas preventivas o suspensivas que interfieran en la vida interna de las asociaciones (154). Asimismo nos encontramos con otra de las previsiones superfluas a las que antes nos referíamos: se establece que el otorgamiento de ayudas o subvenciones públicas y el reconocimiento de beneficios legal o reglamentariamente previstos estará condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos (155). Posteriormente, el artículo 42 volverá a retomar esta materia al tratar de los Consejos Sectoriales de Asociaciones.

Los apartados 5 y 6 de este artículo 4, introducidos en el Senado, excluyen de las ayudas públicas a determinadas asociaciones. Concretamente, el apartado 5 establece esa exclusión respecto de las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento sigan criterios discriminatorios, y el 6 —que podemos entender fruto de la actual sensibilidad internacional de especial lucha contraterroterrorista, a raíz de los sucesos del pasado 11 de septiembre— respecto de las que promuevan o justifiquen el odio o la violencia, o justifiquen el terrorismo o la realización de actos de menosprecio a las víctimas del terrorismo o a sus familiares. Los párrafos finales del apartado 6 concretan presunciones *iuris et de iure* de realización por la asociación de las actividades antes mencionadas, cuando alguno de los integrantes de sus órganos de representación o cualquier otro miembro activo haya sido condenado por sentencia firme por pertenencia, actuación al servicio o colaboración con banda armada en tanto no haya cumplido la condena, si no hubiese rechazado públicamente los fi-

(154) Lo cual es especialmente importante, por cuanto resalta que toda suspensión de actos o acuerdos de las asociaciones queda atribuida en exclusiva a las autoridades judiciales. La Administración podrá únicamente poner en conocimiento de éstas los actos o acuerdos que considere ilegales o lesivos del interés general.

(155) Calificamos de superflua esta previsión legal porque, de modo obvio, si un requisito se establece es precisamente para condicionar a su cumplimiento la obtención del beneficio. En cuanto a que la Administración pudiera otorgar beneficios a las asociaciones ya era reconocido específicamente por otras normas, especialmente por la LF.

nes y medios de esa organización terrorista (156); y de ser actividad de la asociación cualquier actuación realizada por los miembros de sus órganos de gobierno y representación o cualquiera otros miembros activos cuando actúen en nombre, por cuenta o en representación de la asociación, aunque no constituya el fin o actividad de aquélla (157).

(156) Aquí nos encontramos con un apartado de aparente dudosa constitucionalidad, al menos interpretado literalmente, puesto que se está sancionando (con la pérdida o imposibilidad de obtención de ayudas públicas) a todo un colectivo —recordemos, además, que con personalidad jurídica propia— por la actuación de *uno solo* de sus miembros, sin que se precise que haya apoyo de la asociación o participación de ésta en sus ideas. Pensemos en cualquier ONG perfectamente respetable en que alguno de sus miembros resultara ser un terrorista y fuera condenado por ello: ¿debería ser sancionada toda la asociación por algo que probablemente desconocía el resto de sus miembros (máxime si tenemos en cuenta que el precepto legal no concede a la asociación posibilidad alguna de anular o contrarrestar los efectos desfavorables derivados de la condena de ese miembro, por ejemplo, a través de una declaración pública por parte de la Junta Directiva rechazando esa actuación)? Por otra parte, la referencia al *miembro activo* es de una peligrosa oscuridad y ambigüedad, que puede prestarse a múltiples interpretaciones. El buen sentido lleva a interpretar el precepto —aunque sea a costa de tal vez forzarlo un tanto— como referido a actuaciones que sean realmente imputables a la asociación, porque la Junta Directiva respalde y apoye el comportamiento delictivo de su asociado, y no por la mera actuación aislada del mismo.

En tal sentido, es mejor técnica la seguida por el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, cuyo apartado 4 establece que, a la hora de valorar las conductas antidemocráticas y de apoyo al terrorismo de los partidos políticos que contemplan los dos apartados precedentes, se tendrán en cuenta las comunicaciones y actuaciones *del propio partido*, sus órganos o sus grupos parlamentarios y municipales, o *de sus dirigentes* y las actitudes *significativamente repetidas* de sus afiliados o candidatos, así como las condenas por delitos tipificados en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal (contra la Constitución, el orden público, el Estado y la Defensa Nacional y la comunidad internacional, respectivamente) de sus dirigentes o afiliados *sin que se hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión*. Las indicaciones que hemos puesto en cursiva permiten concluir que esas conductas sean verdaderamente imputables al partido, bien directamente o bien por omisión al no expulsar al afiliado que incurre en ellas —por lo que las apoya tácitamente—, con lo que se eliminan los peligros de sancionar a la asociación por una conducta que no le es realmente imputable, que sí entendemos que se da con la Ley de Asociaciones.

(157) Volvemos a hallarnos ante una previsión legal de dudosa admisibilidad, al menos en una lectura literal. La actuación por cuenta de otro no supone que se haga con su consentimiento (así, el caso de la gestión de negocios ajenos sin mandato), por lo que la actuación *en nombre* de la asociación de un miembro aislado de la misma (no, por supuesto, si se trata de la actuación de los órganos legitimados para vincular a la asociación y que la representan; sin embargo, hemos de tener en cuenta que se habla de miembros del «órgano de gobierno», y todo socio por serlo es miembro de la Asamblea —el órgano de gobierno de la asociación—, de modo que todo socio estaría incluido en el supuesto previsto por la norma que analizamos) no debería conllevar consecuencias para ella si ésta no ratifica o confirma lo actuado, máxime cuando no se va a poder considerar una gestión de la que la asociación saque algún provecho, dado que conllevará la referida *sanción* (arg. ex arts. 1.892 y 1.893 del Código Civil). Volvamos al ejemplo de la ONG: si alguno de los miembros de su Junta Directiva menospreciara a las víctimas del terro-

4.2. CONSTITUCIÓN DE LAS ASOCIACIONES (ARTS. 5 A 10)

El artículo 5 inicia el Capítulo II, y reitera la necesidad de un acta fundacional para la constitución de la asociación. Por otra parte, frente al silencio de la Ley de 1964 y de la Constitución de 1978, que como antes dijimos originó un debate doctrinal que había dado como fruto la conclusión de que basta con un mínimo de dos personas para la constitución de la asociación, la nueva Ley prefiere una base personal mínima más amplia, requiriendo un mínimo de tres personas fundadoras.

El acuerdo de constitución habrá de documentarse en un acta fundacional por escrito, ya sea documento público o privado (158), y con ello la asociación adquirirá automáticamente su personalidad jurídica (159) y la plena capacidad de obrar, si bien el acta habrá de ser inscrita «a los solos efectos de la publicidad».

El contenido del acta se contempla en el artículo 6, y es el que tradicionalmente se viene requiriendo: identificación de los promotores, indicando su nacionalidad y domicilio; voluntad de constituir la asociación, denominación de ésta, Estatutos, y lugar y fecha de otorgamiento y firma de los promotores. Deberá ir acompañada, si éstos son personas jurídicas, con una certificación del acuerdo del órgano competente de constituir la asociación y la designación de la persona física que la representará, y en el caso de personas físicas la acreditación de su identidad, así como la acreditación de la identidad de los

rismo, ¿sólo por el hecho de decir que «actúa en nombre de la asociación» deberá ser sancionada ésta, aun cuando no fuera el sentir real del resto de sus socios (recordemos que no se concede ningún valor anulatorio de los efectos desfavorables que se ligan a la actuación de ese miembro a, por ejemplo, la expulsión del mismo de la asociación, una condena de esa actuación por parte de la Junta Directiva o una declaración pública de ésta de no ser el auténtico parecer de la asociación, sino que se establece una automática atribución a la asociación de la actuación de su miembro)? Asimismo, volvemos a encontrarnos con que estas consideraciones se reafirman al hacerse nueva referencia a los *miembros activos* de la asociación, respecto de los cuales nos remitimos a lo ya dicho en la anterior nota. Asimismo, reiteramos lo ya dicho sobre cuál entendemos que ha de ser la correcta interpretación del precepto (aunque, nuevamente, sea a costa de forzar un tanto su letra).

(158) Así, nos encontramos con que el carácter no formalista que la Constitución atribuye al derecho de asociación impone que ésta sea una de las escasas excepciones en que el acceso de un documento a un registro público no se subordina a la observancia de la forma de documento público. Vid. *supra* nota 110.

(159) Con ello parece superarse la vieja polémica doctrinal en torno al momento de adquisición de la personalidad jurídica de la asociación, si con su constitución propiamente dicha, documentada en el acta fundacional, o a partir de su inscripción en el Registro, como pusimos de manifiesto al hablar de la Ley de 1964. En principio, la nueva Ley parece orientarse por la primera posición pero, como decimos, *parece*, porque si bien nominalmente lo hace, luego los efectos que se derivan del hecho de la inscripción hacen que la cosa no esté tan clara, como veremos cuando hablemos en el texto de las consecuencias que se ligan a la inscripción.

representantes de personas físicas o jurídicas en caso de que se actúe por medio de ellos.

El artículo 7 recoge cuál ha de ser el contenido mínimo de los Estatutos, contemplando los puntos que ya se recogían en la Ley de 1964 e incluyendo otros que la práctica establecía pero que, pese a su importancia, no se preveían legalmente. Ese contenido mínimo viene constituido por la denominación, el domicilio y ámbito territorial de actuación, la duración en caso de asociaciones temporales, los fines y actividades de la asociación descritos de forma precisa; el régimen de admisión, baja, sanción y separación de los asociados y en su caso las clases de éstos, los derechos y obligaciones de los asociados, el régimen de los órganos de gobierno y representación (composición, reglas de designación y sustitución de sus miembros, atribuciones, duración de los cargos, causas de cese, forma de deliberación, adopción y ejecución de acuerdos, personas con facultad para certificarlos, requisitos para la válida constitución, y número de asociados preciso para poder convocar sesiones de los órganos de representación o proponer asuntos en el orden del día) (160); régimen de administración, contabilidad y documentación y fecha de cierre del ejercicio asociativo, los recursos económicos, y las causas de disolución y destino del patrimonio en tal caso. El segundo apartado del artículo es nuevamente superfluo («el contenido de los Estatutos no podrá ser contrario al ordenamiento jurídico»).

La Disposición Transitoria Primera establece la plena aplicación de la Ley a las asociaciones anteriormente inscritas, si bien deberán adaptar sus Estatutos en dos años, plazo durante el cual deberán asimismo declarar que se encuentran en situación de actividad, notificando al Registro la dirección de su domicilio social y la identidad de los componentes de sus órganos de gobierno y representación y la fecha de elección o designación de éstos.

Respecto de la denominación, el artículo 8 mantiene el criterio tradicional, también existente en materia de sociedades mercantiles, de que no podrá incluir expresiones que induzcan a error sobre la identidad, clase o naturaleza de la asociación, en especial las relativas a personas jurídicas diferentes, las que sean contrarias a las leyes o vulneren los derechos funda-

(160) Este último inciso, resultado del paso del Proyecto de la Ley por el Senado, es altamente elogiable, al establecer que en todas las asociaciones un número suficiente de asociados puedan obligar a la Junta Directiva a convocar la reunión de la Asamblea [en sintonía con el artículo 12.b)] o a la introducción de determinados asuntos en el orden del día, a fin de evitar actuaciones *dictatoriales* en las asociaciones por parte de sus dirigentes, de modo similar a lo dispuesto, por ejemplo, en los artículos 16.1 LPH, 100.2 LSA y 45.3 LSRL. Tal vez hubiera sido conveniente que fuera la propia Ley la que fijara imperativamente el mínimo de asociados —como sucede en los preceptos citados—, para prevenir que estatutariamente se pudieran imponer minorías irrealizables que *de facto* dejaran esa posibilidad sin contenido, pues el 10 por 100 de los asociados previsto en el artículo 12.b) tiene un carácter meramente dispositivo.

mentales de las personas o puedan mover a confusión con otra asociación, entidad o persona física preexistente —salvo con el expreso consentimiento del interesado o sus sucesores—, o con una marca registrada notoria (161), salvo que se solicite por su titular o con su consentimiento.

El artículo 9 viene a establecer cuál será el domicilio de las asociaciones: el que fijen sus Estatutos, que podrá ser el de la sede de su órgano de representación o donde éste desarrolle principalmente sus actividades. En cualquier caso, las asociaciones españolas tendrán su domicilio en España (162), así como aquéllas que desarrollen actividades principalmente dentro del territorio nacional (163). Asimismo, toda asociación extranjera para poder ejercer actividades en España establemente habrá de establecer una delegación en territorio español.

El artículo 10 trata de uno de los puntos espinosos de la materia de asociaciones, sobre el cual corrieron ríos de tinta en la doctrina y al que ya hemos hecho referencia anteriormente: la trascendencia de la inscripción registral. La Ley establece, conforme a la letra de la Constitución, que la inscripción será «a los solos efectos de publicidad», y señala la responsabilidad de los promotores por las consecuencias de la falta de inscripción. La función de la inscripción, conforme al apartado 2, será «hacer pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones» y ser «garantía tanto para los terceros que con ellas se relacionan como para sus propios miembros».

No obstante, el apartado cuarto del precepto establece unas previsiones en clara contradicción tanto con el artículo 5 de la misma Ley como con el apartado 1 del propio artículo 10 y, lo que es más grave, con el artículo 22 de la Constitución. Como hemos señalado reiteradamente, éste último establece que la inscripción será «a los solos efectos de publicidad», y en tal sentido el artículo 5.2 de la Ley establecía la adquisición de per-

(161) Entonces, si la marca no es notoria ¿puede utilizarse libremente en las denominaciones de las asociaciones, aunque esté registrada? Entendemos que ese requisito de notoriedad es improcedente y altamente criticable, pues no es justificable que, por poner un ejemplo, la asociación «IBM» no pueda constituirse sin necesidad de autorización del titular de esta marca, y en cambio sí pueda la asociación «PIF» (en el hipotético caso de ser ésta una marca registrada, por el mero hecho de no ser notoria). Consideramos que el registro de la marca obligaría a proteger a su titular con independencia de la notoriedad que la misma alcance.

(162) Esta nota es redundante y circular, pues la nacionalidad española de la asociación vendrá determinada precisamente por su domicilio en España (art. 28 del Código Civil).

(163) Sin embargo, queda este punto un tanto confuso, pues la Ley establece que «deberán tener domicilio...». ¿Supone esto que podrán tener más de un domicilio, con tal que uno lo tengan en España, o bien que sólo podrán tener el radicado en España? Parece más lógico entender lo primero, pues si sólo tuvieran el radicado en España serían asociaciones españolas, como indicamos en la anterior nota.

sonalidad jurídica desde la propia acta fundacional. Sin embargo, este apartado declara que «sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de asociaciones no inscritas responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. Los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación». ¿Dónde está entonces la personalidad jurídica de la asociación? ¿Cómo puede decirse que la asociación tendrá personalidad jurídica desde su acta fundacional, aun no inscrita, para acto seguido decir que de las obligaciones contraídas por cualquiera de los socios responderán directamente *todos* los asociados, incluso los que no hubieran actuado? (164). O bien el legislador tiene un concepto muy *descafeinado* de la personalidad jurídica o bien este precepto *chirría* con el sistema constitucional, pues se hace depender de la inscripción bastante más que la mera publicidad. Podrá oponérsenos el argumento de que similar a éste es el régimen de las sociedades mercantiles irregulares, pero ello choca con el importante escollo de que respecto de las mismas sí puede subordinarse la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción registral (en ese caso, en el Registro Mercantil), y aquí nos hallamos con la limitación impuesta por el artículo 22 de nuestra Constitución, que obliga a que de ningún modo pueda supeditarse esa adquisición de personalidad jurídica a la inscripción en cualquier registro, pues la misma no puede entenderse obligatoria al ser «a los solos efectos de publicidad».

4.3. FUNCIONAMIENTO DE LAS ASOCIACIONES (ARTS. 11 A 18)

El Capítulo III comienza con un artículo, el 11, que vuelve a recoger otras previsiones que a nuestro parecer son superfluas: por una parte, que el régimen de las asociaciones se determinará por las disposiciones de la Ley y los reglamentos que la desarrollen, lo que choca con la obviedad de que si la Ley y los reglamentos establecen una regulación de ese régimen, las asociaciones habrán de observarla con independencia de que la norma lo indique expresamente o no; y, por otra, que los Estatutos de las asociaciones habrán de respetar las normas de la Ley y los reglamentos, lo que vuelve a encontrarse

(164) Obsérvese que no se trata de una responsabilidad *subsidiaria* de los asociados, sino que éstos responderán *solidariamente* y de modo *directo*, lo que va en contra del propio concepto de personalidad jurídica (vid. *supra* lo dicho en nota 121). A nuestro entender, lo adecuado hubiera sido establecer una responsabilidad *subsidiaria* de los asociados, tras la asociación, en tanto ésta se mantenga sin inscribirse, desapareciendo cuando se practique su inscripción (momento en que la asociación pasará a ser la única responsable de sus obligaciones: art. 15.1-2).

con esa obviedad y con la de que la *lex privata* (llámense Estatutos, llámese contrato) siempre ha de respetar el contenido de las leyes y reglamentos que no sean de naturaleza dispositiva (165).

No obstante, sí contiene este precepto algún contenido con trascendencia: que el régimen interno de funcionamiento de las asociaciones será democrático (166) y contenido en sus Estatutos, y cuál será el régimen orgánico de las asociaciones. Respecto de éste, vendrá integrado por una dualidad de órganos: la Asamblea General y el órgano de representación. En cuanto a la primera, constituye el órgano supremo de gobierno de la asociación, estará integrada por los asociados, adoptará sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna (167) y deberá reunirse al menos con carácter anual. Respecto del segundo, se establece la necesidad de su existencia, sus funciones (gestión y representación de los intereses de la asociación, conforme a las indicaciones de la Asamblea) y —lo que es novedad de esta Ley, como consecuencia de la sugerencia en tal sentido del Consejo General del Poder Judicial— que sólo podrá estar integrado por asociados; además, serán requisitos para ser miembro del órgano de repre-

(165) Cfr. artículo 6.2 y 3 del Código Civil.

(166) No obstante, esa indicación de que el régimen interno deba ser obligatoriamente democrático es criticable, pues puede suponer una limitación del derecho de asociación no justificable con carácter general, de modo que quedaría ahora prohibido el que los socios fundadores se reservaran especiales privilegios, por ejemplo, o que sus votos fueran de mayor valor que el del resto de los socios. En el fondo, se va a traducir en una necesaria igualdad de derechos entre todos los socios, sin que pueda haber diversas categorías de los mismos. Ello, si es aceptable en relación con determinados tipos de asociaciones, entendemos que no lo es con un carácter general.

Así, podemos recordar la clasificación de CAPILLA (en «Las asociaciones», *op. cit.*, págs. 708-710) en asociaciones de relevancia constitucional, de configuración legal y «normales». En las primeras (partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales y asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales), por su relevancia constitucional y su carácter básico e imprescindible para el funcionamiento del Estado social de Derecho, se restringe la libertad organizativa, que ha de ser necesariamente democrática. Las asociaciones de configuración legal (asociaciones de consumidores, federaciones deportivas, entidades urbanísticas colaboradoras...) desempeñan funciones públicas de carácter administrativo, lo que justifica el que el legislador pueda modular el ejercicio del derecho de asociación, imponiendo una serie de limitaciones. En cambio, las asociaciones «normales» no tienen esos privilegios o beneficios más allá de la propia libertad de asociación que justifican las modalizaciones de la misma, y por ello deberemos concluir la falta de fundamento de la restricción en la capacidad de autoorganización de las asociaciones que supone el imponerles que su funcionamiento haya de ser democrático. De esta forma, en las asociaciones «normales», como señala CAPILLA («Las asociaciones», *op. cit.*, pág. 715), debieran ser admisibles restricciones del derecho de voto, sistemas de voto por cabezas, o por intereses, o por antigüedad, etc. Para LACRUZ («La asociación», *op. cit.*, págs. 294-295), en cambio, debería existir una necesaria igualdad de los asociados.

(167) El posterior artículo 12.d) concretará cuáles son las mayorías precisas en cada caso.

sentación: ser mayor de edad (168), estar en pleno uso de los derechos civiles y no estar incurso en motivos de incompatibilidad.

Para que los miembros de los órganos de representación puedan recibir retribuciones en función del cargo, deberá constar en los Estatutos y en las cuentas anuales aprobadas en asamblea.

El régimen interno, salvo indicación contraria de los Estatutos, será el previsto en el artículo 12:

- a) Las facultades del órgano de representación se extenderán con carácter general a todos los actos propios de las finalidades de la asociación que no requieran autorización expresa de la Asamblea General por indicación estatutaria.
- b) La Asamblea se convocará por el órgano de representación, además de anualmente con carácter ordinario conforme al artículo 11.3, con un carácter extraordinario cuando lo solicite un mínimo del 10 por 100 de los asociados.
- c) La constitución de las Asambleas requerirá previa convocatoria efectuada quince días antes de la reunión, y habrán de concurrir a ella, presentes o representados, un tercio de los asociados. Su presidente y su secretario serán designados al inicio de la reunión.
- d) El régimen de mayorías será el siguiente: con carácter general, mayoría simple (169); y mayoría absoluta (es decir, que más de la mitad de los votos sean de carácter afirmativo) para los acuerdos de disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación.

Entrando en el régimen de actividades, el artículo 13 establece, nuevamente de modo superfluo, que «las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades». Es obvio tanto que si la asociación debe cumplir unos fines, para ello habrá de realizar cuantas

(168) Cabe plantearse si será preciso este requisito también en las asociaciones infantiles, juveniles y de alumnos, en que como vimos no se exigía para el ingreso de los asociados. Tal vez quepa entender que el mayor papel en la vida de la asociación del miembro del órgano de representación frente al asociado «de base», la posibilidad de que sobre él repercutan responsabilidades en caso de una administración negligente (art. 15.3-5), y el que junto con los demás integrantes del órgano de representación pueda vincular a la asociación, imponen la necesidad de dar una respuesta afirmativa, a fin de asegurar —junto con los requisitos que se indican en el texto, inmediatamente a continuación— que los miembros del órgano de representación poseen una plena capacidad de obrar.

(169) Nuevamente, la Ley descende a definir lo obvio: que la mayoría simple se produce cuando los votos afirmativos superan a los negativos.

actividades sean precisas, con independencia de que la Ley lo diga o no; como que si en esas actividades hay una legislación específica la misma ha de ser observada (en la medida en que sea imperativa y no dispositiva, debe entenderse), pues —como venimos señalando reiteradamente— el necesario cumplimiento de la normativa aplicable no es algo que la Ley deba declarar.

El apartado segundo de este artículo destaca uno de los elementos que como hemos visto es característico de la asociación, y que la diferencia de las sociedades: la ausencia de lucro. En tal sentido, los beneficios que obtenga derivados del ejercicio de actividades económicas habrán de destinarse con exclusividad al cumplimiento de los fines, sin que quepa su reparto entre los asociados o sus cónyuges, parejas de hecho o parientes, ni su cesión gratuita con interés lucrativo (170).

El artículo 14 recoge una previsión organizativa formal que supone una novedad en cuanto a que la Ley de Asociaciones la prevea expresamente: como obligaciones documentales y contables, las asociaciones deben tener un listado actualizado de sus asociados, contabilidad (171), inventario de sus bienes y un libro en que se recojan las actas de las reuniones de sus órganos de gobierno y representación, correspondiendo la aprobación anual de las cuentas a la Asamblea General. Esta documentación estará a disposición de todos los asociados.

El artículo 15 se relaciona con el anterior artículo 10, concretando cuáles serán los efectos de la inscripción registral en cuanto a la atribución de responsabilidad a la propia asociación. En tal sentido, establece que en el caso de que la asociación esté inscrita (172) será ésta la que responda de sus obligaciones con sus propios bienes presentes y futuros, sin que los asociados respondan personalmente por ellas (173). Los miembros de los órganos de

(170) Desaparece aquí la excepción relativa a las aportaciones condicionales, existente inicialmente en el Proyecto y que se eliminó en su tramitación en el Congreso de los Diputados.

(171) Que, en una nueva obviedad, deberá llevarse «conforme a las normas específicas que les resulten de aplicación». Esta declaración de aplicación de las normas contables es totalmente superflua, pues tal aplicación debe existir aun cuando nada se diga al respecto específicamente. Destacadamente, esas normas serán el Plan General de Contabilidad (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre) y el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades.

(172) En caso de que no estuviera inscrita, ya vimos que el artículo 10.4 atribuía la responsabilidad frente a terceros, con carácter solidario, a los promotores y a los asociados que actuaran en nombre de la asociación.

(173) En el fondo, este artículo concreta que propiamente la personalidad jurídica depende de la inscripción, habiendo hasta entonces una personalidad jurídica meramente nominal, que permitiría la titularidad de derechos y obligaciones por la asociación pero no la atribución de responsabilidades a la misma, con lo que obviamente se está atribu-

gobierno y representación, y en general sus representantes, responderán ante la propia asociación, los asociados y terceros por los daños y deudas debidos a actos dolosos o culposos, y asumirán frente a los mismos las responsabilidades civiles y administrativas que correspondan por los actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones y por los acuerdos que hubiesen votado; en caso de que la responsabilidad no sea individualizable, responderán solidariamente todos los miembros de los órganos de gobierno y representación, salvo que acrediten su no participación en la aprobación y ejecución de esos actos u omisiones o que se opusieron expresamente a ellas.

La modificación de los Estatutos se contempla en el artículo 16, diferenciándose un régimen distinto en función del alcance de la misma.

Si la modificación afecta a alguno de los contenidos estatutarios mínimos del artículo 7, será preciso para la misma un acuerdo adoptado por la Asamblea General convocada con carácter específico. Esa modificación deberá ser inscrita en el plazo de un mes (174), con los mismos requisitos que la inscripción de los Estatutos, y sólo producirá efectos —tanto para los asociados como para terceros— desde la misma (175). El silencio administrativo tiene aquí carácter positivo.

Si la modificación fuera de algún otro aspecto de los Estatutos, producirá efectos para los asociados ya desde de su adopción, y para los terceros desde que además se produzca su inscripción registral.

Finalmente, se establece que la inscripción de las modificaciones estatutarias se someterá a los mismos requisitos que la de los propios Estatutos.

Los artículos 17 y 18 contemplan el proceso de extinción de la asociación, para lo cual habrá de pasar por las fases de disolución y liquidación. El primero de los preceptos citados versa sobre la disolución, contemplando como causas las previstas estatutariamente, la voluntad de los asociados, las

yendo a la inscripción un valor muy superior a los «solos efectos de publicidad» que establece el artículo 22 CE, haciéndola *de facto* constitutiva, y por tanto estableciendo una restricción indirecta del derecho de asociación dudosamente justificable (nos remitimos a la crítica realizada anteriormente en el texto). La inscripción provoca que se pase de un extremo a otro: de la responsabilidad *directa* de los asociados, a su absoluta irresponsabilidad por las deudas de la asociación.

(174) Sin embargo, la fuerza vinculante de este plazo es en la práctica ciertamente débil, al no preverse sanción alguna en caso de su inobservancia (la falta de efectos de la modificación estatutaria en tanto no se inscriba no va ligada a la inobservancia del plazo, sino a la no inscripción), como no podría ser de otro modo, si tenemos en cuenta el carácter no obligatorio de la inscripción (con lo cual difícilmente podría entenderse que sí fuera obligatoria la actualización o inscripción de las modificaciones). Desde luego, no es sancionable un retraso que no se configura legalmente como infracción, ni es motivo para el rechazo de la solicitud tardía de inscripción de la modificación de Estatutos.

(175) Como vemos, en estas modificaciones estatutarias, a diferencia de lo que sucede con la constitución de la asociación, sí se atribuye a la inscripción registral un carácter constitutivo, para preservar los derechos de los asociados disidentes o ausentes.

del artículo 39 del Código Civil (176) y la sentencia judicial firme que así lo establezca. Asimismo señala el destino del patrimonio social (cabría hacer la objeción de que esta previsión correspondería más al ámbito de la liquidación que al de la disolución), que será el previsto en los Estatutos (177).

Respecto de la liquidación, el artículo 18 la conceptúa como segunda fase del procedimiento de extinción, que se abre con la disolución y hasta cuyo final la asociación conservará su personalidad jurídica (178). La liquidación se llevará a cabo por unos liquidadores, función que recaerá en los miembros del órgano de representación en el momento de la disolución, salvo otra disposición de los Estatutos o bien que los designen la Asamblea General o el juez que acuerden la disolución. Sus funciones serán velar por la integridad del patrimonio social, concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas precisas para la liquidación, cobrar los créditos de la asociación, liquidar el patrimonio y pagar a los acreedores, aplicar los bienes sobrantes a los fines previstos por los Estatutos y solicitar la cancelación de los asientos en el Registro. El precepto concluye con una previsión claramente mal ubicada, dado que no se relaciona propiamente con el proceso de liquidación, aunque sí con una situación que finalmente puede conducir a ella: en caso de insolvencia de la asociación, el órgano de representación o los liquidadores (si ya se está en proceso de liquidación) habrán de promover inmediatamente el oportuno procedimiento concursal.

A falta de previsión específica en la Ley, cabe entender que, una vez disuelta y liquidada definitivamente la asociación, las deudas que pudieran aparecer con posterioridad podrán repetirse contra quienes reciban los bienes resultantes de la liquidación, si bien su responsabilidad se limitará a esos bienes o su valor, dado que no son sucesores universales (179).

(176) Recordemos: expiración del plazo, en caso de asociaciones temporales; consecución del fin social o imposibilidad de alcanzarlo.

(177) Desapareció en el Congreso de los Diputados la previsión inicialmente existente en el Proyecto, que sometía el destino del patrimonio a que se respetara la finalidad de la asociación. Se contemplaba asimismo que si no se le diese ese destino, la Administración competente lo advertiría al titular de su último órgano de representación según el Registro o a cualquiera de sus miembros (que debía ponerlo en conocimiento de los restantes), y si en tres meses no lo hubieran subsanado, la propia Administración destinaría los bienes a la realización de fines análogos a los de la asociación disuelta.

(178) Si bien de modo reducido, limitada a los efectos de la liquidación y desprovista de toda actividad al servicio de los antiguos fines sociales. Cfr. LACRUZ, «La asociación», *op. cit.*, pág. 299.

(179) En tal sentido, LACRUZ, «La asociación», *op. cit.*, pág. 299.

4.4. LOS ASOCIADOS (ARTS. 19 A 23)

El Capítulo IV («Asociados») contempla el régimen de los integrantes de la asociación, que tradicionalmente eran denominados «socios», pero que ahora —conforme a una terminología ya difundida e implantada en gran parte de la doctrina— son denominados «asociados» (180), tal vez para distinguirlos nítidamente de los miembros de las sociedades. Su primer artículo, el 19, declara la libertad y voluntariedad de integración en una asociación, que deberá realizarse conforme a lo previsto estatutariamente. La sucesión en la condición de asociado en principio queda excluida, ya que se configura como intransmisible, salvo disposición estatutaria contraria respecto de los supuestos por causa de muerte o a título gratuito (art. 20).

Los artículos 21 y 23 establecen los derechos de los asociados: participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a votar y a asistir a la Asamblea General, en los términos estatutarios; información sobre la composición de los órganos de gobierno y representación de la asociación, su estado de cuentas y el desarrollo de su actividad; audiencia previa e información de los hechos en caso de la adopción de medidas disciplinarias contra él, debiendo ser motivado el acuerdo sancionador; impugnación de los acuerdos de los órganos de la asociación, y separación voluntaria de la asociación en cualquier momento, pudiendo los Estatutos contemplar la posibilidad de que, siempre que no suponga perjuicios a terceros, perciba la participación patrimonial inicial u otras aportaciones económicas realizadas, sin incluir las cuotas de pertenencia abonadas.

Como corolario a lo anterior, el artículo 22 contempla cuáles son los deberes de los asociados: compartir las finalidades de la asociación y colaborar en su consecución, pagar las cuotas y otras aportaciones que le correspondan estatutariamente, así como el resto de las obligaciones estatutarias, y acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de gobierno y representación de la asociación.

4.5. REGISTRO DE ASOCIACIONES (ARTS. 24 A 30)

El Capítulo V regula el régimen de inscripciones y la organización registral en la materia, como desarrollo del artículo 10. Se inicia con el artículo 24, que contempla el derecho de inscripción registral como incluido en el

(180) Sin embargo, a la propia Ley se le *escapa* en ocasiones el término «socio», como por ejemplo cuando, entre los deberes de los asociados, dice «pagar las cuotas, derramas y otras aportaciones que, con arreglo a los Estatutos, puedan corresponder a cada socio» [art. 22.b)].

de asociación, de modo que sólo podrá denegarse cuando no se reúnan los requisitos exigidos por la propia Ley Orgánica.

La organización registral se articula en torno a una doble clase de Registros de Asociaciones: el Nacional y los Autonómicos, entre los cuales se establecerán unos mecanismos de cooperación y colaboración. En el primero se inscribirán las asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones de ámbito estatal o que no desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de una Comunidad Autónoma y las extranjeras que desarrollen actividades en España de forma estable o duradera (aunque si el ámbito de su actividad es principalmente el de una o varias Comunidades Autónomas, el Registro Nacional comunicará la inscripción a las mismas); respecto de éstas, se impone además el deber de establecimiento de una delegación en España (181). Asimismo existirá constancia de los asientos de inscripción y disolución del resto de asociaciones, cuando su inscripción o depósito de Estatutos en registros especiales sea legalmente obligatorio, y se llevará un fichero de denominaciones para evitar la duplicidad o semejanza de éstas que pueda inducir a error o confusión con entidades preexistentes, incluidas las religiosas.

Los Registros Autonómicos tendrán por objeto la inscripción de las asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma. Conforme a lo establecido en el precepto relativo al Registro Nacional, los Autonómicos le comunicarán los asientos de inscripción y disolución de las asociaciones de su ámbito.

Concretamente, será misión de los Registros:

- a) Contener en la inscripción de cada asociación los asientos, y sus modificaciones, relativos a su denominación, domicilio, fines y actividades estatutarias, ámbito territorial de actuación, identidad de los titulares de los órganos de gobierno y representación, apertura y cierre de delegaciones o establecimientos, fechas de constitución e inscripción, declaración y revocación de la condición de utilidad pública, asociaciones integrantes en caso de federaciones, confederaciones y uniones; pertenencia a otras asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones o entidades internacionales; y la baja, suspensión o disolución de la asociación y sus causas.
- f) Servir de depósito de la documentación, original o mediante certificados, relativa al acta fundacional y acuerdos que modifiquen los extremos registrales o pretendan introducir nuevos datos en el Registro, los Estatutos y sus modificaciones; la documentación relativa a

(181) Lo que supone una reiteración de lo ya dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley, y además esa indicación reiterativa está fuera de lugar, ya que no se refiere en absoluto a la materia registral.

la apertura, traslado o clausura de delegaciones o establecimientos, a la incorporación o baja de asociaciones en federaciones, confederaciones y uniones (y, a la inversa, en el Registro en que estén inscritas éstas, se hará constar la incorporación o baja de las asociaciones que las integren), y a la disolución y destino del patrimonio remanente tras la disolución.

En el caso de asociaciones extranjeras, habrán de inscribir los datos identificativos propios y de sus delegaciones, así como los de los titulares de sus órganos de gobierno y representación, y el cese de sus actividades en España. Igualmente, deberán depositar sus Estatutos, documentación sobre delegaciones y documentación relativa a la disolución.

Las previsiones sobre el contenido del Registro se completan con la indicación de que cualquier alteración sustancial de estos datos o documentación registrados provocará que deban ser actualizados (182). A tal fin se da el plazo de un mes desde la alteración, plazo que nuevamente no pasará en la práctica de ser meramente desiderativo o indicativo, ya que su infracción no lleva aparejada sanción alguna, ni civil ni administrativa (183).

Los Registros de Asociaciones son públicos, publicidad que se hará efectiva a través de certificación del contenido de los asientos, por nota simple informativa o copia de esos asientos o documentos. Se prevé al respecto la posibilidad de empleo de medios informáticos o telemáticos, de acuerdo con la normativa sobre protección de datos de carácter personal.

Finalmente, el artículo 30 contempla el régimen a seguir en la tramitación de las inscripciones, estableciendo que el plazo de cada Registro para realizar la inscripción será de tres meses desde la solicitud, transcurridos los cuales sin notificación de resolución expresa se entenderá estimada dicha solicitud (como vemos, aquí el silencio administrativo es positivo), aunque en cualquier caso la inscripción se configura como deber de la Administración. La Disposición Adicional Segunda contempla que en los procedimientos de inscripción será aplicable subsidiariamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Conforme a la configuración constitucional de la inscripción registral de las asociaciones, la actividad de la Administración en ella será únicamente la

(182) El precepto dice que la «alteración (...) deberá ser objeto de actualización». ¿Desde cuándo se actualizan *las alteraciones*? Obviamente, lo que ha de ser objeto de actualización son los datos alterados, no la propia alteración.

(183) Entre estas alteraciones, ocupan un lugar destacado las modificaciones estatutarias, que reciben un tratamiento específico en el artículo 16 y a las que ya nos hemos referido en su momento. No obstante, el plazo es igualmente de un mes, y asimismo con un carácter desiderativo, respecto de lo cual nos remitimos a lo ya dicho en la nota 174.

de verificación del cumplimiento de los requisitos formales, del acta fundacional y de los Estatutos (184). En tal sentido, en caso de existir defectos formales en la solicitud o su documentación, o en la denominación (coincidencia con otra inscrita o que pueda inducir a confusión con ella, o con una marca registrada notoria salvo solicitud por su titular o con su consentimiento, en los términos que ya vimos respecto del art. 8) se suspenderá el plazo de inscripción y se abrirá el correspondiente para la subsanación de esos defectos (185). En cambio, si la entidad solicitante no fuera propiamente una asociación o no se encuadrara en el ámbito de aplicación de la Ley, la Administración denegará, motivadamente y previa audiencia, su inscripción en el Registro de Asociaciones y le indicará cuál es el registro u órgano administrativo competente para ello. En ambos casos, el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de los recursos será el contencioso-administrativo.

En caso de apreciarse indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la asociación, el órgano administrativo suspenderá el procedimiento en tanto recaiga resolución judicial firme, dictando resolución motivada y dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, lo cual comunicará a la entidad interesada. En caso de recurso, el órgano jurisdiccional competente será el penal.

4.6. MEDIDAS DE FOMENTO DEL ASOCIACIONISMO (ARTS. 31 A 36 Y 42)

En la Ley, el de asociación se entiende no sólo como un derecho, sino como un derecho que debe ser promovido, facilitado y potenciado por las Administraciones Públicas, como derecho fundamental que es. Por ello, entre los principios que deben presidir la relación de la Administración con las asociaciones, en especial con las de interés general, como vimos se establecía en el artículo 4 el fomento del asociacionismo. Será el Capítulo VI el que aborde las medidas a través de las cuales han de llevarse a cabo esas actividades públicas de fomento del asociacionismo, especialmente a través de la declaración de utilidad pública.

En tal sentido, el artículo 31 establece el deber de las Administraciones Públicas de promover y facilitar el desarrollo de las asociaciones y federacio-

(184) Se aclara así en la nueva Ley la importante cuestión de cuál ha de ser el papel de la Administración en la inscripción, sobre la cual no había previsión legal aplicable tras la Constitución.

(185) Dado que no se establece un plazo específico de subsanación, habrá que entender que será el de diez días, ampliables hasta cinco más, establecido por el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme a la remisión que a la misma realiza la Disposición Adicional Segunda de la Ley, como hemos indicado en el texto.

nes, confederaciones y uniones con finalidades de interés general, y de ofrecer la colaboración necesaria a las personas que pretendan emprender un proyecto asociativo; además, podrán establecer con las primeras convenios de colaboración en programas de interés general. En especial, la Administración General del Estado asistirá a las asociaciones con objetivos de interés general en sus actividades e informará sobre las mismas. Entre esas actividades de promoción de las asociaciones con objetivos de interés general, ocupa un importante papel la posibilidad de éstas de acceder a ayudas y subvenciones atendiendo a actividades asociativas concretas y únicamente para ese fin (186). Quedarán excluidas de esas garantías y derechos las entidades asociativas no inscritas.

El artículo 32 establece la posibilidad de declaración de utilidad pública de las asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones que así lo soliciten y en que concurran los siguientes requisitos (en el caso de agrupaciones de asociaciones, el requisito ha de cumplirse tanto por las propias federaciones, confederaciones y uniones como por cada una de las entidades que las integren):

- a) Tener unos fines de promoción del interés general (187) de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de valores constitucionales, de promoción de los derechos humanos, de asistencia social, de cooperación para el desarrollo, de promoción de la mujer, de protección de la infancia, de fomento de la igualdad de oportunidades y la tolerancia, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, de defensa de consumidores y usuarios, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión, y cualesquiera de similar naturaleza.

(186) En el texto del Proyecto de Ley que tuvo entrada en el Senado se configuraba como de especial valoración la presencia y actividad de voluntarios para la obtención de estas ayudas. Sin embargo, la contemplación específica del voluntariado por esta Ley Orgánica ha quedado finalmente reducido a considerar como declarables de utilidad pública las asociaciones con fines de promoción del voluntariado social (con lo que quedan fuera las que admitan voluntarios pero no tengan unos específicos fines de *promoción* del voluntariado), pese a que en su Exposición de Motivos, al hacer referencia a las medidas de fomento (VI, *in fine*), sigue manteniéndose el siguiente párrafo: «No puede olvidarse (...) el importante papel de los voluntarios, por lo que la Administración deberá tener en cuenta la existencia y actividad de los voluntarios en sus respectivas asociaciones, en los términos establecidos en la Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado».

(187) Curiosamente, el artículo 32.1.a) se remite al interés general «en los términos *definidos* por el artículo 31.3 de esta Ley», cuando resulta que dicho artículo 31.3 *no define* el interés general, sino que se remite a su vez a lo que establezcan el Ministerio o Ministerios competentes. Por ello, cabe entender que el interés general será en cada caso el establecido administrativamente.

- b) Que no beneficien exclusivamente a sus asociados, sino que su actividad esté abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines.
- c) Que los miembros de sus órganos de representación retribuidos no lo sean con cargo a fondos y subvenciones públicos. No obstante, estatutariamente podrá establecerse que reciban una retribución adecuada por la realización de servicios diferentes a sus funciones como miembros del órgano de representación.
- d) Que cuenten con medios personales y materiales adecuados y una organización idónea para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios.
- e) Que se hallen constituidas, inscritas en el Registro correspondiente, en funcionamiento y cumpliendo efectivamente sus fines estatutarios, ininterrumpidamente y concurriendo todos estos requisitos al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud.

La declaración de utilidad pública permitirá a la asociación usar esa mención en toda clase de documentos, tras su denominación, y disfrutar de las exenciones, beneficios fiscales y económicos y asistencia jurídica gratuita legalmente previstos.

La obligación fundamental de la asociación de utilidad pública, a cambio, será rendir las cuentas anuales del ejercicio anterior en los seis meses siguientes a la finalización del mismo y presentar una memoria descriptiva de las actividades realizadas, ante el organismo encargado de verificar su constitución y efectuar su inscripción en el Registro, donde se depositarán; igualmente, deberá facilitar a las Administraciones Públicas los informes que le requieran respecto de las actividades realizadas en cumplimiento de sus fines. Esas cuentas anuales deben expresar la imagen fiel del patrimonio, de los resultados y de la situación financiera, y el origen, cuantía, destino y aplicación de los ingresos públicos percibidos; asimismo, se someterán a auditoría en las circunstancias reglamentariamente previstas.

La declaración de utilidad pública se realizará por medio de Orden del Ministro que se determine reglamentariamente (188), previo informe del Ministerio de Hacienda y de las Administraciones Públicas competentes por los fines estatutarios y actividades de la asociación. Será revocada igualmente por Orden Ministerial, previa audiencia de la asociación afectada e informe

(188) Con esta previsión se prevé la posibilidad de que la declaración de utilidad pública deje total o parcialmente de ser competencia del Ministerio del Interior, como ha sido tradicional hasta ahora (en los textos legales precedentes, como hemos visto anteriormente, se atribuía la competencia al Ministerio de la Gobernación, antecesor del actual del Interior) y se contemplaba inicialmente en el Proyecto de Ley, antes de ser modificado en su tramitación en el Congreso de los Diputados.

de las Administraciones Públicas competentes, cuando dejen de reunirse los requisitos correspondientes o se incumplan los deberes que incumben a la asociación en virtud de su declaración de utilidad pública. La Ley se remite para la regulación de los procedimientos de declaración y revocación al correspondiente reglamento, haciendo la salvedad de que en el de declaración el silencio administrativo será negativo, suponiendo la desestimación, y que tanto la declaración como la revocación habrán de publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

La Disposición Adicional Primera establece la posibilidad de declaración de utilidad pública de las asociaciones deportivas y de las demás asociaciones regidas por leyes especiales, siempre que cumplan los requisitos previstos en la propia Ley y conforme al procedimiento, derechos y obligaciones que la misma contempla.

Respecto de las asociaciones declaradas de utilidad pública por el Estado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, la Disposición Transitoria Segunda establece la publicación en el Boletín Oficial del Estado, en el plazo de un año, de una relación de las mismas.

Concluyendo el Capítulo VI, el artículo 36 prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan declarar como de utilidad pública asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en su ámbito territorial, a efectos de aplicar los beneficios que prevean y conforme al procedimiento que ellas mismas determinen.

Como aspecto concreto de fomento del asociacionismo y de encauzamiento de las relaciones entre Administraciones Públicas y asociaciones, destacan los Consejos Sectoriales de Asociaciones, a los que se refiere el artículo 42, único componente del Capítulo VIII, con el cual concluye el articulado de la Ley.

Contempla el referido precepto la posibilidad de constitución de Consejos Sectoriales de Asociaciones como órganos de consulta, información y asesoramiento en ámbitos concretos de actuación, para asegurar la colaboración entre Administraciones Públicas y asociaciones como cauce de participación ciudadana en asuntos públicos (189). Se remite al correspondiente reglamento la determinación, para cada sector concreto, de su creación, composición, competencias, régimen de funcionamiento y adscripción administrativa, aunque respecto de la composición ya se indica que formarán parte de estos Consejos representantes de las Administraciones Públicas, de las asociaciones y otros miembros con especiales condiciones de experiencia o conocimiento, atendiendo a la distribución competencial concreta de cada materia.

(189) Debemos recordar aquí, por ejemplo, la importancia del Consejo de Consumidores y Usuarios, que contempla el artículo 22.5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

4.7. GARANTÍAS JURISDICCIONALES (ARTS. 37 A 41)

El Capítulo VII aborda las garantías jurisdiccionales en materia de asociaciones, y se abre reconociendo la tutela judicial sobre el derecho de asociación, a través de los procedimientos especiales de cada orden jurisdiccional para la protección de los derechos fundamentales de la persona (190) y del de amparo constitucional. Esta especialidad procesal es consecuencia de la naturaleza de derecho fundamental del de asociación.

La suspensión y disolución de las asociaciones sólo podrá producirse por voluntad de los asociados o resolución judicial motivada. En concreto, serán las únicas causas de disolución judicial la ilicitud penal de la asociación, las causas previstas legalmente y la nulidad o disolución por aplicación de la legislación civil (191); en esos procesos, se podrá acordar judicialmente, de oficio o a instancia de parte, la suspensión provisional de la asociación hasta la sentencia.

A continuación, se contempla la distribución de competencias en la materia entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y civil. Concretamente, será competente el contencioso-administrativo en relación con los procedimientos administrativos en aplicación de la Ley, mientras que el civil lo será respecto de las cuestiones relativas al tráfico jurídico privado de las asociaciones y de su funcionamiento interno.

La legitimación para la impugnación de los acuerdos y actuaciones de las asociaciones tiene distinta extensión en función de la causa en que se funde: serán impugnables por cualquier asociado o persona con interés legítimo en los casos de ilegalidad, mientras que en caso de contrariedad a los Estatutos sólo se admite la impugnación por los asociados, precisándose respecto de este último supuesto que el plazo para ello es de cuarenta días desde la adopción de los acuerdos (192), y que podrá instarse su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumular ambas pretensiones. En tanto se resuelvan las contiendas de orden interno, las solicitudes de constancia registral en relación con las cuestiones controvertidas sólo darán lugar a anotaciones provisionales (193).

(190) En la actualidad, regulados por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

(191) Es decir, por aplicación del régimen general de nulidad del Código Civil, o bien por las causas del artículo 39 del Código Civil.

(192) En caso de ilegalidad, es claro que la acción de impugnación es imprescriptible, como corresponde a una acción de nulidad.

(193) Entendemos que para que este apartado sea efectivo, será preciso un mandamiento judicial al efecto, expedido por parte del órgano jurisdiccional competente, pues de otro modo no parece factible que el Registro de Asociaciones pueda actuar de oficio ni por una simple solicitud de algún asociado o interesado.

Finalmente, se prevé la inclusión en los correspondientes Registros de Asociaciones, previo mandamiento judicial al efecto, de las resoluciones judiciales que determinen la inscripción de asociaciones, suspensión o disolución de las ya inscritas, modificación de sus Estatutos, cierre de establecimientos o, en general, cualesquiera resoluciones que afecten a actos susceptibles de inscripción.

Sin perjuicio de ello, la Disposición Adicional Tercera, dentro de la tendencia general de nuestra legislación a la potenciación de la mediación y el arbitraje, establece el fomento por las Administraciones Públicas de la creación y utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en la actuación de las asociaciones.

4.8. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Por último haremos referencia al contenido de las Disposiciones Adicionales, Derogatoria y Finales, en tanto no la hayamos hecho ya anteriormente en los lugares oportunos. Por ello, tampoco volveremos a reiterar lo dispuesto por las dos Disposiciones Transitorias, a las que ya hemos hecho referencia.

La Disposición Adicional Cuarta establece la responsabilidad personal y solidaria de los promotores de cuestaciones y suscripciones públicas para la recaudación de fondos para cualquier finalidad lícita y determinada, por la administración e inversión de las cantidades recaudadas, frente a las personas que hayan contribuido. Esta previsión es la única relativa a las denominadas *asociaciones de hecho de carácter temporal*, por lo que habrá que seguir estando a la normativa contenida en los artículos 19 y 20 del Decreto de 20 de mayo de 1965, en tanto no sea sustituida por un nuevo reglamento, así como a las normas de la comunidad de bienes (194).

La Disposición Derogatoria deja sin vigencia la Ley de Asociaciones de 1964, así como las disposiciones que se opongan a la nueva Ley.

Por último, la Ley tiene cuatro Disposiciones Finales, que establecen, en primer lugar, el rango de Ley Orgánica de algunos de sus preceptos, el carácter básico de otros y su fundamento constitucional, y la aplicación del resto de los preceptos a las asociaciones de ámbito estatal (195); en segundo lugar,

(194) Cfr. CASTÁN, «Derecho Civil Español, Común y Foral», *op. cit.*, pág. 481. Esa conclusión la deriva este autor tanto del artículo 1.669 del Código Civil (y del art. 18 de la Ley de 1887) como de que si nos hallamos ante un sujeto ideal, sin personalidad jurídica, no podemos hablar de un patrimonio personal, pero sí de un patrimonio común perteneciente a una pluralidad de individuos.

(195) En la reserva de ley orgánica y la distribución competencial se han tenido muy en cuenta los criterios indicados por la STC 173/1998, de 23 de julio, según indica la Ley en su Exposición de Motivos (exponiendo IX).

el carácter supletorio de la nueva Ley respecto de las leyes reguladoras de tipos específicos de asociaciones o que incidan sobre la materia, excepto en aquellos preceptos con rango de Ley Orgánica y sin perjuicio de las competencias autonómicas; en tercer lugar, la autorización al gobierno para el desarrollo de la Ley; y, finalmente, un período de *vacatio legis* de dos meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que determina que la nueva Ley entrará en vigor el 26 de mayo de 2002.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil*. T. I, vol. 1.º, 9.ª ed. Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1983.
- BETTI, EMILIO: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, s. f.
- CAFFARENA LAPORTA, JORGE: «Comentario a los artículos 35 y 36 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 235-241.
- CAPILLA RONCERO, FRANCISCO: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- «Comentario a los artículos 35 y 36 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. I, vol. 3.º, 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1993, págs. 826-859.
- «Las asociaciones», en *Derecho Civil. Parte general*, coord. por A. López y V. L. Montés, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 699-720.
- CARPIO MATEOS, FRANCISCO: «El patrimonio de la asociación y los derechos de los asociados», en *RCDI*, núm. 491, 1972, págs. 767-787.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. I, vol. 2.º, 13.ª ed., revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Ed. Reus, Madrid, 1982.
- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: «La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», en *ADC*, T. II-IV, 1949, págs. 1397-1415.
- «La persona jurídica», en *Temas de Derecho Civil*, ed. del autor, Madrid, 1972, págs. 67-104.
- *La persona jurídica*, 2.ª ed., reimpr. Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- COING, HELMUT: *Derecho Privado Europeo*. T. II. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.
- COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO DE: «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», en *ADC*, T. VII-III, 1954, págs. 623-654.
- COVIÁN, VÍCTOR: Voz «Asociación (Derecho y contrato de)», en *Enciclopedia Jurídica Española*, T. III, Ed. Francisco Seix, Barcelona, s. f. (ca. 1910), págs. 684-697.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

- ENNECCERUS, LUDWIG: *Derecho Civil (parte general)*. T. I, vol. 1.º, revis. por Hans Carl Nipperdey, del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, 2.ª ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1953.
- FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN: *Asociaciones y Constitución. Estudio específico del artículo 22 de la Constitución*. Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- FERRARA, FRANCESCO: *Teoría de las personas jurídicas*, trad. por E. Ovejero, Ed. Reus, Madrid, 1929.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: «Comentario a los artículos 35 y 36 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, presid. y coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 591-600.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS (revis. por Agustín Luna Serrano): «La asociación», *Parte general del Derecho Civil*, T. I de los *Elementos de Derecho Civil*, de José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Agustín Luna Serrano, Jesús Delgado Echevarría y Francisco Rivero Hernández, vol. 2.º, reimpr., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 280-301.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS: «Notas sobre el derecho de asociación y la regulación jurídica de las asociaciones», en *La Ley*, T. 1984-1, págs. 1135-1137.
- Voz «Asociación (Derecho Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 617-619.
- *Principios de Derecho Civil*. T. I, 7.ª ed. Ed. Trivium, Madrid, 2000.
- LÓPEZ NIETO Y MALLO, FRANCISCO: *La ordenación legal de las asociaciones*, Bayer Hnos., Barcelona, 1974.
- PANTALEÓN, FERNANDO: «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», en *ADC*, T. XLVI-I, 1993, págs. 5-56.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO: «Animo de lucro y concepto de sociedad», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 737-739.
- «Comentario al artículo 1.665 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1299-1333.
- «Comentario al artículo 1.670 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1376-1385.
- PELLISÉ PRATS, BUENAVENTURA: Voz «Asociación», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. III, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1951, págs. 61-97.
- PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS, y ALGUER, JOSÉ: *Anotaciones al Derecho Civil (parte general)*, de Ludwig Enneccerus, T. I, vol. 1.º, revis. por Hans Carl Nipperdey, del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, 2.ª ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1953.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil*, revis. por Luis Puig Ferriol, T. I, vol. 1.º, 2.ª parte. Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- SÁNCHEZ DE FRUTOS, RAMÓN G.: «La asociación: su régimen jurídico en Derecho español», en *RCDI*, núm. 446-447, 1965, págs. 883-900.

- SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS: «Algunas dudas sobre la legislación de asociaciones», en *RCDI*, núm. 482, 1971, págs. 9-39.
- SOLÍS VILLA, IGNACIO: «La teoría de la persona jurídica en la obra de don Federico de Castro», en *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 85-107.
- TRAVIESAS, M. MIGUEL: «Las personas jurídicas», en *RDP*, núm. 94-95, julio-agosto 1921, págs. 193-210.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. T. I, vol. 2.º, 3.ª ed. Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1991.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Departamento de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

La eficacia de los derechos reales, con especial atención al de hipoteca, en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el Condado de Dane, Wisconsin

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS DERECHOS REALES: LA HIPOTECA.—2. EL PROCESO DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA Y DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL: 2.1. EL DOCUMENTO. 2.2. LA EFICACIA DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA. 2.3. LA PÓLIZA DE SEGURO DE TÍTULO.—3. LA PROTECCION AL ADQUIRENTE DE BUENA FE.—4. EL REGISTRO DE TITULOS: FUNCIONAMIENTO: 4.1. EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO. 4.2. LA UTILIZACIÓN DEL REGISTRO DE TÍTULOS.—5. EL CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA.—6. LA EJECUCION DE LA HIPOTECA.

INTRODUCCION

La hipoteca sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. Esta contundente afirmación no es una invención de la Ley Hipotecaria de 1861, sino que es el fruto histórico de una tradición que arranca en el Derecho Romano y que alumbra los ordenamientos de todo el continente europeo y, por su extensión, de todo el mundo. Pero la ausencia de publicidad posesoria del derecho de hipoteca que, si no exclusiva sí es característica del mismo, ha provocado históricamente una profunda desazón a los juristas y una perturbación del crédito territorial. La inseguridad que genera la ausencia de publicidad posesoria y la oponibilidad empero del derecho incluso frente a adquirentes que hayan utilizado la máxima diligencia posible en defensa de su posición ha sido una rémora al avance

económico de los países. Fácil es entender que el antecedente directo de nuestra Ley Hipotecaria recibiera el nombre de Oficio o Contaduría de Hipotecas conforme a la Real Pragmática de 1768, como fácil es comprender que el primer intento de crear un Registro de Cargas recibiera el nombre de Registro de Censos, Tributos e Hipotecas, conforme a la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana de 1539, recogiendo descriptivamente los derechos indetectables cuya publicidad pretendía, y cuya clandestinidad venía provocando desconfianza, perjuicios y fuerte resentimiento del mercado inmobiliario (1).

La aparición de Instituciones encargadas de proporcionar publicidad a las situaciones indetectables es común a la historia de Europa y supone un logro titánico cuyo alumbramiento ha costado siglos, aunque su aparición haya diferido en el tiempo en los distintos países: prescindiendo de antecedentes remotos, en Suecia los primeros intentos surgen en el siglo xvi, pero no es hasta el xviii cuando se puede hablar de auténtico Registro (2). En Francia los primeros intentos se desarrollan en los albores del siglo xix, alcanzando su desenvolvimiento con la sanción del Code, aunque no es hasta los Decretos de 1955 cuando se da publicidad a algunos derechos o situaciones que permanecían hasta entonces en la clandestinidad (3). En Inglaterra y Gales, también a finales del siglo xix, se desarrolla un sistema que no alcanzó su desenvolvimiento moderno hasta bien entrado el siglo xx (4). En Alemania la legislación se desarrolla durante el siglo xix...

El desarrollo de sistemas de publicidad de la hipoteca es, como se puede ver, un logro relativamente reciente, y causa inmediata aunque, lógicamente, no única, del desarrollo económico de los denominados países del primer mundo. No es de extrañar que uno de los objetivos prioritarios de los llamados países emergentes o en transición sea, precisamente, el establecimiento de sistemas de Registro de la Propiedad que permita la extensión y desarrollo de mercados hipotecarios. En este empeño colaboran los países en transición

(1) «El antiguo sistema de las hipotecas ocultas desde luego debió ser desechado por la comisión. Con él es incompatible el crédito territorial porque equipara la condición de la propiedad gravada con créditos superiores a su valor, a la propiedad libre de todo gravamen, y en último resultado desnaturaliza la hipoteca, haciendo que en lugar de buscarse como el crédito real del deudor, se prefiera más bien su crédito personal. Todas las naciones modernas y la nuestra lo han anatemizado; por esto puede decirse que su causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia». Ley Hipotecaria de España, Exposición de Motivos.

(2) BENGT KJELLSON, *Problems of Legal Safety in Immovable Property Trade*. Ponencia presentada en la reunión del WPLA (Working Party on Land Administration), llevada a cabo en Madrid en septiembre de 2000.

(3) HENRY DEPEYRE, *Problematique demise en oeuvre d'une sécurité juridique sur le marché hypothécaire*. Ponencia presentada en la misma reunión.

(4) JHON MANTHORPE, *Land Registration. Experience and Evolution in England and Wales*. Ponencia presentada en la reunión del WPLA en Londres, septiembre de 1999.

hacia economías de mercado, un buen número de organizaciones internacionales, como el Banco Mundial o la ONU, y los países con sistemas desarrollados por medio de sus agencias de cooperación, como ocurre con Suecia, Holanda, Suiza y Estados Unidos.

Lo más llamativo es este último ejemplo, precisamente porque es la excepción que confirma la regla. Los Estados Unidos de América, a través de USAID (United States Agency for International Development), está invirtiendo millones de dólares en el desarrollo de proyectos que tienen por objeto el establecimiento y desarrollo de sistemas de Registro de la Propiedad y Catastro en un buen número de países, señaladamente de América Central y del Sur y del Centro y del Este de Europa, y todo ello careciendo de un sistema propio de Registro de la Propiedad.

Es el caso norteamericano una paradoja aparente, pues emplea enormes recursos en ayudar a implantar sistemas inmobiliarios en el extranjero y no lo hace en su propio país (5). Otro aspecto, aparentemente paradójico, es que a pesar de su carencia de sistema registral disfruta desde luego de un sistema inmobiliario de robusta salud. ¿Cómo es posible esta situación? ¿Cómo se soluciona el problema de la oponibilidad de los derechos clandestinos especialmente de la hipoteca? ¿Cuáles son las claves de su sistema y en qué medida son equiparables al nuestro y al de la práctica totalidad de los países del mundo? Estas son las preguntas que se propone contestar este trabajo, aunque antes debemos hacer una breve reflexión sobre la situación con la que nos encontramos.

Cuando los Estados Unidos de América del Norte consiguieron su independencia en el año 1776, la legislación aplicable en el ámbito inmobiliario era la propia de Inglaterra y Gales, metrópoli de la cual acababa de obtener su emancipación. La ley inglesa, en aquellas fechas, se caracterizaba por ser excesivamente rígida, consecuencia lógica de un sistema nacido de las relaciones feudales entre la Corona y sus súbditos, que se había ido complicando por el transcurso de los siglos.

Mientras que los territorios norteamericanos estuvieron bajo la férula de Londres, y siendo todos los terrenos propiedad de la Corona, fueron los juristas y jueces ingleses los encargados de aplicar la legislación inglesa, pero la independencia colapsó el sistema, pues con los ingleses se fueron sus jueces y casi todos sus juristas, pero no sus leyes, sin que los territorios independizados dispusieran de expertos con preparación suficiente para su aplicación. Pero rápidamente los nuevos tribunales flexibilizaron la aplicación del Derecho y, gracias a la facilidad que permitía la tradición de la

(5) Lo cual, de por sí, ya es indiciario de que la propia Administración estadounidense ve su sistema como una singularidad. Nos referiremos más adelante con más detalle a esta situación.

Common Law, lo fueron modificando para adaptarlo a la nueva realidad caracterizada por la innecesariedad de las complejísimas relaciones heredadas de los tiempos feudales, por la informalidad propia de las gentes del país y de su administración, por la estructura fortísimamente descentralizada del Estado y por el principio de preeminencia del individuo frente al Estado.

Fruto de esta singular evolución es el sistema actual, sistema chocante a los ojos de un europeo en el que, a pesar de la existencia de normativas federales que trata de imponer ciertos límites generales, la diversidad legislativa es tanta como son los Estados de la Unión (6). Esto ya de por sí es una complicación, pero no es lo más característico del sistema norteamericano, pues lo que realmente llama la atención es el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el resto del mundo, la seguridad jurídica inmobiliaria no es considerada una «tarea de Estado» ni un principio fundamental del Estado de Derecho, el cual se mantiene, como tal Estado, completamente al margen de la misma. Frente a la práctica totalidad del mundo que ha construido la más formidable herramienta de protección contra la inseguridad inmobiliaria, el Estado norteamericano no ha hecho absolutamente nada, sin duda por considerar que es una cuestión estrictamente entre particulares y en la que el Estado no debe inmiscuirse (7). No es de extrañar que haya sido la sociedad civil la que haya ido creando un sistema alternativo capaz de suplir la intervención de la Administración y que con el devenir de los años este sistema privado se haya perfeccionado hasta alcanzar cotas de funcionamiento excelentes (8).

Situados en contexto y sabedores ya que debemos tener la mente abierta, procede que entremos en el estudio del Derecho Inmobiliario Registral en los Estados Unidos de América, con especial atención al Derecho de Hipoteca, al Registro de Títulos en general y más concretamente en el Condado de Dane, Wisconsin.

(6) Es importante resaltar que los anglosajones, y no sólo los norteamericanos, hablan de diversidad de jurisdicciones cuando quieren referirse a territorios con distintos sistemas legales, lo que hay que tener en cuenta si no se desea caer en el error de confundir jurisdicción legal, a la que se refieren, con jurisdicción judicial, que es el sentido que comúnmente utilizamos en España. El problema de la diversidad de jurisdicciones se ha puesto de manifiesto a partir de hace treinta años, cuando los flujos de capitales comenzaron a moverse de Estado a Estado. Hasta entonces los Bancos y entidades de crédito operaban a nivel estatal.

(7) Esta frase es deliberadamente exagerada, pues comprobaremos que no responde a la realidad, pero por poco, por muy poco.

(8) Otra cuestión, que no es objeto de este trabajo, pero sobre la que algo se dirá, es a qué coste y con qué eficacia en relación a los sistemas de tradición europea.

1. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS DERECHOS REALES: LA HIPOTECA

La hipoteca es el derecho constituido sobre una propiedad inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación (9). Es sorprendente lo cercana que podemos percibir una definición semejante y, sin embargo, pertenece a un ordenamiento basado en unos principios que son bien distintos al nuestro ¿o no? La paradoja es, precisamente, que sí y que no. Es cierto que el Derecho inglés y, por derivación y evolución del mismo, el norteamericano están basados en principios distintos y en razones de ser distintas: en el ámbito que nos preocupa y ocupa, los sistemas anglosajones están basados en el respaldo que el sistema judicial proporciona al tráfico inmobiliario; sólo con un potentísimo poder judicial, provisto de los recursos y medios suficientes, se puede construir un sistema en el que no existe, por ejemplo, identificación objetiva de las personas (10), control de legalidad objetivo o, incluso, tracto sucesivo. En los sistemas de tradición germánica, sin embargo, se parte del principio contrario: el tráfico inmobiliario está basado en mecanismos extrajudiciales que aseguran un razonable margen de seguridad y que evitan, en la medida de lo posible en un Estado de Derecho, la intervención del poder judicial.

Lo paradójico es que el resultado final es muy parecido y el contenido de los derechos que recaen sobre inmuebles aún más. Así ocurre con la hipoteca en los Estados Unidos de América en donde el sistema de protección es muy distinto pero el derecho protegido muy similar.

Fiel a su tradición histórica, la hipoteca es en los Estados Unidos de América el fruto de una larga evolución que arranca del Derecho Medieval inglés caracterizado, como queda dicho, por las relaciones de tipo feudal. En este contexto, la hipoteca era una manifestación más del título de propiedad concedido por la Corona a favor de un noble: en el siglo xiv la hipoteca era un mecanismo de garantía por el que se transmitía la propiedad hasta que se cumplía la obligación garantizada. Técnicamente era una transmisión sujeta a la condición del pago del deudor transmitente quien, si incumplía, purificaba la transmisión definitivamente en manos del acreedor. Admitía dos posibilidades: la hipoteca muerta (*dead pledge*), en la que el acreedor utilizaba la cosa y se hacía con los frutos en su propio beneficio, y la hipoteca viva (*live pledge*), en la que los frutos eran destinados a la amortización de la

(9) A mortgage is the conveyance of an interest in real property as security for performance of an obligation. Restatement (third) of property: mortgages (1997).

(10) Veremos que no es el caso del Condado de Dane, en el que se legitima la firma de los otorgantes de cualquier documento sujeto a Registro. No ocurre lo mismo en Inglaterra y Gales.

deuda. Como veremos esta distinción afecta aún hoy en día al modo cómo se entiende la hipoteca en distintos Estados.

Las trágicas consecuencias de un sistema tan rígido, en el que un mínimo retraso o incumplimiento acarrea la pérdida definitiva de lo entregado, llevó a la Corte (Chancellor Court) a moderar la aplicación severa del mecanismo comisorio autorizando, a petición del deudor, la posibilidad de redimir por pago tardío la garantía prestada (*equity of redemption*) (11).

Posteriormente y ante el perjuicio que se causaba al acreedor, que podía verse perjudicado por una acción de redención en un tiempo excesivamente posterior al comiso, el Canciller admitió la acción del mismo dirigida a la fijación de un plazo definitivo para redimir (*strict foreclosure*). Pero esta solución, que pasó a los Estados Unidos de América, no siempre era justa, especialmente en un tiempo en el que no era infrecuente que el valor de lo garantizado fuera muy inferior al valor de la garantía, de modo que si el deudor se veía impelido a cumplir, incluso en período de gracia, el acreedor se hacía dueño de una finca a cambio de una pérdida muy inferior. Fue así como la Corte americana, a lo largo del siglo XIX, impuso al acreedor la venta en pública subasta bajo control judicial y el retorno del exceso del precio obtenido en relación a la deuda reclamada (*judicial foreclosure*). El último eslabón de la cadena es la supresión de la intervención judicial mediante el denominado poder de ejecución, en virtud del cual la subasta se realiza privadamente sin intervención del juez (*power of sale foreclosure*); algo muy explicable en un país donde el principio de libertad civil está por encima de otros principios, como la seguridad jurídica, que en Europa es un derecho colectivo superior a aquellos de los individuos.

De la evolución histórica deducimos que la regulación de la hipoteca ha estado y está dominada por las decisiones judiciales (*case law*), como corresponde en un sistema de Common Law, si bien con notables diferencias entre los distintos Estados que regulan aspectos concretos del derecho de hipoteca de manera muy diversa. La intervención federal se ha limitado tradicionalmente a establecer un marco normativo sectorial que no trata de regular exhaustivamente el Derecho, sino a establecer limitaciones que impidan la violación de derechos fundamentales: así la Truth in Lending Act, cuya finalidad es que el prestatario disponga del máximo de información posible sobre las condiciones financieras; The Fair Housing Act, que prohíbe la discriminación por raza, religión, sexo u otras consideraciones a la hora de conceder préstamos hipotecarios. The Bankruptcy Code, que establece límites a la eficacia y validez de la hipoteca constituida en el período del año anterior a la declaración de bancarrota.

(11) Como vamos a tener ocasión de ver, todo el proceso de ejecución gira en torno al derecho de redención del deudor incumplidor.

El Restatement (third) of property: mortgages (1997) trata de imponer un poco de uniformidad en la increíble diversidad de los Estados Unidos de América. No se trata de un texto legal, sino de un trabajo científico elaborado por el American Law Institute (ALI), que recoge más de seiscientos años de experiencia jurídica anglosajona aplicada tanto mediante el sistema jurisprudencial como por diversa y dispersa legislación. Este texto, a pesar de su carácter no vinculante, es de una gran importancia en un sistema en el que la autonomía de la voluntad cumple una función básica incluso en el ámbito de los derechos reales; además, debido a su carácter no exclusivamente recopilatorio sino crítico con las diversas soluciones aportadas por las jurisdicciones tiene vocación de servir de guía a los legisladores de los distintos Estados. Es un valiosísimo instrumento para el estudio de la hipoteca en Estados Unidos de América.

La diversidad es tal y la influencia histórica tan distinta en ocasiones que el problema de acercarse al estudio de la hipoteca en los Estados Unidos de América puede parecer imposible. De hecho y para hacernos una idea, ni siquiera la naturaleza jurídica del derecho de hipoteca es considerado de igual forma en todos los Estados:

Casi todos los Estados entienden que la hipoteca es un derecho sobre cosa ajena, de modo que sólo el hipotecante tiene derecho a poseer la cosa y a disfrutar de sus frutos hasta que sea privado de la misma en un procedimiento de ejecución (Lien theory).

En los Estados de Illinois, New Jersey, North Carolina y Ohio, el hipotecante disfruta de dicha posesión hasta el momento en que incumple la obligación, momento en el que el acreedor puede posesionarse y disfrutar de la hipoteca (Intermediate theory).

En Alabama, Connecticut, Maryland y Tennessee, el acreedor retiene el título de propiedad hasta que el deudor cumple la obligación garantizada (Title theory states).

Como es fácil apreciar, no todos los Estados asimilaron de igual forma la influencia del Derecho inglés. La cuestión resultante es, evidentemente, quién retiene la posesión y quién se hace con los frutos del inmueble toda vez que, por influencia del citado Derecho, sólo quien tiene título de propiedad puede poseer y disfrutar un bien (12).

Ya basta, sin embargo, de generalidades y teorías, veamos una hipoteca, señalemos su contenido, veamos cómo se genera y la eficacia concreta que tiene.

(12) Así se originó la figura del trustee o fiduciario, a quien se transfiere fiduciariamente el título de propiedad para que use y disfrute del bien en provecho propio o ajeno.

2. EL PROCESO DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA Y DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL

El documento de hipoteca en Estados Unidos de América está compuesto en realidad de dos documentos distintos aunque complementarios: el documento de promesa (Promissory note) y la hipoteca propiamente dicha (mortgage).

El documento de promesa tiene la función de servir de base conceptual al derecho de hipoteca en la medida que, por aplicación estricta del principio de accesoriedad, la hipoteca sólo existe si a su vez hay una obligación preexistente y es nula de pleno derecho, si tal condicionamiento no se produce. Evidentemente la promesa y la hipoteca suelen ir concatenados en el tiempo y son expresión dual de un único negocio desarrollado formalmente en dos documentos distintos. En realidad es la práctica la que impone que ambos aspectos del negocio, obligación y garantía, se documenten por separado, pues la consideración de que no cabe hipoteca sin obligación aunque sí obligación sin hipoteca, así lo han conformado a lo largo de los años. Otro aspecto que sin duda ha pesado en esta evolución es el hecho de que, como veremos, la constitución de hipoteca es considerada, nuevamente por la influencia del Derecho inglés, como la transmisión de un derecho sobre la cosa, por lo que se requiere una forma documental más elaborada.

El documento de promesa tiene una estructura muy sencilla, normalmente estandarizada, en la que acreedor y deudor convienen los aspectos principales de la deuda: cantidad debida, interés que ha de devengar dicha suma, ya sea fijo o variable, plazo de devolución y cuadro de amortizaciones. Un préstamo cuya finalidad sea la adquisición de un inmueble destinado a vivienda es muy parecido a lo que estamos acostumbrados a ver en España: La cantidad prestada (13) está limitada a un porcentaje del valor de la vivienda (que depende de las propias limitaciones establecidas por cada acreedor o asociación de acreedores institucionales) oscilando entre el 80 y el 90 por 100; el tipo de interés suele ser variable determinado por los largos períodos de amortización y se forma usualmente por referencia a un tipo oficial (siendo el más popular el tipo de interés de descuento de la Reserva Federal, tipo oficial del dinero) al que se le añade un diferencial; el plazo oscila entre los veinticinco y treinta años, plazo que, establecido en beneficio de ambas partes, no puede ser resuelto por el deudor si no se satisface una penalización (prepayment clause), aunque sí por el acreedor en multitud de situaciones, como tendremos ocasión

(13) Hablaré de préstamos como ejemplo paradigmático de la obligación garantizada. Por supuesto, la legislación norteamericana admite la hipoteca en garantía de cualquier tipo de obligaciones, aunque aquellas distintas del préstamo sólo tengan alguna frecuencia en operaciones realizadas entre acreedores y deudores no particulares, señaladamente operaciones comerciales.

de ver; el cuadro de amortizaciones fija una cantidad fija mensual comprensiva de capital y de intereses que asegure que la totalidad del principal quede satisfecho al final del plazo establecido.

Decíamos hace un momento que las formalidades en la constitución de la hipoteca son similares a las de cualquier transmisión de propiedad inmobiliaria o constitución de derechos sobre la misma. El documento o deed, en el que se refleja, está altamente estandarizado debido, fundamentalmente, a la existencia de un mercado secundario de hipotecas que está regulado y dominado por dos agencias federales: The Federal National Mortgage Association (FNMA) y The Federal Home Loan Mortgage Corporation (FHLMC), que sólo negocian las hipotecas que reúnen los estándares por ellas fijados. Las entidades locales se ven así forzadas a adoptar los modelos preestablecidos por las dos grandes agencias para poder negociar su cartera de hipotecas y no quedar al margen del mercado; no quiere decir esto que todas las hipotecas estén estandarizadas, pues nada impide al acreedor y deudor pactar una hipoteca distinta de las previstas pero, lógicamente, este tipo especial de hipotecas se reserva para casos especiales que deliberadamente quedan al margen del mercado secundario.

2.1. EL DOCUMENTO

Sin documento no hay transmisión ni constitución de derechos sobre inmuebles. El documento de transmisión o constitución inter vivos tiene un nombre característico «deed» y su existencia es constitutiva desde 1677, año de promulgación de la Ley Antifraude (Statute of Frauds) en Inglaterra, y por derivación en los territorios que serían después los Estados Unidos de América. Esta norma básica exigió dos requisitos fundamentales: la forma escrita y la firma del transferente o constituyente (14). Posteriormente se han ido añadiendo más requisitos que en la actualidad suman cinco a nivel general; los dos anteriores y los tres siguientes: la identificación del transferente y adquirente, la declaración de transferencia o constitución y la identificación de la propiedad. A estos requisitos formales se le añade uno procedimental: el documento debe ser expedido (delivered). Merece la pena que nos detengamos siquiera brevemente en alguno de los requisitos exigidos para la válida constitución de la hipoteca o de cualquier derecho real.

No son especialmente problemáticos los requisitos de forma escrita, firma e identificación y declaración, en cuanto que la jurisprudencia se ha ocupado de determinar los aspectos más relevantes desde una perspectiva muy abierta;

(14) Insisto en que hablo indistintamente de transferente y constituyente para adaptar la terminología inglesa a la nuestra, pues en el Derecho anglosajón ambos son transferentes en la medida que la constitución de derechos se considera como una transmisión del mismo.

la forma escrita puede ser cualquiera, incluso una servilleta de papel, la identificación de las partes puede ser muy somera, siempre que no haya dudas de identidad, no es preciso utilizar palabras sacramentales si la voluntad de transmitir o constituir está clara... aspectos todos que podrían ser suscritos por el Tribunal Supremo español (15).

Más interesante es la cuestión de la descripción de la propiedad y de la expedición del documento. Tres son los sistemas básicos de descripción de inmuebles en los Estados Unidos de América difiriendo de jurisdicción en jurisdicción. El primero es el método de la descripción por linderos, tan cercano a nuestro Derecho, que es el método originario y el que se estableció en los trece Estados que conformaron la unión tras la independencia (16). El segundo método es el más moderno y se aplica exclusivamente a zonas urbanizadas, pues consiste en referirse al plano de división en lotes de un polígono determinado, siempre que esté aprobado y registrado por el Ayuntamiento respectivo (17). El tercer método es el propio de todos los Estados que se incorporaron a la Unión a partir de la guerra de secesión: el Presidente Jefferson ordenó la medición de todos los territorios situados en el centro y oeste americano, dando lugar a un mapa topográfico caracterizado por grandes rectángulos de treinta y seis millas cuadradas cada uno (llamados townships), dividido a su vez en treinta y seis rectángulos de una milla cuadrada (llamados sections) que contienen 640 acres. Por referencia a divisiones y subdivisiones de las secciones (quarters) se puede ubicar una parcela determinada aunque en ocasiones se combine el sistema con elementos descriptivos adicionales. La absoluta uniformidad del terreno en algunos Estados y la forma absolutamente geométrica de las propiedades facilita el uso de este sistema. Es el sistema utilizado para identificar propiedades fundamentalmente rurales (18).

(15) Hablo, claro, sin perjuicio de la legislación notarial que garantiza que todos los anteriores aspectos queden perfectamente fijados para evitar, precisamente, la intervención de los Tribunales, pero que no empece para que a nivel civil se pueda demostrar una transmisión *inter vivos* de dominio u otro derecho real, distinto de la hipoteca, por cualquier medio admitido en Derecho.

(16) En la actualidad es un método que se ha perfeccionado por el uso de coordenadas geográficas. Así, partiendo de un punto determinado y conocido (un hito, un monumento topográfico, un puente...) se marca una dirección en grados, minutos y segundos y una distancia hasta un punto de cambio de dirección, y así sucesivamente hasta que la línea poligonal se cierra.

(17) Por ejemplo, parcela número diez del plano de parcelación número A-3286, registrado en el Municipio de San Fernando, Estado de California. En el Estado de Wisconsin, la existencia de un número de identificación parcelario para la propiedad urbana facilita enormemente las cosas, como tendremos ocasión de ver.

(18) Personalmente he tenido la oportunidad de comprobar la certeza de este medio de identificación en el Registro de Títulos del Condado de Dane. Por ejemplo: Cuarto sudoeste del cuarto noroeste de la sección 10, del township 12, línea 5 Oeste, Wisconsin, designa una parcela de sólo 40 acres (un acre equivale a 40 áreas, 47 centiáreas aproximadamente).

En cuanto al requisito de la expedición del título implica la manifestación de la voluntad del transferente de transmitir o constituir el derecho a que el mismo se refiere. No se trata de una manifestación necesariamente ritual ni verbal. Se trata, sencillamente, de que de modo indubitado quede establecida la voluntad expresa o tácita de constituir o transmitir un derecho sobre un bien inmueble. Pensemos que no toda entrega física del título equivale a la expedición del mismo: existe la figura del agente garante (escrow agent) de la operación al cual el transferente entrega físicamente el título hasta que se verifiquen los requisitos necesarios preestablecido como, por ejemplo, el ingreso del precio de venta en una cuenta bancaria (19). Es evidente la ausencia de voluntad de transferencia (20).

En la práctica, los problemas relacionados con la expedición son pocos, pues la intervención de terceros en las transacciones allana el camino, pero cuando se producen dan lugar a intrincados procesos judiciales, como no puede ser de otro modo, ya que, en definitiva, se trata de averiguar la voluntad real de una persona deduciéndola de sus actos. La expedición es cuestión de enorme trascendencia porque, como veremos a continuación, marca el momento de nacimiento de un derecho y, por consiguiente, el momento a partir del cual rige la regla de la prioridad.

Algunos Estados establecen presunciones a favor de la expedición, evitando así gran parte de los problemas, presunciones como pueden ser la posesión física del documento en manos del adquirente del derecho o el hecho de estar el mismo registrado en un Registro de Títulos.

2.2. LA EFICACIA DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

En los Estados Unidos de América rige el principio de prioridad de forma muy similar, aunque no idéntica, a como lo conocemos en España (21). La regla general es la de *prior in tempore potior in iure*, de forma que ante el

(19) La existencia del agente garante es casi una exigencia estructural del sistema. Vendedor y comprador o propietario y adquirente del derecho real pactan un precontrato en el que determinan con gran precisión los requerimientos que mutuamente se exigen para contratar, requerimientos que tardan unas tres semanas en ser alcanzados (obtención de la financiación por el adquirente y de la cobertura del seguro, verificación de la titularidad y estado de cargas). En el interín y como prueba de que el transferente no hará pactos con terceros, se desposee del título. En el acto de la contratación (closing) se verifica que todos los requerimientos han sido cumplidos y se firman los documentos definitivos bajo la atenta mirada de los asesores legales.

(20) La expedición se parece y plantea problemas similares a la tradición en nuestro ordenamiento jurídico y su justificación es la misma: establecer indubitadamente que el procedimiento de transmisión o constitución obedece exactamente a la voluntad de las partes, especialmente del transmitente.

(21) Adelanto ya porque no lo es. En Estados Unidos de América el adquirente de buena fe a título oneroso prevalece frente a un tercero sin título entregado o expedido o

conflicto surgido entre dos adquirentes contradictorios del mismo derecho sobre un bien inmueble, el primero en el tiempo prevalece, teniendo como tal al primero en obtener un documento debidamente expedido en el sentido que acabo de exponer.

La cuestión sin embargo no es sencilla porque ni el adquirente más diligente puede llegar a conocer si existe otro interesado con título expedido y que sea anterior en el tiempo, corriendo el peligro, bien de adquirir una propiedad que no le va a ser reconocida o efectivamente adquirirla, pero con un gravamen oculto. El mismo razonamiento ha de hacerse el adquirente de un derecho de hipoteca respecto de si el constituyente es el propietario en el momento de la constitución o respecto de si existen otras hipotecas u otros derechos anteriores que dejen sin valor real la que se constituye a su favor.

¿Cómo se resuelve tamaño problema en un sistema en el que no existe Registro de la Propiedad? ¿Es decir, cómo resuelve un Estado moderno el mismo problema que ha preocupado a los juristas durante dos mil años sin recurrir a un sistema de Registro de la Propiedad?

Antes de entrar en el análisis de la situación en los Estados Unidos de América, hay que advertir de que, en contra de lo que se suele creer, existen Registros de la Propiedad en algunos Estados de la Unión al estilo europeo y que allí genéricamente son llamados de estilo Torrens. En concreto, nada menos que veintiún Estados crearon sistemas de Registros a lo largo del siglo xx, si bien sólo subsiste como opción en diez de ellos. El hecho de que la inscripción sea meramente voluntaria, los costes de primera inscripción y la inercia de un sistema que bien que mal cumplía sus objetivos, fueron los culpables de que once Estados abandonaran el Registro de la Propiedad como sistema de protección inmobiliaria. No obstante, lo anterior, no faltan autores que consideran que el sistema norteamericano derivará antes o después a sistemas de Registro basados en la protección del adquirente al estilo europeo (22).

con título clandestino. El adquirente que reúna estas circunstancias las transmite a un ulterior adquirente, purgando así la eventual inexistencia de título para transmitir o la existencia de un título contradictorio.

En nuestro ordenamiento civil, repito, civil, un adquirente de buena fe de un bien gravado con carga oculta lo adquiere con dicha carga aunque tenga derecho a reclamar evicción contra su transmitente (art. 1.483 Código Civil). En los Estados Unidos de América adquiere libre de la carga oculta.

En nuestro ordenamiento un adquirente, de quien no es dueño, no adquiere nada en virtud del principio *nemo dat quod non habet*, aunque sea de buena fe y aunque haya adquirido de un transmitente que adquirió de buena fe sólo tiene derecho a reclamar por evicción (art. 1.475 del Código Civil). En los Estados Unidos de América el adquirente de buena fe a título oneroso es mantenido en su posesión y transmite a los terceros su título libre de tacha. Luego veremos qué significa ser de buena fe en los Estados Unidos de América.

(22) Los cuales, a decir verdad, son franca minoría. Como he repetido, las paradojas que para un jurista europeo presenta Estados Unidos de América son constantes. Una de

Dejando por tanto de lado este medio de protección por su carácter casi anecdótico, salvo al parecer en el Estado de Hawai, fijémonos en el día a día del tráfico inmobiliario en los Estados Unidos de América: Tres son los sistemas de seguridad que habitualmente se mencionan como adecuados o comunes para la protección de los derechos adquiridos. Fijémonos en los tres, uno a uno:

2.2.1. *Los pactos contractuales de garantía*

El primer sistema está basado en la mera garantía del transmitente o constituyente lo cual, lógicamente, no satisface los requerimientos generales de seguridad que precisamente han provocado en los sistemas europeos la aparición de los Registros de la Propiedad. Lo cierto es que en Estados Unidos de América es extraordinariamente frecuente este tipo de garantía meramente personal, que tiene el aval de un sólido respaldo jurisprudencial e histórico. A pesar de ello su importancia disminuye especialmente en el tráfico comercial y en los ambientes urbanos en los que el desconocimiento entre las partes hace poco viable una garantía tan elemental. La jurisprudencia norteamericana ha sistematizado las garantías que presta el transmitente distinguiendo

las razones que más frecuentemente se predicán para criticar el sistema Torrens es ¡el elevado coste que supone! En efecto, se afirma que: «los costes judiciales asociados a la obtención del primer certificado son prohibitivos comparados con los de una sencilla búsqueda en el Registro de Títulos» (ALEX M. JHONSON JR., obra citada en bibliografía). El problema del coste de la primera inscripción es un error que los Estados Unidos de América han exportado.

Prueba además de esta desconfianza es que los Tribunales tampoco apoyan la expansión de la confianza en el sistema. En *Echols versus Olsen*, la Corte de Apelación del Estado de Illinois falló en contra de la protección al acreedor en los términos siguientes: Un ex marido transmitió a su ex esposa por medio de un quitclaim deed (documento sin garantía, ver más abajo) la mitad que le pertenecía en una propiedad. La ex esposa no registró el título y el Registro de Títulos siguió publicando la copropiedad de ambos. Un Banco acreedor del ex esposo consiguió una orden judicial de embargo contra el marido que sí hizo constar en el Registro, provocando una enajenación a favor de un tercero de buena fe. Pese a ello, el Tribunal consideró que la mecánica del sistema Torrens no podía soslayar los principios básicos de la propiedad y que, en consecuencia, no era posible una orden de ejecución sobre un bien no perteneciente al deudor.

Para un jurista español el supuesto carece de dobleces, pues nuestro sistema jurídico, tan desarrollado, es perfectamente capaz de distinguir entre la falta de protección de un anotante y la perfecta protección de un adquirente derivado de la adjudicación subsiguiente al proceso anotado. Lo que el Tribunal de Illinois percibió como un defecto del sistema, incapaz de explicar en nuestro país, es una cuestión perfectamente estudiada legislativa y judicialmente.

Pese a todo y como queda dicho más arriba, los Estados Unidos de América apoyan internacionalmente los sistemas de Registro de la Propiedad, pero incurriendo en los mismos errores que en casa: los defectos de diseño de los sistemas en los que se imponen graves cortapisas para la primera inscripción provoca el desaliento y la desconfianza del público al que van dirigidos.

entre pactos de garantía presentes y pactos de garantía futuros. Los primeros se caracterizan porque se incumplen, si acaso, en el momento de contratar, mientras que los segundos se incumplen en un momento futuro. En ambos casos el único efecto producido es el nacimiento de una acción de daños a favor del adquirente en contra del transmitente.

Los pactos de garantía (title covenants o pactos sobre el título) son los siguientes: Entre los de garantía presente están el pacto de título, el pacto de legitimación para transmitir y el pacto de cargas. Los de garantía futura son el pacto de garantía propiamente dicha, el pacto de pacífica posesión y el de garantías adicionales.

El pacto de título garantiza que el transmitente es el titular del objeto que se transmite, incluyendo tanto el tipo de derecho (es decir, que efectivamente es un pleno dominio, por ejemplo) como la plenitud del objeto (que tiene la superficie prometida).

El pacto de legitimación para transmitir garantiza que el transmitente está legitimado para transmitir. Así, por ejemplo, un fiduciario (trustee) puede ser titular de la propiedad, pero no puede transmitirla porque en virtud de la fiducia está obligado a transmitirlo en el futuro al beneficiario.

El pacto de cargas implica que el transmitente garantiza la inexistencia de cargas distintas a las comprendidas en el contrato y cuya existencia es conocida y aceptada por el adquirente. Quedan fuera de la garantía las limitaciones urbanísticas de las que no se puede hacer responsable el transmitente. En cuanto a las cargas aparentes (servidumbres prediales, esencialmente) la jurisprudencia está dividida, y así mientras que algunos Estados entienden que toda carga está sujeta al pacto, otros entienden que siendo aparentes el adquirente ha debido tenerlas en cuenta no sólo para asumirlas sino también para fijar el precio de compra, por lo que no puede existir responsabilidad del transmitente.

Como se ve estos tres niveles de garantía son presentes en el sentido de que su exigencia coincide con el momento mismo de la transmisión y la responsabilidad se genera en ese preciso instante.

Entre los futuros, el pacto de garantía supone que el transmitente promete defender el título frente a la reclamación por evicción de un tercero o reclamación de reconocimiento de un derecho preferente.

El pacto de pacífica posesión garantiza que el transmitente defenderá al adquirente de cualquier reclamación posesoria de un tercero que alegue un título anterior. En la práctica es idéntico al anterior.

El pacto de garantías adicionales es la promesa del transmitente de otorgar cuantos documentos adicionales sean precisos o de llevar a cabo otras acciones que permitan la perfecta transmisión a favor del adquirente.

Como se puede apreciar estos pactos de garantía son futuros en la medida que se rompen y generan la obligación de cumplirlos o de resarcir daños si un hecho futuro al contrato acaece.

Dada la estandarización que en Estados Unidos de América tiene la contratación inmobiliaria, se suelen distinguir tres tipos de documentos de transmisión en función de la garantía personal que los mismos recojan.

El más frecuente es el documento con garantías generales (*general warranty deed*) que comprende los seis pactos de garantía, de modo que el transmitente garantiza al máximo al adquirente tanto su título como su contenido y la futura pacífica posesión.

El documento con garantías especiales (*special warranty deed*) contiene, igualmente, los seis pactos de garantía, pero con una gran particularidad, consistente en que el transmitente sólo asume responsabilidad por los incumplimientos que se deriven de su propio título pero no de los que traiga causa. El transferente así sería responsable si ha constituido cargas de las que no informa a su adquirente, pero no lo será si existen otras anteriores constituidas antes de que adquiriera título sobre el bien. En realidad parte de la base de que es imposible que el transferente garantice conductas anteriores y desconocidas sin asumir un gran riesgo. Este tipo de documento, a pesar de su endeblez, es el más usado en aquellas jurisdicciones en las que está muy extendido el seguro de títulos.

El documento sin garantía (*quitclaim deed*) nada garantiza al adquirente, por lo que si existe un derecho anterior el adquirente perjudicado no tiene acción para reclamar daños. En él el transferente en realidad transmite cualquier derecho eventual que pudiera tener sobre un bien inmueble concreto. Es el documento típico en las ejecuciones forzosas realizadas en nombre del ejecutado. También es usado como mero reconocimiento de derechos (por ejemplo, el antiguo propietario frente al que lo ha adquirido por usucapión en caso de transacción). También se usa para vincular a la esposa del vendedor para evitar cualquier eventual reclamación de la misma por vivienda habitual; el marido otorgará un documento con garantía general o especial y la esposa un documento sin garantía, transmitiendo cualquier eventual derecho que pudiera corresponderle (23).

Aún en los Estados más tradicionales, el sistema de garantía personal es altamente insatisfactorio por razones evidentes: el riesgo de insolvencia del transmitente, su negativa a afrontar las consecuencias de una evicción, la necesidad de emprender un procedimiento judicial y los costes que comporta, los problemas que pueden derivarse de la fijación del resarcimiento económico, la existencia de mejoras en la finca... (24)

(23) En realidad es el propio documento lo que hace las veces de garantía frente a eventuales reclamaciones.

(24) Todos los que han generado la aparición de las garantías reales en Europa y, por evolución, el Registro de la Propiedad.

2.2.2. *Dictámenes jurídicos*

La investigación de los títulos es un remedio muy tradicional frente a la incertidumbre. El presunto adquirente de un derecho contrata a un abogado especializado en búsqueda de títulos para que le redacte un dictamen que le permita tener una razonable confianza en la titularidad de su transferente y en el estado de cargas de la finca. El abogado realizará una investigación por sí mismo o subcontratará a un investigador especializado, aunque no profesional del Derecho, para que averigüe todo lo que pueda sobre el título de propiedad y cualesquiera cargas que pudieran afectar a la finca y sobre su investigación emitir un dictamen. Los Registros Públicos en Estados Unidos de América son muy frecuentes y su información es muy valiosa para estos investigadores que mediante la consulta a archivos municipales, urbanísticos, de hacienda, de compañías suministradoras de servicios, etc., pueden llegar a averiguar qué personas han estado en contacto con la finca que se pretende transmitir y en virtud de qué título.

Todavía hoy este sistema es el predominante en Estados como Iowa, Vermont o Mississippi, a pesar de su inconfundible aroma arcaico que nos rememora tiempos dejados atrás. De hecho, el sistema de dictámenes fue el predominante en Estados Unidos de América hasta bien entrado el siglo xx.

Su importancia es cada día menor, sin embargo, porque en el fondo adolece de los mismos problemas que el sistema de garantía personal incluso agravados en cierto sentido, pues si bien es cierto que un profesional por propia conveniencia procurará realizar su trabajo de la forma más correcta posible, también es cierto que en caso de reclamación judicial, y precisamente para salvaguardar su reputación profesional, intentará eludir la declaración de condena.

Un problema añadido es el coste que conlleva la contratación de un profesional que ha de realizar una investigación que puede ser larga y complicada sin que haya sido extraño el supuesto de que el valor del servicio haya sido como el de una carga oculta, que de haberlo conocido el interesado habría desistido de la adquisición.

2.3. LA PÓLIZA DE SEGURO DE TÍTULO

Frente a las opciones de Registro de la Propiedad, garantía meramente personal o asesoramiento por expertos, el aseguramiento del título ofrece unas ventajas que han provocado que sea, hoy en día, el sistema predominante a nivel nacional en los Estados Unidos de América. La ventaja fundamental frente a la garantía personal del transmitente es la mayor solvencia de la compañía de seguros. Y no sólo económica sino también práctica: frente a un demandado individual que defenderá con uñas y dientes su falta de respon-

sabilidad, las compañías tienen provisionado un porcentaje de su patrimonio para la satisfacción de indemnizaciones y tienen perfectamente calculado el coste de la defensa, por lo que prefieren pagar indemnizaciones razonables por siniestros no muy discutibles antes que enzarzarse en interminables y costosísimos juicios cuyo fallo es incierto (25).

Frente a los dictámenes de expertos también es preferible la póliza de seguros y también por razones parecidas: en caso de siniestro, la compañía es más solvente económicamente que un abogado, pero además el seguro cubre unos riesgos que el experto es imposible que cubra y que son de enorme trascendencia, fundamentalmente la incapacidad de algún contratante anterior o la falsificación de un título. El abogado sólo será responsable por negligencia si la búsqueda de títulos ha sido llevada a cabo sin el necesario cuidado, pero la eventual falta de capacidad de un anterior contratante o la falsificación de firma son indetectables por el mero análisis *a posteriori* de un documento.

Otra importante razón para la preeminencia del sistema de seguro es que sirve de estándar a nivel nacional y favorece la existencia y desarrollo del mercado secundario de hipotecas. En este mercado interbancario sólo se aceptan las coberturas que respondan a los estándares establecidos por las propias Asociaciones de Banca y el único medio posible es precisamente el de la póliza de seguro. A su vez, el hecho de asegurar la constitución de la hipoteca implicará, por imposición de la compañía, el aseguramiento de la adquisición de la propiedad.

La póliza de seguro del título cumple una doble función protectora. Por un lado de carácter previo a la contratación: como en Estados Unidos de América no hay Registro de la Propiedad, no existe contratación rápida, pues no hay una fuente de información que proporcione con seguridad el estado de titularidad y cargas de una propiedad concreta. Por esta razón, el precontrato es una necesidad y se realiza siempre; en él, el futuro vendedor se compromete a vender y el comprador a comprar, fijándose las condiciones que deberá reunir la propiedad para que el comprador se encuentre vinculado por su compromiso de compra. Así lo normal será que se acuerde que el comprador sólo comprará, efectivamente, si consigue una póliza de seguro que le garantice la indemnidad por defectos del título o por cargas desconocidas (26). La compañía de seguros contratada por el comprador realizará entonces una búsqueda de títulos y emitirá un informe en base al cual decidirá si concede o no el seguro al comprador y en qué condiciones; si éstas no se adecúan a

(25) Exactamente igual ocurre en España en los seguros sobre vehículos.

(26) Esta es sólo una de las funciones del precontrato, pues en él también se puede condicionar la efectiva compra a la obtención de determinada financiación, a la obtención de permisos municipales, etc.

lo pactado en el precontrato, el comprador queda libre de su compromiso. La póliza, por tanto, hace las veces del informe o dictamen jurídico.

Pero, lógicamente, la póliza de seguros despliega toda su eficacia en caso de siniestro, por un lado porque implica la asunción de la defensa y satisfacción de los costes del asegurado, y por otro porque proporciona la indemnización en caso de siniestro aceptado o confirmado judicialmente. En este caso, la indemnización cubrirá bien la cantidad necesaria para hacer desaparecer el defecto surgido, si ello es posible, o bien el menor valor de la propiedad como consecuencia del mismo. En ambos casos con el límite expresado en la propia póliza de seguro.

Ni que decir tiene que éste es el talón de Aquiles del sistema de póliza: al ser un sistema de protección privado, el adquirente perjudicado no es mantenido en su adquisición, es indemnizado, y sólo hasta el límite pactado por lo que los riesgos derivados de la revalorización de la propiedad corren de su cuenta. Por otro lado tiene que asumir el coste del seguro, que es a prima única y que tiene, conforme a nuestros estándares, un coste altísimo: un 4 por 100 de media sobre el valor garantizado, lo que supone para una adquisición de cien mil euros (dieciséis millones seiscientas mil pesetas), un coste de cuatro mil euros (seiscientas sesenta y cinco mil pesetas), coste que ha de multiplicarse por dos cuando se adquiere e hipoteca la finca hipotecada, pues en un caso hay que garantizar al adquirente del dominio y en el otro al de la hipoteca, en ambos casos a cargo del adquirente del dominio (27).

Veamos un ejemplo concreto del Condado de Dane, aunque es un ejemplo perfectamente aplicable a todo el territorio de los Estados Unidos de América, en tanto que la forma de las pólizas está altamente estandarizada, siguiendo los modelos de la Asociación Americana de Títulos Inmobiliarios (ALTA, American Land Title Association) sin perjuicio de que en algunos Estados existen variaciones derivadas de sus peculiaridades legales.

Las pólizas son básicamente de dos tipos: las de propietario o las de hipoteca en función de cuál sea el derecho que se trata de asegurar pero, como hemos dicho, la existencia de la segunda condiciona la existencia de la primera. En el ejemplo que tenemos a continuación podemos ver las características esenciales de una póliza de seguro de título de propietario y de acreedor hipotecario, aunque es preciso aclarar que el documento que se expone a continuación (que es un documento real) no estamos propiamente ante la póliza sino ante la promesa de póliza o documento que libra la compañía y que está condicionado a que las previsiones que contiene se cumplan

(27) La póliza que garantiza al comprador, la paga el vendedor, y la que cubre al acreedor, el deudor. A lo que hay que añadir otros costes, entre los que el más importante es el de los asesores legales del comprador y del vendedor, aunque estos son satisfechos por cada parte que los contrata. Para una venta de unos 250.000 dólares, los honorarios del abogado pueden oscilar entre los 500 y los 1.500 dólares.

escrupulosamente. En el momento en que todos los requerimientos contractuales se han cumplido (closing), las partes firman los documentos definitivos, convirtiendo lo que hasta ese momento eran formas precontractuales en genuinos contratos.

La primera página contiene lo que se denomina página inicial (Cover page), en la que podemos distinguir lo siguiente: La Compañía se compromete a librar póliza o pólizas de título, como se prevé en el apéndice A, a favor de la persona señalada en el mismo como propietario o acreedor hipotecario, en garantía de la propiedad o derecho descrito, bajo obligación de pago de la prima y gastos correspondientes, todo ello sujeto a lo previsto en los apéndices A y B y a las condiciones y estipulaciones, a las exclusiones de cobertura y excepciones previstas. Igualmente se advierte que el compromiso es preliminar al libramiento de la póliza o pólizas de título y dejará de ser vinculante seis meses después de la fecha de efectividad o cuando se emita la póliza definitiva. Finaliza con la declaración de que precisa de la firma de una persona autorizada para ser obligatoria (como se aprecia los apéndices A y B, que son donde están las circunstancias particulares, están debidamente firmados por un abogado, representante de la compañía).

El apéndice A está encabezado por la fecha y hora de efectividad del compromiso de póliza y contiene los datos generales de identificación del contenido negocial: Pólizas a emitir a favor del matrimonio Stier como dueños por importe de 334.700 dólares y a favor del acreedor hipotecario Bank of Southern Wisconsin por el mismo importe. A continuación determina que la propiedad inmobiliaria, a que se refiere el documento, es una propiedad absoluta (fee simple —por oposición a la propiedad a plazo o term of years—) que actualmente pertenece a otro matrimonio, los Sasso. La descripción de la finca, que es una urbana, es muy gráfica: Lote 4, mapa topográfico certificado número..., registrado en el volumen 9, en la ciudad de Verona, Condado de County, seguido del número de identificación de parcela.

El apéndice B-I recoge las condiciones para que se libren las definitivas pólizas: primero, el pago completo de las cantidades debidas por razón de la transmisión o hipoteca, es decir, que los asegurados cumplan sus obligaciones; segundo, que se registren los documentos siguientes:

Documento de transmisión con garantías generales (general warranty deed) del matrimonio Sasso a favor del matrimonio Stier (28).

Hipoteca constituida por este último a favor del Bank of Southern Wisconsin, por la cantidad de 267.760 dólares.

(28) La superposición de garantías, la personal del transmitente junto con la derivada de la póliza, le sirve al responsable de esta última para repetir del transmitente en caso de que tenga que hacer frente a un siniestro.

Otra hipoteca igual pero por importe de 66.940 dólares, en la que se hará constar que es posterior y más moderna que la anterior (29).

Pago y cancelación de una hipoteca registrada por el matrimonio Sasso a favor de la compañía de Gas y Electricidad en garantía de 18.000 dólares y demás cantidades que constan en la misma.

Pago y cancelación de una hipoteca registrada por el matrimonio Sasso a favor del Banco M&I del Sur de Wisconsin por importe de 37.712,71 dólares y demás cantidades que constan en la misma.

Pago del segundo plazo de impuestos del año 2000.

Finalmente hace la advertencia de que se deberán respetar los eventuales impuestos municipales derivados de obligaciones urbanísticas, así como las limitaciones derivadas de reglamentaciones especiales en materia de aprovechamientos subterráneos y de medio ambiente y que los asegurados están obligados a poner en conocimiento de la aseguradora cualquier otro derecho de que pueda ser titular un tercero.

El apéndice B-II contiene las excepciones a la cobertura:

Derechos o reclamaciones basados en la posesión y que no estén registrados.

Problemas de determinación de linderos y cualesquiera otro que pudieran ponerse de manifiesto en una medición topográfica precisa.

Caminos, carreteras, ríos y otras servidumbres que no resulten de los Registros Públicos.

Cualquier limitación derivada de servicios laborales o por materiales derivados de la Ley y no publicados por los Registros Públicos (30).

Impuestos o contribuciones especiales que no resulten de tales registros.

Defectos, gravámenes, cargas o reclamaciones de tercero que aparezcan previamente en los Registros Públicos o que sean vinculantes en la fecha de efectividad.

Los derechos a que se hace referencia en el apéndice B-I y que hemos explicado en el apartado anterior y otros derechos que constan registrados como limitaciones prediales diversas.

Finalmente, en el último folio de condiciones y pactos, se reiteran las obligaciones para los asegurados y la relevación de responsabilidad para la compañía en caso de que se incumplan.

(29) La suma de ambas asciende a la total cantidad de 334.000 dólares.

(30) Créditos refaccionarios y salariales.

OMC

Serial No. 10228556

ATTORNEYS'
TITLE
GUARANTY
FUND,
INC.

4'00/0

CHAMPAIGN, ILLINOIS

COMMITMENT TO INSURE TITLE

Attorneys' Title Guaranty Fund, Inc., an Illinois Corporation, herein called ATG*, for a valuable consideration, hereby commits to issue its policy or policies of title insurance, as identified in Schedule A, in favor of the proposed Insured named in Schedule A, as owner or mortgagee of the estate or interest covered hereby in the land described or referred to in Schedule A, upon payment of the premiums and charges therefor; all subject to the provisions of Schedules A and B and to the Conditions and Stipulations hereof, and the Exclusions from Coverage, the Conditions and Stipulations, and the Exceptions on Schedule B contained in the policy or policies issued pursuant to this Commitment. Copies of policy forms may be obtained prior to closing on request.

This Commitment shall be effective only when the identity of the proposed Insured and the amount of the policy or policies committed for have been inserted in Schedule A hereof by ATG, either at the time of issuance of this Commitment or by subsequent endorsement.

This Commitment is preliminary to the issuance of such policy or policies of title insurance and all liability and obligations hereunder shall cease and terminate six months after the Effective Date hereof or when the policy or policies committed for shall issue, whichever first occurs, provided that the failure to issue such policy or policies is not the fault of ATG.

In Witness Whereof, Attorneys' Title Guaranty Fund, Inc. has caused this document to be signed in its name by its President, by direction of its Board of Directors, to become binding when countersigned by a member of ATG or other authorized signatory.

ATTORNEYS' TITLE GUARANTY FUND, INC.

Bell, Gierhart & Moore, S.C.
44 East Mifflin Street
P.O. Box 1807
Madison, Wisconsin 53701-1807
608-257-3764

By:



Peter J. Birnbaum
President

ATG FORM 100
OMC COVER (REV. 10/95)

ATG is a registered trademark of Attorneys' Title Guaranty Fund, Inc.

ATTORNEYS' TITLE GUARANTY FUND, INC.

COMMITMENT FORM
Schedule A

WI

OMC No.: 10228556

Effective Date: March 29, 2001 at 08:00 AM

1. Policy or Policies to be issued: Proposed Amount of Insurance:

OWNER's: OPA

\$334,700.00

Proposed Insured:

Peter A. Stier and Meredith J. Stier, husband and wife

MORTGAGEE: MPA

\$334,700.00

Proposed Insured:

M&I Bank of Southern Wisconsin

2. The estate or interest in the land described or referred to in this commitment is a fee simple (if other, specify same) and title thereto is, at the effective date hereof, vested in:

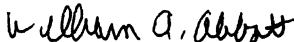
Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife

3. The land referred to in this policy is described as follows:

Lot 4, Certified Survey Map 2317, recorded in Vol. 9 of Certified Survey Maps, page 165, in the Town of Verona, Dane County, Wisconsin.

PARCEL IDENTIFICATION NUMBER: 062-0608-054-8160-9

ISSUED BY:

Bell, Gierhart & Moore, S.C.
44 East Mifflin Street
P.O. Box 1807
Madison, Wisconsin 53701-1807
608-257-3764Member No. OMC
2591 10228556
SIGNATURE OF ATTORNEY

COMMITMENT FORM
Schedule B I
(Requirements)

OMC No.: 10228556

Compliance to the satisfaction of ATG must be made with the following requirements, and in the absence thereof, Schedule B of the policy or policies to be issued will contain such additional exceptions as ATG deems necessary.

1. Payment of the full consideration to, or for the account of, the grantors or mortgagors for the estate or interest to be insured.

2. Recordation or registration of duly executed and delivered instruments sufficient to create the estate or interest to be insured.

a) WARRANTY DEED from Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife to Peter A. Stier and Meredith J. Stier, husband and wife.

b) MORTGAGE from Peter A. Stier and Meredith J. Stier, husband and wife to M&I Bank of Southern Wisconsin in the amount of \$267,760.00.

c) MORTGAGE from Peter A. Stier and Meredith J. Stier, husband and wife to M&I Bank of Southern Wisconsin in the amount of \$66,940.00. This mortgage shall state that it is second and junior to the \$267,760.00 mortgage shown above.

3. Payment and release of record of mortgage dated March 20, 1996, and recorded April 26, 1996, in Volume 32692 of Records at Page 53, as Document No. 2756737, executed by Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife and given to Madison Gas and Electric Company Credit Union for the principal amount of \$18,000.00 and such other sums as provided therein.

4. Payment and release of record of mortgage dated November 5, 1996, and recorded November 19, 1996, as Document No. 2813392, November 19, 1996, executed by Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife and given to Madison Gas and Electric Company Credit Union for the principal amount of \$21,999.60 and such other sums as provided therein.

5. Payment and release of record of mortgage dated January 9, 1999, and recorded February 11, 1999, as Document No. 3081035, February 11, 1999, executed by Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife and given to M&I Bank of Southern Wisconsin for the principal amount of \$37,712.71 and such other sums as provided therein.

6. Payment of second installment of 2000 taxes as provided

umber No. OMC
2591 10228556

William G. Abbott
SIGNATURE OF ATTORNEY

COMMITMENT FORM
Schedule B - Continued

OMC No.: 10228556

on Schedule BII.

7. Full coverage provided by the Mortgagee Policy is conditioned upon the return of an affidavit in a form acceptable to ATG as to the construction liens and possession and the submission of satisfactory evidence in regard to existing and future special assessments from the municipality in which the subject premises are located. The Policy will be subject to such additional matters as the affidavit and tax search will disclose.

8. The loan policy when issued will contain the Easements, Restrictions and Minerals Endorsement (ALTA Form 9; formerly known as Comprehensive Endorsement) and an Environmental Protection Lien Endorsement (EPL; ALTA Form 8.1) provided the property meets the qualifications for same. A Location Endorsement will also be issued provided ATG is furnished with copies of pages One and Two of the Uniform Residential Appraisal Report for the subject property.

9. You must tell us in writing the name of anyone not referred to in this commitment who will get an interest in the land or who will make a loan on the land. We may make additional requirements or exceptions relating to the interest or loan.

END OF SCHEDULE B I

Schedule B II
(Exceptions)

OMC No.: 10228556

EXCEPTIONS FROM COVERAGE

Schedule B of the policy or policies to be issued will contain exceptions to the following matters unless the same are disposed of to the satisfaction of ATG.

1. Rights or claims of parties in possession not shown by the public records.
2. Encroachments, overlaps, boundary line disputes, and any matters that would be disclosed by an accurate survey and inspection of the premises.
3. Roads, ways, streams or easements, if any, not shown by the public records, riparian rights and the title to any filled-in lands.
4. Any lien, or right to a lien, for services, labor, or material heretofore or hereafter furnished, imposed by law and not shown by the public records.
5. Taxes or special assessments that are not shown as existing liens by the public records.
6. Defects, liens, encumbrances, adverse claims or other matters, if any, created, first appearing in the public records or attaching subsequent to the effective date hereof but prior to the date the Proposed Insured acquires for value of record the estate or interest or mortgage thereon covered by this Commitment.
7. The lien of taxes for the year 2000 and thereafter.

Parcel Identification Number: 062-0608-054-8160-9
First Installment 2000 taxes \$ 2771.89 has been paid.
Second Installment 2000 taxes \$ 2653.69 is not paid and due 07/31/01.
2001 General real estate taxes are not yet due or payable.

8. Mortgage dated March 20, 1996, and recorded April 26, 1996, in Volume 32692 of Records at Page 53, as Document No. 2756737, executed by Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife and given to Madison Gas and Electric Company Credit Union to secure a note in the amount of \$18,000.00 and such other sums as provided therein.
9. Mortgage dated November 5, 1996, and recorded November 19, 1996, as Document No. 2813392, executed by Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife and given to Madison Gas and Electric Company Credit Union to secure a note in the amount of

Member No. OMC
2591 10228556


SIGNATURE OF ATTORNEY

COMMITMENT FORM
Schedule B - Continued

OMC No.: 10228556

\$21,999.60 and such other sums as provided therein.

10. Mortgage dated January 9, 1999, and recorded February 11, 1999, as Document No. 3081035, executed by Charles A. Sasso and Vicki L. Sasso, husband and wife and given to M&I Bank of Southern Wisconsin to secure a note in the amount of \$37,712.71 and such other sums as provided therein.
11. Deed Restrictions recorded in Vol. 1077 of Records, page 34, Document Number 1629454.
12. Deed Restrictions recorded in Vol. 511 of Records, page 88, Document Number 1396996.
13. Utility easement over the Southerly 6 feet of the insured premises as shown on the Certified Survey Map.
14. Fence overlaps and encroachments as shown on the Mortgage Inspection Map of Mortgage Survey Associates, dated May 23, 1988.

END OF SCHEDULE B II

CONDITIONS AND STIPULATIONS

1. The term "mortgage," when used herein, shall include deed of trust, trust deed, or other security instrument.
2. If the proposed Insured has or acquires actual knowledge of any defect, lien, encumbrance, adverse claim, or other matter affecting the estate or interest or mortgage thereon covered by this Commitment other than those shown in Schedule B hereof, and shall fail to disclose such knowledge to ATG in writing, ATG shall be relieved from liability for any loss or damage resulting from any act of reliance hereon to the extent ATG is prejudiced by failure to so disclose such knowledge. If the proposed Insured shall disclose such knowledge to ATG, or if ATG otherwise acquires actual knowledge of any such defect, lien, encumbrance, adverse claim, or other matter, ATG at its option may amend Schedule B of this Commitment accordingly, but such amendment shall not relieve ATG from liability previously incurred pursuant to paragraph 3 of these Conditions and Stipulations.
3. Liability of ATG under this Commitment shall be only to the named proposed Insured and such parties included under the definition of Insured in the form of policy or policies committed for and only for actual loss incurred in reliance hereon in undertaking in good faith (a) to comply with the requirements hereof, or (b) to eliminate exceptions shown in Schedule B, or (c) to acquire or create the estate or interest or mortgage thereon covered by this Commitment. In no event shall such liability exceed the amount stated in Schedule A for the policy or policies committed for, and such liability is subject to the insuring provisions, the Exclusions from Coverage and Conditions and Stipulations of the form of policy or policies committed for in favor of the proposed Insured which are hereby incorporated by reference and are made a part of this Commitment except as expressly modified herein.
4. Any action or actions or rights of action that the proposed Insured may have or may bring against ATG arising out of the status of the title to the estate or interest or the status of the mortgage thereon covered by this Commitment must be based on and are subject to the provisions of this Commitment.

3. LA PROTECCION AL ADQUIRENTE DE BUENA FE

Si no queremos perdernos en nuestra investigación, debemos hacer un alto en el que pongamos en claro lo que hasta ahora sabemos. Lo que sabemos es lo siguiente:

En Estados Unidos de América los derechos reales inmobiliarios nacen, sin perjuicio de por otros medios, como consecuencia de determinados contratos mediante la emisión o expedición del título formal que los recoge (31).

Desde ese momento los derechos reales inmobiliarios existen y despliegan todos sus efectos entre las partes y frente a terceros.

Cuando un derecho real colisiona con otro derecho de la misma naturaleza, el conflicto se resuelve bajo la regla *prior in tempore potior in iure*.

La ausencia, con la salvedad estudiada de un sistema de Registro de la Propiedad, dificulta enormemente la averiguación de la realidad y por tanto de la adquisición de derechos con absoluto conocimiento de la situación.

Los remedios tradicionales para paliar los problemas derivados de la falta de una fuente de información objetiva y fiable sobre el estado jurídico de los bienes inmuebles son caros y limitados.

A partir de la década de los años cuarenta del siglo pasado se extiende la práctica de asegurar el título de adquisición del hipotecante y el de la hipoteca misma. La póliza, contratada tras la investigación de títulos, combina el conocimiento que se haya obtenido sobre el estado del inmueble y la garantía de indemnización en caso de aparición de un título desconocido de mejor derecho. Este es el sistema que actualmente se utiliza masivamente para ponerse a salvo de acciones de evicción o de vicios ocultos entabladas por tercero. La cuestión, sin embargo, es que el sistema de seguro del título no evita ni la existencia del título del tercero en colisión, ni la interposición de la acción ni los efectos de ésta si el actor triunfa en su demanda.

Llegamos a la cuestión esencial: si los derechos reales son oponibles en razón de la fecha de su creación y su oponibilidad depende de su propia naturaleza, es imposible tener certeza de la validez y eficacia de la cadena de títulos en las que basa su adquisición el asegurado. De hecho, la compañía de seguros presta su servicio de cobertura basado en el análisis estadístico del riesgo, pero no en la certeza de que los hechos sean como aparecen ser en la investigación.

Constituido el derecho real de hipoteca es oponible frente a cualquier otro derecho constituido sobre la misma finca con posterioridad. La hipoteca anterior es preferida a la posterior, lo que implica un mayor coste. Se observa

(31) Sin perjuicio, claro está, de la existencia de otros modos de adquirir el dominio y los derechos reales.

escrupulosamente el principio de prioridad, no sólo en el sentido formal sino también en sus consecuencias: la hipoteca anterior ejecutada produce la purga de los derechos posteriores y el sobrante, caso de existir, se reparte por el orden de constitución de los derechos.

Hasta aquí estamos hablando de doctrina ortodoxa de derechos reales, de principios romanos de oponibilidad y eficacia. Si en vez de hablar de los Estados Unidos de América estuviésemos hablando de España, estaríamos hablando de doctrina tradicional española.

En los Estados Unidos de América sin embargo tal doctrina, al igual que en los derechos continentales, ha terminado por ser demasiado gravosa porque la imposibilidad de llegar a conocer exactamente y con total certeza el estado de la finca implica una merma de la seguridad jurídica incompatible con la existencia de un mercado inmobiliario. En un sistema de Common Law ha sido evidentemente la jurisprudencia la encargada de establecer los límites a dicha doctrina tradicional y lo ha hecho estableciendo dos excepciones al principio general de prioridad: Primero, el límite de la buena fe del adquirente y, segundo, el principio de protección (shelter rule).

La primera excepción es la relativa a la buena fe. Conforme a la misma, un adquirente de buena fe y a título oneroso será mantenido en su adquisición, o preferido en su caso, frente a un adquirente anterior cuyo título sea desconocido. La segunda excepción es una consecuencia lógica de la anterior y supone que un posterior adquirente de mala fe que adquiere de un adquirente de buena fe es igualmente protegido; o lo que es lo mismo, el adquirente de buena fe purifica la situación y la hace extensiva a sus causahabientes aunque éstos tengan ya conocimiento, al tiempo de su adquisición, del título contradictorio al de su transmitente.

Pero si nos detenemos aquí, el sistema es absurdo: el segundo adquirente de buena fe es preferido a un primer adquirente sin consideración a la buena fe de éste. No existe justificación ninguna que ampare tal desmán si no se completa el argumento de alguna forma (32). Los Estados Unidos de América han creado un sistema de Registro de Títulos para dar respuesta a esta cuestión, de forma que el requisito de la buena fe debe ir unido a la falta de registración del título previo para que pueda ser tenido en cuenta.

Debemos detenernos brevemente en la consideración del concepto de buena fe para poder comprender el mecanismo del Registro de Títulos, ya que la registración es requisito necesario, pero no suficiente, como veremos a continuación. Nuevamente han sido los Tribunales los encargados de crear una doctrina al respecto, en base a la cual se considera de buena fe al que carece de conocimiento del título previo por alguna de las siguientes cuatro formas:

(32) Como en nuestro ordenamiento: artículo 1.473 del Código Civil.

Conforme a la primera, el adquirente que conoce materialmente la existencia de un título anterior no puede ser considerado de buena fe. Nuestra doctrina habla de ausencia de buena fe objetiva o desconocimiento para referirse a este supuesto.

Conforme a la segunda, el adquirente que según las reglas de la ordenada diligencia incumple con su deber de averiguar mínimamente la existencia del título contradictorio anterior, existiendo indicios que puedan ser considerados relevantes, tampoco es considerado de buena fe. La principal fuente de mala fe aquí sería la existencia de poseedores del bien inmueble. Entre nosotros es la buena fe subjetiva del artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

Conforme a la tercera, el adquirente que actúa por medio de un agente o de otra persona con la que le une determinada relación profesional o familiar, no es considerado de buena fe si aquella se encontraba en alguna de las dos situaciones referidas anteriormente.

Finalmente no es considerado de buena fe el adquirente que por no realizar una adecuada búsqueda de los índices del Registro de Títulos se ha puesto a sí mismo en una situación de desconocimiento de la existencia de títulos anteriores contradictorios.

Según cuál sea la intensidad con que se aplica el principio de la buena fe, los sistemas registrales de los Estados Unidos de América se dividen en tres grandes grupos:

Un primer grupo está constituido exclusivamente por los Estados de Luisiana y Carolina del Norte, en los que es preferido el adquirente que primero registre su derecho en el Registro de Títulos. Nótese que no se exige más requisito que el hecho de registrar independientemente de si conocía o no la existencia del derecho contradictorio. Se traslada la prioridad al momento de la registración y se eleva ésta a requisito objetivo y único, dejando de lado las circunstancias subjetivas del adquirente (33). En realidad el requisito de la buena fe se obvia. No tendremos en cuenta a partir de aquí esta especialidad.

El segundo, que comprende aproximadamente la mitad de los Estados requiere, para que el tercer adquirente sea protegido, sencillamente que sea de buena fe en el momento de su adquisición sin necesidad de requisitos adicionales salvo, claro está, la onerosidad de la adquisición.

El tercer grupo, que comprende la otra mitad de los Estados, requiere exactamente lo mismo pero además que el adquirente haya registrado su título antes que el primer adquirente. Nótese que los dos adquirentes inscriben o, mejor, registran su título.

(33) Este sistema recibe el nombre de «race jurisdictions» o de carrera, pues en ellas sólo es tenido en cuenta el hecho de quién ha registrado primero; el que corre más, gana.

Con este bagaje ya podemos entrar en el estudio del funcionamiento del Registro de Títulos en los Estados Unidos de América.

4. EL REGISTRO DE TÍTULOS: FUNCIONAMIENTO

El Registro de Títulos se presenta como un medio de destruir la buena fe de un eventual adquirente con título contradictorio (34). Desde el momento en que el título es consignado en el Registro, cualquier eventual tercero está vinculado por su existencia con independencia de si conoce o no de la misma, por lo que más que destrucción de la buena fe subjetiva tenemos que hablar de oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito. El momento determinante para la determinación de la existencia o no de buena fe, esta vez objetiva, es el de la emisión del segundo título: si en dicho momento no aparece registrado un título contradictorio, el adquirente se considera de buena fe objetivamente aunque, claro está, que dicha presunción se puede destruir por prueba en contrario, ausencia de buena fe subjetiva.

La eficacia del Registro de Títulos se agota por tanto en la mera oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito o a lo inscrito con posterioridad. Dicho Registro es un mero archivo de información cuyo contenido no se depura, por lo que todo contrato relativo a inmuebles que reúna los requisitos formales se introduce en el sistema con independencia de si existen otros anteriores contradictorios. No existe, por tanto, el principio de tracto sucesivo, cosa lógica, pues el Registro de Títulos no se lleva por fincas sin perjuicio, como veremos a continuación, de la existencia de índices de fincas.

Siendo un mero catálogo de títulos es lógico que la inscripción, o mejor, la toma de razón, no aporte nada al título. Al entrar en el sistema de archivo, el título no es objeto de ninguna clase de análisis jurídico, por lo que todos los títulos acceden con independencia de su validez o nulidad. El autor del documento es el único responsable de las eventuales consecuencias de la violación de una norma que derive en una eventual declaración de nulidad o ineficacia del negocio llevado a cabo. El autor del documento puede ser cualquiera, incluso un particular, aunque la práctica normal es que intervengan dos abogados, uno por cada parte, y en su caso la asesoría legal de la entidad crediticia que interviene en la operación.

El único control de legalidad que se lleva a cabo es la comprobación de que el documento reúne los requisitos formales que son de exigencia en el Estado correspondiente. La gran uniformidad de la contratación derivada de

(34) No es como acabamos de ver el único medio de destruir la buena fe; es un medio «objetivo» de destruirla sin perjuicio de los modos subjetivos que hemos visto en el apartado anterior.

la intervención de las entidades financieras y de la publicación de modelos de contratos hace que sea relativamente fácil redactar, por ejemplo, un contrato de compraventa.

Sólo existe propiamente un control externo sustantivo aparte del que llevan a cabo los profesionales encargados de su elaboración por las partes: en casi todos los Estados es preciso que las firmas de los otorgantes estén reconocidas por un Notario de tipo sajón. Este reconocimiento puede ser, sin embargo, muy débil en cuanto que no siempre implica la aseveración del Notario sajón de la certeza de las firmas de los otorgantes por haber sido puestas a su presencia; puede también consistir en la aseveración de que una persona (denominada testigo) le asevera que dichas firmas han sido puestas por las personas que dicen haberlo hecho. Todo esto nos lleva a hablar del procedimiento.

4.1. EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO

Una vez que el documento está firmado y con firmas reconocidas, se presenta en el Registro de Títulos. Dada la sencillez de efectos, muy sencilla es igualmente la tramitación. Esta se limita a recoger el documento, propiamente dicho, y a fecharlo en el acto. Junto a la fecha se hace constar un número de registro. Como luego veremos en la hipoteca, cuyo ejemplar se incorpora, en la primera página y en su esquina superior derecha la oficina pone un sello que dice lo siguiente: Condado de Dane; Registro de Títulos; número 327571; 6 de enero de 2001, 11,31 horas de la mañana; honorarios de registro: 54 dólares, 23 páginas.

La solicitud se hace mediante una instancia a la que se acompaña el documento cuya toma de razón se solicita junto con la cantidad destinada al pago del Registro. La tasa de inscripción en el Condado de Dane es de 10 dólares por la primera hoja más 2 dólares por cada hoja adicional. La instancia es la siguiente (35):

(35) Llamo la atención sobre el apartado número 19, que recoge la autoliquidación del Impuesto de Transmisiones: el 3 por 100.

STAPLE ATTACHMENTS HERE	Wisconsin Real Estate Transfer Return - Confidential	
To complete see <i>Instructions for Real Estate Transfer Return PE-500A</i>. Submit original form to Register of Deeds, with document(s) to be recorded. Completely fill in all boxes. TYPE or PRINT clearly in BLACK INK, and use ALL UPPERCASE LETTERS. If typing form, type through window of S.H. Smith.		
I. GRANTOR (Seller) If more than ONE (1) grantor, check box at left and list on attached addendum. Note: List only one grantor who has grantor's address. 1. Your Last Name or Company Name Note: For two people a married couple is one grantor. If same last name (see line 2). 2. Your First Name(s) and Middle Initial(s) If a married couple, show both first names and middle initials. 3. Your Social Security Number or FEIN		
II. GRANTEE (Buyer) If more than ONE (1) grantee, check box at left and list on attached addendum. 4. Your Last Name or Company Name Note: For two people a married couple is one grantee. If same last name (see line 5). 5. Your First Name(s) and Middle Initial(s) If a married couple, show both first names and middle initials. 6. Your Social Security Number or FEIN 7. Street of First Number, if any 8. Street Name, PO Box, or Other Address (enter "PO Box" and Box Number) 9. City 10. State 11. Zip Code TO RECEIVE TAX RELAT. AND OTHER ADDRESS: Check here and complete Section X, page 2.		
III. PROPERTY TRANSFERRED 12. Name of the City/Village/Town 13. County Name 14. Physical Property Address of Real Estate (Street Name) 15. Tax Parcel Number(s) (County Assessor's Office) 16. Property Description (lot, block, etc.) or other description. If description of lot, block, etc. is not shown, use metes and bounds. 17. Section (Number) Check box if more than one lot and block, or if legal description is not shown. If "X" is checked, you may attach legal description as an addendum (see Instructions).		
IV. COMPUTATION OF FE FOR STATEMENT OF EXEMPTION 18. Total value of all real estate transferred in Wisconsin (see Instructions) 19. Exemption (see Instructions) 20. Net value of real estate transferred in Wisconsin (see Instructions) 21. Value of property transferred in Wisconsin (see Instructions) 22. Value of property transferred in Wisconsin (see Instructions)		
V. TO BE COMPLETED BY AUTHORIZED COUNTY/LOCAL OFFICIAL 23. Document Number 24. Document Date 25. County (if different from above) 26. Date Recorded 27. Recorder's Name 28. Recorder's Address 29. Recorder's Phone 30. Recorder's Fax 31. Recorder's E-mail 32. Recorder's Website 33. Recorder's Signature 34. Recorder's Title 35. Recorder's Seal 36. Recorder's Stamp 37. Recorder's Mark 38. Recorder's Initials 39. Recorder's Signature 40. Recorder's Title 41. Recorder's Seal 42. Recorder's Stamp 43. Recorder's Mark 44. Recorder's Initials 45. Recorder's Signature 46. Recorder's Title 47. Recorder's Seal 48. Recorder's Stamp 49. Recorder's Mark 50. Recorder's Initials		

Wisconsin Real Estate Transfer Return		
VII. TRANSFER		
1. Seller's name (individual or partnership) _____ _____ _____	2. Buyer's name (individual or partnership) _____ _____ _____	3. Date of transfer _____
4. Consideration (total cash, credit, and other property received by seller) _____		
5. Description of property transferred (acreage, lot, block, and subdivision) _____ _____ _____		
6. Date of transfer (month and day) _____		
7. Transfer for (individual or partnership) _____		
8. Check box for all transfers from and to:		
☐ Individual ☐ Partnership ☐ Trust ☐ Corporation ☐ Limited liability company	☐ Individual ☐ Partnership ☐ Trust ☐ Corporation ☐ Limited liability company	☐ No transfer ☐ Transfer
VIII. GRANTEE'S FINANCING		
1. Check box for all financing from and to:		
☐ Individual ☐ Partnership ☐ Trust ☐ Corporation ☐ Limited liability company	☐ Individual ☐ Partnership ☐ Trust ☐ Corporation ☐ Limited liability company	☐ No financing ☐ Financing
IX. PHYSICAL DESCRIPTION AND GRANTEE'S PRIMARY USE OF PROPERTY		
1. Type of property ☐ Residential ☐ Commercial ☐ Industrial ☐ Other	2. Description of property (acreage, lot, block, and subdivision) _____ _____ _____	3. Grantee's primary use of property ☐ Residential ☐ Commercial ☐ Industrial ☐ Other
4. Estimated value of property (check box for "As is" or "As improved") _____		
5. Estimated value of property (check box for "As is" or "As improved") _____		
X. ENERGY		
1. Check box for energy conservation measures:		
☐ Energy Star ☐ Energy Efficient ☐ Energy Star Plus ☐ Energy Star Platinum	☐ Energy Star ☐ Energy Efficient ☐ Energy Star Plus ☐ Energy Star Platinum	☐ No energy conservation measures
XI. CERTIFICATION		
1. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
2. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
3. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
4. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
5. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
6. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
7. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
8. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
9. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
10. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
11. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
12. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
13. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
14. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
15. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
16. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
17. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
18. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
19. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
20. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
21. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
22. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
23. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
24. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
25. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
26. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
27. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
28. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
29. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
30. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
31. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
32. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
33. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
34. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
35. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
36. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
37. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
38. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
39. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
40. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
41. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
42. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
43. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
44. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
45. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
46. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
47. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
48. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
49. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
50. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
51. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
52. I certify that the information provided on this return is true and correct.		
53. I certify that the information provided on this return is true and correct.		



NOTICE

David P. Harter
 State Auditor
 David Harter
 State Treasurer
 Robert Schneider
 State Comptroller

CHIEF DEPUTY
Darlene Decker

We are unable to record your document because:

- Your document failed to conform to the standard document format. Wisconsin Statute 89.43(2m) implemented by DHS. Requirements include 3 by 5 1/2 inch blank space in upper right corner, minimum 1/2 inch margin left and right on each page, minimum 1/4 inch margins on sides and bottom on each page, while standard 10 1/2 inch by 17 inch letter or legal sized paper, and no hinges, staples, staples, staples, staples and address labels be placed on the document either under the recording area on the back or on the upper left corner under the space for the document number. All ink must be black or red ink for handwritten signatures.
- Valid Parcel Identification Number (PIN) must be located directly below the recording area on the back. The PIN format must be 10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-00-01-02-03-04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27

1. Imposibilidad de registro porque el formato del documento no reúne los requisitos estandar establecidos por el Estado de Wisconsin.
2. El número de identificación de la parcela no está debidamente consignado en el documento.
3. Se ofrece al interesado la posibilidad de utilizar una cubierta estandarizada para facilitarle la tarea con un sobrecoste de 2 dólares.
4. Se advierte que no se aceptan documentos para ser conservados antes de su registro.
5. Se advierte de determinados requisitos sobre el tipo de escritura y la tinta utilizada a efectos de poder procederse al escaneo. Se advierte explícitamente que el subrayado en colores oscuros no se puede escanear.
6. El documento no contiene una descripción debidamente hecha de la propiedad.
7. El documento requiere firmas originales.
8. El documento se refiere a propiedades que no están en el Condado de Dane.
9. No se acompaña la instancia de transferencia o constitución de inmuebles (que es la que hemos hecho constar anteriormente).
10. No pueden comprenderse varias hipotecas en un solo documento.
11. Las firmas han de ser autenticadas por Notario o de otra forma. La fecha es requerida.
12. La tasa por inscripción es incorrecta. La tasa es de 10 dólares por la primera hoja más 2 dólares por cada una adicional.
13. Por favor, use nuestro apartado de correos para cualquier envío.
14. Otros.

Una vez sellado el título para fecharlo y numerarlo, se fotocopia o bien se escanea, si el Registro de Títulos del Condado tiene este sistema electrónico de archivo, y a continuación se devuelve al interesado. Este proceso dura poco tiempo, dependiendo de las facilidades con que cuente el Registro de Títulos en cuestión. Dada la enorme diversidad de sistemas de gestión que existen en Estados Unidos de América, no es posible establecer un plazo para el Registro mínimamente uniforme (36). Además existen Registros de Títulos que junto al archivo, propiamente dicho, de títulos disponen de archivos de planos de las fincas proporcionados por los particulares que registran sus documentos (aunque solo, evidentemente, aquellos que disponen de indexación de fincas). En cualquier caso el plazo es breve.

(36) Existen modelos para todos los gustos, desde los sistemas de Registro de Títulos a cargo de funcionarios del Condado, hasta aquellos en que el responsable es elegido cada período de tiempo determinado y que gestiona el Registro como una empresa.

Si el Registro de Títulos es un registro clásico, las copias de los documentos se archivan por el mismo orden en que se reciben en unos libros denominados precisamente Libros de Títulos o Tomos de Títulos (Deed books). Si el Registro de Títulos es un Registro moderno y cuenta con modernos medios de escaneo, los títulos son archivados de forma digital.

No llevándose el Registro de Títulos por fincas sería completamente imposible encontrar cualquier información si ésta, aparte de ordenarse cronológicamente, no estuviera referenciada a algún dato que permitiera conectar un título en concreto con la finca que al tercero le interesa conocer. El método clásico es muy poco eficiente, como veremos, pues se limita a incorporar el nombre de los otorgantes del negocio a un índice de personas (grantor-grantee index). En el índice se hace constar el nombre del transmitente, el nombre del transmisario, el tipo de negocio jurídico realizado, el número de documento, la fecha de registro, la localización en el libro de títulos y una breve descripción de la finca; si tenemos en cuenta que en los Estados Unidos de América, como casi en todos los países, la identificación de las personas se limita a su nombre de pila y al apellido paterno (lo que implica que con un mismo nombre puede haber en un Condado determinado veinte o treinta personas), que en los Estados Unidos de América no existe un documento de identidad (por ir en contra del principio de libertad civil), que los errores en los nombres de los otorgantes pueden llevar al absoluto equívoco y que aún siendo estos exactos, un individuo determinado puede tener diversas propiedades en el Condado, nos hacemos una idea de la enorme dificultad que el sistema de búsqueda por nombre puede suponer (37) (38). A todo lo anterior hay que unir una dificultad añadida, y es que los índices se forman por años, por lo que la búsqueda por nombre ha de realizarse buscando en cada año por el mismo nombre.

Los Registros de Títulos modernos están referenciados a fincas. Para conseguir tan provechoso efecto, la identificación de la finca objeto del negocio ha de hacerse, aparte de por los métodos tradicionales ya descritos, mediante la expresión del número de identificación de la misma. De esta forma al procesar el documento se indexan los nombres de los otorgantes y, además, el número

(37) Conforme a la doctrina de los sonidos similares, cuando hay dos nombres distintos pero que suenan sustancialmente iguales, la obligación de búsqueda se extiende al nombre de diferente grafía. Para el que tenga conocimientos del idioma inglés será fácil hacerse una idea de la magnitud de la cuestión.

(38) La doctrina jurisprudencial entiende también que la descripción que proporciona el índice debe permitir la búsqueda de títulos referidos a una finca determinada. Si del resultado de la búsqueda por nombres aparecen varios títulos referidos a distintas fincas, que en la realidad resultan ser una sola, aquellos que tienen una descripción inadecuada que no permitan su correcta identificación no perjudican al adquirente. Qué es adecuado y qué no lo es, es evidentemente una cuestión sujeta a la apreciación del Tribunal correspondiente.

de la finca. Podemos ver en la hipoteca, cuyo ejemplar se anexiona, cómo así se ha identificado la finca a que la misma se refiere en la parte izquierda superior de su primer folio. Ni que decir tiene que los Registros que cuentan con tal posibilidad facilitan enormemente la búsqueda de títulos referentes a una finca concreta, pues todos aquellos títulos indexados como propiedad del transferente en el índice de personas (que pueden ser cientos en el caso de un propietario empresarial) son excluidos de los resultados de la búsqueda cuando ésta se hace acotando el campo a un número determinado de finca.

Una vez que conocemos cómo registrar un título y que atisbamos los problemas de cómo encontrarlo, es hora de adentrarnos un poco más a fondo en los problemas que surgen para el tercer interesado en la adquisición de un inmueble o derecho sobre el mismo.

4.2. LA UTILIZACIÓN DEL REGISTRO DE TÍTULOS

Puesto que el efecto fundamental del Registro de Títulos es destruir la buena fe objetiva del adquirente de un inmueble desde que un título está registrado, con independencia de si cualquier tercero lo conoce o no, el interesado en su adquisición debe extremar el cuidado en efectivamente conocer cualquier título registrado que le pueda ser oponible con el fin de poder decidir correctamente sobre si le conviene o no su adquisición y el precio que le conviene pagar.

Un interesado en adquirir una propiedad inmueble o un derecho real que pretenda saber cuál es la situación del inmueble debe seguir tres pasos esenciales: búsqueda en el Registro de Títulos de cualquier documento que se refiera a la propiedad en que centra su interés, lectura de los documentos encontrados y análisis jurídico de su contenido y evaluación sobre la oportunidad de adquirir el derecho. La complejidad de las operaciones, que a continuación vamos a analizar, impone la utilización de especialistas en el proceso aunque, lógicamente, las distintas tareas suelen ser realizadas por distintas personas:

4.2.1. *La búsqueda de información en el Registro de Títulos*

Imaginemos que queremos comprar una propiedad inmueble y deseamos saber si quien aparece como vendedor, es decir, el que dice que nos va a vender, es efectivamente el dueño y si existe alguna carga sobre la finca que nos pueda perjudicar.

Si el Registro de Títulos es un Registro moderno y está indexado en relación a las fincas, nos bastará con consultar el índice de fincas y rápida-

mente aparecerá una lista con los títulos referidos a la misma en las que estarán las diversas transmisiones realizadas y los distintos derechos constituidos (39). Podemos pasar a la siguiente fase con la tranquilidad de que si existe algún documento no inscrito, nuestra situación no se verá perjudicada al ser de buena fe.

Pero la mayoría de los Registros de Títulos en Estados Unidos de América no disponen de tal facilidad, por lo que hemos de acudir a los índices de personas en los que la situación es bien distinta. Veamos cómo:

Nuestro vendedor se llama David Donald y estamos en 2002. Comenzamos buscando en los índices de 2002 a nombre de Donald, David. No encontramos nada y vamos hacia atrás buscando en los sucesivos años hasta encontrar aquél en el que adquirió, que resulta ser 1990. El índice nos informa que su transmitente se llama Charles Carson, por lo que debemos reproducir la búsqueda año a año hasta que averiguamos que su título de adquisición procede de 1950 y que su transmitente fue Ben Benjamin. Seguimos hacia atrás hasta que averiguamos que éste adquirió en 1920 de Alfred Ashley y hacia atrás hasta que averiguamos que éste adquirió de los Estados Unidos de América en 1890. Damos por finalizada la búsqueda por ser este último un título seguro. En muchos Estados la búsqueda está limitada legalmente a un período que varía entre 20 y 40 años, por entender que los plazos son suficientes para proporcionar seguridad.

Hemos encontrado la cadena completa de títulos. Hemos de insistir en que el Registro de Títulos es un archivo indexado de documentos, por lo que a pesar de haber encontrado la cadena de títulos no tenemos garantía alguna de que la misma sea civilmente irreproachable.

Pero necesitamos más información porque no sabemos si alguno de los propietarios, durante los períodos en que lo fueron, otorgaron títulos referentes a la propiedad que puedan perjudicarnos por constar registrados. Esto nos obliga a ir desde atrás hacia delante, pero ahora ya no buscando por el nombre del adquirente, como hicimos al ir hacia atrás, sino por el del transmitente. Así tenemos que buscar si en el período 1890-1920 el señor Alfred Ashley otorgó algún título referente a la finca que nos interesa, si en el período 1920-1950 lo hizo el señor Ben Benjamin y si en el período 1950-1990 lo hizo el señor Charles Carson. Todo lo cual año a año. Efectivamente encontramos que en 1923 el señor Ben Benjamin otorgó un título por el que restringía determinados usos de la propiedad a favor del vecino señor Xan Xing y que en 1998 el señor David Donald hipotecó la finca a favor de Young Fund Corporation.

(39) En el Condado de Dane incluso se facilita la tarea a los interesados, poniendo a su disposición puestos de ordenador en los que realizar sus búsquedas sin necesidad de acudir a los empleados de la oficina.

Ya hemos encontrado lo que buscábamos, por lo que debemos solicitar del Registro de Títulos la expedición de las copias de los documentos que nos interesan, que son todos los referidos, a fin de poder pasar a la siguiente fase de lectura y evaluación.

Veamos un modelo de solicitud de copias (40):

REQUEST FOR COPIES OF REAL ESTATE DOCUMENTS			
Doc. # _____	Volume# _____	Page(s) _____	Entire document? ☐ Yes ☐ No
If the document was recorded in 1988 or later, it is found in Records. Is this document in Records? ☐ Yes ☐ No			Certified Copy? ☐ Yes ☐ No
If it was recorded before 1988, then check which category: ☐ Deeds ☐ Mortgages ☐ Misc. ☐ Final Judgments			
Doc. # _____	Volume# _____	Page(s) _____	Entire document? ☐ Yes ☐ No
If the document was recorded in 1988 or later, it is found in Records. Is this document in Records? ☐ Yes ☐ No			Certified Copy? ☐ Yes ☐ No
If it was recorded before 1988, then check which category: ☐ Deeds ☐ Mortgages ☐ Misc. ☐ Final Judgments			
Doc. # _____	Volume# _____	Page(s) _____	Entire document? ☐ Yes ☐ No
If the document was recorded in 1988 or later, it is found in Records. Is this document in Records? ☐ Yes ☐ No			Certified Copy? ☐ Yes ☐ No
If it was recorded before 1988, then check which category: ☐ Deeds ☐ Mortgages ☐ Misc. ☐ Final Judgments			
If there is no volume and page, then only the document number.			
Name of requestor (please print name): _____			Fee: _____ Date: _____ Time: _____ Copied by: _____
Billing address (State apartment no.): _____			
If you want a call when the order is ready, please phone # here: _____			
FEES: \$2.00 for first page and \$1.00 for each page thereafter per document. Add \$1.00/lineal foot 25 cents per document for a certified copy.			
Note: Large orders (more than 25 documents) require 24 hours for processing. If you have more than 25 documents, please them on the back of this sheet.			

(40) En este modelo de solicitud de copias de documentos del Registro de Títulos del Condado de Dane podemos ver que se requieren los datos de localización del documento solicitado, los datos identificadores del solicitante y que se avisa del coste del servicio: dos dólares por la primera hoja de cada documento más un dólar por cada hoja adicional. Una copia de la hipoteca que veremos a continuación cuesta, por tanto, veinticinco dólares. La obtención de copias de documentos, si éstos son más de cinco y tienen una longitud considerable, puede estar entre los cien y los ciento cincuenta dólares. Se puede, no obstante, solicitar copia parcial de cada documento con el fin de abaratar el costo de obtención de información. Si la copia es certificada, ya sea total o parcial, el coste adicional es de veinticinco centavos de dólar (todo ello referido al año 2000 y al Condado de Dane).

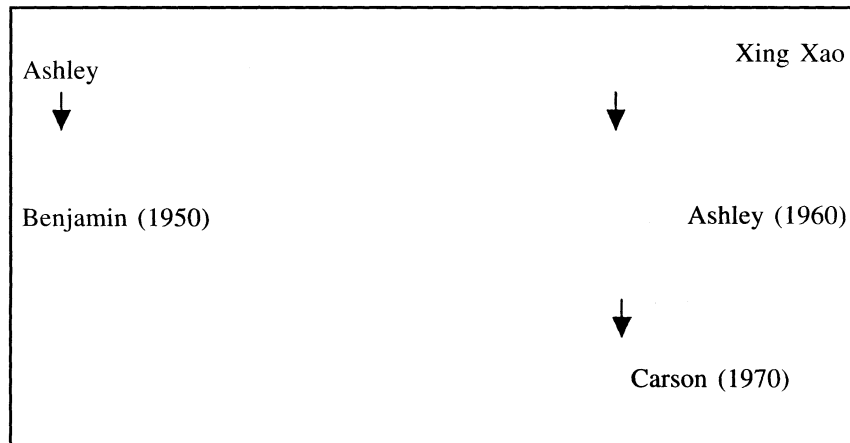
El problema es que las cosas no tienen porqué ser tan fáciles y que se producen variaciones sobre este modelo sencillo que complican las cosas. Debemos hacer una mención de las mismas para comprender mejor la mecánica del sistema y sus complejidades:

1. Primera variación. Supongamos que la finca pertenece civilmente a Xing Xao. En 1950 el ocupante de la misma finca, no propietario, señor Ashley, la vende al señor Benjamin que registra su adquisición.

En 1960 el propietario civil Xing Xao vende la finca al señor Ashley, que registra, y en 1970 éste la vende a la señora Catherine Carson que igualmente registra. La situación es perfectamente posible porque, como quedó explicado, no existe el principio de tracto sucesivo en el Registro de Títulos, al ser éste un mero archivo de títulos sin prejuicio alguno sobre su validez o eficacia.

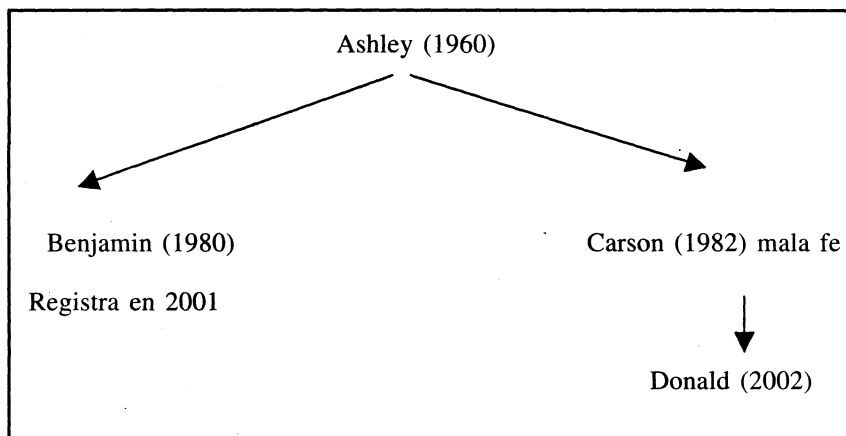
Vemos que hay dos cadenas formales de títulos. La cuestión que se plantea en un primer momento es si la adquirente señora Carson está o no considerada de mala fe por el hecho de la existencia de la primera toma de razón a favor del señor Benjamin en 1950.

La jurisprudencia norteamericana entiende que la señora Carson no puede ser considerada de mala fe objetiva a pesar de la existencia de un título previo contradictorio. Sin prejuzgar la cuestión del tracto civil y si éste se cumple o no por la posterior adquisición del señor Ashley, lo cierto es que la señora Carson es considerada preferente por ser de buena fe; entienden los jueces que el sistema de búsqueda se ha cumplido satisfactoriamente al buscar la señora Carson en los índices y encontrar en 1960 el título del señor Ashley, por lo que carece de justificación forzarle a buscar más atrás por si existen otros títulos anteriores al período que comienza con la adquisición de su transferente.



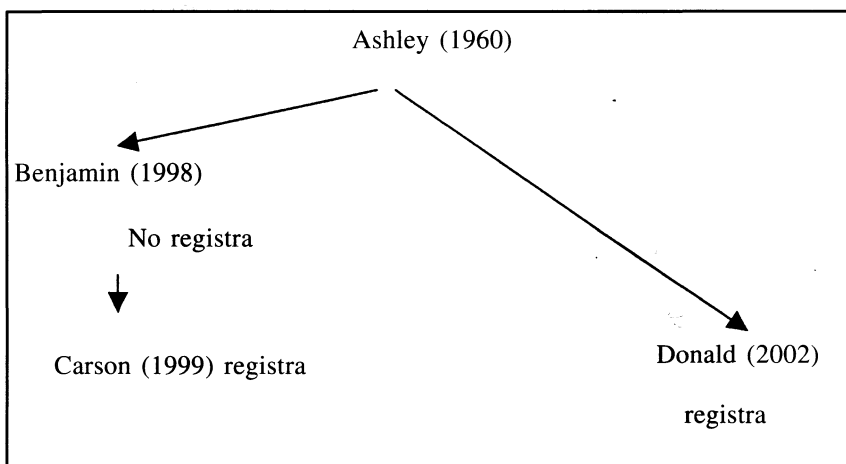
2. Segunda variación. Imaginemos que el propietario de una finca, señor Alfred Ashley, que la adquirió e inscribió en 1960, la vende al señor Ben Benjamin en 1980, olvidando éste llevarla al Registro hasta 2001. En el ínterin el señor Ashley la vende en 1982 al señor Charles Carson, quien la registra de inmediato a pesar de que conoce la existencia de la anterior venta (buena fe objetiva, pues en el momento de su adquisición no está registrada la anterior, pero mala fe subjetiva pues, a pesar de lo anterior, conoce efectivamente la realidad). El señor Carson la vende al señor Donald en 2002, quien procede al registro de su adquisición.

El señor Donald no puede alegar la buena fe de su causante porque éste era de mala fe y por tanto no se puede amparar en la sanidad de la situación. ¿Está protegido empero o no? La respuesta de la jurisprudencia norteamericana es que sí porque habrá realizado la búsqueda de títulos y habrá encontrado que su vendedor, señor Carson, adquirió en 1982 del señor Ashley quien, a su vez, había adquirido en 1960. Al ir hacia abajo para descubrir eventuales títulos otorgados por los dos anteriores, no habrá descubierto nada porque nada habrá en los índices de los años relativos a la titularidad del señor Ashley 1960-1982, ni en el período del señor Carson, 1982-2002, al no ser este otorgante del documento que puede perjudicarlo, que estará en los índices del año 2001. La jurisprudencia considera que sería excesivamente gravoso para la investigación exigir la búsqueda, no sólo en los años correspondientes al período de titularidad conocido, sino a todos los posteriores por si hubiera inscripciones retardadas. La negligencia del señor Benjamin le perjudica a pesar de ser el primero en el tiempo y en la toma de razón en el Registro de Títulos.



3. Tercera variación. Otro caso de doble venta. El señor Ashley, que es el dueño de la finca desde 1960, la vende en 1998 al señor Benjamin, que no registra su adquisición. En 1999 el señor Benjamin vende la propiedad al señor Carson, que registra su titularidad. Finalmente el señor Ashley vende la misma propiedad al señor Donald en 2002, que registra su adquisición.

La jurisprudencia protege a este último. Al ir hacia atrás para buscar la cadena de títulos, el señor Donald encuentra el título de su transmitente, y al volver hacia delante no encuentra ningún título otorgado por el mismo para el período de tiempo de su adquisición, 1960-2002. Es imposible que encuentre la transacción Benjamin-Carson porque al no haber registrado aquél su título ha roto la cadena de títulos y la posterior inscripción de Carson no soluciona dicha ruptura. Carson no es protegido porque no basa su adquisición en una cadena de títulos al haberse roto en la adquisición anterior.

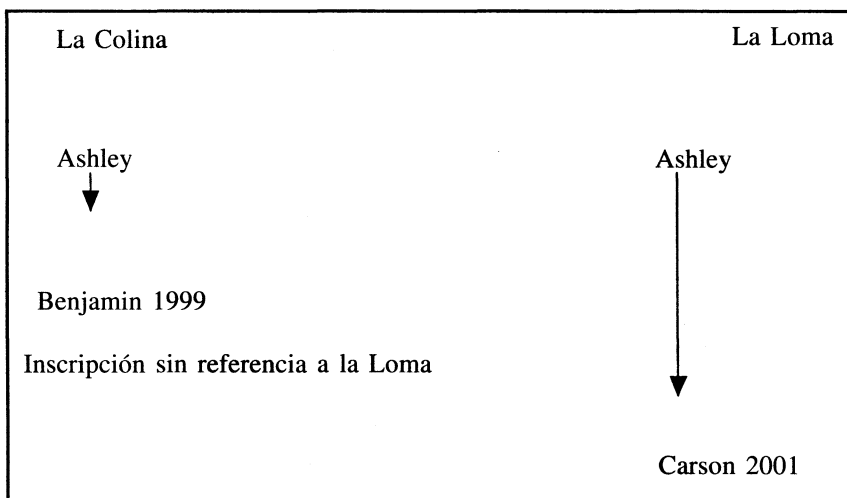


4. Cuarta variación. Se produce cuando se cruzan títulos y propiedades sobre todo en supuestos de división urbanística de fincas. Un único propietario de dos fincas Ashley, vende una de ellas, la Colina, a Benjamin en 1999, estableciendo un derecho de paso o una restricción constructiva sobre otra finca, la Loma. Benjamin inscribe su título y se indexa en el índice a nombre de ambos, pero en referencia sólo a la finca objeto de la venta, la Colina. Años después, en 2002, Ashley vende la finca gravada, la Loma, al señor Carson, que registra su propiedad ignorante de la existencia de ningún gravamen. ¿Le afecta o no la carga impuesta en la venta de la Loma?

Curiosamente la jurisprudencia está dividida. En algunos Estados prevalece la idea de que al buscar en los índices hacia atrás se habrá encontrado la adquisición de Ashley, y al ir hacia delante se habrá encontrado la trans-

misión de la Colina en 1999. Se entiende aquí que la obligación de realizar la búsqueda se extiende a este supuesto, pese a que del propio índice resultará que el título está referido a otra finca.

Otros Estados entienden, a mi juicio con todo acierto, que imponer tal búsqueda excede con mucho lo razonable. Si Ashley es un promotor y tiene cientos o miles de propiedades es absurdo exigir la investigación sobre todas ellas por si acaso se refieren además de a la finca indexada a la que se pretende adquirir. La responsabilidad es del Registro de Títulos por realizar deficientemente la indexación de la transmisión de 1999.



4.2.2. *Lectura y evaluación jurídica de los títulos*

Una vez que tenemos en poder del interesado la copia de los títulos que han podido ser hallados, procede su estudio jurídico, operación de gran alcance y que sólo puede y es realizada por especialistas, pues de ella ha de resultar la información necesaria para poder tomar una decisión correcta.

Podemos distinguir tres tipos de problemas fundamentales:

El primero es si el título examinado reúne todos los requisitos formales sobre reconocimiento de firmas que están en vigor en la jurisdicción correspondiente. Téngase en cuenta que de no ser así, aunque hayan sido incorrectamente inscritos, no deben tenerse en consideración, pues la jurisprudencia considera que tales asientos no proporcionan conocimiento del título a que se refieren. Si el reconocimiento de firmas es falso no es algo que deba preocu-

par al investigador, pues tal falsedad no perjudicará la buena fe de un adquirente posterior.

Para hacernos una idea de lo complejo que es esta evaluación pensemos en el supuesto en el que el asesor legal descubre que, efectivamente, existe una falta de legitimación de firmas que posteriormente se subsanó, ¿vincula o no tal circunstancia a nuestro cliente? La inexistencia de una depuración de la información provoca un altísimo coste de oportunidad: si sabemos que hay un problema en un título anterior que hasta ahora nadie ha puesto de manifiesto, ¿debemos ponerlo nosotros de manifiesto aunque al hacerlo así provoquemos que nuestro cliente no adquiera la finca?, ¿debemos pasarlo por alto como si no existiera, aconsejando la adquisición a nuestro cliente a sabiendas de que puede haber una impugnación?, ¿qué relevancia en este caso tendrá la subsanación posterior del defecto de reconocimiento de firmas? (41)

El segundo tipo de problemas es el de establecer la cadena de títulos que asegure, por un lado, que el tracto civil se ha cumplido escrupulosamente y, por otro, que las eventuales cargas descubiertas están igualmente en la cadena de títulos. La cuestión que se plantea es la misma que antes: que el tracto o cadena de títulos esté perfectamente claro y que estemos razonablemente seguros de que no hay títulos ocultos que puedan perjudicarnos, pero hemos visto diversos ejemplos en que pueden surgir muchas dudas sobre si determinados títulos no descubiertos son oponibles o no. Ni el más dedicado investigador puede asegurar que no hay más títulos que los descubiertos que se refieran a la finca objeto de transacción y ningún asesor legal puede asegurar que los titulares de tales documentos ocultos no vayan a obtener el amparo de los Tribunales al no estar estos forzados a limitar el supuesto de hecho a los documentos inscritos en la cadena de títulos.

Pero si los anteriores problemas son de por sí importantes, el último de todos es el crucial. Establecida la inexistencia de problemas formales y la aparente inexistencia de títulos no detectados procede realizar la evaluación de validez de los descubiertos, evaluación que ha de hacerse cada vez que se opera con la finca. Puede ser que el análisis legal lleve a la conclusión de que todo es correcto y por tanto el consejo ha de ser positivo. Pero qué hacer si del análisis resulta que en un documento anterior se ha detectado un grave problema de validez del que nadie hasta ahora ha deducido pretensión alguna, ¿levantamos la liebre o no?, ¿corremos el riesgo de que tras la adquisición alguien impugne dicho título y se produzca la rotura de la cadena de títulos, del tracto sucesivo civil? Tengamos en cuenta que el Registro de Títulos nos protege de títulos no inscritos pero no de los eventuales defectos de los registrados.

(41) En algunos Estados se aplica la doctrina de los actos curativos, consistente en que la subsanación posterior de defectos no trascendentes sana el acto de cualquier tacha con efectos desde la adquisición.

Las diferencias entre un Registro de Títulos y un Registro de la Propiedad se ponen de manifiesto en toda su amplitud. En el Registro de la Propiedad el tratamiento de la información y los efectos a ella atribuidos hace imposible que se produzca cualquiera de los supuestos que en un Registro de Títulos no consiguen disipar la gran incertidumbre que acarrea una transmisión. En el Registro de la Propiedad la inscripción de un título ciertamente no lo sana de los problemas formales o de validez de que adolezca, pero produce un efecto devastador y es que tales defectos no serán oponibles a un tercer adquirente. La aparición de un problema de identidad en una transmisión anterior no perjudica al titular actual ajeno a aquella transacción. El principio de tracto sucesivo registral impone que dicho tracto se impone sobre el civil para el caso de que haya transacciones no inscritas. El principio de fe pública supone que la nulidad de un título anterior es irrelevante para el titular actual tercero de buena fe. No existe dilema alguno ni coste de oportunidad: la información que provee el Registro de la Propiedad está depurada y sólo debemos atenernos a ella para tomar la decisión de adquirir o no.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

Una vez que hemos analizado el concepto y caracteres, así como la eficacia de los derechos reales, procede que nos detengamos en su contenido y concretamente en el del derecho real de hipoteca. Para ello nada mejor que ver una hipoteca real inscrita en el Registro de Títulos del Condado de Dane en Wisconsin. Lo primero que podemos observar en el ejemplar escaneado es su gran extensión y su complejidad, lo cual nos resulta enormemente familiar. En la esquina superior derecha podemos ver el cuadrado de tres pulgadas de lado que está reservado para que el Registro de Títulos haga constar los datos de inscripción que quedaron reflejados más arriba.

El documento se divide en diversas partes, que vamos a ir viendo para su mejor comprensión; éstas son: la identificación del documento, las definiciones generales, convenio de constitución de la hipoteca, las cláusulas generales, las cláusulas particulares, la firma y su reconocimiento, el anexo de interés variable con sus firmas y el anexo familiar con sus firmas. Veámoslos, brevemente, para no hacer este trabajo más tedioso, uno a uno:

1. Identificación del documento (página 83 del documento). El documento se identifica como de Hipoteca y en su esquina superior izquierda se hacen constar los datos de la compañía acreedora y el número de identificación de la parcela.

2. Definiciones generales (página 83 del documento). La ausencia de una normativa general que determine los conceptos jurídicos con precisión hace que esta sección sea propia de cualquier contrato en los Estados Unidos de Améri-

ca. Así se definen entre las partes diversos términos, como los siguientes: Instrumento de garantía es este documento fechado el 24 de mayo de 2001 junto a sus anexos. Prestatarios son X e Y, marido y mujer. Note, es el reconocimiento de deuda firmado por el prestatario el 24 de mayo de 2001, en el que se establece que debe al prestamista la cantidad de 220.000 dólares más intereses. El prestatario ha prometido devolver dicha cantidad en períodos regulares y no más tarde del 1 de junio de 2031. Anexos significa todos los anexos unidos a este instrumento de garantía que deben ser cumplidos por el prestatario. Los siguientes anexos deben ser cumplidos: (entre otras posibilidades) anexo de interés variable y anexo familiar. Ingresos diversos se refiere a cualquier compensación, acuerdo de pago, renuncia de daños u otra cantidad pagadera por un tercero por daño o destrucción de la propiedad, condena, acuerdo o indemnización por minusvaloración de la finca. Respa significa Ley de establecimiento de procedimiento de derechos reales y sus reglamentos de desarrollo...

3. Convenio de constitución de la hipoteca (página 85 del documento). Aquí se explicita que el instrumento de garantía asegura al acreedor el pago del préstamo y sus renovaciones y extensiones y el cumplimiento por el prestatario de los pactos del contrato a cuyos efectos se constituye hipoteca sobre la finca cuya descripción se consigna. A continuación se expresa que junto a la propiedad queda hipotecadas las mejoras, servidumbres, pertenencias y elementos incorporados que ahora o en el futuro formen parte de la propiedad. Cualquier sustitución o adición también queda cubierta con la hipoteca.

El prestatario afirma su legitimación para hipotecar la propiedad libre de otras cargas, salvo las registradas, y su compromiso de defender el título frente a cualquier reclamación.

4. Cláusulas generales (páginas 85 *in fine* a 94 del documento). Son cláusulas utilizadas en todos los Estados Unidos de América. Es la parte más amplia del documento y comprende las obligaciones generales del prestatario en relación al préstamo y la hipoteca. Me limito a recoger los enunciados y particulares más importantes de los pactos:

1. Pago del principal e intereses, pago por cantidades depositadas en garantía, pagos previos y posteriores, forma de pago y domicilio de pago.

2. Imputación de pagos.

3. Fondos para el depósito de garantía. Se refiere a que, junto a las mensualidades, se entrega una cantidad destinada al pago de impuestos que pueden ser preferentes al préstamo, rentas sobre el inmueble, primas del seguro del título de adquisición, primas del seguro de títulos de la hipoteca.

4. Obligación de pago del prestatario de impuestos, cargas, sanciones, pagos de rentas o rentas sobre el terreno, gastos de comu-

nidad que pueden ser preferentes a la hipoteca. Su pago se hará en la forma prevista en el párrafo anterior.

5. Obligación de asegurar de incendios y otros riesgos como inundaciones, terremoto, la propiedad hipotecada. Si el prestatario incumple su obligación, el prestamista puede hacerlo a su cargo. En caso de siniestro, si la suma correspondiente a la indemnización no se puede aplicar a la reconstrucción por ser inviable, su importe se aplicará a las cantidades debidas por el contrato de garantía.

6. (Se deja sin efecto en la letra F del anexo de propiedad familiar). Obligación de ocupar la propiedad como residencia principal en los 60 días siguientes al contrato y por un período no inferior a un año.

7. Preservación y mantenimiento de la propiedad. Inspecciones. Obligación de conservar diligentemente la propiedad y hacer en ellas las reparaciones necesarias. El acreedor puede inspeccionar la finca.

8. Responsabilidad del prestatario por cualquier información falsa proporcionada en relación al préstamo.

9. Extensión de la hipoteca a los pagos hechos por cuenta del prestatario para evitar daños a su derecho en caso de incumplimiento de cualquier pacto por el prestatario, existencia de un procedimiento judicial que pudiera perjudicar al acreedor o abandono de la propiedad.

10. Seguro de la hipoteca. Obligación del pago de la prima del seguro de pago de la hipoteca en caso de que lo haya impuesto el acreedor. El seguro cubre el reembolso al acreedor del préstamo garantizado en caso de que el deudor no cumpla con su obligación de pago.

11. Ingresos diversos. Se consideran tales los que se mencionan en el apartado descripciones generales. Si la propiedad ha sufrido daños, las cantidades recibidas se destinarán a su restauración o reparación. En caso de destrucción total se aplicarán al pago de la cantidad asegurada con la hipoteca en el orden establecido en el apartado dos.

12. La extensión del plazo de pago o las modificaciones del plan de amortizaciones concedido al prestatario o sus causahabientes no implicará la modificación de su responsabilidad.

13. Los prestatarios convienen en que su responsabilidad sea solidaria. No obstante cualquier firmante que no haya firmado la promesa de pago se considera que sólo constituye la hipoteca, no está personalmente obligado y consiente en que acreedores y prestatario puedan extender o modificar el préstamo y la hipoteca sin su

consentimiento. Cualquier causahabiente del prestatario, que el acreedor haya consentido conforme al apartado dieciocho, tendrá las mismas obligaciones y derechos que el prestatario.

14. El acreedor puede cobrar al deudor los honorarios causados por su incumplimiento por la protección de su derecho incluidos pero no limitados a honorarios de abogados, inspecciones de la propiedad y valoraciones. La ausencia de consentimiento expreso para otros gastos no supone la exclusión de los mismos.

15. Todas las notificaciones realizadas por el prestatario o el acreedor conectadas con la hipoteca han de ser por escrito. Cualquier notificación al deudor se considerará realizada si se realiza por correo de primera clase o es efectivamente entregada por otro medio. La notificación a un deudor implicará la de los demás. El domicilio de notificaciones será la propiedad salvo designación de otro domicilio.

16. La hipoteca se registrará por la Ley Federal y la Ley aplicable en la jurisdicción donde la propiedad está situada.

17. Una copia del instrumento de garantía será entregada al prestatario.

18. (Este apartado está modificado en el anexo relativo al tipo de interés variable). Si cualquier derecho relativo a la propiedad es transmitido por el prestatario a un tercero sin el consentimiento escrito del acreedor, éste puede exigir el pago inmediato de la deuda asegurada salvo que lo prohíba la Ley aplicable. Si el acreedor ejercita su derecho notificará de resolución especificando que el prestatario tendrá un período no inferior a treinta días para el completo pago (42). En caso de falta de pago, el acreedor podrá ejercitar todos los derechos contemplados en el instrumento de garantía.

19. (Dejado sin efecto como consta en la letra E del anexo de propiedad familiar). Si el prestatario cumple determinados requisitos podrá detener la ejecución de la garantía cinco días antes de la venta de la propiedad en base a un poder de venta, o en cualquier otro período previsto en la Ley aplicable o cuando una sentencia declare la ejecución de la hipoteca, siempre que: haya pagado todas las sumas debidas derivadas del instrumento, haya cesado cualquier incumplimiento, pague los gastos producidos y adopte las medidas que el acreedor considere oportunas para que su derecho permanezca inalterado (43).

(42) Véase el epígrafe relativo a la ejecución de la hipoteca.

(43) Id.

20. El crédito puede ser transmitido total o parcialmente sin necesidad de notificación previa al prestatario.

21. El deudor se obliga a no permitir la presencia en la propiedad de sustancias no permitidas en las leyes de medio ambiente o que afecten al valor de la propiedad con excepción de aquellas que suelen ser reconocidas como aptas para ser conservadas en pequeñas cantidades para uso doméstico.

5. Cláusulas especiales, por tanto sólo aplicables en cuanto que la propiedad se halla en el Estado de Wisconsin (páginas 95 a 97 del documento):

22. El acreedor notificará al deudor antes de ejecutar la garantía, incluyendo: la causa del incumplimiento, la acción precisa para suprimir el incumplimiento, una fecha no inferior en treinta días desde la notificación para la supresión de la causa de incumplimiento y el hecho de que el incumplimiento de este plazo supondrá la denuncia y ejecución del contrato. La notificación contendrá el derecho del deudor a cesar la denuncia o ejecución del contrato o a ejercer una acción judicial para la declaración de la inexistencia de la causa de denuncia o cualquier otra declaración contraria a esta. Si la suma debida no es pagada en el período especificado, el acreedor podrá, a su conveniencia, exigir el pago inmediato, invocar el poder de venta de la finca hipotecada o cualquier otro derecho que le reconoce el instrumento de garantía.

Si el acreedor invoca el poder de venta de la finca hipotecada, lo notificará al deudor y a las personas prescritas por la Ley aplicable. El acreedor publicará la notificación de venta y ésta se llevará a cabo en la forma determinada por la Ley aplicable. El acreedor puede adquirir la propiedad en la venta. El producto de la venta se aplicará de la siguiente forma: gastos de la venta incluyéndose pero no limitándose a razonables honorarios de abogado; sumas garantizadas con la hipoteca; el exceso se entregará al funcionario de la corte en cuyo Condado se haya realizado.

23. Tras el pago de todas las cantidades garantizadas con la hipoteca, el acreedor la cancelará. Los gastos de inscripción son de cuenta del deudor. El acreedor puede imputar honorarios de cancelación al deudor si se usan los servicios de un tercero y la Ley aplicable lo permite (44).

(44) En el Estado de Wisconsin el retraso del acreedor en otorgar el documento de liberación por pago en los treinta días siguientes al mismo o transcurridos los siete días siguientes al requerimiento escrito del deudor producen la obligación de pagar la multa de cien dólares diarios con un máximo de dos mil y los daños correspondientes.

24. Si la propiedad es una residencia familiar de entre uno y cuatro miembros, ocupada al principio de la ejecución, una granja, iglesia o propiedad de una asociación caritativa exenta de impuestos, el acreedor, previa renuncia a la ejecución judicial para reclamar el exceso, podrá llevar a cabo la ejecución mediante poder de venta seis meses después de la solicitud de ejecución judicial. En caso de que sea otro tipo de propiedad, el plazo será de tres meses.

25. Conforme a las leyes de Wisconsin, honorarios razonables de abogado sólo comprenderá las partidas permitidas por tal Ley.

6. Anexo de interés variable (páginas 98 a 101 del documento). Se especifica que ha sido realizado en la fecha del documento de hipoteca y que debe ser considerado una parte del mismo. Se especifica que el préstamo prevé cambios en el tipo de interés y en la cuota mensual con límites en el interés que se puede llegar a pagar.

A) El interés inicial es del 7,375 por 100. La fecha de modificación del tipo de interés será el día 1 de junio de 2006 y cada doce meses a partir de dicha fecha.

B) El tipo de referencia es el tipo medio semanal de garantía del Tesoro de Estados Unidos de América ajustado a un vencimiento constante anual, proporcionado por la Reserva Federal. El tipo aplicable será el último disponible: 45 días antes de la fecha de modificación. Si el tipo de referencia no se puede obtener, el acreedor obtendrá un interés similar, el cual notificará al deudor.

C) Al tipo de interés así calculado se añadirá un diferencial de 2,750 puntos. El acreedor redondeará al alza al más próximo múltiplo de un octavo de punto (0,125). Así calculado será el nuevo tipo de interés.

D) El tipo de interés a pagar en la fecha de la primera modificación no excederá el 9,375 por 100 y no será inferior al 5,375 por 100. A partir de dicha fecha, el tipo de interés nunca subirá ni descenderá en cada fecha de modificación del tipo más de dos puntos porcentuales en relación al tipo de interés anteriormente aplicable. El tipo de interés no excederá nunca del 13,375 por 100.

E) El nuevo tipo de interés se aplicará a partir de cada fecha de modificación. La nueva cantidad a satisfacer se pagará en el primer mes posterior a la fecha de modificación y hasta que la mensualidad cambie nuevamente.

F) El acreedor debe notificar el cambio del tipo de interés y de la mensualidad antes de la fecha efectiva de cambio. La notificación incluirá la información requerida por la Ley, así como la categoría y el teléfono de una persona que responda a las preguntas que el deudor pueda tener en referencia a la notificación.

Enmienda a la sección dieciocho sobre transmisión de derechos por el deudor hipotecante. Se reitera en esta modificación del pacto dieciocho que cualquier transmisión sin el consentimiento del acreedor le permite a éste exigir el pago inmediato de la total deuda con la excepción de aquellos supuestos en que la Ley no lo permita o cuando el deudor le remita toda la información que se le haya solicitado como si el préstamo fuera a concederse por vez primera al transmisario y el acreedor acepta. El acreedor puede exigir una comisión razonable, salvo que la Ley aplicable no lo permita. El acreedor puede exigir que el transmisario se comprometa por escrito en los mismos términos que el documento de préstamo y la hipoteca. El primitivo deudor seguirá estando obligado hasta que el acreedor le releve por escrito. Si el acreedor ejerce su derecho al pago inmediato notificará al deudor el vencimiento anticipado previendo un plazo no inferior a 30 días para realizar el pago. Si el deudor incumple el acreedor tiene expeditos todos los medios de reparación previstos.

7. Anexo familiar (páginas 102 al final del documento). Contiene los siguientes pactos especiales:

A) Además de la propiedad descrita en el instrumento de garantía, los siguientes objetos que ahora o en el futuro permanezcan unidos a la propiedad de modo fijo son añadidos a la descripción de la propiedad y se consideran cubiertos por la garantía: estructura, materiales, cualesquiera bienes situados en o sobre la propiedad o que se usen o puedan ser utilizados en la misma incluyendo, pero no limitando, a los utilizados para suministrar calefacción, refrigeración, electricidad, gas, agua, aire, luz, prevención y apagado de incendios...

B) El deudor no pretenderá ni consentirá ningún cambio en la calificación de uso de la propiedad o su calificación urbanística sin consentimiento del acreedor.

C) Salvo las permitidas por Ley Federal, el deudor no permitirá ninguna restricción de uso de la propiedad sin consentimiento escrito del acreedor.

D) El deudor mantendrá un seguro contra la pérdida de rentas junto a los demás riesgos para los que se exige seguro en la sección o artículo 5 del contrato.

E) Se suprime el derecho del artículo o sección 19 del deudor a paralizar la ejecución tras la declaración de vencimiento anticipado.

F) Salvo pacto por escrito en contrario, la obligación del artículo o sección 6 sobre obligación de ocupar la propiedad por el deudor se suprime.

G) Tras el requerimiento de incumplimiento del acreedor, el deudor traspasará al acreedor todos los contratos de leasing y los depósitos constitui-

dos al afecto. El acreedor tendrá el derecho de modificar, prorrogar o extinguir los existentes o contratar nuevos. Si la hipoteca garantiza un leasing, esta cláusula se aplicará a los subleasing.

H) El deudor transfiere al acreedor todas las rentas e ingresos de la propiedad con independencia de a quién deban satisfacerse. El deudor autoriza al acreedor a cobrar las rentas por sí o por medio de agente autorizado. El deudor recibirá las rentas hasta que el acreedor le notifique de incumplimiento y el acreedor notifique a los arrendatarios de que deben satisfacerle a él o sus agentes el importe de las rentas. Si el acreedor notifica de incumplimiento al deudor, éste recibirá las rentas como fiduciario del acreedor y en su exclusivo beneficio para ser aplicadas a las sumas garantizadas. Si el importe de las rentas no es suficiente para satisfacer los gastos de su cobro, las cantidades satisfechas por el acreedor serán de cuenta del deudor y quedarán cubiertas con la hipoteca. El deudor garantiza que no ha hecho traspaso de rentas con anterioridad a la hipoteca.

I) El incumplimiento del deudor en cualquier obligación con el acreedor supondrá un incumplimiento del instrumento de garantía y permitirá al acreedor acudir a cualquiera de los procedimientos previstos.

2244

ESTUDIOS

MORTGAGE

DANE COUNTY
REGISTER OF DEEDS

DOCUMENT NUMBER

3327571

06-01-2001 11:31 AM

NAME & RETURN ADDRESS
M&I Mortgage Corp.
ATTN: Final Documentation Dept.
P.O. Box 478
Milwaukee, WI 53201-0478

Trans. Fee

Rec. Fee 54.00
Pages 23

000083

PARCEL IDENTIFIER NUMBER

051-0608-084-2603-6;2604-4

[Space Above This Line For Recording Data]

DEFINITIONS

Words used in multiple sections of this document are defined below and other words are defined in Sections 3, 11, 13, 18, 20 and 21. Certain rules regarding the usage of words used in this document are also provided in Section 16.

(A) "Security Instrument" means this document, which is dated May 24 2001 together with all Riders to this document.
(B) "Borrower" is

Steven Ganser a/k/a Steven S Ganser and Stephanie
Ganser a/k/a Stephanie A Ganser, husband and wife

Borrower is the mortgagor under this Security Instrument.
(C) "Lender" is M&I Bank of Southern Wisconsin

Lender is a Corporation
organized and existing under the laws of the State of Wisconsin

3050.FRM (11/00)

8089765

GANSER, S

WISCONSIN-Single Family-Fannie Mae/Freddie Mac UNIFORM INSTRUMENT

Form 3050 1/01

WMP-8(WI) 0005

Page 1 of 15

Initials: *SGS*

VMP MORTGAGE FORMS - (800)521-7281



23/54

000084

Lender's address is P.O. Box 8998
Madison, WI 53708-8998

Lender is the mortgagee under this Security Instrument.

(D) "Note" means the promissory note signed by Borrower and dated May 24 2001

The Note states that Borrower owes Lender

Two Hundred Twenty Thousand and no/100

Dollars

(U.S. \$ 220,000.00) plus interest. Borrower has promised to pay this debt in regular Periodic Payments and to pay the debt in full not later than June 1 2031

(E) "Property" means the property that is described below under the heading "Transfer of Rights in the Property."

(F) "Loan" means the debt evidenced by the Note, plus interest, any prepayment charges and late charges due under the Note, and all sums due under this Security Instrument, plus interest.

(G) "Riders" means all Riders to this Security Instrument that are executed by Borrower. The following Riders are to be executed by Borrower [check box as applicable]:

- | | | |
|---|---|--|
| ☒ Adjustable Rate Rider | ☐ Condominium Rider | ☐ Second Home Rider |
| ☐ Balloon Rider | ☐ Planned Unit Development Rider | ☒ 1-4 Family Rider |
| ☐ VA Rider | ☐ Biweekly Payment Rider | ☐ Other(s) [specify] |

(H) "Applicable Law" means all controlling applicable federal, state and local statutes, regulations, ordinances and administrative rules and orders (that have the effect of law) as well as all applicable final, non-appealable judicial opinions.

(I) "Community Association Dues, Fees, and Assessments" means all dues, fees, assessments and other charges that are imposed on Borrower or the Property by a condominium association, homeowners association or similar organization.

(J) "Electronic Funds Transfer" means any transfer of funds, other than a transaction originated by check, draft, or similar paper instrument, which is initiated through an electronic terminal, telephonic instrument, computer, or magnetic tape so as to order, instruct, or authorize a financial institution to debit or credit an account. Such term includes, but is not limited to, point-of-sale transfers, automated teller machine transactions, transfers initiated by telephone, wire transfers, and automated clearinghouse transfers.

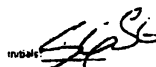
(K) "Escrow Items" means those items that are described in Section 3.

(L) "Miscellaneous Proceeds" means any compensation, settlement, award of damages, or proceeds paid by any third party (other than insurance proceeds paid under the coverages described in Section 5) for: (i) damage to, or destruction of, the Property; (ii) condemnation or other taking of all or any part of the Property; (iii) conveyance in lieu of condemnation; or (iv) misrepresentations of, or omissions as to, the value and/or condition of the Property.

(M) "Mortgage Insurance" means insurance protecting Lender against the nonpayment of, or default on, the Loan.

(N) "Periodic Payment" means the regularly scheduled amount due for (i) principal and interest under the Note, plus (ii) any amounts under Section 3 of this Security Instrument.

(O) "RESPA" means the Real Estate Settlement Procedures Act (12 U.S.C. Section 2601 et seq.) and its implementing regulation, Regulation X (24 C.F.R. Part 3500), as they might be amended from time to time, or any additional or successor legislation or regulation that governs the same subject matter. As used in this Security Instrument, "RESPA" refers to all requirements and restrictions that are imposed in regard to a "federally related mortgage loan" even if the Loan does not qualify as a "federally related mortgage loan" under RESPA.



000085

(P) "Successor in Interest of Borrower" means any party that has taken title to the Property, whether or not that party has assumed Borrower's obligations under the Note and/or this Security Instrument.

TRANSFER OF RIGHTS IN THE PROPERTY

This Security Instrument secures to Lender: (i) the repayment of the Loan, and all renewals, extensions and modifications of the Note; and (ii) the performance of Borrower's covenants and agreements under this Security Instrument and the Note. For this purpose, Borrower does hereby mortgage, grant and convey to Lender, with power of sale, the following described property located in the County of Dane

[Type of Recording Jurisdiction]

[Name of Recording Jurisdiction]

Units 9 and 11, Sonora Court Condominium, in the City of Madison, Dane County, Wisconsin. To Be Known As: Lot 3, Norman Addition to Westhaven Trails, City of Madison, Dane County, Wisconsin. Parcel No.: 251-0608-024-2603-6 251-0608-024-2604-4

THIS IS A PURCHASE MONEY MORTGAGE MAIL- Madison WI 53719

which currently has the address of
9-11 Sonora Court
City of Madison
("Property Address"):

[City], Wisconsin 53719 [Zip Code]

TOGETHER WITH all the improvements now or hereafter erected on the property, and all easements, appurtenances, and fixtures now or hereafter a part of the property. All replacements and additions shall also be covered by this Security Instrument. All of the foregoing is referred to in this Security Instrument as the "Property."

BORROWER COVENANTS that Borrower is lawfully seised of the estate hereby conveyed and has the right to mortgage, grant and convey the Property and that the Property is unencumbered, except for encumbrances of record. Borrower warrants and will defend generally the title to the Property against all claims and demands, subject to any encumbrances of record.

THIS SECURITY INSTRUMENT combines uniform covenants for national use and non-uniform covenants with limited variations by jurisdiction to constitute a uniform security instrument covering real property.

UNIFORM COVENANTS. Borrower and Lender covenant and agree as follows:

1. **Payment of Principal, Interest, Escrow Items, Prepayment Charges, and Late Charges.** Borrower shall pay when due the principal of, and interest on, the debt evidenced by the Note and any prepayment charges and late charges due under the Note. Borrower shall also pay funds for Escrow Items pursuant to Section 3. Payments due under the Note and this Security Instrument shall be made in U.S. currency. However, if any check or other instrument received by Lender as payment under the Note or this

3050B.FRM (11/00)

8089765

Initials

GANSER, S

6(WI) 100051

Page 3 of 15

Form 3050 1/01

000086

Security Instrument is returned to Lender unpaid, Lender may require that any or all subsequent payments due under the Note and this Security Instrument be made in one or more of the following forms, as selected by Lender: (a) cash; (b) money order; (c) certified check, bank check, treasurer's check or cashier's check, provided any such check is drawn upon an institution whose deposits are insured by a federal agency, instrumentality, or entity; or (d) Electronic Funds Transfer.

Payments are deemed received by Lender when received at the location designated in the Note or at such other location as may be designated by Lender in accordance with the notice provisions in Section 15. Lender may return any payment or partial payment if the payment or partial payments are insufficient to bring the Loan current. Lender may accept any payment or partial payment insufficient to bring the Loan current, without waiver of any rights hereunder or prejudice to its rights to refuse such payment or partial payments in the future, but Lender is not obligated to apply such payments at the time such payments are accepted. If each Periodic Payment is applied as of its scheduled due date, then Lender need not pay interest on unapplied funds. Lender may hold such unapplied funds until Borrower makes payment to bring the Loan current. If Borrower does not do so within a reasonable period of time, Lender shall either apply such funds or return them to Borrower. If not applied earlier, such funds will be applied to the outstanding principal balance under the Note immediately prior to foreclosure. No offset or claim which Borrower might have now or in the future against Lender shall relieve Borrower from making payments due under the Note and this Security Instrument or performing the covenants and agreements secured by this Security Instrument.

2. Application of Payments or Proceeds. Except as otherwise described in this Section 2, all payments accepted and applied by Lender shall be applied in the following order of priority: (a) interest due under the Note; (b) principal due under the Note; (c) amounts due under Section 3. Such payments shall be applied to each Periodic Payment in the order in which it became due. Any remaining amounts shall be applied first to late charges, second to any other amounts due under this Security Instrument, and then to reduce the principal balance of the Note.

If Lender receives a payment from Borrower for a delinquent Periodic Payment which includes a sufficient amount to pay any late charge due, the payment may be applied to the delinquent payment and the late charge. If more than one Periodic Payment is outstanding, Lender may apply any payment received from Borrower to the repayment of the Periodic Payments if, and to the extent that, each payment can be paid in full. To the extent that any excess exists after the payment is applied to the full payment of one or more Periodic Payments, such excess may be applied to any late charges due. Voluntary prepayments shall be applied first to any prepayment charges and then as described in the Note.

Any application of payments, insurance proceeds, or Miscellaneous Proceeds to principal due under the Note shall not extend or postpone the due date, or change the amount, of the Periodic Payments.

3. Funds for Escrow Items. Borrower shall pay to Lender on the day Periodic Payments are due under the Note, until the Note is paid in full, a sum (the "Funds") to provide for payment of amounts due for: (a) taxes and assessments and other items which can attain priority over this Security Instrument as a lien or encumbrance on the Property; (b) leasehold payments or ground rents on the Property, if any; (c) premiums for any and all insurance required by Lender under Section 5; and (d) Mortgage Insurance premiums, if any, or any sums payable by Borrower to Lender in lieu of the payment of Mortgage Insurance premiums in accordance with the provisions of Section 10. These items are called "Escrow Items." At origination or at any time during the term of the Loan, Lender may require that Community Association Dues, Fees, and Assessments, if any, be escrowed by Borrower, and such dues, fees and assessments shall be an Escrow Item. Borrower shall promptly furnish to Lender all notices of amounts to be paid under this Section. Borrower shall pay Lender the Funds for Escrow Items unless Lender waives Borrower's obligation to pay the Funds for any or all Escrow Items. Lender may waive Borrower's obligation to pay to Lender Funds for any or all Escrow Items at any time. Any such waiver may only be in writing. In the event of such waiver, Borrower shall pay directly, when and where payable, the amounts

000087

due for any Escrow Items for which payment of Funds has been waived by Lender and, if Lender requires, shall furnish to Lender receipts evidencing such payment within such time period as Lender may require. Borrower's obligation to make such payments and to provide receipts shall for all purposes be deemed to be a covenant and agreement contained in this Security Instrument, as the phrase "covenant and agreement" is used in Section 9. If Borrower is obligated to pay Escrow Items directly, pursuant to a waiver, and Borrower fails to pay the amount due for an Escrow Item, Lender may exercise its rights under Section 9 and pay such amount and Borrower shall then be obligated under Section 9 to repay to Lender any such amount. Lender may revoke the waiver as to any or all Escrow Items at any time by a notice given in accordance with Section 15 and, upon such revocation, Borrower shall pay to Lender all Funds, and in such amounts, that are then required under this Section 3.

Lender may, at any time, collect and hold Funds in an amount (a) sufficient to permit Lender to apply the Funds at the time specified under RESPA, and (b) not to exceed the maximum amount a lender can require under RESPA. Lender shall estimate the amount of Funds due on the basis of current data and reasonable estimates of expenditures of future Escrow Items or otherwise in accordance with Applicable Law.

The Funds shall be held in an institution whose deposits are insured by a federal agency, instrumentality, or entity (including Lender, if Lender is an institution whose deposits are so insured) or in any Federal Home Loan Bank. Lender shall apply the Funds to pay the Escrow Items no later than the time specified under RESPA. Lender shall not charge Borrower for holding and applying the Funds, annually analyzing the escrow account, or verifying the Escrow Items, unless Lender pays Borrower interest on the Funds and Applicable Law permits Lender to make such a charge. Unless an agreement is made in writing or Applicable Law requires interest to be paid on the Funds, Lender shall not be required to pay Borrower any interest or earnings on the Funds. Borrower and Lender can agree in writing, however, that interest shall be paid on the Funds. Lender shall give to Borrower, without charge, an annual accounting of the Funds as required by RESPA.

If there is a surplus of Funds held in escrow, as defined under RESPA, Lender shall account to Borrower for the excess funds in accordance with RESPA. If there is a shortage of Funds held in escrow, as defined under RESPA, Lender shall notify Borrower as required by RESPA, and Borrower shall pay to Lender the amount necessary to make up the shortage in accordance with RESPA, but in no more than 12 monthly payments. If there is a deficiency of Funds held in escrow, as defined under RESPA, Lender shall notify Borrower as required by RESPA, and Borrower shall pay to Lender the amount necessary to make up the deficiency in accordance with RESPA, but in no more than 12 monthly payments.

Upon payment in full of all sums secured by this Security Instrument, Lender shall promptly refund to Borrower any Funds held by Lender.

4. **Charges; Liens.** Borrower shall pay all taxes, assessments, charges, fines, and impositions attributable to the Property which can attain priority over this Security Instrument, leasehold payments or ground rents on the Property, if any, and Community Association Dues, Fees, and Assessments, if any. To the extent that these items are Escrow Items, Borrower shall pay them in the manner provided in Section 3.

Borrower shall promptly discharge any lien which has priority over this Security Instrument unless Borrower: (a) agrees in writing to the payment of the obligation secured by the lien in a manner acceptable to Lender, but only so long as Borrower is performing such agreement; (b) contests the lien in good faith by, or defends against enforcement of the lien in, legal proceedings which in Lender's opinion operate to prevent the enforcement of the lien while those proceedings are pending, but only until such proceedings are concluded; or (c) secures from the holder of the lien an agreement satisfactory to Lender subordinating the lien to this Security Instrument. If Lender determines that any part of the Property is subject to a lien which can attain priority over this Security Instrument, Lender may give Borrower a notice identifying the

000088

lien. Within 10 days of the date on which that notice is given, Borrower shall satisfy the lien or take one or more of the actions set forth above in this Section 4.

Lender may require Borrower to pay a one-time charge for a real estate tax verification and/or reporting service used by Lender in connection with this Loan.

5. **Property Insurance.** Borrower shall keep the improvements now existing or hereafter erected on the Property insured against loss by fire, hazards included within the term "extended coverage," and any other hazards including, but not limited to, earthquakes and floods, for which Lender requires insurance. This insurance shall be maintained in the amounts (including deductible levels) and for the periods that Lender requires. What Lender requires pursuant to the preceding sentences can change during the term of the Loan. The insurance carrier providing the insurance shall be chosen by Borrower subject to Lender's right to disapprove Borrower's choice, which right shall not be exercised unreasonably. Lender may require Borrower to pay, in connection with this Loan, either: (a) a one-time charge for flood zone determination, certification and tracking services; or (b) a one-time charge for flood zone determination and certification services and subsequent charges each time remappings or similar changes occur which reasonably might affect such determination or certification. Borrower shall also be responsible for the payment of any fees imposed by the Federal Emergency Management Agency in connection with the review of any flood zone determination resulting from an objection by Borrower.

If Borrower fails to maintain any of the coverages described above, Lender may obtain insurance coverage, at Lender's option and Borrower's expense. Lender is under no obligation to purchase any particular type or amount of coverage. Therefore, such coverage shall cover Lender, but might or might not protect Borrower, Borrower's equity in the Property, or the contents of the Property, against any risk, hazard or liability and might provide greater or lesser coverage than was previously in effect. Borrower acknowledges that the cost of the insurance coverage so obtained might significantly exceed the cost of insurance that Borrower could have obtained. Any amounts disbursed by Lender under this Section 5 shall become additional debt of Borrower secured by this Security Instrument. These amounts shall bear interest at the Note rate from the date of disbursement and shall be payable, with such interest, upon notice from Lender to Borrower requesting payment.

All insurance policies required by Lender and renewals of such policies shall be subject to Lender's right to disapprove such policies, shall include a standard mortgage clause, and shall name Lender as mortgagee and/or as an additional loss payee. Lender shall have the right to hold the policies and renewal certificates. If Lender requires, Borrower shall promptly give to Lender all receipts of paid premiums and renewal notices. If Borrower obtains any form of insurance coverage, not otherwise required by Lender, for damage to, or destruction of, the Property, such policy shall include a standard mortgage clause and shall name Lender as mortgagee and/or as an additional loss payee.

In the event of loss, Borrower shall give prompt notice to the insurance carrier and Lender. Lender may make proof of loss if not made promptly by Borrower. Unless Lender and Borrower otherwise agree in writing, any insurance proceeds, whether or not the underlying insurance was required by Lender, shall be applied to restoration or repair of the Property, if the restoration or repair is economically feasible and Lender's security is not lessened. During such repair and restoration period, Lender shall have the right to hold such insurance proceeds until Lender has had an opportunity to inspect such Property to ensure the work has been completed to Lender's satisfaction, provided that such inspection shall be undertaken promptly. Lender may disburse proceeds for the repairs and restoration in a single payment or in a series of progress payments as the work is completed. Unless an agreement is made in writing or Applicable Law requires interest to be paid on such insurance proceeds, Lender shall not be required to pay Borrower any interest or earnings on such proceeds. Fees for public adjusters, or other third parties, retained by Borrower shall not be paid out of the insurance proceeds and shall be the sole obligation of Borrower. If the restoration or repair is not economically feasible or Lender's security would be lessened, the insurance proceeds shall be applied to the sums secured by this Security Instrument, whether or not then due, with

000089

the excess, if any, paid to Borrower. Such insurance proceeds shall be applied in the order provided for in Section 2.

If Borrower abandons the Property, Lender may file, negotiate and settle any available insurance claim and related matters. If Borrower does not respond within 30 days to a notice from Lender that the insurance carrier has offered to settle a claim, then Lender may negotiate and settle the claim. The 30-day period will begin when the notice is given. In either event, or if Lender acquires the Property under Section 22 or otherwise, Borrower hereby assigns to Lender (a) Borrower's rights to any insurance proceeds in an amount not to exceed the amounts unpaid under the Note or this Security Instrument, and (b) any other of Borrower's rights (other than the right to any refund of unearned premiums paid by Borrower) under all insurance policies covering the Property, insofar as such rights are applicable to the coverage of the Property. Lender may use the insurance proceeds either to repair or restore the Property or to pay amounts unpaid under the Note or this Security Instrument, whether or not then due.

6. **Occupancy.** Borrower shall occupy, establish, and use the Property as Borrower's principal residence within 60 days after the execution of this Security Instrument and shall continue to occupy the Property as Borrower's principal residence for at least one year after the date of occupancy, unless Lender otherwise agrees in writing, which consent shall not be unreasonably withheld, or unless extenuating circumstances exist which are beyond Borrower's control.

7. **Preservation, Maintenance and Protection of the Property; Inspections.** Borrower shall not destroy, damage or impair the Property, allow the Property to deteriorate or commit waste on the Property. Whether or not Borrower is residing in the Property, Borrower shall maintain the Property in order to prevent the Property from deteriorating or decreasing in value due to its condition. Unless it is determined pursuant to Section 5 that repair or restoration is not economically feasible, Borrower shall promptly repair the Property if damaged to avoid further deterioration or damage. If insurance or condemnation proceeds are paid in connection with damage to, or the taking of, the Property, Borrower shall be responsible for repairing or restoring the Property only if Lender has released proceeds for such purposes. Lender may disburse proceeds for the repairs and restoration in a single payment or in a series of progress payments as the work is completed. If the insurance or condemnation proceeds are not sufficient to repair or restore the Property, Borrower is not relieved of Borrower's obligation for the completion of such repair or restoration.

Lender or its agent may make reasonable entries upon and inspections of the Property. If it has reasonable cause, Lender may inspect the interior of the improvements on the Property. Lender shall give Borrower notice at the time of or prior to such an interior inspection specifying such reasonable cause.

8. **Borrower's Loan Application.** Borrower shall be in default if, during the Loan application process, Borrower or any persons or entities acting at the direction of Borrower or with Borrower's knowledge or consent gave materially false, misleading, or inaccurate information or statements to Lender (or failed to provide Lender with material information) in connection with the Loan. Material representations include, but are not limited to, representations concerning Borrower's occupancy of the Property as Borrower's principal residence.

9. **Protection of Lender's Interest in the Property and Rights Under this Security Instrument.** If (a) Borrower fails to perform the covenants and agreements contained in this Security Instrument, (b) there is a legal proceeding that might significantly affect Lender's interest in the Property and/or rights under this Security Instrument (such as a proceeding in bankruptcy, probate, for condemnation or forfeiture, for enforcement of a lien which may attain priority over this Security Instrument or to enforce laws or regulations), or (c) Borrower has abandoned the Property, then Lender may do and pay for whatever is reasonable or appropriate to protect Lender's interest in the Property and rights under this Security Instrument, including protecting and/or assessing the value of the Property, and securing and/or repairing the Property. Lender's actions can include, but are not limited to: (a) paying any sums secured by a lien which has priority over this Security Instrument; (b) appearing in court; and (c) paying Reasonable

000090

Attorneys' Fees (as defined in Section 25) to protect its interest in the Property and/or rights under this Security Instrument, including its secured position in a bankruptcy proceeding. Securing the Property includes, but is not limited to, entering the Property to make repairs, change locks, replace or board up doors and windows, drain water from pipes, eliminate building or other code violations or dangerous conditions, and have utilities turned on or off. Although Lender may take action under this Section 9, Lender does not have to do so and is not under any duty or obligation to do so. It is agreed that Lender incurs no liability for not taking any or all actions authorized under this Section 9.

Any amounts disbursed by Lender under this Section 9 shall become additional debt of Borrower secured by this Security Instrument. These amounts shall bear interest at the Note rate from the date of disbursement and shall be payable, with such interest, upon notice from Lender to Borrower requesting payment.

If this Security Instrument is on a leasehold, Borrower shall comply with all the provisions of the lease. If Borrower acquires fee title to the Property, the leasehold and the fee title shall not merge unless Lender agrees to the merger in writing.

10. Mortgage Insurance. If Lender required Mortgage Insurance as a condition of making the Loan, Borrower shall pay the premiums required to maintain the Mortgage Insurance in effect. If, for any reason, the Mortgage Insurance coverage required by Lender ceases to be available from the mortgage insurer that previously provided such insurance and Borrower was required to make separately designated payments toward the premiums for Mortgage Insurance, Borrower shall pay the premiums required to obtain coverage substantially equivalent to the Mortgage Insurance previously in effect, at a cost substantially equivalent to the cost to Borrower of the Mortgage Insurance previously in effect, from an alternate mortgage insurer approved by Lender. If substantially equivalent Mortgage Insurance coverage is not available, Borrower shall continue to pay to Lender the amount of the separately designated payments that were due when the insurance coverage ceased to be in effect. Lender will accept, use and retain these payments as a non-refundable loss reserve in lieu of Mortgage Insurance. Such loss reserve shall be non-refundable, notwithstanding the fact that the Loan is ultimately paid in full, and Lender shall not be required to pay Borrower any interest or earnings on such loss reserve. Lender can no longer require loss reserve payments if Mortgage Insurance coverage (in the amount and for the period that Lender requires) provided by an insurer selected by Lender again becomes available, is obtained, and Lender requires separately designated payments toward the premiums for Mortgage Insurance. If Lender required Mortgage Insurance as a condition of making the Loan and Borrower was required to make separately designated payments toward the premiums for Mortgage Insurance, Borrower shall pay the premiums required to maintain Mortgage Insurance in effect, or to provide a non-refundable loss reserve, until Lender's requirement for Mortgage Insurance ends in accordance with any written agreement between Borrower and Lender providing for such termination or until termination is required by Applicable Law. Nothing in this Section 10 affects Borrower's obligation to pay interest at the rate provided in the Note.

Mortgage Insurance reimburses Lender (or any entity that purchases the Note) for certain losses it may incur if Borrower does not repay the Loan as agreed. Borrower is not a party to the Mortgage Insurance.

Mortgage insurers evaluate their total risk on all such insurance in force from time to time, and may enter into agreements with other parties that share or modify their risk, or reduce losses. These agreements are on terms and conditions that are satisfactory to the mortgage insurer and the other party (or parties) to these agreements. These agreements may require the mortgage insurer to make payments using any source of funds that the mortgage insurer may have available (which may include funds obtained from Mortgage Insurance premiums).

As a result of these agreements, Lender, any purchaser of the Note, another insurer, any reinsurer, any other entity, or any affiliate of any of the foregoing, may receive (directly or indirectly) amounts that derive from (or might be characterized as) a portion of Borrower's payments for Mortgage Insurance, in exchange for sharing or modifying the mortgage insurer's risk, or reducing losses. If such agreement provides that an affiliate of Lender takes a share of the insurer's risk in exchange for a share of the premiums paid to the insurer, the arrangement is often termed "captive reinsurance." Further:

(a) Any such agreements will not affect the amounts that Borrower has agreed to pay for Mortgage Insurance, or any other terms of the Loan. Such agreements will not increase the amount Borrower will owe for Mortgage Insurance, and they will not entitle Borrower to any refund.

000091

(b) Any such agreements will not affect the rights Borrower has - if any - with respect to the Mortgage Insurance under the Homeowners Protection Act of 1998 or any other law. These rights may include the right to receive certain disclosures, to request and obtain cancellation of the Mortgage Insurance, to have the Mortgage Insurance terminated automatically, and/or to receive a refund of any Mortgage Insurance premiums that were unearned at the time of such cancellation or termination.

11. Assignment of Miscellaneous Proceeds; Forfeiture. All Miscellaneous Proceeds are hereby assigned to and shall be paid to Lender.

If the Property is damaged, such Miscellaneous Proceeds shall be applied to restoration or repair of the Property, if the restoration or repair is economically feasible and Lender's security is not lessened. During such repair and restoration period, Lender shall have the right to hold such Miscellaneous Proceeds until Lender has had an opportunity to inspect such Property to ensure the work has been completed to Lender's satisfaction, provided that such inspection shall be undertaken promptly. Lender may pay for the repairs and restoration in a single disbursement or in a series of progress payments as the work is completed. Unless an agreement is made in writing or Applicable Law requires interest to be paid on such Miscellaneous Proceeds, Lender shall not be required to pay Borrower any interest or earnings on such Miscellaneous Proceeds. If the restoration or repair is not economically feasible or Lender's security would be lessened, the Miscellaneous Proceeds shall be applied to the sums secured by this Security Instrument, whether or not then due, with the excess, if any, paid to Borrower. Such Miscellaneous Proceeds shall be applied in the order provided for in Section 2.

In the event of a total taking, destruction, or loss in value of the Property, the Miscellaneous Proceeds shall be applied to the sums secured by this Security Instrument, whether or not then due, with the excess, if any, paid to Borrower.

In the event of a partial taking, destruction, or loss in value of the Property in which the fair market value of the Property immediately before the partial taking, destruction, or loss in value is equal to or greater than the amount of the sums secured by this Security Instrument immediately before the partial taking, destruction, or loss in value, unless Borrower and Lender otherwise agree in writing, the sums secured by this Security Instrument shall be reduced by the amount of the Miscellaneous Proceeds multiplied by the following fraction: (a) the total amount of the sums secured immediately before the partial taking, destruction, or loss in value divided by (b) the fair market value of the Property immediately before the partial taking, destruction, or loss in value. Any balance shall be paid to Borrower.

In the event of a partial taking, destruction, or loss in value of the Property in which the fair market value of the Property immediately before the partial taking, destruction, or loss in value is less than the amount of the sums secured immediately before the partial taking, destruction, or loss in value, unless Borrower and Lender otherwise agree in writing, the Miscellaneous Proceeds shall be applied to the sums secured by this Security Instrument whether or not the sums are then due.

If the Property is abandoned by Borrower, or if, after notice by Lender to Borrower that the Opposing Party (as defined in the next sentence) offers to make an award to settle a claim for damages, Borrower fails to respond to Lender within 30 days after the date the notice is given, Lender is authorized to collect and apply the Miscellaneous Proceeds either to restoration or repair of the Property or to the sums secured by this Security Instrument, whether or not then due. "Opposing Party" means the third party that owes Borrower Miscellaneous Proceeds or the party against whom Borrower has a right of action in regard to Miscellaneous Proceeds.

Borrower shall be in default if any action or proceeding, whether civil or criminal, is begun that, in Lender's judgment, could result in forfeiture of the Property or other material impairment of Lender's interest in the Property or rights under this Security Instrument. Borrower can cure such a default and, if acceleration has occurred, reinstate as provided in Section 19, by causing the action or proceeding to be dismissed with a ruling that, in Lender's judgment, precludes forfeiture of the Property or other material impairment of Lender's interest in the Property or rights under this Security Instrument. The proceeds of any award or claim for damages that are attributable to the impairment of Lender's interest in the Property are hereby assigned and shall be paid to Lender.

All Miscellaneous Proceeds that are not applied to restoration or repair of the Property shall be applied in the order provided for in Section 2.

000092

12. **Borrower Not Released; Forbearance By Lender Not a Waiver.** Extension of the time for payment or modification of amortization of the sums secured by this Security Instrument granted by Lender to Borrower or any Successor in Interest of Borrower shall not operate to release the liability of Borrower or any Successors in Interest of Borrower. Lender shall not be required to commence proceedings against any Successor in Interest of Borrower or to refuse to extend time for payment or otherwise modify amortization of the sums secured by this Security Instrument by reason of any demand made by the original Borrower or any Successors in Interest of Borrower. Any forbearance by Lender in exercising any right or remedy including, without limitation, Lender's acceptance of payments from third persons, entities or Successors in Interest of Borrower or in amounts less than the amount then due, shall not be a waiver of or preclude the exercise of any right or remedy.

13. **Joint and Several Liability; Co-signers; Successors and Assigns Bound.** Borrower covenants and agrees that Borrower's obligations and liability shall be joint and several. However, any Borrower who co-signs this Security Instrument but does not execute the Note (a "co-signer"): (a) is co-signing this Security Instrument only to mortgage, grant and convey the co-signer's interest in the Property under the terms of this Security Instrument; (b) is not personally obligated to pay the sums secured by this Security Instrument; and (c) agrees that Lender and any other Borrower can agree to extend, modify, forbear or make any accommodations with regard to the terms of this Security Instrument or the Note without the co-signer's consent.

Subject to the provisions of Section 18, any Successor in Interest of Borrower who assumes Borrower's obligations under this Security Instrument in writing, and is approved by Lender, shall obtain all of Borrower's rights and benefits under this Security Instrument. Borrower shall not be released from Borrower's obligations and liability under this Security Instrument unless Lender agrees to such release in writing. The covenants and agreements of this Security Instrument shall bind (except as provided in Section 20) and benefit the successors and assigns of Lender.

14. **Loan Charges.** Lender may charge Borrower fees for services performed in connection with Borrower's default, for the purpose of protecting Lender's interest in the Property and rights under this Security Instrument, including, but not limited to, attorneys' fees, property inspection and valuation fees. In regard to any other fees, the absence of express authority in this Security Instrument to charge a specific fee to Borrower shall not be construed as a prohibition on the charging of such fee. Lender may not charge fees that are expressly prohibited by this Security Instrument or by Applicable Law.

If the Loan is subject to a law which sets maximum loan charges, and that law is finally interpreted so that the interest or other loan charges collected or to be collected in connection with the Loan exceed the permitted limits, then: (a) any such loan charge shall be reduced by the amount necessary to reduce the charge to the permitted limit; and (b) any sums already collected from Borrower which exceeded permitted limits will be refunded to Borrower. Lender may choose to make this refund by reducing the principal owed under the Note or by making a direct payment to Borrower. If a refund reduces principal, the reduction will be treated as a partial prepayment without any prepayment charge (whether or not a prepayment charge is provided for under the Note). Borrower's acceptance of any such refund made by direct payment to Borrower will constitute a waiver of any right of action Borrower might have arising out of such overcharge.

15. **Notices.** All notices given by Borrower or Lender in connection with this Security Instrument must be in writing. Any notice to Borrower in connection with this Security Instrument shall be deemed to have been given to Borrower when mailed by first class mail or when actually delivered to Borrower's notice address if sent by other means. Notice to any one Borrower shall constitute notice to all Borrowers unless Applicable Law expressly requires otherwise. The notice address shall be the Property Address unless Borrower has designated a substitute notice address by notice to Lender. Borrower shall promptly notify Lender of Borrower's change of address. If Lender specifies a procedure for reporting Borrower's change of address, then Borrower shall only report a change of address through that specified procedure. There may be only one designated notice address under this Security Instrument at any one time. Any notice to Lender shall be given by delivering it or by mailing it by first class mail to Lender's address stated herein unless Lender has designated another address by notice to Borrower. Any notice in connection with this Security Instrument shall not be deemed to have been given to Lender until actually received by Lender. If any notice required by this Security Instrument is also required under Applicable Law, the Applicable Law requirement will satisfy the corresponding requirement under this Security Instrument.

30501.PRM (11/00)

VARI-6(WI) (0005)

Page 10 of 15

Initials: 

Form 3050 1/01

000093

16. **Governing Law; Severability; Rules of Construction.** This Security Instrument shall be governed by federal law and the law of the jurisdiction in which the Property is located. All rights and obligations contained in this Security Instrument are subject to any requirements and limitations of Applicable Law. Applicable Law might explicitly or implicitly allow the parties to agree by contract or it might be silent, but such silence shall not be construed as a prohibition against agreement by contract. In the event that any provision or clause of this Security Instrument or the Note conflicts with Applicable Law, such conflict shall not affect other provisions of this Security Instrument or the Note which can be given effect without the conflicting provision.

As used in this Security Instrument: (a) words of the masculine gender shall mean and include corresponding neuter words or words of the feminine gender; (b) words in the singular shall mean and include the plural and vice versa; and (c) the word "may" gives sole discretion without any obligation to take any action.

17. **Borrower's Copy.** Borrower shall be given one copy of the Note and of this Security Instrument.

18. **Transfer of the Property or a Beneficial Interest in Borrower.** As used in this Section 18, "Interest in the Property" means any legal or beneficial interest in the Property, including, but not limited to, those beneficial interests transferred in a bond for deed, contract for deed, installment sales contract or escrow agreement, the intent of which is the transfer of title by Borrower at a future date to a purchaser.

If all or any part of the Property or any interest in the Property is sold or transferred (or if Borrower is not a natural person and a beneficial interest in Borrower is sold or transferred) without Lender's prior written consent, Lender may require immediate payment in full of all sums secured by this Security Instrument. However, this option shall not be exercised by Lender if such exercise is prohibited by Applicable Law.

If Lender exercises this option, Lender shall give Borrower notice of acceleration. The notice shall provide a period of not less than 30 days from the date the notice is given in accordance with Section 15 within which Borrower must pay all sums secured by this Security Instrument. If Borrower fails to pay these sums prior to the expiration of this period, Lender may invoke any remedies permitted by this Security Instrument without further notice or demand on Borrower.

19. **Borrower's Right to Reinstate After Acceleration.** If Borrower meets certain conditions, Borrower shall have the right to have enforcement of this Security Instrument discontinued at any time prior to the earliest of: (a) five days before sale of the Property pursuant to any power of sale contained in this Security Instrument; (b) such other period as Applicable Law might specify for the termination of Borrower's right to reinstate; or (c) entry of a judgment enforcing this Security Instrument. Those conditions are that Borrower: (a) pays Lender all sums which then would be due under this Security Instrument and the Note as if no acceleration had occurred; (b) cures any default of any other covenants or agreements; (c) pays all expenses incurred in enforcing this Security Instrument, including, but not limited to, Reasonable Attorneys' Fees (as defined in Section 25), property inspection and valuation fees, and other fees incurred for the purpose of protecting Lender's interest in the Property and rights under this Security Instrument; and (d) takes such action as Lender may reasonably require to assure that Lender's interest in the Property and rights under this Security Instrument, and Borrower's obligation to pay the sums secured by this Security Instrument, shall continue unchanged. Lender may require that Borrower pay such reinstatement sums and expenses in one or more of the following forms, as selected by Lender: (a) cash; (b) money order; (c) certified check, bank check, treasurer's check or cashier's check, provided any such check is drawn upon an institution whose deposits are insured by a federal agency, instrumentality or entity; or (d) Electronic Funds Transfer. Upon reinstatement by Borrower, this Security Instrument and obligations secured hereby shall remain fully effective as if no acceleration had occurred. However, this right to reinstate shall not apply in the case of acceleration under Section 18.

20. **Sale of Note; Change of Loan Servicer; Notice of Grievance.** The Note or a partial interest in the Note (together with this Security Instrument) can be sold one or more times without prior notice to Borrower. A sale might result in a change in the entity (known as the "Loan Servicer") that collects Periodic Payments due under the Note and this Security Instrument and performs other mortgage loan servicing obligations under the Note, this Security Instrument, and Applicable Law. There also might be one or more changes of the Loan Servicer unrelated to a sale of the Note. If there is a change of the Loan Servicer, Borrower will be given written notice of the change which will state the name and address of the new Loan Servicer, the address to which payments should be made and any other information RESPA

000094

requires in connection with a notice of transfer of servicing. If the Note is sold and thereafter the Loan is serviced by a Loan Servicer other than the purchaser of the Note, the mortgage loan servicing obligations to Borrower will remain with the Loan Servicer or be transferred to a successor Loan Servicer and are not assumed by the Note purchaser unless otherwise provided by the Note purchaser.

Neither Borrower nor Lender may commence, join, or be joined to any judicial action (as either an individual litigant or the member of a class) that arises from the other party's actions pursuant to this Security Instrument or that alleges that the other party has breached any provision of, or any duty owed by reason of, this Security Instrument, until such Borrower or Lender has notified the other party (with such notice given in compliance with the requirements of Section 15) of such alleged breach and afforded the other party hereto a reasonable period after the giving of such notice to take corrective action. If Applicable Law provides a time period which must elapse before certain action can be taken, that time period will be deemed to be reasonable for purposes of this paragraph. The notice of acceleration and opportunity to cure given to Borrower pursuant to Section 22 and the notice of acceleration given to Borrower pursuant to Section 18 shall be deemed to satisfy the notice and opportunity to take corrective action provisions of this Section 20.

21. Hazardous Substances. As used in this Section 21: (a) "Hazardous Substances" are those substances defined as toxic or hazardous substances, pollutants, or wastes by Environmental Law and the following substances: gasoline, kerosene, other flammable or toxic petroleum products, toxic pesticides and herbicides, volatile solvents, materials containing asbestos or formaldehyde, and radioactive materials; (b) "Environmental Law" means federal laws and laws of the jurisdiction where the Property is located that relate to health, safety or environmental protection; (c) "Environmental Cleanup" includes any response action, remedial action, or removal action, as defined in Environmental Law; and (d) an "Environmental Condition" means a condition that can cause, contribute to, or otherwise trigger an Environmental Cleanup.

Borrower shall not cause or permit the presence, use, disposal, storage, or release of any Hazardous Substances, or threaten to release any Hazardous Substances, on or in the Property. Borrower shall not do, nor allow anyone else to do, anything affecting the Property (a) that is in violation of any Environmental Law, (b) which creates an Environmental Condition, or (c) which, due to the presence, use, or release of a Hazardous Substance, creates a condition that adversely affects the value of the Property. The preceding two sentences shall not apply to the presence, use, or storage on the Property of small quantities of Hazardous Substances that are generally recognized to be appropriate to normal residential uses and to maintenance of the Property (including, but not limited to, hazardous substances in consumer products).

Borrower shall promptly give Lender written notice of (a) any investigation, claim, demand, lawsuit or other action by any governmental or regulatory agency or private party involving the Property and any Hazardous Substance or Environmental Law of which Borrower has actual knowledge, (b) any Environmental Condition, including but not limited to, any spilling, leaking, discharge, release or threat of release of any Hazardous Substance, and (c) any condition caused by the presence, use or release of a Hazardous Substance which adversely affects the value of the Property. If Borrower learns, or is notified by any governmental or regulatory authority, or any private party, that any removal or other remediation of any Hazardous Substance affecting the Property is necessary, Borrower shall promptly take all necessary remedial actions in accordance with Environmental Law. Nothing herein shall create any obligation on Lender for an Environmental Cleanup.

000095

NON-UNIFORM COVENANTS. Borrower and Lender further covenant and agree as follows:

22. **Acceleration; Remedies.** Lender shall give notice to Borrower prior to acceleration following Borrower's breach of any covenant or agreement in this Security Instrument (but not prior to acceleration under Section 18 unless Applicable Law provides otherwise). The notice shall specify: (a) the default; (b) the action required to cure the default; (c) a date, not less than 30 days from the date the notice is given to Borrower, by which the default must be cured; and (d) that failure to cure the default on or before the date specified in the notice may result in acceleration of the sums secured by this Security Instrument and sale of the Property. The notice shall further inform Borrower of the right to reinstate after acceleration and the right to bring a court action to assert the non-existence of a default or any other defense of Borrower to acceleration and sale. If the default is not cured on or before the date specified in the notice, Lender at its option may require immediate payment in full of all sums secured by this Security Instrument without further demand and may invoke the power of sale and any other remedies permitted by Applicable Law. Lender shall be entitled to collect all expenses incurred in pursuing the remedies provided in this Section 22, including, but not limited to, Reasonable Attorneys' Fees (as defined in Section 25) and costs of title evidence.

If Lender invokes the power of sale, Lender shall give notice of sale in the manner prescribed by Applicable Law to Borrower and to the other persons prescribed by Applicable Law. Lender shall publish the notice of sale, and the Property shall be sold in the manner prescribed by Applicable Law. Lender or its designee may purchase the Property at any sale. The proceeds of the sale shall be applied in the following order: (a) to all expenses of the sale, including, but not limited to, Reasonable Attorneys' Fees (as defined in Section 25); (b) to all sums secured by this Security Instrument; and (c) any excess to the clerk of the circuit court of the county in which the sale is held.

23. **Release.** Upon payment of all sums secured by this Security Instrument, Lender shall release this Security Instrument. Borrower shall pay any recordation costs. Lender may charge Borrower a fee for releasing this Security Instrument, but only if the fee is paid to a third party for services rendered and the charging of the fee is permitted under Applicable Law.

24. **Accelerated Redemption Periods.** If the Property is a one- to four-family residence that is owner-occupied at the commencement of a foreclosure, a farm, a church or owned by a tax exempt charitable organization, Borrower agrees to the provisions of Section 846.101 of the Wisconsin Statutes, and as the same may be amended or renumbered from time to time, permitting Lender, upon waiving the right to judgment for deficiency, to hold the foreclosure sale of real estate of 20 acres or less six months after a foreclosure judgment is entered. If the Property is other than a one- to four-family residence that is owner-occupied at the commencement of a foreclosure, a farm, a church, or a tax-exempt charitable organization, Borrower agrees to the provisions of Section 846.103 of the Wisconsin Statutes, and as the same may be amended or renumbered from time to time, permitting Lender, upon waiving the right to judgment for deficiency, to hold the foreclosure sale of real estate three months after a foreclosure judgment is entered.

25. **Attorneys' Fees.** If this Security Instrument is subject to Chapter 428 of the Wisconsin Statutes, "Reasonable Attorneys' Fees" shall mean only those attorneys' fees allowed by that Chapter.

000096

BY SIGNING BELOW, Borrower accepts and agrees to the terms and covenants contained in this Security Instrument and in any Rider executed by Borrower and recorded with it.

Witnesses:

Steven S. Ganser (Seal)
-Borrower

Stephanie A. Ganser (Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

2258

ESTUDIOS

000097

STATE OF WISCONSIN, Dane

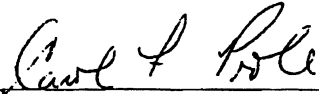
The foregoing instrument was acknowledged before me this May

County ss:
24 2001

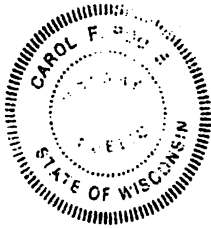
by
Steven S Ganser
Stephanie A Ganser

My Commission Expires:

11/10/02



Notary Public, State of Wisconsin



This instrument was prepared by
Matthew L. Partridge, COO
M&I Mortgage Corp.

000098

ADJUSTABLE RATE RIDER

(1 Year Treasury Index - Rate Caps)

THIS ADJUSTABLE RATE RIDER is made this 24th day of May 2001 ,
and is incorporated into and shall be deemed to amend and supplement the Mortgage,
Deed of Trust, or Security Deed (the "Security Instrument") of the same date given by the undersigned (the
"Borrower") to secure Borrower's Adjustable Rate Note (the "Note") to
M&I Bank of Southern Wisconsin

(the "Lender") of the same date and covering the property described in the Security Instrument and
located at:

9-11 Sonora Court
City of Madison, WI 53719

[Property Address]

MAIL- Madison WI 53719

**THE NOTE CONTAINS PROVISIONS ALLOWING FOR CHANGES IN THE
INTEREST RATE AND THE MONTHLY PAYMENT. THE NOTE LIMITS THE
AMOUNT THE BORROWER'S INTEREST RATE CAN CHANGE AT ANY ONE
TIME AND THE MAXIMUM RATE THE BORROWER MUST PAY.**

ADDITIONAL COVENANTS. In addition to the covenants and agreements made in the Security
Instrument, Borrower and Lender further covenant and agree as follows:

A. INTEREST RATE AND MONTHLY PAYMENT CHANGES

The Note provides for an initial interest rate of 7.375
changes in the interest rate and the monthly payments as follows:

% The Note provides for

4. INTEREST RATE AND MONTHLY PAYMENT CHANGES

(A) Change Dates

The interest rate I will pay may change on the first day of June 1 2006
and on that day every 12th month thereafter. Each date on which my interest rate could change is called a
"Change Date."

MULTISTATE ADJUSTABLE RATE RIDER - ARM 5-2 -Single Family- Fannie Mae/Freddie Mac
UNIFORM INSTRUMENT

8089765

GANSER, S

Fannie Mae 4-2/5-2/5-2 ARM

VMP-822R (0008)

Form 3111.1/01

Page 1 of 4

Initials

VMP MORTGAGE FORMS - 1800/521-7291



000099

(B) The Index

Beginning with the first Change Date, my interest rate will be based on an Index. The "Index" is the weekly average yield on United States Treasury securities adjusted to a constant maturity of one year, as made available by the Federal Reserve Board. The most recent Index figure available as of the date 45 days before each Change Date is called the "Current Index."

If the Index is no longer available, the Note Holder will choose a new index which is based upon comparable information. The Note Holder will give me notice of this choice.

(C) Calculation of Changes

Before each Change Date, the Note Holder will calculate my new interest rate by adding Two and Three Fourths percentage points (2.750 %) to the Current Index. The Note Holder will then round the result of this addition to the nearest one-eighth of one percentage point (0.125%). Subject to the limits stated in Section 4(D) below, this rounded amount will be my new interest rate until the next Change Date.

The Note Holder will then determine the amount of the monthly payment that would be sufficient to repay the unpaid principal that I am expected to owe at the Change Date in full on the maturity date at my new interest rate in substantially equal payments. The result of this calculation will be the new amount of my monthly payment.

(D) Limits on Interest Rate Changes

The interest rate I am required to pay at the first Change Date will not be greater than 9.375 % or less than 5.375 %. Thereafter, my interest rate will never be increased or decreased on any single Change Date by more than two percentage points (2.0%) from the rate of interest I have been paying for the preceding 12 months. My interest rate will never be greater than 13.375 %.

(E) Effective Date of Changes

My new interest rate will become effective on each Change Date. I will pay the amount of my new monthly payment beginning on the first monthly payment date after the Change Date until the amount of my monthly payment changes again.

000100

(F) Notice of Changes

The Note Holder will deliver or mail to me a notice of any changes in my interest rate and the amount of my monthly payment before the effective date of any change. The notice will include information required by law to be given to me and also the title and telephone number of a person who will answer any question I may have regarding the notice.

B. TRANSFER OF THE PROPERTY OR A BENEFICIAL INTEREST IN BORROWER

Section 18 of the Security Instrument is amended to read as follows:

Transfer of the Property or a Beneficial Interest in Borrower. As used in this Section 18, "Interest in the Property" means any legal or beneficial interest in the Property, including, but not limited to, those beneficial interests transferred in a bond for deed, contract for deed, installment sales contract or escrow agreement, the intent of which is the transfer of title by Borrower at a future date to a purchaser.

If all or any part of the Property or any Interest in the Property is sold or transferred (or if Borrower is not a natural person and a beneficial interest in Borrower is sold or transferred) without Lender's prior written consent, Lender may require immediate payment in full of all sums secured by this Security Instrument. However, this option shall not be exercised by Lender if such exercise is prohibited by Applicable Law. Lender also shall not exercise this option if: (a) Borrower causes to be submitted to Lender information required by Lender to evaluate the intended transferee as if a new loan were being made to the transferee; and (b) Lender reasonably determines that Lender's security will not be impaired by the loan assumption and that the risk of a breach of any covenant or agreement in this Security Instrument is acceptable to Lender.

To the extent permitted by Applicable Law, Lender may charge a reasonable fee as a condition to Lender's consent to the loan assumption. Lender may also require the transferee to sign an assumption agreement that is acceptable to Lender and that obligates the transferee to keep all the promises and agreements made in the Note and in this Security Instrument. Borrower will continue to be obligated under the Note and this Security Instrument unless Lender releases Borrower in writing.

If Lender exercises the option to require immediate payment in full, Lender shall give Borrower notice of acceleration. The notice shall provide a period of not less than 30 days from the date the notice is given in accordance with Section 15 within which Borrower must pay all sums secured by this Security Instrument. If Borrower fails to pay these sums prior to the expiration of this period, Lender may invoke any remedies permitted by this Security Instrument without further notice or demand on Borrower.

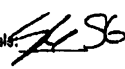
31112, FRM (11/00)

8089765

GANSER, S

VMP-322R (0008)

Page 3 of 4

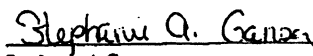
Initials: 

Form 3111 1/01

000101

BY SIGNING BELOW, Borrower accepts and agrees to the terms and covenants contained in this Adjustable Rate Rider.

(Seal)  (Seal)
-Borrower Steven S Ganser -Borrower

(Seal)  (Seal)
-Borrower Stephanie A Ganser -Borrower

(Seal) _____ (Seal)
-Borrower -Borrower

(Seal) _____ (Seal)
-Borrower -Borrower

000102

1-4 FAMILY RIDER
(Assignment of Rents)

THIS 1-4 FAMILY RIDER is made this 24th day of May 2001, and is incorporated into and shall be deemed to amend and supplement the Mortgage, Deed of Trust, or Security Deed (the "Security Instrument") of the same date given by the undersigned (the "Borrower") to secure Borrower's Note to M&I Bank of Southern Wisconsin

(the "Lender") of the same date and covering the Property described in the Security Instrument and located at:
9-11 Sonora Court
City of Madison, WI 53719
[Property Address]

1-4 FAMILY COVENANTS. In addition to the covenants and agreements made in the Security Instrument, Borrower and Lender further covenant and agree as follows:

A. ADDITIONAL PROPERTY SUBJECT TO THE SECURITY INSTRUMENT. In addition to the Property described in the Security Instrument, the following items now or hereafter attached to the Property to the extent they are fixtures are added to the Property description, and shall also constitute the Property covered by the Security Instrument: building materials, appliances and goods of every nature whatsoever now or hereafter located in, on, or used, or intended to be used in connection with the Property, including, but not limited to, those for the purposes of supplying or distributing heating, cooling, electricity, gas, water, air and light, fire prevention and extinguishing apparatus, security and access control apparatus, plumbing, bath tubs, water heaters, water closets, sinks, ranges, stoves, refrigerators, dishwashers, disposals, washers, dryers, awnings, storm windows, storm doors, screens, blinds, shades, curtains and curtain rods, attached mirrors, cabinets, paneling and attached floor coverings, all of which, including replacements and additions thereto, shall be deemed to be and remain a part of the Property covered by the Security Instrument. All of the foregoing together with the Property described in the Security Instrument (or the leasehold estate if the Security Instrument is on a leasehold) are referred to in this 1-4 Family Rider and the Security Instrument as the "Property."

3170.FRM (11/00)

8089765

GANSER, S

MULTISTATE 1- 4 FAMILY RIDER - Fannie Mae/Freddie Mac UNIFORM INSTRUMENT

Initials

Page 1 of 4

Form 3170 1/01

VMP-57R (0008)

VMP MORTGAGE FORMS - (800)521-7291



000103

B. USE OF PROPERTY; COMPLIANCE WITH LAW. Borrower shall not seek, agree to or make a change in the use of the Property or its zoning classification, unless Lender has agreed in writing to the change. Borrower shall comply with all laws, ordinances, regulations and requirements of any governmental body applicable to the Property.

C. SUBORDINATE LIENS. Except as permitted by federal law, Borrower shall not allow any lien inferior to the Security Instrument to be perfected against the Property without Lender's prior written permission.

D. RENT LOSS INSURANCE. Borrower shall maintain insurance against rent loss in addition to the other hazards for which insurance is required by Section 5.

E. "BORROWER'S RIGHT TO REINSTATE" DELETED. Section 19 is deleted.

F. BORROWER'S OCCUPANCY. Unless Lender and Borrower otherwise agree in writing, Section 6 concerning Borrower's occupancy of the Property is deleted.

G. ASSIGNMENT OF LEASES. Upon Lender's request after default, Borrower shall assign to Lender all leases of the Property and all security deposits made in connection with leases of the Property. Upon the assignment, Lender shall have the right to modify, extend or terminate the existing leases and to execute new leases, in Lender's sole discretion. As used in this paragraph G, the word "lease" shall mean "sublease" if the Security Instrument is on a leasehold.

H. ASSIGNMENT OF RENTS; APPOINTMENT OF RECEIVER; LENDER IN POSSESSION. Borrower absolutely and unconditionally assigns and transfers to Lender all the rents and revenues ("Rents") of the Property, regardless of to whom the Rents of the Property are payable. Borrower authorizes Lender or Lender's agents to collect the Rents, and agrees that each tenant of the Property shall pay the Rents to Lender or Lender's agents. However, Borrower shall receive the Rents until: (i) Lender has given Borrower notice of default pursuant to Section 22 of the Security Instrument, and (ii) Lender has given notice to the tenant(s) that the Rents are to be paid to Lender or Lender's agent. This assignment of Rents constitutes an absolute assignment and not an assignment for additional security only.

If Lender gives notice of default to Borrower: (i) all Rents received by Borrower shall be held by Borrower as trustee for the benefit of Lender only, to be applied to the sums secured by the Security Instrument; (ii) Lender shall be entitled to collect and receive all of the Rents of the Property; (iii)

31701.FRM (11/00)

57R (0008)

Page 2 of 4

Initials: 

Form 3170 1/01

000104

Borrower agrees that each tenant of the Property shall pay all Rents due and unpaid to Lender or Lender's agents upon Lender's written demand to the tenant; (iv) unless applicable law provides otherwise, all Rents collected by Lender or Lender's agents shall be applied first to the costs of taking control of and managing the Property and collecting the Rents, including, but not limited to, attorney's fees, receiver's fees, premiums on receiver's bonds, repair and maintenance costs, insurance premiums, taxes, assessments and other charges on the Property, and then to the sums secured by the Security Instrument; (v) Lender, Lender's agents or any judicially appointed receiver shall be liable to account for only those Rents actually received; and (vi) Lender shall be entitled to have a receiver appointed to take possession of and manage the Property and collect the Rents and profits derived from the Property without any showing as to the inadequacy of the Property as security.

If the Rents of the Property are not sufficient to cover the costs of taking control of and managing the Property and of collecting the Rents any funds expended by Lender for such purposes shall become indebtedness of Borrower to Lender secured by the Security Instrument pursuant to Section 9.

Borrower represents and warrants that Borrower has not executed any prior assignment of the Rents and has not performed, and will not perform, any act that would prevent Lender from exercising its rights under this paragraph.

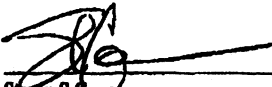
Lender, or Lender's agents or a judicially appointed receiver, shall not be required to enter upon, take control of or maintain the Property before or after giving notice of default to Borrower. However, Lender, or Lender's agents or a judicially appointed receiver, may do so at any time when a default occurs. Any application of Rents shall not cure or waive any default or invalidate any other right or remedy of Lender. This assignment of Rents of the Property shall terminate when all the sums secured by the Security Instrument are paid in full.

I. CROSS-DEFAULT PROVISION. Borrower's default or breach under any note or agreement in which Lender has an interest shall be a breach under the Security Instrument and Lender may invoke any of the remedies permitted by the Security Instrument.

000105

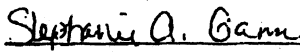
BY SIGNING BELOW, Borrower accepts and agrees to the terms and provisions contained in this 1-4 Family Rider.

(Seal)
-Borrower


Steven S Ganser

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower


Stephanie A Ganser

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

(Seal)
-Borrower

6. LA EJECUCION DE LA HIPOTECA

Tras la fase de seguridad de la hipoteca puede proseguir la fase de ejecución, aquélla en la que el derecho real entra en ejecución frente a cualquiera mediante la enajenación de la finca hipotecada y el subsiguiente resarcimiento del acreedor insatisfecho.

A lo largo de este trabajo hemos visto como fueron los jueces ingleses los que moderaron los efectos demasiado drásticos del derecho de comiso que el acreedor tenía en el antiguo derecho y como mediante el derecho de redención se reconoció al deudor la posibilidad de realizar el pago, aún después de enajenada la finca a un tercero; derecho de redención que a su vez tuvo que ser corregido para evitar la excesiva inseguridad jurídica que de su reconocimiento se derivaba.

Este derecho de redención del deudor es de tal importancia que en realidad todo el sistema oscila en torno al mismo (45): Vimos anteriormente cómo afecta a la propia naturaleza jurídica del derecho de hipoteca, según se entiende de un modo u otro en los distintos Estados. Con más razón condiciona absolutamente el período de ejecución de la hipoteca y los eventuales efectos ante terceros.

El derecho de redención es por tanto un derecho de reconocimiento jurisprudencial y de ahí su nombre: redención en equidad. La evolución legislativa empero, lejos de limitar el derecho, lo ha ensanchado, y así la Ley también habla de un derecho de redención que, por su origen, se denomina legal. Aunque ambos tienen la misma finalidad de proteger al deudor frente a la ejecución del acreedor, su contenido no es igual pues, como veremos, ni puede ejercitarse en el mismo momento procesal ni supone un sacrificio económico idéntico. Veamos ya el funcionamiento normal o común de un derecho de hipoteca en ejecución, asumiendo que hablamos de los supuestos normales y sin perjuicio de que las partes han podido pactar términos o remedios distintos de los reseñados:

El incumplimiento del deudor está en función de sus obligaciones y así, aunque técnicamente sólo hay incumplimiento cuando se deja de satisfacer la obligación de pago estrictamente garantizada con la hipoteca, hay tantas posibilidades de incumplimiento como obligaciones conexas a la anterior hayan establecido las partes. Ciertamente no ocurre así en nuestro ordenamiento jurídico ni tampoco en aquellos basados en el folio real y, como colofón científico de su evolución, en el principio de especialidad. Pero en un sistema como el de Estados Unidos de América, que se lleva por mero archi-

(45) Hasta el punto que el término inglés que traducimos por «ejecutar» (foreclosure) significa, en realidad, el derecho que tiene el acreedor de impedir el derecho de redención del deudor.

vo de documentos con efectos de simple oponibilidad, el concepto de especialidad es algo totalmente ajeno y, si se apura el concepto, innecesario. Si el efecto del Registro de Títulos es hacer oponible el título frente a un tercero, la oponibilidad es total, en todo su contenido, y sin que quepan distinciones entre los aspectos reales y obligacionales de aquél. Es el título el que se opone propiamente y no el derecho real de él derivado (46). El efecto inmediato es la extensión integral de los pactos del contrato de constitución del derecho real de hipoteca, de modo que cualquier incumplimiento de una obligación asociada a la obligación principal puede acarrear, si así se pacta, el incumplimiento total de todas las obligaciones asumidas (47).

Pues bien producido el incumplimiento del deudor en la prestación mensual de pago (insisto en que hablo del supuesto estándar), el contrato le concederá un plazo de treinta días para verificar el pago atrasado desde que se notifique el incumplimiento. Este derecho de redención anticipado no supone pena ni sanción alguna.

Si transcurridos los treinta días no se ha verificado el pago surge el derecho del acreedor de declarar anticipadamente vencido la totalidad del préstamo u obligación garantizada. La consecuencia inmediata es que el acreedor exige a partir de dicho momento la totalidad de la cantidad debida por anticipo del plazo preestablecido. El derecho de redención entonces sólo puede ejercitarse satisfaciendo la totalidad de la cantidad debida y la indemnización habitualmente pactada. El plazo oscila entre los treinta y los noventa días desde la notificación.

Transcurrido el anterior período, si aún persiste el incumplimiento, el acreedor puede notificar de ejecución pero aún puede el deudor pagar la deuda si quiere evitar la subasta o venta pública, pero ahora satisfará además los gastos y costas causados y los honorarios profesionales devengados por las anteriores actuaciones, todo lo cual puede constituir una elevada suma de dinero.

Si todo falla se produce la acción del acreedor. El acreedor puede optar entre ejercitar la acción personal contra el deudor o la real «contra la finca». En ambos casos el ejercicio de una no impide el ejercicio posterior de la otra (48). No obstante lo anterior, las partes, en el contrato, pueden establecer que la pretensión del actor se haga solamente efectiva en la finca hipotecada (non recourse or limited recourse mortgage) lo que excluye de hecho el ejercicio de la

(46) No es que no exista la distinción entre derechos reales y personales, sino que éstos quedan embebidos en aquél (hipoteca) en toda la extensión pactada. Por la misma razón no hay limitación en cuanto a anualidades de intereses; el tercero adquirente queda vinculado por la hipoteca como el constituyente de la misma, en la extensión pactada.

(47) En un contexto semejante, el derecho real de hipoteca garantiza contratos más que obligaciones determinadas.

(48) Como siempre es una afirmación general porque hay jurisdicciones que permiten el ejercicio simultáneo de la acción personal y de la real.

acción personal tanto anterior como posteriormente a la acción real. Además en California y algunos otros Estados existe un auténtico derecho de excusión hipotecario al hacer necesario el previo ejercicio de la acción real (49).

La acción real se lleva a cabo mediante la enajenación de la finca; cuatro son los sistemas normalmente admitidos para llevarla a cabo. Por orden de importancia en la práctica, el primer sistema de enajenación es la venta pública realizada, impulsada y dirigida por el acreedor. Es un sistema que sólo es posible si está expresamente previsto en el contrato y además lo permite la legislación aplicable. Aproximadamente el poder de venta se permite en un 60 por 100 de los Estados. Es la versión moderna de la antigua figura de la ejecución mediante fiduciario (deed of trust) en la que, en caso de vencimiento y reclamación de la deuda garantizada e impagada, se transfería el título de propiedad a un tercero, el fiduciario, que era el encargado de liquidarla. En la actualidad supone que, en caso de ejecución, el fiduciario es el encargado de gestionar la venta en interés tanto del acreedor como del deudor. En la práctica, sin embargo, el fiduciario es un mero agente del acreedor por lo que algunas jurisdicciones han suprimido su existencia otorgando al acreedor la total responsabilidad de gestionar la compraventa. Los sistemas legales varían a su vez y en algunas jurisdicciones es preciso que la dirección de la venta la tenga encomendada un funcionario público que tiene el encargo de velar para que un mínimo de requerimientos sean verificados en beneficio del deudor desposeído y de los eventuales terceros. En otras jurisdicciones sin embargo es el acreedor quien, sin más control que la eventual impugnación, lleva a cabo todo el proceso.

Un sistema semejante tiene dos grandes ventajas y dos inconvenientes principales. Por un lado es un sistema rápido y barato de proceder a la enajenación de la finca hipotecada, por otro es un sistema que deja la seguridad jurídica al límite de lo exigible y que, por eso mismo, es vulnerable a los ataques de los interesados perjudicados. Los ataques a la subasta suelen provenir tanto de que se haya omitido la audiencia a algún posible interesado como a que el precio obtenido sea injusto en los términos que veremos a continuación.

La ausencia de un procedimiento judicial de enajenación no quiere decir que se hayan de obviar los eventuales derechos de terceros, bien al contrario, los acreedores posteriores deben ser notificados de la existencia de la venta pública con la finalidad de que, si lo desean, ejerzan el derecho reconocido por la Common Law de satisfacer el importe debido y evitar la purga de sus derechos. Es una carga del actuante encontrar a los acreedores posteriores, lo

(49) La doctrina mayoritaria rechaza el derecho de excusión por entender que la hipoteca de un bien concreto no es, en muchos casos, más que una pequeña porción de los múltiples intereses existentes entre acreedor y deudor y no necesariamente la más importante, por lo que imponer la excusión de los bienes hipotecados, dejando de lado otros bienes del deudor, es injusto como principio.

que nos lleva nuevamente al problema de la búsqueda y de notificarles de sus intenciones. Si así no lo hace probablemente se verá impugnada la venta y declarada inválida con la lógica generación de gastos y perjuicios.

La otra posibilidad de llevar a cabo la ejecución de la finca es mediante un procedimiento judicial. Es el sistema de ejecución posible en la totalidad de los Estados y el exclusivo en aproximadamente el 40 por 100 de ellos. El sistema jurisdiccional es preferible desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues dentro del proceso se extrema el cuidado de que cualquier persona interesada sea debidamente citada e igualmente la subasta se lleva a cabo con las máximas garantías. Los inconvenientes son que los gastos que genera son mucho más altos que los derivados del poder de venta y que el tiempo invertido en la enajenación es también mucho mayor. Además no evita el problema de la infravaloración en el precio de la subasta.

La obtención de un precio en la subasta inferior al de mercado puede generar su impugnación por el deudor o por un acreedor posterior defraudado al no existir sobrante (a pesar de que en su apreciación de la finca consideró que su valor excedía de la deuda garantizada con la hipoteca). Téngase en cuenta que no existe un valor predeterminado por las partes del bien objeto de la cobertura y que si existe una valoración imparcial ésta se llevará a cabo *a posteriori* como una de las pruebas aportadas en el procedimiento de impugnación de la venta llevada a cabo.

Ante una situación semejante, la Jurisprudencia norteamericana se divide entre la de aquellas jurisdicciones que entienden que el precio obtenido es inamovible por haber sido obtenido en una de las formas permitidas por la Ley y aquellas otras que en aras de la equidad pueden declarar la nulidad del procedimiento si el precio obtenido está desproporcionadamente alejado de lo que se considera un precio adecuado (50).

(50) Todo empezó en *Durret v. Washington National Ins. Co.*: La Corte Suprema de Apelaciones de los Estados Unidos de América entendió por vez primera, en 1980, que si el valor en venta del bien subastado no era equivalente a su valor de cambio en, al menos un 70 por 100, existía causa suficiente para anular la venta pública. Otros Tribunales han seguido desde entonces la doctrina *Durret*, pero matizando que el porcentaje fijado en aquella decisión ha de ser considerado meramente orientativo.

El Tribunal Supremo desoyó tal doctrina y optó por el mantenimiento de la venta en *B.F.P. v. Resolution Trust Company* (1994), con el argumento de que no hay un solo precepto en el Código de Insolvencias que permita mantener la invalidez de la venta por la obtención de un precio por debajo del de mercado. No obstante, se citan otras sentencias contradictorias, en otras instancias, en lo que podemos considerar la postura dominante. Se suele exigir que el precio obtenido sea exageradamente inadecuado al valor real, de modo que golpee la conciencia del juzgador o haga sospechar la existencia de un fraude. Además los diversos Tribunales tienden a no aplicar la doctrina *Durret* sino hay problemas adicionales (por ejemplo, falta de diligencia del trustee en averiguar el domicilio real del deudor, no aceptación en la subasta de una postura proveniente de un acreedor posterior...).

Otra cuestión importante en las ejecuciones, ya sean privadas o judiciales, es la cuestión del orden de ejecución cuando una sola hipoteca está garantizada con diversos inmuebles. La inexistencia del principio de especialidad hipotecario conlleva que en tal caso el acreedor de la primera hipoteca pueda ejecutar antes una finca gravada con otras hipotecas posteriores que aquellas otras fincas que carecen de tales ulteriores gravámenes generando a aquellos terceros un perjuicio (por la purga de sus derechos que no se habría producido si la ejecución de la finca sin ulteriores gravámenes satisficiera la pretensión del actor).

Para evitar tales perjuicios la Jurisprudencia norteamericana ha creado la denominada doctrina de la ordenación de hipotecas (*marshalling*). Conforme a la misma, el acreedor hipotecario que en garantía de la obligación garantizada tiene un derecho de hipoteca sobre diversas fincas debe, en caso de ejecución, proceder primero contra aquellos inmuebles en los que no existen derechos posteriores.

En caso de que todas o algunas de las fincas estén gravadas con derechos posteriores, la acción deberá ser ejercitada primero contra aquellos bienes que estén gravados con cargas más modernas.

La justificación de tal doctrina es tanto la equidad que implica no ejercitar derechos provocando perjuicios innecesarios a terceros como el principio de prioridad al anteponer los derechos de los terceros más antiguos frente a los más modernos.

Dicha restricción del derecho del acreedor a ejecutar debe ser promovida a instancia de parte interesada y se obtiene mediante una orden judicial, bien en el mismo proceso en el que se lleva a cabo la ejecución judicial, bien en un proceso nuevo en caso de que la ejecución se lleve a cabo mediante un poder de venta (51). La jurisprudencia también ha establecido las limitaciones de la doctrina y así ha denegado la orden de preferencia de ejecución en aquellos casos en que no reportaría ningún beneficio a los terceros (por ejemplo, si el importe de la deuda excede del valor de todos los bienes hipotecados, por lo que será imprescindible la ejecución de todos ellos) (52) como en aquellos otros en que podría perjudicar al actor (como, por ejemplo, si la única salida cómoda de un predio hipotecado es a través de otro simultáneamente hipotecado, de modo que la subasta individual del primero sin el segundo haría desmerecer su valor en subasta) (53).

(51) Lo que a su vez puede generar la impugnación de la venta si la orden es obtenida después de aquélla, salvo que el retraso sea debido a la negligencia del tercero interesado.

(52) Victor Gruen Assoc. Inc. v. Glass (Nebraska 1970).

(53) Klinger v. New York State National Bank (Nueva York 1934).

Como sistemas residuales de ejecución del derecho de hipoteca existen la ejecución comisoría (*strict foreclosure*) y la dación en pago (*deed in lieu of foreclosure*). El primero sólo rige en los Estados de Connecticut y Vermont como un residuo histórico en el que el juez, pues precisa de un procedimiento judicial, otorga un período de gracia al deudor para que redima la hipoteca para, en caso contrario, atribuir sin más la propiedad al acreedor. El segundo no es propiamente un procedimiento de ejecución sino más bien una fórmula para evitarlo y es propio de aquellos Estados que no contemplan la posibilidad convencional de la enajenación extrajudicial mediante el poder de venta. En realidad es una transacción extrajudicial entre el acreedor (que así evita los gastos, retrasos e inconvenientes de un procedimiento judicial) y el deudor (que obtiene a cambio la satisfacción total de su deuda) por el que el segundo transmite en pago de la total deuda la finca objeto de la hipoteca al primero que a su vez renuncia al ejercicio de acciones de plus petición. No es posible cuando existen terceros sin su previo consentimiento.

Decíamos al principio de este epígrafe que el derecho de redención del deudor puede ser en equidad o legal. El derecho de redención en equidad tiene como objetivo evitar una enajenación de la finca garantizada por la hipoteca, el derecho de redención legal es por el contrario el derecho a recuperar la finca una vez que ha sido enajenada por un procedimiento válido de ejecución de la hipoteca. En esta segunda posibilidad el deudor, mediante el pago del precio obtenido en la subasta (y no por tanto del importe de la deuda), puede recuperar la finca de cuya titularidad se le privó en el procedimiento de ejecución. No es, por tanto, un derecho de redención, propiamente dicho, sino más bien un derecho de recobro o de retracto cuyo período de ejercicio varía de Estado a Estado entre los tres meses, en algunos, y los dieciocho en otros. Si a ello unimos el hecho de que durante este período se permite al deudor mantener la posesión del bien, de cuya propiedad se le privó mediante el procedimiento de ejecución, es clara la inseguridad jurídica que genera. Aún más ni siquiera está claro cuáles son los efectos del ejercicio del derecho si el deudor satisface el importe de la subasta o venta pública. Aunque es indudable que recupera el título de propiedad, la duda surge cuando existen terceros, acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada y redimida: en algunos Estados se entiende que la extinción que de sus derechos se produjo al ejecutarse válidamente la primera hipoteca es irreversible, mientras que en otros se entiende que la redención implica la restitución de la situación anterior con supervivencia de las cargas posteriores.

BIBLIOGRAFIA

Restatement of the Law third. Property. Mortgages. American Law Institute Publishers. 1997.

Understanding Property Law. JOHN G. SPRANKLING. Lexis Publishing. 2000.

Understanding Modern Real Estate Transactions. ALEX M. JOHNSON, JR. Lexis Publishing. 2001.

FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO
Registrador de la Propiedad
Notario

La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE (1) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (2)

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA MATERIA REGULADA EN LA DIRECTIVA: LAS «GARANTIAS»: 1. LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA: 1.1. *Los presupuestos objetivos*: 1.1.1. Contratos excluidos e incluidos. 1.1.2. El objeto del contrato. 1.2. *Los presupuestos subjetivos*. 2. LAS LLAMADAS «GARANTÍA LEGAL» Y «COMERCIAL».—II. LA GARANTIA LEGAL: 1. LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO: 1.1. *La «falta de conformidad» con el contrato y la falta de seguridad*. 1.2. *La noción amplia de defecto: la falta de conformidad con el contrato*: 1.2.1. Falta de conformidad y entrega de cosa distinta de la convenida (*aliud pro alio*). 1.2.2. La dimensión subjetiva de la falta de conformidad: la ineptitud de la cosa para el uso particular requerido por el consumidor. 1.2.3. La dimensión temporal del concepto de defecto: su existencia ya en el momento de la entrega. 2. EL SUJETO RESPONSABLE. 3. LOS REMEDIOS LEGALMENTE PREVISTOS PARA LA «PUESTA EN CONFORMIDAD» DE LA COSA VENDIDA CON EL CONTRATO: 3.1. *Los remedios primariamente elegibles por ser compatibles con la conservación del contrato: la reparación y la sustitución por otra de la cosa defectuosa.*

(1) El presente trabajo constituye un estudio exegético de la Directiva 99/44/CE. La aproximación dogmática la realizo en mi trabajo «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE... por la Ley alemana de Modernización del Derecho de obligaciones», que se publicará dentro del *Libro Homenaje* al Profesor Díez-Picazo coordinado por los Profesores Morales Moreno y Miquel González.

(2) Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 171, de 7 de julio de 1999, págs. 12 a 16.

3.2. *La subsidiariedad de los remedios tradicionales del saneamiento: la «reducción adecuada del precio» y la «resolución» del propio contrato.* 3.3. *La irrenunciabilidad de los remedios previstos en la regulación comunitaria.* 3.4. *Otros posibles recursos del comprador.* 4. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS: EL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO, EL PLAZO DE RECLAMACIÓN Y EL PLAZO DE DENUNCIA DEL DEFECTO: 4.1. *El plazo de duración de la garantía.* 4.2. *El plazo de reclamación o de ejercicio de las acciones derivadas del derecho a la garantía.* 4.3. *El plazo de denuncia del defecto como condición de admisibilidad del ejercicio del derecho.* 5. EL FOMENTO DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTÍA.

INTRODUCCION

Al igual que las precedentes en materia de **contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales** (3), **crédito al consumo** (4), **cláusulas abusivas** (5) y **contratos a distancia** (6), es ésta asimismo una Directiva relativa al contrato y, más concretamente, al contrato celebrado con consumidores, si bien con la particularidad de que, mientras aquéllas pretenden proyectarse sobre el contrato en general, atañe esta última, en cambio, a un específico tipo contractual, la **compraventa** de bienes de consumo.

Es por ello que su ámbito coincide, en principio, con el de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (7), que —como se verá— le ha servido sustancialmente de modelo. Ahora bien, de otra parte, ambas regulaciones difieren en aspectos significativos:

- De entrada, pese a haber sido ambas pensadas para las compras transfronterizas, sólo en la CV el carácter internacional de la compraventa constituye requisito de aplicación, dado que la misma se declara exclusivamente aplicable a la compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes (art. 1.º C.). No figura, en cambio, tal restricción en la Directiva que aquí nos ocupa, pese a haber sido dictada a impulsos del propósito de posibilitar que los consumidores residentes en un Estado miembro puedan adquirir

(3) Es la Directiva del Consejo de las CEE 85/577, de 20 de diciembre de 1985 (DOCE, núm. L 372, de 31 de diciembre).

(4) Es la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986 (DOCE, L 42, de 12 de febrero de 1987), modificada posteriormente por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.

(5) Es la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DOCE, L 95, de 21 de abril).

(6) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (DOCE, L 144, de 4 de junio).

(7) Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE, núm. 26, de 30 de enero de 1991). La citamos en adelante como CV.

(comprar) bienes de consumo en el territorio de otro Estado miembro con arreglo a un conjunto mínimo uniforme de reglas equitativas (8). Aun así, la ausencia de la indicada acotación subjetiva determinará que la Directiva sea aplicable, una vez incorporada al Derecho interno de los Estados miembros de la UE (9), tanto a las compraventas transfronterizas como a las celebradas entre los nacionales de un mismo Estado miembro, lo que acarreará la consiguiente y necesaria adaptación a ella del Derecho Civil español (10).

- Existe otra diferencia significativa en cuanto al ámbito subjetivo de ambos textos: mientras que el Convenio de Viena se ciñe a la compraventa mercantil (11), la Directiva regula, en cambio, una netamente

(8) Cfr. Cdo. 2.º de la Directiva.

(9) La fecha límite prevista para su incorporación al Derecho interno de los Estados miembros era el 1 de enero de 2002. No obstante, aun en este momento (fines de julio de 2002), existen datos que indican que el legislador español, además de haber incumplido el preceptivo plazo de incorporación, va a demorarse más todavía en trasponer la Directiva. Si bien existe ya una iniciativa de transposición en fase de anteproyecto (se trata de un anteproyecto emanado de la Dirección General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia), un reciente Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996, de 15 de enero) deja entrever que no hay siquiera prevista una fecha para proceder a la incorporación de la Directiva 99/44/CE. En efecto, la Disposición Final 1.ª del referido Proyecto (cfr. *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 97-1, de 14 de junio de 2002) mantiene en vigor el régimen de garantía previsto en el artículo 11 LGDCU y en el artículo 12 LOCM, en tanto o hasta tanto no entre en vigor la norma que trasponga al ordenamiento jurídico español la Directiva sobre garantías de los bienes de consumo en el contrato de compraventa.

(10) Puesto que —como indicamos *infra* en esta misma **Introducción** y en nuestro trabajo sobre la Ley alemana de Modernización del Derecho de obligaciones (cit. *supra* nota 1)— al regular la cuestión de la garantía en la venta de consumo aflora en la Directiva una particular concepción del incumplimiento contractual, un sector cualificado de nuestra doctrina se muestra, por ello, partidario de proceder a su incorporación con el mismo alcance que en Alemania (así, MORALES MORENO, *Adaptación del Código Civil...*, cit. *infra* en nuestra nota 14, y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva...*, págs. 11 y sigs., cit. en nuestra bibliografía). Esa opción habría de comportar no sólo la modificación de la regulación de la venta de consumo, sino asimismo la reforma de las normas del Código Civil sobre la compraventa ordinaria y sobre el incumplimiento obligacional. No obstante, no parece ser ése el camino que va a seguir el legislador español, puesto que el referido Anteproyecto del Ministerio de Justicia (cfr. nota anterior) se limita a verter el contenido de la Directiva en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, modificando para ello sus artículos 8.1 y 11, y añadiéndole cinco nuevos artículos (los arts. 11bis a 11sexties).

(11) No sólo por la cualidad de comerciante presupuesta en el comprador y el vendedor (cfr. art. 1.1 y 1.2 CV), pese a que el artículo 1.3 dice prescindir de dicha cualidad, sino asimismo por el propósito con que el comprador realiza la compra [cfr. art. 2.a) CV, que excluye de su ámbito de aplicación las compraventas de «mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico...»]. Confirma esa aplicación de la CV sólo a las relaciones entre comerciantes MORALES MORENO (cfr. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «Comentario del artículo 35 CV», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998,

civil (12), como es la celebrada entre un vendedor que contrata «en el marco de su actividad profesional» [art. 1.2.c) Dir.] y un comprador que contrata en tanto que consumidor. Dado que ni la noción de «profesional» coincide exactamente con la tradicional de *comerciante* o *empresario* ni, sobre todo, la actual acepción de *consumidor* en el Derecho comunitario se ajusta —a la vista de las últimas Directivas— a la estricta de *destinatario final*, tal y como lo define todavía el artículo 1.2 LGDCU, habremos de volver brevemente sobre ellas.

- Finalmente, difiere también el ámbito objetivo o la extensión de la regulación uniforme que se proponen uno y otro texto legal: mientras que la CV procede a una regulación íntegra del contrato, que fiscaliza desde su *formación* o perfección hasta las consecuencias de su *incumplimiento*, en cambio, la Directiva incide sólo en aquel aspecto de la compraventa donde la Comisión Europea (13) considera que la protección de los consumidores hace más perentoria una regulación uniforme dentro del Mercado Común: el *cumplimiento* por el vendedor de sus obligaciones y, en concreto, de su obligación de entregar una cosa que sea conforme con el contrato celebrado (art. 2.1 Dir.) (14).

pág. 302; contra dicha opinión, vid. en la misma obra, ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, «Comentario art. 1.º», pág. 54).

(12) Acatando el artículo 326.1.º del Código de Comercio, la propia doctrina mercantil se aviene a reconocer el carácter civil de la compraventa de comerciante a consumidor (vid. por todos VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 1996 (9.ª ed.), págs. 538-539). En la jurisprudencia, vid., por todas, en idéntico sentido, la STS de 18 de marzo de 1995, Fto. 2.º

(13) La Directiva tiene su origen mediato en un estudio de la Comisión Europea, que cristaliza en un documento de la serie conocida como «**Libros Verdes**», que acostumbran a servir de base a las Directivas; en este caso, se trata del «*Livre Vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente*», Bruselas, 15 de noviembre de 1993 [COM (93) 509 final]. Sobre la génesis y tramitación de la Directiva, vid. LETE ACHIRICA, JAVIER, «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 15 al 21 de noviembre de 1999, págs. 1365 y sigs.; cfr. pág. 1366.

(14) Cfr. Cdo. 6.º de la Directiva: «Considerando que las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato; que, en consecuencia, conviene aproximar las legislaciones nacionales sobre la venta de bienes de consumo en este aspecto...»

El citado *Libro Verde* (vid. su pág. 88) llega a referirse incluso a una supuesta «obligación de conformidad» del vendedor, categoría que la dogmática tradicional desconoce, pero con la que, sin duda, pretende designar conjuntamente la obligación de entrega y la de garantía o saneamiento de la mayoría de los Códigos Civiles (cfr. arts. 1.461 y sigs. del Código Civil). Recientemente, el Profesor MORALES MORENO confirma ese propósito de síntesis de la noción de *falta de conformidad* y del sistema de remedios previsto para corregirla: «La falta de conformidad es una manifestación más del incumplimiento contractual que da lugar a la aplicación del sistema general de remedios propio del incumplimiento, si bien con las particularidades propias de la naturaleza de la obligación incumplida» (así en su trabajo «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la com-

En efecto, guiándonos por los códigos de inspiración francesa, la obligación de garantía regulada en la Directiva no sería una consecuencia del incumplimiento contractual, sino que, precisamente porque se presupone que la obligación de entrega ha sido cumplida, persiguiría corregir un cumplimiento inexacto a través del deber complementario de entregar *como se debía* (15). No obstante, es también cierto que, a la luz de las distinciones doctrinales acogidas por la jurisprudencia europea, no existe en la práctica esa estricta separación entre *vicio* e *incumplimiento* (16). Así, ya desde la Pandectística (17), puntualiza la doctrina continental que, dado que el régimen romano del saneamiento por vicios llevado a los Códigos Civiles se articuló —pese a su aparente generalidad— pensando, en realidad, sólo en la venta de cosa cierta y determinada, debiera ser inaplicable a las ventas de género. Se dice que sólo en el caso de la venta de una cosa cierta y determinada —donde resulta inviable un hipotético compromiso del vendedor a entregar una cosa sin defectos (18)— tiene sentido la existencia del régimen específico del saneamiento, el cual, para el caso de defectos en la cosa vendida, actúa como un remedio causal o corrector del justo equilibrio de las prestaciones, dado que está pensado para descargar al comprador del «riesgo» (19) económico de la falta de correspondencia entre el precio que ha pagado y la cosa que ha recibido.

Se considera, en cambio, que, cuando la cosa vendida no ha sido designada individualmente, sino sólo por su pertenencia a un género, las reglas aplicables para el caso de vicio o defecto o de ausencia en ella de las cualidades pactadas o previstas en el contrato, deben ser, no las especiales del saneamiento, sino —dado que la cosa con defectos o no conforme con el

praventa», que constituye la *Segunda Ponencia* a las *Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar el 26 y 27 de septiembre de 2002.

(15) «En el supuesto contemplado por el artículo 1.484 del Código Civil, la obligación de entrega de las cosas vendidas ha sido cumplida por el vendedor, pero el cumplimiento es defectuoso» (así, Díez-PICAZO; cfr. Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996, tomo II, pág. 667).

(16) Sobre el estado de la distinción entre *vicio* e *incumplimiento* en la actual jurisprudencia europea, vid. RANIERI, FILIPPO, *Europäisches Obligationenrecht*, Viena y Nueva York, 1999, págs. 83 y sigs., y asimismo nuestro trabajo (citado en la nota 1) sobre la incorporación de la Directiva 99/44/CE al Código Civil alemán.

(17) Cfr. WINDSCHEID, BERNHARD, *Lehrbuch des Pakdentenrechts*, Frankfurt/Main, 1906, tomo II, §394, pág. 694, nota 20.

(18) En la compraventa de cosa específica, el vendedor sólo puede comprometerse a entregar una cosa individualmente designada «en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato» (arg. ex art. 1.468 del Código Civil), sin ir más lejos, por ser inviable una hipotética promesa de entregar una cosa sin vicios o defectos (cfr. ENNECERUS, LUDWIG, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1966 [décimoquinta ed.], tomo II, vol. 2.º, 1.ª parte, pág. 86), pues la cosa puede tenerlos aun sin saberlo el propio vendedor (arg. ex art. 1.485,2 del Código Civil).

(19) Hablamos a estos efectos de «riesgo» en sentido impropio y no técnico.

contrato ha dejado de pertenecer al género pactado (20)— las ordinarias del incumplimiento contractual, que dan derecho al comprador a optar —ya no sólo durante el breve plazo de garantía, sino durante el plazo ordinario de prescripción de las acciones personales— entre el cumplimiento o entrega de otra cosa y la resolución del contrato, con derecho en ambos casos a la indemnización de daños y perjuicios.

No obstante, tal distinción de régimen jurídico para ambas clases de compraventa pierde en la Directiva 99/44/CE, gran parte de su razón de ser. De una parte, porque la disposición comunitaria se declara aplicable a «la venta de bienes de consumo» en general (art. 1.1), sin distinguir si han sido éstos designados individualmente o por su pertenencia a un género (21). Pero, sobre todo, porque —siguiendo en este punto tanto las tesis de los artífices de la Convención de Viena (22) como las de la moderna doctrina europea (23)— ha optado el legislador comunitario por atenuar la distinción tanto conceptual como de régimen jurídico entre el *vicio* y el *incumplimiento* contractual, aplicando a la noción de *falta de conformidad* con el contrato, que —hasta cierto punto— pretende agruparlos a ambos (24), una serie de efectos resultantes de la suma de ambos núcleos de reglas. En efecto, la Directiva, además

(20) En la compraventa de cosas designadas por su pertenencia a un género, puesto que el género o categoría a que la cosa pertenece queda configurado y delimitado en función de las cualidades que se le asignan en el contrato, la ausencia de alguna o algunas de ellas en la cosa entregada puede determinar que ésta no pertenezca ya al género pactado y, por ende, que deba ser reputada cosa distinta (*aliud*) de la prometida, considerándose incumplida entonces la propia obligación de entrega, por lo cual —como se indica en el texto— las reglas aplicables a esa falta de conformidad deben ser las propias del incumplimiento contractual.

(21) Como veremos *infra* en nuestro epígrafe **I, 1.1. (El objeto del contrato)**, aunque la noción *bien de consumo* presuponga la pertenencia a un género o tipo de la cosa en cuestión, no hay que descartar la existencia de bienes de consumo específicos o individuales.

(22) «Heute lässt sich in keinem einzigen Landesrecht eine klare und einfache Unterscheidung von Sachmängeln und Nichterfüllung durchführen. Theorien und Gerichtssentscheidungen sind voll von Komplikationen und Unsicherheit» (así ERNST RABEL, a quien señalamos más adelante en el texto como el principal artífice de la Convención de Viena; vid. su monografía *Das Recht des Warenkaufes*, Berlín y Tübingen, 1967 [reimpresión de la ed. de 1958], tomo II, pág. 283).

(23) Vid. por todos, ZIMMERMANN, quien, de acuerdo con el modelo inglés, defiende la necesidad de un concepto unitario de *incumplimiento* contractual capaz de superar y absorber las —a su juicio— prolijas distinciones del Código Civil alemán y de los códigos continentales en general entre «imposibilidad, mora, lesión del derecho de crédito y la garantía por defectos en la cosa entregada» (cfr. ZIMMERMANN, REINHARD, «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en ZIMMERMANN, REINHARD, *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, págs. 111 y sigs. y, en especial, pág. 123).

(24) Como se verá *infra* en nuestro epígrafe **II, 1.2.1. Falta de conformidad y entrega de cosa distinta de la convenida...**, el legislador comunitario parece haber previsto que sólo los casos más graves de *falta de conformidad* conserven su autonomía como supuestos de incumplimiento contractual propiamente dicho.

de acumular a los remedios tradicionales del *vicio* (la reducción del precio pagado y la resolución del contrato: art. 3.5), otros que, como la reparación o la sustitución por otra de la cosa no conforme con el contrato (art. 3.2), persiguen el cumplimiento del contrato en forma específica, otorga incluso a estos últimos primacía sobre aquéllos, puesto que obliga al comprador a optar primariamente por ellos (art. 3.3).

En cualquier caso, al margen de su adscripción dogmática, que, como decimos, cabalga entre el régimen del *vicio* y el del *incumplimiento* contractual, la obligación de garantía del vendedor se materializa en la llamada *garantía legal*, que es lo que, en definitiva, regula la Directiva y que consiste en el deber del vendedor, independiente de su voluntad, de *sanar* (25) o, más ampliamente (26), de poner la cosa vendida, a través de los indicados remedios, «en un estado que sea conforme al contrato de venta» [arg. *ex* art. 1.2.f) Dir.].

El hecho de que, pese a las expuestas diferencias de ámbito subjetivo y objetivo, haya tomado la Directiva a la CV como principal fuente de inspiración, se explica en función de sus modestos objetivos. Con ella, se ha propuesto el legislador comunitario una regulación, además de provisional —puesto que habrá de ser revisada «A más tardar, el 7 de julio de 2006...» (27) (art. 12)—, poco ambiciosa, en tanto que aspira únicamente a extraer un mínimo común denominador o sustrato (cfr. Cdo. 7.º: «...base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales...») de la regulación de la garantía de los diversos Estados miembros.

(25) Sobre la correspondencia (con leves diferencias de matiz) entre el término castellano *saneamiento* y el internacionalizado a partir del francés, *garantía*, vid. LLÁCER MATACÁS, M.ª ROSA, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pág. 73 y nota 122.

(26) Dado que, como veremos, los remedios previstos en la Directiva para la falta de conformidad son, además de los tradicionales del saneamiento por vicios (art. 3.5 Dir.), otros que, como la reparación o la sustitución por otra de la cosa vendida (art. 3.2 Dir.), persiguen primariamente ponerla «en un estado que sea conforme al contrato de venta» [arg. *ex* art. 1.2.f) Dir.], sin tener que llegar —como ocurre con los remedios tradicionales— a modificar o a extinguir el contrato celebrado (vid. *infra* nuestro epígrafe II, 3. Los remedios legalmente previstos...).

(27) Dicha necesidad de revisión se explica porque —como veremos *infra* (en el epígrafe II, 2.) cuando hablemos del responsable a efectos de la *garantía*— se pondera la posibilidad de sustituir al vendedor, actual responsable frente al comprador, por anteriores partícipes en la cadena de distribución o incluso por el fabricante del bien de consumo vendido (cfr. art. 7 cit. y art. 4 Dir.).

Pero, es más, aun antes de la fecha indicada en el texto, está previsto que, «a más tardar, el 7 de enero de 2003...» (art. 5.2.3), se sometan a examen o balance algunos otros extremos de su regulación, como el relativo a la actual carga de denuncia del defecto por el comprador dentro de un determinado plazo (art. 5.2.1), de cuya observancia depende que el comprador mantenga el derecho a reclamar del vendedor (vid. *infra* nuestro epígrafe II, 4. dedicado al plazo).

Pues bien, el legislador comunitario se ha visto descargado incluso del esfuerzo de armonización y síntesis, no sólo porque el mismo había sido ya realizado con anterioridad (si bien al servicio de un objetivo uniformador de más amplio alcance), sino, probablemente, porque contaba ya con el resultado contrastado de la ya citada Ley internacional de Viena. En realidad, el prestigio de la Convención internacional no radica tanto o sólo en su autoridad como ley ya promulgada, sino en la elaboración doctrinal subyacente en su regulación.

En efecto, la Convención de Viena es fruto del esfuerzo personal (28) de uno de los pioneros de la moderna técnica comparatística, a la vez que principal artífice de la unificación internacional del Derecho Privado, el jurista alemán ERNST RABEL (1874-1954). En 1930, RABEL recibió el encargo de un organismo de la Sociedad de Naciones, el Instituto Internacional de Roma para la unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) (29), de elaborar un Anteproyecto de Ley internacional uniforme sobre la compraventa, en el que estuviesen representados los distintos sistemas de Derecho occidental, fundamentalmente el sistema continental, liderado por los Derechos alemán y francés, y el *common law* (30). La tarea culminó cuando en 1935 fue presentado a la Socie-

(28) Si bien, como demuestra la nota siguiente, rodeado de un equipo de colaboradores, de tanto prestigio científico posterior como ERNST VON CAEMMERER y WOLF RAISER (para una relación completa de los colaboradores de RABEL, cfr. RABEL, «Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes», en sus *Gesammelte Aufsätze*, tomo III, pág. 525, nota 5).

(29) *Société des Nations. Institut International de Rome pour l'Unification du Droit Privé*. En realidad, los trabajos se habían iniciado ya en 1929 y, además, por iniciativa del propio RABEL, quien transmitió a VITTORIO SCIALOJA, a la sazón Presidente del Instituto de Roma, su preocupación por la necesidad de una regulación internacional uniforme de la compraventa de mercaderías. Por encargo de SCIALOJA, RABEL y su equipo del Departamento de Derecho Privado internacional y comparado de la Universidad de Berlín, realizaron para el Instituto de Roma un informe preliminar que fue presentado a aquél el 21 de febrero de 1929. El informe figura como documento oficial de la Sociedad de Naciones [*Société des Nations, Institut International de Rome, Etude IV (Vente), Doc. 1*] entre la recopilación de los escritos de RABEL dedicados al Derecho Comparado y a la unificación del Derecho Privado [cfr. *Ernst Rabel Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1967, tomo III (*Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung*), págs. 381 y sigs.].

(30) Sin ir más lejos, evidencia la actualidad del esfuerzo de Rabel su temor al rechazo del proyecto por los representantes del *common law* («...no such law would be ever approved by Great Britain or the United States, no matter how big its merit might be, nor how much it might be based on common law thinking, nor what influence it might exercise in promoting international cooperation»; así, en otro de los documentos publicado en el citado volumen de recopilación de los escritos de Rabel («A Draft of an international Law of Sales», *Ernst Rabel Gesammelte Aufsätze*, tomo III, pág. 613). También en el terreno estrictamente jurídico, se muestra RABEL escéptico respecto al sistema anglosajón, en particular en materia de garantías (así, en su monografía sobre la compraventa, citada *supra* en la nota 22, tomo II, págs. 171, 174 y 179). Como veremos, para superar tanto la reticencia de los representantes de aquel sistema como algunos de sus inconvenientes, cifrará RABEL buena parte de su labor de armonización en establecer correspon-

dad de Naciones un documento que ésta remitió sucesivamente a los Estados miembros como Proyecto de ley (31), pero quedó truncada en 1937 por el forzado exilio de RABEL a los Estados Unidos y, subsiguientemente, por los años consumidos en la II Guerra Mundial y su posguerra. El esfuerzo no fue, sin embargo, estéril: en 1951, ya bajo los auspicios de la ONU, RABEL elevó un nuevo borrador a la Conferencia de la Haya para la Unificación del Derecho Privado (32). Su muerte en 1954 no impidió que la Convención, finalmente aprobada (33) en 1980 (34), se revele como obra inequívocamente suya ni tam-

dencias entre el sistema continental y el del *common law*, para poder así reconducir algunas peculiaridades de éste a instituciones paralelas de aquél (así, por ejemplo, veremos cómo demuestra RABEL que la exigencia anglosajona de la *merchantability* de la cosa vendida se corresponde con su aptitud para el uso normal exigida por el Derecho continental; vid. *infra* nuestra nota 104).

(31) Además de la versión oficial en lengua francesa publicada por la Sociedad de Naciones (1935 *U.D.P. Proj. I*), el propio RABEL publicó una versión alemana con comentarios propios en la revista fundada y dirigida por él mismo y conocida como *Rabelzeitschrift* (*Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 9, 1935, págs. 1 a 79 y 339 a 363). A partir de esa última versión, elaboró JERÓNIMO GONZÁLEZ una versión castellana, inicialmente publicada en la RGLJ desde diciembre de 1935 a febrero de 1936 y sucesivamente recogida entre la recopilación de escritos de estudios de este último autor (cfr. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, tomo III, págs. 18 y sigs.).

(32) El esfuerzo investigador y de síntesis realizado por RABEL, tanto para la redacción del Proyecto presentado por la Sociedad de Naciones como para el borrador elevado a la Conferencia de La Haya, quedó asentado en una amplia y prolija monografía, *Der Warenkauf*, cuyos dos volúmenes son prácticamente coetáneos tanto del Proyecto como del posterior borrador: el primer tomo se publicó en 1936, un año después de haber sido elevado el Proyecto a la Sociedad de Naciones; el segundo fue concluido por RABEL coincidiendo con la presentación del borrador a la Conferencia de la Haya, aunque no fue publicado por sus colaboradores sino en 1957, ya después de su muerte (aquí se maneja una edición posterior: Berlín, 1964, tomo I; Berlín, 1967, tomo II).

(33) Tras esa Conferencia de 1951, hubo en 1964, también en La Haya, una sucesiva Conferencia diplomática, de la que surgieron dos Leyes Uniformes (una relativa a la formación y otra al contenido del contrato) que tomaron como modelo los anteriores proyectos de UNIDROIT (y, consiguientemente, de RABEL); su escasa eficacia se debió a las reservas introducidas por el Reino Unido y los demás países de *common law* (especialmente reacios a adoptar las normas sobre formación del contrato), que consiguieron convertirlas en aplicables sólo en caso de elección de los propios contratantes. En la recta final hacia la aprobación del Convenio de Viena, correspondió el estímulo y dirección de los trabajos a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (UNCITRAL), creada por Resolución de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1966.

(34) El largo intervalo entre la fecha de reanudación de los trabajos (1951) y la de aprobación de la Convención (1980) se explica a la luz de los avatares explicados con detalle en un artículo de MANUEL OLIVENCIA (cfr. OLIVENCIA, MANUEL, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1991, págs. 377 y sigs.; cfr. págs. 386 a 394). Su exposición trasluce que, a la tradicional oposición entre los países de *common law* y los de *civil law* (vid. nuestra nota 30), se sumó, tras la Guerra Mundial, la confrontación entre, de una parte, los Estados de econo-

poco que, a través de ese texto legal, su influencia se deje sentir en ulteriores intentos de armonización de las regulaciones nacionales de la compraventa, tales como la Directiva europea sobre garantías que aquí nos ocupa.

Es por ello que, pese a las limitaciones propias de una obra de Derecho comparado, la monografía de RABEL (35) ayuda a interpretar o llenar de contenido algunos de los conceptos esenciales de la Directiva, sustancialmente, como veremos, el de *falta de conformidad* con el contrato o defecto de la cosa vendida que activa la obligación de garantía o saneamiento del vendedor.

I. LA MATERIA REGULADA EN LA DIRECTIVA: LAS «GARANTIAS»

1. LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Tal y como acostumbran a hacer las Directivas (36), antes de abordar la materia regulada, delimita ésta también su ámbito de aplicación a través de un glosario de términos que deja establecido de antemano el alcance con que deben ser interpretados los conceptos clave de la subsiguiente regulación.

1.1. *Los presupuestos objetivos*

La delimitación objetiva, que gravita en gran medida sobre los parámetros en su día trazados por la Convención de Viena [comp. art. 1.2.b) y 1.4 Dir. y art. 2.b) a f) CV], reposa sobre dos conceptos: los contratos a los que la Directiva se declara aplicable o inaplicable y, en caso de serles aplicable, los bienes objeto del contrato.

mía colectivista y los de libre mercado y, de otra, el conflicto, aún más enconado, entre países desarrollados y países en situación de desarrollo o subdesarrollo. Mientras que los primeros, en tanto que industrializados y exportadores, tendieron durante la discusión del Convenio a reforzar la posición del vendedor, los segundos, en tanto que potenciales importadores o compradores, hicieron lo propio desde el punto de vista de la parte compradora (cfr. OLIVENCIA, pág. 393). En última instancia, el conflicto radicaba en que los países de este último grupo, muchos de los cuales ni siquiera eran Estados independientes antes de la II Guerra Mundial, se resistían a aceptar un Derecho uniforme en cuya elaboración no habían participado (cfr. *loc. cit.*, pág. 387).

(35) Vid. nota 22.

(36) Así, por ejemplo, entre las relativas al contrato, la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas (art. 2.º), la Directiva de 26 de abril de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 2.º) y la Directiva de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (art. 2.º).

1.1.1. Contratos excluidos e incluidos

* Presupuesto que es ésta una Directiva aplicable a la venta, hay, sin embargo, una categoría de ventas excluidas: las otorgadas ante el juez de resultas de un embargo o de cualquier otro proceso de ejecución [art. 1.2.b) Dir.], ordinario o extraordinario (37). La exclusión se justifica por la dificultad de señalar a un legitimado pasivo: la falta de conformidad de la cosa con el contrato no puede ser imputada ni al acreedor ejecutante (38), dada su falta de relación con la cosa, ni tampoco al titular del bien ejecutado, ya que, al ser decretada por el juez, la enajenación se realiza prescindiendo de su voluntad (39).

* En contrapartida, se incluyen modalidades contractuales de las que derivan, además de las prestaciones propias de la venta, otras propias del contrato de obra: los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse (art. 2.6). La extensión del régimen de garantías de la compraventa a tales contratos (que, en nuestro Derecho, se reputan, en cambio, de obra) (40), aunque escasamente justificada, se explica, de nuevo, por influencia de la CV (art. 3.1), guiada, a su vez, en este punto por el

(37) La exclusión es de interpretación amplia y aplicable, por tanto, a toda compraventa realizada en virtud de una medida judicial (cfr. CAFFARENA LAPORTA, JORGE, «Comentario del artículo 2 CV», en *La compraventa internacional...*, cit, pág. 64).

(38) Como indica LARENZ, hacer responder al acreedor ejecutante supondría mermar su satisfacción obtenida conforme a Derecho: «...er soll nicht nachträglich... der von ihm rechtmässig erlangten Befriedigung wegen seiner Forderung wieder verlustig werden...» (cfr. LARENZ, KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munich, 1956, tomo II, pág. 40).

(39) Considerando, en cambio, que, aunque venda la justicia lo hace en nombre del propietario ejecutado (así GARCÍA GOYENA en el «Comentario del art. 1.411 del Proyecto», pág. 753), mantiene el Derecho español la pretensión de saneamiento incluso contra el ejecutado (art. 1.489 del Código Civil). Siendo así, podríamos encontrarnos con la paradójica situación de que, una vez incorporada la Directiva al Derecho español, sea superior la protección del comprador en las ventas civiles ordinarias que en las de consumo. Teniendo en cuenta que la vigente LGDCU carece de tal exclusión (arg. ex arts. 1.2 y 11) * y, sobre todo, que la regulación comunitaria en materia de consumo es siempre de mínimos (arts. 1.1 y 8.2 Dir.), quizá fuera conveniente prescindir de ella, no sólo en interés del comprador consumidor, sino en aras del interés general del tráfico, ya que, como argumenta MORALES MORENO, limitar las garantías para el comprador en las ventas judiciales tiene como efecto hacer menos realizables los bienes de los deudores, lo cual, además de perjudicar al concreto comprador, en última instancia, perjudica al sujeto deudor y a sus acreedores (cfr. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «Comentario del art. 1.489 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, tomo II, pág. 966).

* En cambio, sí prevé la exclusión de las ventas judiciales del régimen de garantía una disposición dictada en aplicación de la LGDCU, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Su artículo 1.2 declara al citado Real Decreto inaplicable a las ventas que se efectúen mediante subasta pública judicial o administrativa.

(40) Cfr. BADOSA COLL, FERRÁN, *Dret d'Obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 65.

Derecho germánico (cfr. §651 BGB, 1.^a y 2.^a proposición, que somete la figura a las disposiciones del contrato de compraventa) (41).

* Finalmente, hay una delimitación del ámbito de la Directiva que no es explícita, pero que inferimos de su propio silencio: tratándose de un contrato de compraventa (o de suministro de cosa a fabricar), es aplicable el régimen protector del consumidor en ella previsto no sólo si el contrato es de adhesión, sino incluso cuando ha sido negociado (arg. *ex art.* 7.1, que contrapone las cláusulas predispuestas y los acuerdos con el vendedor).

1.1.2. El objeto del contrato

Reiteradamente, se señala como tal a los «bienes de consumo» [arts. 1.1 y 1.2.a)]. A nuestro entender, tal expresión no designa una especial categoría de bienes, sino que coincide con el concepto legal de bienes muebles de la mayoría de los Códigos Civiles (art. 335 del Código Civil), aunque restringido a los muebles *corporales* (42) [comp. art. 1.2.b) Dir.: «bien mueble corporal» y art. 336 del Código Civil) (43). Ello presupuesto, lo que convierte

(41) La doctrina alemana o bien se limita a justificar la inclusión invocando el indicado precepto de su Código Civil (así RABEL, *Das Recht...*, cit., I, pág. 54) o, como mucho, apunta a la dificultad de distinguir tal modalidad de suministro (*Lieferungskauf*) de la compraventa (así, ESSER, JOSEF, y WEYERS, HANS-LEO, *Schuldrecht*, Heidelberg, 1991, tomo II, pág. 252). Sin entrar en el acierto de una u otra tipificación (obra o compraventa), convendría señalar la improcedencia de imputar al vendedor el defecto en los casos en que los materiales para la producción de la cosa le hayan sido proporcionados por el comprador. De ahí, que el artículo 2.3 Dir. se vea obligado a trasladar a la compraventa reglas propias del contrato de obra, por mucho que las presente como precisión negativa sobre el concepto de *falta de conformidad* de la cosa vendida: «Se considerará que no existe falta de conformidad... si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor» (compárese el precepto transcrito con el art. 1.590 del Código Civil, relativo al contrato de obra).

(42) Incluso dentro de éstos, establece la Directiva una excepción puntual referida a las energías; su artículo 1.2.c) la declara inaplicable a la electricidad. La electricidad es, en efecto, una energía y, como tal, un bien mueble *corporal*, pues, pese a no ser tangible, es perceptible por los demás sentidos (así parece reconocerlo la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que contiene las normas reguladoras del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuyo art. 8.1 incluye explícitamente a las energías en la categoría de bienes muebles corporales). Pese a ello, su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva se explicaría considerando que el contrato que sobre ella se proyecta genera sustancialmente prestaciones de hacer (la electricidad hay que producirla y, subsiguientemente, *servirla* y no meramente *darla*). Ello explicaría asimismo que estén, en cambio, incluidos el agua y el gas envasados, lo que los hace entonces aptos o susceptibles de entrega [*id.* art. 1.2.b) Directiva].

(43) La referida exclusión de los bienes muebles incorporeales se explica por influencia del Derecho anglosajón («Goods» include all chattels personal other than things in action and money, and in Scotland all corporeal movables except money»; así, RABEL, *Das Recht*, cit., I, pág. 55, transcribiendo el artículo 62 de la anterior Ley británica [*Sale of*

a un bien mueble en «*bien de consumo*» no es una cualidad intrínseca (44), sino meramente su aptitud para ser adquirido y utilizado por un consumidor (45), quedando entonces, lógicamente, excluidos de la categoría los llamados *bienes de equipo* (46).

Por lo demás, dado que muchos de los bienes de consumo son cosas fabricadas en serie, la noción parece presuponer la pertenencia de la cosa objeto del contrato a un género o tipo (47) —así lo confirma el hecho de que se haya previsto como uno de los remedios de la falta de conformidad la sustitución de la cosa vendida por otra sin defectos: arts. 1.2.e) y 3.2 Dir.—.

Goods Act] de 1893). Pero, sobre todo, se justifica, porque, siendo los bienes incorpóreos sustancialmente derechos (por ejemplo, títulos valores; cfr. art. 336), el tipo de defectos que les afecta es antes jurídico (y, por tanto, reconducible al régimen de la evicción o de los gravámenes ocultos) que material o económico y susceptible entonces de ser corregido a través del régimen de las garantías.

(44) A no ser que ciñamos la categoría a los «productos o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado» (art. 2.2 LGDCU y Anexo I del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, que contiene un Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU), pero el propio precepto de la LGDCU —puesto que se refiere a la protección «prioritaria» del consumidor en relación a esos bienes— evidencia que la noción de bien de consumo es más amplia y no se ciñe a ellos, sino —como indicamos en el texto— a todos los susceptibles de ser utilizados por un sujeto que actúa como consumidor.

(45) Así parece confirmarlo el artículo 2.a) de la Directiva 92/59/CEE, de 29 de junio de 1992, sobre seguridad de los productos (*DOCE*, L 228, de 11 de agosto), incorporada al Derecho español por el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero: «cualquier producto destinado al consumidor o que pueda ser utilizado por el consumidor...» Vid. además en el mismo sentido, TENREIRO, para quien la noción de «bien de consumo» de la Directiva «...vise ainsi à mieux préciser la définition de consommateur... et non à définir “in abstracto” une catégorie des biens visés par la directive» (cfr. TENREIRO, MÁRIO, «La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation», en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1996, págs. 1987 y sigs.; vid. pág. 197).

Ni que decir tiene que, a su vez, tampoco la propia noción de consumidor designa una cualidad personal, sino un comportamiento: «Consumidor es un rol social, en cuanto que nadie es consumidor, sino que se comporta o actúa en determinados ámbitos de su vida como consumidor» (así, ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 756).

(46) En nuestro ordenamiento, la categoría *bienes de equipo* no es sólo económica, sino que ha sido asimismo reconocida legalmente; así inicialmente a través de disposiciones meramente administrativas, como la Orden del Ministerio de Hacienda de 12 de enero de 1962, reguladora de la financiación de venta a plazos de bienes de equipo, y, actualmente, a través de la propia Ley de Venta a Plazos (cfr. Exposición de Motivos, párr. 1.º, de la Ley 28/1998, de 13 de julio).

(47) «Es cierto que los bienes de consumo pertenecen por lo general a un género y que el *standard* de sus cualidades o prestaciones se delimita en relación con los bienes del mismo tipo» (así, LLÁCER MATACÁS, ROSA M.ª, «La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Carta mercantil*, julio de 2001, págs. 1 y sigs. y, en especial, pág. 4).

Aun así, no cabe asignar efecto excluyente a dicha presuposición, dado que hay que contar, asimismo, con la existencia de bienes de consumo específicos o individuales a los que también resulta aplicable la Directiva. Es el caso de los «bienes de segunda mano» (cfr. arts. 1.3 y 7.1, 2 Dir.), cuya antigüedad o grado de uso necesariamente introduce un factor diferencial incluso entre los pertenecientes a una misma serie (48).

1.2. *Los presupuestos subjetivos*

Al igual que la mayoría de las Directivas relativas al contrato [*vid.* en particular el art. 2.b) y c) de la Directiva sobre cláusulas abusivas] (49), presupone ésta también la cualidad de «profesional» en el vendedor [art. 1.2.c)] y la de *consumidor* en el comprador [art. 1.2.a)]. Mientras que la noción de *profesional* no entraña sino una superación o ampliación de la tradicional noción mercantil de «comerciante» o empresario (art. 1.º del Código de Comercio) (50), con la que se pretende incluir a todos los operadores económicos autónomos —estén o no respaldados por una organización empresarial— y, en particular, a los profesionales liberales (51), la noción de «consumidor» tiene en el Derecho comunitario y, por influencia suya, también en la reciente legislación española, un perfil mucho más difuso.

Tanto en esta Directiva como —ya desde 1985— en las citadas en nuestra *Introducción*, la noción tiene antes un contenido negativo que positivo, ya que se define al consumidor como «toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional» [art. 1.2.a)] (52). Tal descripción se pro-

(48) Su carácter específico lo reconoce la propia Directiva, que, si bien no ha trasladado al articulado esa especialidad, alude en su parte expositiva a la imposibilidad de aplicarles el remedio de la sustitución (cfr. Cdo. 16 del Preámbulo de la Directiva).

(49) Vid. las citadas en la *Introducción* de este trabajo.

(50) Ese intento de superación de la vieja idea de comerciante se debe a la doctrina francesa; cfr. MARTY, JEAN PIERRE, «La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine», en *Revue trimestrielle de Droit commerciale et de Droit économique*, 1981, págs. 695 y sigs.; en especial, pág. 700: «les notions d'entreprise et de profession paraissent soit s'opposer, soit ne pas coïncider. Elles s'opposeraient en ce que la profession est liée à l'individu alors que l'entreprise tendrait à l'autonomie et constituerait une unité de production économique. Si elles ne se opposent pas, l'entreprise et la profession ne coïncideraient pas dans la mesure où l'organisation, caractéristique de l'entreprise, ne se retrouverait pas dans toutes les professions...»

(51) ASÍ, EMPARANZA, ALBERTO, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, págs. 461 y sigs., y, en especial, págs. 463 y 483. En sentido análogo, aunque criticando la excesiva amplitud de la noción de consumidor, VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, pág. 64.

(52) Id. *supra* *Introducción*. La primera que incorpora la referida acepción del término «consumidor» es la Directiva 85/577, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección

pone ampliar la noción estricta de consumidor como «destinatario final» de bienes o servicios» que recoge todavía nuestra LGDCU de 1984 (53) (art. 1.2 y 1.3). El propósito de la ampliación sería incluir a todos aquellos sujetos que, incluso si no adquieren para sí mismos (esto es, para un uso personal, familiar o doméstico que los hace destinatarios finales o consumidores *strictu sensu*) y ponen el bien a disposición de terceros, lo hacen —además de ocasionalmente— (54), sin revenderlo ni redistribuirlo de otro modo con ánimo de lucro.

De hecho, el borrador de esta misma Directiva contenía una descripción más explícita de la categoría adicional de sujetos a quienes se pretendía proteger, aunque finalmente fue suprimida: «*Consumer means a natural person who purchases a consumer good other than in the course of his trade, business or profession. Natural or legal persons purchasing consumer goods for purposes other than reselling them or making them available to a third party for financial gain shall be considered as consumers when the circumstances and nature of the transaction are such that they are indistinguishable from purchases normally made by consumers*» (55).

Esa noción negativa de *consumidor* como sujeto que actúa con fines ajenos a su actividad profesional es, sin duda alambicada (56). Ello se explica

de los consumidores en contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Pero la noción es incluso anterior y está posiblemente inspirada —una vez más— por el Derecho internacional convencional, en este caso, por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyo artículo 5.1 dispone: «El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional...»

(53) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Con todo, aun siendo, como indicamos en el texto, la noción de «consumidor» de la citada Ley más restrictiva que la comunitaria, la supera por cuanto, a diferencia de las Directivas, considera consumidor tanto a la persona física como a la jurídica (art. 1.2 LGDCU).

(54) Esto es, sin que el acto de distribución se inscriba en el giro de la actividad que, principalmente, les sirve de fuente de ingresos.

(55) Este era el concepto de consumidor del borrador de Directiva redactado por el comité de expertos convocado por la Comisión Europea (*Directorate-General XXIV. Consumers' Policy*). Uno de sus miembros, EWOUT HONDIUS, Catedrático de Derecho Civil y de Derecho Comparado de la Universidad de Utrecht, reproducía el fragmento transcrito en un artículo publicado en la página del *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* (vid. HONDIUS, EWOUT H., «Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act», en <http://www.cnr.it/CRDCS/Hondius.htm> [fecha de consulta, agosto de 2000]).

(56) La ambigüedad de la noción induce a ilustrarla con algún ejemplo. Así (prescindiendo del socorrido caso de quien compra para su vecina o regala a un amigo), se nos ocurre pensar en el profesor universitario que adquiere material de oficina para su departamento y que, en esa adquisición ocasional, puede ser tan *lego* como el consumidor destinatario final. Vid., además, los ejemplos que propone ALFARO (*op. cit.*, pág. 159 y

por su carácter todavía provisional. Y es que, una vez constatada la insuficiencia de la noción de *destinatario final* y la necesidad de ampliar la protección a quienes sin serlo, pueden, al igual que aquél, encontrarse en una situación de inferioridad técnica o económica al contratar (57) con un profesional, se encuentra todavía en este momento (58) el legislador comunitario barajando la posibilidad —sin llegar a decidirse por ella— de ofrecer también al detallista o al pequeño empresario (59), incluso si actúa en

nota 115) relativos al empresario que adquiere objetos que no tienen que ver directamente con el tráfico al que se dedica, por ejemplo, el carnicero que compra un ordenador o un sistema de alarma para su tienda. En definitiva, como indica LETE ACHIRICA, si bien distanciándose de dicha opción (*loc. cit.*, pág. 1369), se trataría de ampliar la protección a los profesionales no especialistas.

(57) Téngase en cuenta que, en última instancia, el principal acicate de la intervención pública en favor del consumidor fue la corrección de la desigualdad entre contratantes [así se desprende de la propia «Carta de protección del consumidor», cuyo apartado A, b (i), pretende protegerlo contra el «abuso de poder» de su parte contractual, el suministrador del producto o servicio] y, por ello, tarde o temprano, todo contratante deberá ser protegido contra el abuso de posición dominante del suministrador, que, en el ámbito de la relación contractual, acostumbra a ocupar la posición más ventajosa (vid. la citada «Carta», que es la Resolución núm. 543/1973, de 17 de mayo, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa; transcribe la citada Resolución la obra de EIKE VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Hamburgo, 1974, págs. 254 y sigs.).

(58) En realidad, el debate aludido en el texto en torno a la posible ampliación de la protección a los consumidores a los pequeños empresarios es bastante anterior a la discusión de esta Directiva 99/44/CE. Se remonta como mínimo a la discusión de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, a raíz de la cual un Dictamen de 1991, emanado del Comité Económico y Social de la UE, instaba a la Comisión Europea «a que considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, *independientemente de que éstos se celebren o no con consumidores, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME*» (vid. el citado Dictamen en el DOCE, C 159, de 17 de junio de 1991).

(59) La noción de «detallista» o profesional que contrata directamente con el consumidor, la contiene la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, reguladora de los Viajes Combinados (DOCE, L 158, de 23 de junio). En cuanto a la noción de «pequeño empresario», según indica BADENAS CARPIO (BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, «Comentario del art. 2.º de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 1999, págs. 37 y sigs.; en esp., pág. 87), el único texto de Derecho comparado que la define es el artículo 2.083 del Código Civil italiano, que parece identificarla con la figura del empresario familiar: «Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano una attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

Sin llegar a definirla, recientemente nuestra propia legislación ha tenido en cuenta la noción de «pequeño y mediano empresario»; así, la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. la Exposición de Motivos, sección XIX, párr. 6.º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que dice regular el proceso monitorio con el fin de que tenga «protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de *profesionales y empresarios medianos y pequeños*»).

calidad de tal (60), la protección hasta ahora dispensada sólo al contratante consumidor (61).

El fin último de la perseguida ampliación sería extender la protección hasta ahora dispensada sólo al consumidor a los pequeños y medianos empresarios, particularmente los del sector de la alimentación y de la hostelería, esto es, a los llamados *profesionales no especialistas*, incluso cuando actúan en calidad de profesionales, pero adquiriendo bienes que no tienen que ver directamente con el tráfico al que se dedican. No obstante, dado que existe todavía discrepancia al respecto entre las propias autoridades comunitarias [concretamente, entre la Comisión Europea, proclive a tal ampliación (62),

Por lo demás, también un autorizado sector de la doctrina española se muestra partidario de hacer al pequeño empresario partícipe de la protección frente a la gran empresa; así, además de EMPARANZA (*op. cit.*, págs. 490, 491 y 494), COCA PAYERAS, MIGUEL, «Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 1998, págs. 37 y sigs.; en esp. págs. 39 y 41.

(60) También TENREIRO (miembro, al igual que HONDIUS, del citado Comité de Expertos de la Comisión Europea; vid. *supra* nota 55) se muestra partidario de la indicada ampliación a favor del pequeño empresario, tanto si contrata al margen de su actividad profesional como en ejercicio de ella: «...même si cette personne est un professionnel et que le bien acheté est destiné à être utilisé dans le cadre de sa profession. Celà couvre aussi bien l'achat d'un ordinateur par un avocat, que l'achat d'une caisse enregistreuse par le propriétaire d'un magasin ou d'un tracteur par un agriculteur» (vid. TENREIRO, *loc. cit.*, pág. 197).

(61) Sobre el estado de la cuestión en el seno de la Comisión Europea, vid. HONDIUS, *loc. cit.*: «The proposed rule strikes a balance between two opposing views which were expressed in the group of experts [vid. *supra* nuestra nota 54]. One view was that not only consumers but small retailers as well should be protected by the directive. Although there was much sympathy for this view, the majority held that it would be very unwise to provide this protection through broadening of the consumer notion...The present text does not blow up the consumer notion, but extends the protection offered consumers by way of analogy...»

(62) Así lo manifiesta la propia Comisión Europea a través de las alegaciones que formuló su representante ante el Tribunal Superior de Justicia de la CE con motivo del caso *Di Pinto* (citamos la aludida STJCE *infra* en la nota siguiente). A tenor de las referidas alegaciones, entiende la Comisión que, cuando se trata de adquisiciones ocasionales como la que suscitó el caso *Di Pinto* (contratación de un servicio publicitario por *Di Pinto* con el fin de vender su empresa), puede el empresario, debido a su inexperiencia, verse tan desprotegido frente a otro profesional como pueda llegar a estarlo el propio consumidor: «La Commission estime qu'un commerçant démarché à domicile en vue de la vente de son fonds de commerce bénéficie de la protection du consommateur instituée par la directive, lorsque cette vente est étrangère à son activité professionnelle normale... la directive [la citada Directiva sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales] a entendu corriger la situation d'infériorité dans laquelle se trouve la personne démarchée vis-à-vis de son démarcheur... Le commerçant démarché serait consommateur si la transaction qui lui est proposée n'est pas au nombre de celles qu'il a l'habitude d'effectuer. En revanche, il serait commerçant au sens de la directive si la transaction entrerait normalement dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle. Dans cette situation, il bénéficierait en effet de son expérience professionnelle, de sorte qu'il n'aurait nul besoin de protection».

y el Tribunal Superior de Justicia de la CE, que, aparentemente, la rechaza] (63), han optado por el momento las directivas por esa descripción negativa del concepto, que permite ampliarlo en casos concretos, pero sin establecer taxativamente por ahora qué categorías de sujetos merecerán quedar protegidas en abstracto o genéricamente.

Ahora bien, incluso sin esa posible ulterior ampliación de la protección a los *profesionales no especialistas*, ya en su actual estadio, la noción comunitaria de consumidor como sujeto que, sin ser *destinatario final*, actúa al margen de su actividad profesional ha dejado desfasada (y, por ello, tácitamente derogada) la noción contenida en la vigente legislación española y, en particular, en los artículos 1.2 y 1.3 LGDCU. Concretamente, al disponer este último que «No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes

Para un comentario de la Sentencia *Di Pinto*, cfr. HANS SCHULTE-NÖLKE, en REINER SCHULZE y HANS SCHULTE-NÖLKE (eds.) en *Casebook europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1999; cfr. págs. 153 y sigs. y, en especial, pág. 156.

(63) Ordinariamente, se suele invocar como exponente de ese rechazo a la ampliación del ámbito subjetivo de la noción de consumidor a la ya citada sentencia del TJCE, recaída en el caso *Di Pinto* (asunto C-361/89; la sentencia, que data del 14 de marzo de 1991, está recogida en el *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, I-1189). No obstante, hemos podido comprobar que la posición del Tribunal Superior de Justicia de la CE es más matizada; en primer lugar, porque reconoce a los Estados miembros libertad para incrementar la protección derivada de las directivas de consumo, incluyendo en ellas a categorías adicionales de sujetos, incluso si son estos profesionales o empresarios (ftos. 21 y 23 de la citada decisión). Pero, sobre todo, tal decisión judicial se plantea como posible la protección del profesional a efectos de las adquisiciones de consumo, siempre y cuando la adquisición, aun pudiendo estar relacionada con su actividad profesional o empresarial, no guarde *directa* relación con ella (vid. así, el fto. 15 de la citada decisión): «Il y a lieu, sur ce point, de se référer à l'article 2 de cette directive [Directiva 85/577/CEE sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales]. De cette disposition, il résulte que le critère d'application de la protection réside dans le lien qui unit les transactions faisant l'objet du démarchage à l'activité professionnelle du commerçant: celui-ci ne peut prétendre à l'application de la directive que si l'opération pour laquelle il est démarché excède le cadre de ses activités professionnelles».

A nuestro entender tampoco sentencias posteriores del TJCE consideradas asimismo significativas adoptan una posición tan frontalmente contraria a la posible protección como consumidores de los profesionales no especialistas. Así, la STJCE de 3 de julio de 1997 (recaída en el asunto *Benincasa vs Dentalkit*) no se preocupa tanto por negar en línea de principio que un profesional pueda llegar a ser protegido como consumidor como por dejar bien establecido que el contratante (*Benincasa*) que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional *no actual, sino futura*, no puede, pese al carácter futuro de tal actividad, ser considerado «consumidor final privado» del bien o servicio adquirido, sino que deberá ser igualmente considerado *profesional* (cfr. ftos. 11, 15, 16 y 17 de la citada sentencia). Aún menos significativa nos parece la STJCE, de 22 de noviembre de 2001 (*Cape Snc vs Idealservice Srl*) que se limita a negar que el Derecho comunitario pueda proteger como consumidor al empresario que sea *persona jurídica* (vid. el fto. 14 de la citada decisión de 2001), de donde cabe inferir que la citada decisión no cierra, en cambio, la puerta a la posible protección como consumidor del empresario que sea persona natural.

sin constituirse en destinatarios finales, adquieran... o consuman... con el fin de prestación a terceros...», resulta incompatible con la noción del artículo 1.2.a) de la Directiva aquí examinada. En realidad, tal incompatibilidad es incluso anterior a ella (64), pero sólo recientemente —a raíz de la incorporación en 1998 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas— ha sido consciente de ella el legislador español.

Sin embargo, en lugar de rectificarla a través de la pertinente modificación del articulado de la LGDCU, ha optado por una incorrecta técnica legislativa: la corrige a través de la Exposición de Motivos de la Ley sobre CGC, de 13 abril de 1998 (65) —a la que, como es sabido, correspondió la transposición de la referida Directiva 93/13/CEE— cuyo valor, como el de toda exposición de motivos, es esencialmente interpretativo y, por tanto, dudosamente normativo (66).

Pese a ello, su pena de entender que el legislador español ha incumplido a este respecto su obligación de incorporación al Derecho interno del Derecho derivado de la CE, habrá que entender que la definición de *consumidor* de la vigente legislación española ha quedado modificada o, como mínimo, que, en adelante, habrá de ser interpretada en el sentido extensivo señalado por las Directivas. Así, deberá ser protegido como *consumidor* todo aquel sujeto que actúe con fines ajenos a su actividad profesional [art. 1.2.a) Dir. 99/44/CE], incluso si —pese al art. 1.3 LGDCU— no adquiere o utiliza los bienes o servicios de que se trate como *destinatario final*.

Finalmente, se hace todavía necesaria una última precisión sobre el alcance de la noción de consumidor a los efectos de la Directiva sobre garantías en el contrato sobre compraventa. Pese a que tal noción abarca, por lo general, tanto al llamado consumidor en sentido *jurídico* como en sentido *material*, es decir, tanto a quien *adquiere* como a quien, sin ser *adquieren-*

(64) La expuesta contradicción entre la noción comunitaria de *consumidor* y la de la legislación española se remonta a 1991, fecha en que, por Ley 26/1991, de 21 de noviembre, fue incorporada la Directiva de 1985 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, que, como decíamos (vid. *supra* nota 52), fue la primera en ampliar la noción de consumidor en el sentido indicado en el texto. Sobre la incompatibilidad que por ese motivo existe entre esa Directiva y su Ley de incorporación, vid. EMPARANZA, *loc. cit.*, nota 48.

(65) Vid. el Preámbulo de la citada Ley 7/1998, párrafo 9.º: «De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (en el mismo sentido, el párr. 2.º, Sección VIII de la EM de la citada Ley).

(66) En realidad, como indica BADENAS (*loc. cit.*, págs. 43, 45, 48 y 78), fue el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LCGC, de 23 de enero de 1997, el que puso al legislador español sobre aviso de la indicada discordancia (cfr. Dictamen núm. 3194/97/MA, del Consejo de Estado, de 24 de julio de 1997, pág. 33).

te, utiliza (67) los bienes para una finalidad ajena a su actividad profesional (cfr. art. 1.2 LGDCU, que se hace eco del indicado matiz al considerar consumidor tanto a quien «adquiere» como a quien «utiliza o disfruta»), no es posible el referido desdoblamiento a los efectos de la Directiva aquí analizada. Por tratarse, en este caso, de una Directiva que opera en el ámbito del contrato de compraventa y que, presupuesta la «falta de conformidad» o defecto de la cosa vendida, faculta a reclamar del «vendedor», hay que entender —así lo confirman los Considerandos de la Directiva— que todas las referencias del articulado al «consumidor» se realizan al consumidor en tanto que *comprador* (68) y que, por tanto, el mero usuario de la cosa vendida, al igual que ocurre en las regulaciones nacionales sobre el saneamiento, no está legitimado activamente frente al vendedor (69).

2. LAS LLAMADAS «GARANTÍA LEGAL» Y «COMERCIAL»

Es ésta una Directiva rubricada «sobre **determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo**». De una parte, dicha rúbrica excede lo que finalmente (70) constituye su objeto, puesto que, como hemos

(67) Sobre la referida distinción, cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO y RODRIGO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 115, 132 y 221.

(68) Sobre la identificación, a los efectos de esta Directiva, de las nociones de *consumidor* y *contratante* o adquirente, vid. sus Cdos. 2.º («Considerando... que los consumidores... deben poder adquirir bienes en el territorio de otro Estado miembro...») y núm. 23: «que el consumidor tenía conocimiento de todas las faltas de conformidad de los bienes de consumo existentes en el momento de la celebración del contrato...» Aún era más explícita esa identificación de las figuras de *consumidor* y *adquirente* en la Propuesta inicial de Directiva de 5 de marzo de 1992 (DOCE núm. C 73, de 24 de marzo de 1992), cuyo artículo 6.4 establecía el deber de los Estados miembros de garantizar al «consumidor en tanto que adquirente» determinados derechos.

(69) Así también el llamado *Libro Verde* (pág. 84) que, como máximo, pondera la conveniencia de convertir en beneficiarios de la garantía legal a los sucesivos compradores de la cosa.

(70) Junto a las garantías, regulaba inicialmente la Directiva, una figura distinta, el servicio postventa, del que se ocupan, en nuestro ámbito, el artículo 11.5 LGDCU y, sobre todo, el artículo 11.4 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Garantía y servicio postventa se distinguen tanto por su objetivo como por su momento de incidencia: a través del servicio postventa se pretende que, «tras el plazo de garantía, y con independencia de ella... el consumidor pueda resolver fácilmente durante un período de tiempo razonable, aunque ya no sea de manera gratuita, las deficiencias o deterioros que, como consecuencia del uso o por cualquier otra causa no imputable al vendedor ni al fabricante, puedan sufrir los bienes adquiridos» (así, PARRA LUCÁN, M.ª ANGELES, en la pág. 218 de su «Comentario al artículo 12 LOCM», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinados por Rodrigo Bercovitz y Jesús Leguina, Madrid, 1997, págs. 198 y sigs.).

adelantado, sin entrar en otros aspectos de la compraventa, se ocupa exclusivamente de la obligación del vendedor de procurar o restaurar la conformidad entre la cosa vendida y la entregada al comprador.

En cuanto a la designación de la única materia regulada mediante el sustantivo plural, *garantías* obedece a la contraposición que establece la Directiva entre la *garantía legal*, que constituye el grueso de su regulación, y la *garantía comercial*, a la que se dedica un único precepto.

La diferencia entre ambos institutos radica, de entrada, en su fundamento: mientras que la *garantía legal* (71), que se correspondería *mutatis mutandis* con el saneamiento por vicios o defectos ocultos [arts. 1.484 y sigs. del Código Civil (72) y art. 11 LGDCU], es un efecto *ex lege* del contrato y sujeta al vendedor con independencia de su voluntad, la llamada *garantía comercial* basa su fuerza de obligar precisamente en la declaración unilateral de voluntad del propio vendedor (73) (o, en su caso, de un anterior distribuidor del producto o de su fabricante, siendo entonces ellos los obligados), quien, al ofrecer el bien, sea individualmente a un potencial comprador o bien al público en general, se compromete —usualmente, a través de un documen-

Finalmente, la cuestión del servicio postventa quedó fuera de la Directiva por considerarse que podía ser encauzada a través de códigos de conducta dictados por el propio sector comercial, sin necesidad entonces de intervención legislativa, que se quiere mínima, por aplicación del principio de subsidiariedad que preside la actuación del legislador comunitario en cuestiones de Derecho Privado (el nuevo art. 3 B del TUE, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, prevé la intervención de la Comunidad en los ámbitos que no sean de su competencia sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser suficientemente alcanzados por los Estados miembros y resulten, en cambio, mejor conseguidos, por razón de la dimensión o de los efectos de la acción prevista, a escala comunitaria).

(71) En realidad, la denominación «garantía legal», aplicada al saneamiento, puede explicarse no sólo como contraposición a la *garantía comercial*, sino como respuesta de la doctrina continental a la concepción anglosajona, que asigna un fundamento voluntario a la obligación de garantía del vendedor, por cuanto la hace derivar de un acuerdo de los propios contratantes implícito y anexo al contrato de compraventa (*implied warranty*). Para una explicación y crítica de dicha concepción, cfr. RABEL (*Das Recht des Warenkaufes*, cit., II, págs. 102, 104 y 108 a 109), para quien la garantía es una consecuencia del propio deber de entrega y no un mero añadido voluntario al contrato de compraventa.

(72) Aunque con las diferencias que señalaremos entre el Código Civil y la Directiva tanto en cuanto a la amplitud del concepto de defecto como en cuanto a los remedios puestos a disposición del comprador en uno y otro texto.

(73) En realidad, dadas las dificultades para admitir a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones (arg. *ex art.* 1.089 del Código Civil), sólo cabrá reconocer efecto vinculante a la declaración unilateral del vendedor o fabricante contenida en el documento de garantía comercial (máxime si va dirigida a persona indeterminada, esto es, al público en general), una vez es aceptada y porque es aceptada, siquiera sea implícitamente, al ser adquirido el producto por un específico comprador (así pareció entenderlo también la propia Comisión Europea en el documento preparatorio de la Directiva; cfr. *Libro Verde*, cit., pág. 87: «Lorsque le fabricant ou le vendeur d'un bien offre une garantie commerciale... il s'agit de faire appel à un accord préalable entre les parties...»).

to incorporado o adosado al propio bien (74)— a hacerse cargo de él (por ejemplo, reparándolo o sustituyéndolo por otro), en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente (75).

La escueta regulación de la garantía comercial en la Directiva pretende ante todo que, en contra de lo que es todavía práctica usual, las garantías comerciales no reproduzcan meramente o, incluso, rebajen los derechos del comprador (por ejemplo, suprimiendo alguna de las causas de reclamación legalmente previstas o acortando sus plazos) (76) derivados ya de la propia regulación legal del contrato de compraventa, sino que, manteniéndolos (77) deberán atribuirle un nivel de protección que le sitúe en una posición más ventajosa que aquella (arg. ex art. 6.2, apdo. 1.º) (78).

(74) La Directiva (art. 6.3) prevé que la garantía figure, a petición del consumidor, tanto por escrito como «en otro soporte duradero disponible que le sea accesible». Como indica LETE ACHIRICA (*loc. cit.*, pág. 1383), esa última previsión debe ponerse en relación con la Propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (COM [1998] 468 final), cuyo artículo 2, apartado f) define al «soporte duradero» como «cualquier instrumento que permita al consumidor conservar informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo el registro de estas informaciones, en particular los disquetes informáticos, los CD-ROM y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico.

(75) Al definir expresamente el término «garantía» [art. 1.2.e)], la Directiva formula —inspirándose en el art. 15.1 de la Ley irlandesa de 1980 (*Sale of Goods and Supply of Services Act*), relativa a las garantías comerciales y a los servicios postventa— un concepto que, en realidad, incluye sólo a la llamada *garantía comercial* («todo compromiso asumido por un vendedor o productor... de ocuparse del modo que fuere del bien en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente»). Frente a ella, la llamada *garantía legal*, que no requiere declaración ni compromiso alguno del vendedor, se suscita, no sólo por la discordancia del producto con una determinada declaración del vendedor, sino con todos los elementos o criterios que, según el artículo 2.º Dir., permiten considerar que es éste conforme con el contrato celebrado.

(76) Esa misma finalidad de evitar que la garantía comercial cercene en perjuicio del consumidor los derechos que, como comprador, le otorga la regulación legal del saneamiento, la cumple el artículo 12.2 de la Ley española de Ordenación del Comercio Minorista, que impone seis meses como plazo de duración mínima de la garantía, plazo que coincide con el de las acciones del Código Civil (art. 1.490 del Código Civil; cfr. art. 12.2 LOCM: «El plazo mínimo de la garantía, en el caso de bienes de carácter duradero, será de seis meses...»).

(77) Así, siempre que el consumidor no haya obtenido la satisfacción prometida (por ejemplo, la reparación del producto defectuoso sin coste alguno) a través de la garantía comercial, seguiría teniendo a su favor los recursos derivados de la garantía legal (v.gr., la facultad de resolver la compraventa), y ello incluso cuando, a causa del ejercicio infructuoso de aquella, se hubiese agotado el plazo de duración de ésta (cfr. *Libro Verde*, pág. 88).

(78) Vid. el Dictamen del Comité Económico y Social de la CE sobre la Propuesta de Directiva (DOCE, núm. C 66, de 3 de marzo de 1997, págs. 5 y sigs.), apdo. 4.2: «La Comisión ha prescindido también, en el presente caso, de una armonización detallada de

II. LA GARANTÍA LEGAL

1. LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO

Como anticipábamos en el apartado precedente, la llamada «garantía legal» constituye el núcleo de la regulación armonizada. A su vez, tal y como se desprende de los propios «Considerandos» de la Directiva, el presupuesto de la obligación de garantía del vendedor es la «falta de conformidad» de la cosa vendida «con las especificaciones contractuales» (79).

Siendo así, desempeña esa noción una función equivalente a la de «vicio o defecto oculto» de las regulaciones nacionales (art. 1.485 del Código Civil), aunque, como veremos al examinar los criterios que según la Directiva determinan «la falta de conformidad» (art. 2.2), no sea, en cambio, equivalente el contenido de ambas nociones. Pero, antes de examinar su diverso alcance, convendría delimitar el ámbito de aplicación de esta Directiva de otra anterior, ya incorporada al Derecho español, que adopta igualmente como presupuesto el concepto de «defecto».

1.1. *La «falta de conformidad» con el contrato y la falta de seguridad*

En efecto, tanto la presente Directiva como la de 1985 (85/374/CEE, de 25 de julio), sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos (80) gravitan sobre el concepto de *defecto* de un producto o bien de consumo (81). Aun así, la diversidad de objetivos de cada una de esas regu-

dicha garantía, limitándose en la propuesta de Directiva a dos aspectos: la obligación de que las garantías comerciales sean más ventajosas que la garantía legal y los requisitos sustanciales de forma...»

En cuanto a esa segunda exigencia de forma (art. 6.3 Dir.), téngase en cuenta que su inobservancia no impedirá al consumidor reclamar el cumplimiento de la garantía (art. 6.5).

(79) «Considerando que las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato» (Cdo. 6.º); «Considerando que los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales...» (Cdo. 7.º).

(80) Fue incorporada al Derecho español por Ley 22/1994, de 6 de julio.

(81) La noción de «bien de consumo» de esta Directiva [art. 1.2.a)] y la de «producto defectuoso» de la Directiva de 1985 (art. 3) coinciden sustancialmente en torno al concepto de bien mueble corporal. A partir de tal coincidencia, las particulares excepciones que cada una de ellas establece se explican, a veces, sólo por razones de oportunidad política; así, la inicial exclusión de las materias primas del ámbito de la Directiva de productos defectuosos obedeció en gran medida al propósito del legislador comunitario de no irritar adicionalmente al ya de por sí levantisco sector agrario y ganadero de la Comunidad Europea (téngase en cuenta, además, que, por lo que hace a las materias primas agrarias, la aludida exclusión quedó posteriormente superada en virtud de la Directiva 1999/34/CE, de 10 de mayo de 1999, cuyo artículo 1.º incluye a los productos

laciones necesariamente redundan en nociones diversas de defecto y también de sujetos protegidos. Mientras que, en definitiva, la Directiva aquí analizada ampara, como veremos, al consumidor contratante por la falta de *calidad* de la cosa vendida, en cambio, la Directiva sobre productos defectuosos, prescindiendo de la existencia de un contrato (82), protege a quienquiera que, como adquirente, usuario, o —sin necesidad de uso— como mero afectado (83), se vea perjudicado por la falta de *seguridad* de un producto que causa daños (art. 6 Dir. de 1985). Además, son asimismo diversos los sujetos que, en cada una de esas Directivas, ha seleccionado como responsables el legislador comunitario: mientras que el responsable de la falta de *seguridad* del producto es su fabricante o, en su caso, su importador (arts. 1 y 3 Dir. de 1985) (84), es, en cambio, al vendedor a quien se hace responsable de su *falta de calidad* (85).

1.2. *La noción amplia de defecto: la falta de conformidad con el contrato*

Tal y como dejamos expuesto en nuestra **Introducción**, es el concepto de «falta de conformidad» o defecto de la cosa vendida el que, en mayor medida, refleja la vocación de síntesis de la Directiva y trasluce la influencia que en ella ha ejercido la CV de 1980, en tanto que pionera en la aproximación de los sistemas continentales y del *common law* en materia de compraventa. Y es que,

agrícolas no transformados en el concepto de *producto* del artículo 2.º de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad civil por productos defectuosos).

(82) El fundamento de la responsabilidad es, por ello, diverso: mientras que la responsabilidad regulada por la Directiva de 1985 es de índole extracontractual, en cambio, la derivada de la garantía legal es contractual.

(83) Al mero afectado que ni siquiera es usuario del producto dañoso (sería, por ejemplo, quien padece en su vivienda la inundación causada por una lavadora usada en una vivienda contigua), lo designa la doctrina especializada como *bystander* (así lo indica la «Memoria del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos», redactada por el Ministerio de Justicia e incluida en «Documentación» preparada por el Congreso de los Diputados para la elaboración de la citada Ley; cfr. SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Productos defectuosos. Documentación preparada...*, núm. 112, enero de 1994, págs. 197 y sigs.; a este respecto, vid. sus págs. 200, 207 y 216).

(84) Al vendedor sólo se le hace responsable de la falta de seguridad del producto de modo subsidiario y eventual: sólo cuando el fabricante o el importador no puedan ser identificados (art. 3.3 Dir. de 1985).

(85) Ambos conceptos difieren, pero en una relación de especie a género: mientras que la falta de calidad no necesariamente consiste en una falta de *seguridad*, la falta de *seguridad* puede, en cambio, ser valorada simultáneamente como falta de *calidad*, por cuanto el producto inseguro, por el hecho de causar daños, ha defraudado las expectativas del consumidor (en ello radica la falta de conformidad o calidad: art. 2.2 Dir. sobre garantías). Ello plantea una hipotética concurrencia de pretensiones que convendría depurar: si el dañado por el producto es el propio comprador (no, en cambio, si lo es el usuario o el mero afectado por el producto, porque tales sujetos no están legitimados activamente contra el vendedor, sino sólo contra el fabricante), tendría éste simultáneamente a su favor

en efecto, el artículo 2.º Dir., que enuncia la obligación del vendedor de entregar una cosa conforme con el contrato celebrado y que señala los criterios con arreglo a los cuales legalmente se estima que existe tal conformidad, evidencia una indudable inspiración en el artículo 35 CV. Además, precisamente por ser un código donde coexisten hasta cierto punto ambas influencias, la continental y la anglosajona, es asimismo perceptible cierto influjo del nuevo Código Civil holandés (86) (*vid.* el art. 17 de su Libro 7.º, en vigor desde enero de 1992) (87).

Al igual que esas normas que lo inspiran, el artículo 2.º Dir. ha optado por el pragmatismo que en su momento impuso RABEL en cuanto a dos aspectos: de una parte, en cuanto a la amplitud del concepto de «falta de conformidad» (*cfr.* art. 3.º Dir.: «cualquier falta de conformidad»), con el que se pretende neutralizar los esfuerzos, a menudo baldíos, de la doctrina y de la jurisprudencia (88) por deslindar los casos de entrega de cosa defectuosa de los de incumplimiento del contrato (89). De otra, se ha optado por una noción que representa no sólo una síntesis, sino sobre todo una superación de la tradicional contraposición entre el concepto objetivo y el subjetivo de *defecto*.

una acción contra el vendedor y otra contra el fabricante. No obstante, no sólo el legítimo pasivo, sino, además, el objeto de la reclamación serán diversos en cada caso: mientras que del vendedor se reclama primariamente una prestación correctora de la ya realizada (la reparación de la cosa ya entregada o su sustitución por otra de iguales características: art. 3.3 Dir.), en cambio, al fabricante cabe reclamarle una indemnización de los daños y perjuicios tanto personales como patrimoniales, si bien limitados estos últimos a los causados a cosas distintas de la defectuosa, ya que se excluyen los sufridos por esta última (art. 9.1 de la Directiva sobre productos defectuosos). Con todo, la expuesta diversidad de legitimados pasivos y de pretensiones no será óbice en nuestro Derecho para su acumulación en un solo proceso, ya que, por estar basadas en unos mismos hechos, se entiende que concurre en tales acciones identidad de causa de pedir (*cfr.* art. 72.2 LEC, de 7 de enero de 2000).

(86) Confirma tanto la inspiración en el artículo 35 de la Convención de Viena como la influencia del Código Civil holandés. TENREIRO, *loc. cit.*, págs. 191 y 198.

(87) En esa fecha entraron en vigor la Parte General del Derecho Patrimonial (Libro 3.º) y sus Partes especiales, relativas a los Derechos reales (Libros 5.º y 6.º) y al Derecho de Obligaciones (Libro 7.º). Sobre la contribución del Derecho holandés a la configuración del actual Derecho Privado europeo, *cfr.* ZIMMERMANN, REINHARD, «El Derecho romano-holandés y su contribución al Derecho Privado europeo», en ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado europeo*, cit., págs. 67 y sigs. y, en esp., pág. 98.

(88) Tal y como señalan MORALES MORENO (*La Convención...*, pág. 295) y PARRA LUCÁN (*loc. cit.*, pág. 208), es usual en la jurisprudencia calificar como incumplimiento supuestos que son, en realidad, de vicios ocultos, con el fin de soslayar los plazos cortos de las acciones de saneamiento.

(89) Sobre la dificultad que a menudo suscita la delimitación entre el supuesto de hecho del saneamiento y el del incumplimiento contractual, *cfr.* LARENZ (*op. cit.*, pág. 35); en análogo sentido en la doctrina española, BERCOVITZ (*loc. cit.*, págs. 816 y 818 a 821), y MORALES MORENO (*La Convención...*, cit., pág. 289). De modo más pragmático, entiende RABEL (*Das Recht des Warenkaufes*, cit., II, pág. 104, y *Gesammelte Aufsätze*, III, págs. 465 y 588) que, siempre que se susciten dudas de calificación, habrán de ser preferidas las reglas del saneamiento en tanto que *lex specialis*.

1.2.1. Falta de conformidad y entrega de cosa distinta de la convenida (*aliud pro alio*)

A la espera de acabar de perfilarlo a la luz de los criterios que, según el artículo 2.2 Dir., permiten estimar que la cosa es conforme al contrato, cabe, en principio, identificar ese concepto amplio de «conformidad» (90) con el de exacto cumplimiento del contrato (91). En última instancia, por inducción de tales criterios y a reserva de su examen pormenorizado, podemos anticipar que la cosa entregada se estima conforme a la convenida cuando, por reunir todas las cualidades (92) expresa o implícitamente acordadas [art. 2.2.b)], se ajusta a la calidad o nivel de prestación (93) que puede el comprador fundadamente esperar [cfr. art. 2.2.d) y 3.3, último párrafo].

Ahora bien, al igual que el artículo 35 CV, renuncia la Directiva a distinguir abiertamente entre cualidades cuya ausencia determina meramente falta de conformidad o cumplimiento inexacto del contrato, y cualidades cuya ausencia ha de llevar, en cambio, a estimar que la cosa entregada es diferente de la pactada (un *aliud*) y que, por tanto, el contrato ha sido esencialmente incumplido. Pues bien, dicha distinción entre *defecto e incumplimiento* está seguramente deliberadamente ausente de la CV, que acometió una regulación uniforme de todos los aspectos de la compraventa (94), pero es posible que subsista, en cambio, en el ámbito de la Directiva, que se ha propuesto una

(90) Sin ir más lejos, traslucen la amplitud de la noción los Cdos. 17 y 18 de la Directiva, que hacen al vendedor responsable de «cualquier falta de conformidad...» La amplitud de la noción de «falta de conformidad» es tal que sólo dejaría fuera los casos de cumplimiento tardío y los de omisión de la obligación de entrega, dado que el artículo 5.º Dir., relativo a los plazos de denuncia y prescripción, toma como *dies a quo* el momento de la entrega, y presupone, por tanto, un cumplimiento puntual de dicha obligación.

(91) Sobre la identificación entre los conceptos de «conformidad» y de exacto cumplimiento del contrato, cfr. TENREIRO, *loc. cit.*, pág. 190, y, sobre todo, MORALES MORENO, *La Convención...*, págs. 289 y 292: «El concepto de conformidad (falta de conformidad) de la mercancía... permite agrupar bajo ella un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa...»

(92) «Cualquier cualidad (la suma de todas ellas) repercute en la calidad, que es la expresión conjunta de todas las cualidades...» (así, BERCOVITZ, RODRIGO, «La naturaleza de las acciones...», cit., pág. 819).

(93) Vid. cómo, para enunciar el supuesto de hecho de la obligación de garantía, se recurre en la moderna legislación española a los conceptos de «calidad» y «nivel de prestación»; así, en el artículo 11.1 LGDCU («El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia que se establezca en los contratos deberá permitir que el consumidor... pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación...») y en el artículo 12.1 LOCM, relativo a «Garantía y servicio postventa» («El vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos en la forma determinada en los Códigos Civil y Mercantil, así como en la LGDCU y normas concordantes y complementarias»).

(94) En la CV, la asimilación entre falta de conformidad e incumplimiento es no sólo de concepto, sino también de efecto. Así, el artículo 46.2 CV sigue aplicando a una «falta

armonización sólo parcial (95), autorizando así a los legisladores nacionales a mantener intactas las reglas internas sobre el incumplimiento. De hacer uso éstos de la indicada facultad, los casos más graves de *defecto* o *falta de conformidad* (entrega de un *aliud* o cosa distinta de la pactada) bien pudieran continuar sometidos a las regulaciones nacionales del *incumplimiento* y, consiguientemente, exentos del peculiar régimen corrector de la *falta de conformidad* previsto por la Directiva (cfr. arts. 3 y 5) (96).

A nuestro entender, dos datos avalan una posible subsistencia de la distinción entre *vicio* e *incumplimiento* en la Directiva:

- En primer lugar, su proceso de elaboración; concretamente, su discusión en el seno del comité de expertos, convocado por la Comisión Europea, inclinado a adoptar un criterio de distinción entre *vicio* e *incumplimiento* que procede del §378 del Código de Comercio alemán (97) (98). Con arreglo a ese criterio, aunque, por regla general,

de conformidad» que, por su entidad, es ya «incumplimiento esencial», una consecuencia propia del régimen de garantías o de puesta en conformidad de la cosa entregada con la pactada (la sustitución de las mercancías entregadas por otras de la misma especie; sobre la sustitución como remedio propio de la garantía, vid. *infra* epígrafe 3).

(95) Cfr. Cdo. 6.º de la Directiva: «que, en consecuencia, conviene aproximar las legislaciones nacionales sobre la venta de bienes de consumo en ese aspecto (la falta de conformidad), aunque sin afectar a las disposiciones y principios de las legislaciones nacionales relativos a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual».

(96) Así, por ejemplo, de considerarse que la cosa entregada es ya no meramente disconforme con el contrato, sino un *aliud* o cosa distinta de la *pactada*, el comprador estaría facultado a instar la resolución del contrato (*ex art. 1.124 del Código Civil*), sin verse obligado —como ocurre, en cambio, en la Directiva (art. 3.3 y 3.5)— a optar primariamente por remedios que, como la reparación o la sustitución por otra de la cosa entregada, permiten al vendedor corregir una pretensión defectuosamente ejecutada. Asimismo, otra posible ventaja del régimen ordinario del incumplimiento para el comprador sería que la efectividad de sus pretensiones no dependería —como en la regulación comunitaria de la *falta de conformidad* (art. 5 Dir.)— de un tempestivo deber de denuncia del defecto (sobre el sistema de remedios y sobre la cuestión de los plazos en la Directiva, vid. *infra* nuestros epígrafes 4 y 5).

(97) Cfr. §378 del Código de Comercio alemán (*Handelsgesetzbuch*), de 10 de mayo de 1897: «...wenn eine andere als die bedungene Ware... sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste». Fue primero la jurisprudencia (en concreto, la sentencia del *Reichsgericht*, o antiguo Tribunal Supremo alemán, de 18 de diciembre de 1914) y más tarde la doctrina alemana quien recurrió a la norma en cuestión como criterio de delimitación entre los supuestos de incumplimiento y los de vicios de la cosa vendida (cfr. LARENZ, *op. cit.*, pág. 35). Por lo demás, el propio RABEL (*Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 388) admite haber incorporado a su Proyecto de Ley uniforme algunas de las reglas del Código de Comercio alemán; es por ello que volveremos a ver reiterada su influencia, por ejemplo, en cuanto al plazo de denuncia del defecto por el comprador (cfr. *infra* el epígrafe dedicado al **Plazo**).

(98) En cuanto a la hipotética adopción de la referida distinción entre *vicio* e *incumplimiento* por el legislador europeo, tomamos como indicio la opinión de TENREIRO, quien

toda entrega defectuosa pueda ser reputada falta de conformidad, la regla quebrará —considerándose entonces que hay verdadero incumplimiento del contrato y no meramente falta de conformidad— en aquellos casos en que la disparidad entre la cosa entregada y la cosa prometida es tan evidente y de tal calibre que el vendedor en ningún caso hubiese podido suponer que el comprador iba a autorizar su entrega como acto de cumplimiento del contrato (99).

- El segundo dato nos lo proporciona la transposición de la Directiva 99/44/CE en Alemania. Es bien sabido que el legislador alemán no se ha conformado con una transposición puntual de la Directiva limitada a modificar la regulación de las ventas de consumo, sino que ha optado por incorporar su contenido al propio núcleo originario del Código Civil (100), reformando ya no sólo la regulación de la compraventa ordinaria, sino incluso las reglas generales de cumpli-

fue miembro del Comité de Expertos de la Comisión Europea citado en nuestras notas 55 y 60: «Toute livraison non conforme au contrat est défectueuse au titre de la proposition [de Directive]... La livraison d'un aliud grossier, c'est à dire, d'un bien qui diverge tellement du contrat qu'un vendeur raisonnable ne peut pas supposer que l'acheteur veut l'accepter par son silence (ex: le consommateur a acheté une machine à laver et on lui a livré un réfrigérateur!), ne peut toutefois pas être considérée comme un cas de non-conformité: il s'agit là d'un cas d'inexécution complète de la vente...» (cfr. TENREIRO, *loc. cit.*, pág. 197).

(99) Una vez más, fue RABEL quien dejó trazada la tendencia que habría de seguir en adelante la legislación internacional. El citado autor era partidario de reconducir el mayor número posible de casos al régimen del saneamiento, sustrayéndolos así a las reglas del incumplimiento, por entender que aquel instituto ofrece al comprador un más amplio abanico de recursos, por lo demás más expeditivos que los propios del incumplimiento. Vid. así su «Rapport sur le droit comparé en matière de vente» (en los ya citados *Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 465): «...il est difficile de procéder à cette distinction [distinction entre livraison défectueuse et non-exécution]. Ce n'est d'ailleurs que satisfaire à l'équité que d'accorder à l'acheteur pour toute mauvaise livraison la totalité des droits qu'il aurait eu en cas de réception de marchandises défectueuses, par exemple celui de se dédire du contrat ou bien dans les cas où, d'après le régime des vices, des dommages-intérêts sont prévus, d'exiger ceux-ci sans devoir fixer un nouveau délai pour la livraison de marchandises conformes au contrat». El único caso que RABEL considera excluido de la falta de conformidad es, según indicamos en el texto y en la nota 97, el que resulta del §378 del Código de Comercio alemán (id. RABEL, *loc. cit.* y pág. cit.).

Por lo demás, desde el punto de vista de la armonización de las legislaciones nacionales, el régimen del saneamiento ofrece todavía una ventaja adicional respecto al del incumplimiento, en tanto permite aproximar los sistemas continentales y los de *common law*. Así, por contraposición al incumplimiento que, en el *common law* se reconduce a la indemnización de daños y perjuicios —dado que dicho sistema descarta la facultad de instar la ejecución específica o *in natura* del contrato—, el régimen de garantía aproxima ambos sistemas, aportando, además, remedios más acordes con la conservación del contrato.

(100) Sobre el alcance de la transposición de la Directiva en Alemania, nos remitimos a nuestro trabajo «La incorporación...», citado en la nota 1.

miento de la prestación (101). Pues bien, el nuevo §434 [1] y [2] BGB, que —para toda compraventa— dictamina la existencia de *vicios* en base a la *falta de conformidad* establecida en los términos del artículo 2.º de la Directiva, parece dudar del carácter omnicomprendivo de esa noción comunitaria, por cuanto, en su tercer apartado (§434 [3]), se considera obligado a aclarar que se equipara al *vicio* —y, consiguientemente, se somete también al régimen para él previsto (§437 BGB)— el supuesto de entrega de una cosa *distinta* de la convenida (§434 [3] BGB: «Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache... liefert»).

1.2.2. La dimensión subjetiva de la falta de conformidad: la ineptitud de la cosa para el uso particular requerido por el consumidor

Una vez delimitada la posible extensión del concepto de falta de conformidad, hay que analizarla en sentido cualitativo. Bajo ese segundo aspecto, la nota más novedosa de la noción, desde el prisma del Derecho Civil español, es su dimensión subjetiva. En efecto, tanto en el Código Civil español —por influencia de la concepción romanista de su modelo, el Código Civil francés (arts. 1.643 y sigs.) (102)— como, a remolque suyo, en la propia LGDCU, el concepto de «vicio o defecto» de la cosa vendida se ciñe a su ineptitud para el uso al que se la destina (entendiendo por tal el uso propio

(101) Tales cometidos han correspondido a la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001.

(102) El concepto de vicio o defecto del Código Civil francés (art. 1.643) y, por ende, de nuestro propio Código (art. 1.485) es, en definitiva, el acuñado por JEAN DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, tomo I, págs. 77 y sigs.) a partir de determinados pasajes del Digesto, relativos a las acciones edilicias (cfr. D. XXI, I, Ley 1, §8, y Ley 18); en ellos, tanto el uso que no permite la cosa vendida como las cualidades ausentes de ella, se valoran por referencia a un patrón abstracto, que es el uso o las cualidades que suelen acreditar en el tráfico las cosas de la misma especie. Es, por ello, que la imposibilidad del uso o de las cualidades especialmente requeridos por el comprador en ese particular contrato sólo se valoran como defecto si le fueron específicamente prometidos o asegurados por el vendedor (cfr. D. XXI, I, Ley 18), ya que, en ese caso, se convierten en motivo causalizado e incorporado al contrato como condición de su propia eficacia (cfr. DOMAT, *op. cit.*, pág. 79: «Si le vendeur a déclaré quelque qualité de la chose vendue, outre celle qu'il doit garantir naturellement... il faudra considérer si ces qualités ont fait une condition sans laquelle la vente n'eût pas été faite»). Pese a que ya la doctrina contemporánea del Código Civil francés y, en particular, los autores de la Exégesis (cfr. LLÁCER, *El saneamiento*, cit., pág. 177), se esforzaron por superar la estrechez de esa noción puramente objetiva, tales esfuerzos pasaron desapercibidos para los artífices del Código Civil español (vid., así cómo GARCÍA GOYENA, «Comentario al art. 1.406, Proy. 1851», pág. 750, suscribe sin reservas la concepción de DOMAT, apoyándose, además, en los mismos pasajes del Digesto).

o habitual de las cosas de la misma especie) o a la ausencia en ella de las cualidades o prestaciones propias de los bienes de su misma naturaleza (cfr. arts. 1.485 del Código Civil y 11.1 LGDCU).

Pues bien, con esa dimensión objetiva, igualmente presente en la noción de *falta de conformidad* de la Directiva [art. 2.2, apdos. c) y d) Dir.], coexiste un aspecto subjetivo que incluso fue concebido como prioritario por el legislador comunitario (103): la inadecuación de la cosa para el uso al que «especialmente» quisiera destinarla el consumidor [art. 2.2.b)] o la inexistencia en ella de cualidades particularmente valoradas por aquél.

Esa acepción subjetiva, ajena a la noción romanista de vicio, ha sido incorporada a la Directiva por influencia germánica y anglosajona (104). Y es que, en efecto, tanto el Código Civil alemán (así, el anterior §459 BGB,

(103) Así lo trasluce el citado *Libro Verde* presentado por la Comisión Europea; vid. su pág. 81.

(104) Una vez más, la fusión o integración en la noción de *defecto* del criterio objetivo, común a todos los sistemas, y del criterio subjetivo que le aportan el Código Civil alemán y el *common law*, la debemos al artículo 35 CV (cfr. art. 35.2), a tenor del cual: «Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato...» [obsérvese la concomitancia del art. 35.2.a) CV con el art. 2.2.c) y d) Dir., y del art. 35.2.b) CV con el art. 2.2.b) Dir.].

El transcrito precepto de la CV reproduce, sin apenas cambios, el artículo 37 del Proyecto inicial de RABEL. Como él mismo hace saber (*Das Recht des Warenkaufes...*, II, pág. 171), el precepto internacional se inspira esencialmente en el antiguo §459 BGB. Pero RABEL no se limitó a copiar esa disposición, sino que sólo la presentó como modelo tras demostrar que los criterios que en la regla alemana servían para verificar si la cosa vendida era o no conforme al contrato eran equivalentes a los índices que en el Derecho anglosajón cumplían idéntica función (recuérdese que, tal y como indicábamos en la **Introducción**, notas 30, 33 y 34, una de las principales dificultades a la hora de elaborar la CV fue la reticencia de los anglosajones a aceptar reglas ajenas a su sistema).

En efecto, según el anterior §459 [1] BGB (con el que coincide en este punto el actual §434 [1] BGB, derivado de la incorporación de la Directiva sobre garantías), la cosa vendida era defectuosa y el vendedor responsable del defecto cuando el defecto en cuestión impedía o disminuía su valor o bien su aptitud para el uso ordinario (criterio objetivo) o para el uso presupuesto (criterio subjetivo) en el contrato («mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem *gewöhnlichen* oder *nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch* * aufheben oder mindern»). Según demuestra RABEL (*op. cit.*, págs. 163, 167 y 171), los expuestos criterios coinciden con los que, a su vez, utiliza el *common law* y, en concreto, el artículo 14 de la Ley británica sobre venta de aquél entonces (SGA de 1893). Al igual que en la actual (*infra* notas 105 y 106), los índices a tener en cuenta en dicho texto eran dos: la «*merchantability*» * (art. 14 [2]) o comerciabilidad de la cosa, definida en función de su aptitud para servir al uso propio de los bienes del mismo tipo, y su «*fitness for particular purpose*» * (art. 14 [3]), que coincide tanto con el «uso presupuesto» del Derecho alemán (antiguo §459 [1] BGB) como con aquello que —inspirándose en él— describirá posteriormente el art. 35.2.b) CV como la aptitud «para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato...» Sobre la necesidad de poner en conocimiento del ven-

al que sigue en este punto el actual §434, derivado de la incorporación de la Directiva) como la legislación anglosajona sobre venta [en concreto, el artículo 14 de la Ley británica sobre Venta de 1979 (SGA) (105) y el art. 14 de la Ley irlandesa de 1980] formulan un concepto en el que el defecto o la falta de conformidad de la cosa vendida se define tanto en función de sus aptitudes o cualidades objetivas como del uso para el que ha sido comprada o de las cualidades que de ella esperaba el comprador (106).

La importancia de este segundo criterio subjetivo es tal que, siguiendo el proceso de elaboración de la Directiva, se comprueba que, inicialmente, se había propuesto incluso el legislador comunitario convertirlo en preeminente (107), ya que, además de mencionarlo junto a los demás parámetros, lo

dedor el uso presupuesto o particular del comprador, vid. lo que exponemos más adelante en el texto en relación a la Directiva.

* Las cursivas son mías.

(105) *Sale of Goods Act* de 1979; su artículo 14, inspirado en la anterior Ley británica sobre la materia, de 1893, fue modificado en 1994 por la *Sale and Supply of Services Act* de 1994.

(106) El artículo o *section* 14, apartados (2) y (3), de la SGA británica de 1979, define la exigencia de conformidad con el contrato en los siguientes términos: (2) «Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of *merchantable quality*...» *

«Goods of any kind are of *merchantable quality* * within the meaning of [section 14 (2)] if they are as *fit for the purpose* or purposes for which goods of that kind are commonly bought * as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances».

(3) «Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, *expressly or by implication, makes known to the seller any particular purpose* * for which the goods are being bought, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied...» (tomamos el texto de ANSON, Sir William Reynell, *Law of Contract*, Oxford, 1984 (26 ed.), págs. 129 y sigs.). Tras la reforma de 1994 (vid. la nota anterior), la expresión *merchantability* o *merchantable quality* *, con la que se designa el índice objetivo de la conformidad, ha sido sustituida por la más actual de *satisfactory quality* * («goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price —if relevant— and all the other relevant circumstances») (el texto modificado lo proporciona ERVINE, COWAN, en la sección de Información de la *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1995-2, págs. 115-116).

* Las cursivas son mías.

(107) Y es que, en efecto, la doctrina considera al criterio subjetivo como índice preeminente de la existencia de defecto o falta de conformidad: «Diese Überlegung führt zur Anerkennung des von der Rechtsprechung vertretenen und heute auch überwiegend von der Literatur gebilligten sog. **subjektiven** oder **konkreten Fehlerbegriffs**... Nur für diese seltenen Fälle [alude el autor a ejemplos excepcionales que él mismo propone] behält der objektive Fehlerbegriff Berechtigung...» (así, LARENZ, *op. cit.*, pág. 33). Tal y como indica PARRA LUCÁN (*op. cit.*, pág. 209), aunque con mayores dificultades, también en nuestro ordenamiento puede llegarse a la conclusión del carácter sólo residual o defectivo del criterio objetivo respecto al subjetivo a la hora de establecer el carácter defectuoso de la cosa vendida: «La obligación de entrega del vendedor incluiría, entre otras, la obligación

reiteraba como fórmula de cierre del concepto de *conformidad* de la cosa vendida con el contrato (108). Sólo el descontento de los sectores profesionales afectados (109), expresado cuando fueron llamados a consulta (110), de-

de que el objeto sea idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente fijado. Dando por supuesto que esto no está tan claro en nuestro ordenamiento, se ha puesto de relieve, con carácter general, la necesidad de reconocer legalmente que el programa típico-económico de la prestación del vendedor incluye hacer al comprador propietario libre de cargas de una cosa de la calidad, cualidades o propiedades pactadas o, en defecto de pacto, de las adecuadas al uso a que normalmente se destina».

(108) Así permite comprobarlo tanto el citado *Libro Verde*, elaborado por la Comisión Europea en preparación de la Directiva (vid. su pág. 27: «Le défaut et l'inexistence des qualités sont définis... en premier lieu de façon concrète ou subjective... Ce n'est que si la fonction à laquelle la chose est destinée ne peut être déterminée selon le contrat, que la loi fixe un critère objectif: la fonction normales des choses de la même catégorie») como sus antecedentes. Así, inicialmente, el artículo 6.1 de la primera Propuesta de Directiva reflejaba la expuesta dualidad de criterios, destacando el criterio subjetivo hasta el punto de valorarlo como presupuesto adicional de la obligación de garantía y yuxtaponerlo a la exigencia de conformidad con el contrato: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se garantice al consumidor que adquiera mercancías por contrato de venta el derecho a recibir aquellas mercancías conformes al contrato y *que se ajusten al propósito para el cual fueron vendidas...*» (vid. Propuesta de 5 de marzo de 1992, DOCE, núm. C 73, de 24 de marzo de 1992). Posteriormente, el artículo 2.2 de la sucesiva Propuesta de Directiva de 23 de agosto de 1996 (DOCE, núm. C 307, de 16 de octubre de 1996), además de mencionar «la aptitud de la cosa para el uso especial requerido por el consumidor» [art. 2.2.c)] como uno de los criterios que sirven para determinar su conformidad con el contrato, reforzaba el valor de ese criterio subjetivo al establecer en su último apartado [d)] que, en última instancia, se tendría en cuenta si «su calidad y sus prestaciones son satisfactorias...», fórmula que, según indican TENREIRO (*loc. cit.*, pág. 197) y PARRA LUCÁN (*op. cit.*, pág. 210), iba destinada a verificar la correspondencia de la cosa con las legítimas expectativas del consumidor. Ese último parámetro fue finalmente suprimido (por las razones que se indican en la nota siguiente), de manera que el artículo 2.2.d), que en la redacción de la Propuesta integraba el criterio subjetivo y el objetivo en la cláusula de cierre, atiende ahora sólo a la dimensión objetiva. Compárese así la anterior redacción del apartado («su calidad y sus prestaciones son satisfactorias, habida cuenta de la naturaleza del bien...») con la actual («presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo...»).

(109) Ya se ha visto que no es infrecuente que el legislador comunitario acabe cediendo a las presiones de los afectados (vid. lo relatado en la nota 81 acerca de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos). Otro ejemplo nos lo proporcionaría la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador, que acabó siendo modificada a conveniencia del *lobby* de empresas informáticas (así lo relata nuestro trabajo «El derecho de autor en la sociedad de la información», publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1997, núm. 2, págs. 63 y sigs., en esp., pág. 77).

(110) Da cuenta de lo ocurrido el Dictamen del Comité Económico y Social de la CEE sobre la segunda Propuesta de Directiva (DOCE, núm. C 66 de 3 de marzo de 1997, págs. 5 y sigs.). Vid. el apartado 3.5 del Dictamen: «En el procedimiento de consultas sobre el Libro Verde, las reflexiones en torno al concepto de falta de conformidad fueron muy controvertidas. Los representantes de los consumidores acogieron favorablemente el enfoque —de orientación más bien subjetiva— conforme al cual el criterio que debe

terminó que, finalmente, la redacción definitiva parezca atribuir al criterio objetivo y al subjetivo una importancia paritaria a la hora de valorar la conformidad con el contrato [vid. así como el art. 3.3, último párrafo, los enuncia igualitariamente (111): «habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor»] (112).

Es posible que, a la luz de las más elementales reglas de la autonomía de la voluntad, y, en particular, de aquélla que reza que los contratos obligan primariamente a lo expresamente pactado (esto es, a lo particularmente querido por los propios contratantes; cfr. art. 1.258), la descrita pugna entre el

considerarse principal es el de «conformidad con las expectativas legítimas del consumidor». Este criterio, no obstante, suscitó numerosas objeciones por parte de los proveedores. La presente propuesta de Directiva tiene ampliamente en cuenta dichas objeciones. Por esta razón, en el apartado 2 del artículo 2, donde se enumeran los criterios que se han de considerar para apreciar la conformidad de un bien con el contrato, ya no se hace mención explícita de las expectativas legítimas del consumidor».

(111) Esa misma valoración igualitaria de ambos criterios la encontramos también en el artículo 17.1 y 2 del Libro 7.º del Código Civil holandés: 1. «La cosa entregada debe responder al contrato. 2. Una cosa no responde al contrato si no posee las características que el comprador pudiera esperar por razón del contrato. El comprador puede esperar que la cosa posea las características que sean precisas para su uso normal y de cuya presencia no debiera dudar, así como las características que sean precisas para un uso especial que se haya previsto en el contrato».

Como indicábamos al principio del epígrafe II, 1.2.1, la regulación holandesa fue seguida muy de cerca por los redactores de la Directiva, tanto por haber sabido establecer un compromiso entre la concepción germánica y la anglosajona de la garantía, como por tratarse de la regulación nacional más moderna (data de 1992), año en que se iniciaron los trabajos que culminaron en la actual Directiva.

(112) El valor legal de dichos criterios, objetivo y subjetivo, a la hora de establecer la existencia de un defecto o falta de conformidad de la cosa vendida con el contrato es acumulativo (cfr. Cdo. 8.º *in fine* de la Dir.), de manera que, aun reuniendo la cosa las cualidades y prestaciones de los bienes de su misma naturaleza, podrá ser considerada defectuosa, si no se ajusta a las expectativas del consumidor (comp. art. 17.1 y 2 del Código Civil holandés). La alternativa contraria (esto es, que la cosa se ajuste a las expectativas del consumidor, pero que carezca, en cambio, de las cualidades y prestaciones propias de la categoría de bienes a que pertenece) no parece, en cambio, intelectualmente posible, dado que, huelga decirlo, forma parte también de las expectativas del consumidor que la cosa vendida reúna los caracteres propios de los bienes de su misma naturaleza.

Sin ir más lejos, ello demostraría la conveniencia de haber mantenido, tal y como se había previsto en las Propuestas de Directiva y luego se suprimió (cfr. *supra* notas 108 a 110), la adecuación de la cosa a las expectativas del consumidor como fórmula de cierre del concepto de conformidad con el contrato. Así lo ha hecho el legislador alemán que, haciendo suya la posición inicial del legislador comunitario, atribuye explícita prioridad al criterio subjetivo de la conformidad. Así, según el §434 [1], párrafo 1.º, BGB, para establecer la conformidad de la cosa vendida con el contrato hay que atender primariamente al criterio subjetivo (esto es, a la presencia en la cosa de las cualidades presupuestas en el contrato). Sólo a falta de pacto o de presuposición de cualidades (inferida del contrato y de sus circunstancias), podrá seguir considerándose que la cosa es conforme con el contrato, si reúne, cuando menos, las cualidades o aptitudes usuales en los bienes

criterio objetivo y el subjetivo pueda parecer inusitada. Con arreglo a ella —se dirá—, el uso y las cualidades, particularmente queridos y pactados, son ya de por sí preferentes a los efectos de establecer la conformidad o no de lo vendido con el contrato.

Sin embargo, la referida contraposición tiene razón de ser por dos motivos. En primer lugar, porque los criterios con arreglo a los cuales se determina la existencia del defecto o falta de conformidad con el contrato presuponen, tal y como se indica en la propia Directiva (vid. su Cdo. 7.º), la inexistencia (o, en su caso, la inconveniencia desde el punto de vista de los derechos del consumidor) (113) de determinaciones contractuales específicas acerca de los caracteres de la cosa vendida. Y, en segundo lugar, porque, cuando aludimos a la preeminencia o, como mínimo, equivalencia del criterio subjetivo y el objetivo, no nos referimos al uso y a las cualidades pactados o bilateralmente acordados, sino a un uso y a unas cualidades que, aun siendo solo unilateralmente queridos, esperados o presupuestos por el comprador (114), se convierten, por decisión legal, en índice vinculante y del que se hace responder igualmente al vendedor [arg. *ex art. 2.2.d*] Dir.: «...que el consumidor puede fundadamente esperar»] (115).

El único requisito de incorporación al contrato de la expectativa o fin *presupuesto* (116) por el comprador es que, en el momento de celebrarlo, lo haya «puesto en conocimiento» del vendedor y éste haya «admitido» que el

del mismo tipo (cfr. §434 [1], párrafo segundo, BGB). Sobre la gradación de los criterios que determinan la conformidad de la cosa vendida con el contrato en la regulación alemana derivada de la asunción de la Directiva 99/44/CE, vid. nuestro trabajo «La incorporación de la Directiva... por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones».

(113) «Considerando que los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales... puede resultar útil establecer disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor cuando las partes no hayan acordado cláusula contractual específica alguna o cuando hayan acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyan o limiten, directa o indirectamente, los derechos del consumidor...» (así, el Cdo. 7.º de la Dir.).

(114) Tal y como gráficamente señala R. BERCOVITZ (*loc. cit.*, pág. 795), se trataría de «las expectativas del comprador, basadas en su interpretación del contrato» (la cursiva es mía).

(115) Obsérvese que, en tanto introducen ambas la noción de «expectativa» legítima o fundada, se convierten en paralelas la definición de defecto de calidad de esta Directiva y la de defecto de seguridad de la Directiva 85/374/CEE sobre productos defectuosos (vid. su art. 2.º: «Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar...»). Esa noción de «expectativa legítima», «fundada» o «razonable» es de raigambre anglosajona [vid. así como tanto el art. 14 (2) de la SGA británica, en la redacción anterior a 1994 (*supra* nota 106), como el art. 14 de la también citada Ley irlandesa, para referirse a la calidad o caracteres que cabe exigir a la cosa vendida, recurren a la fórmula «as it is reasonable to expect having regard to...»].

(116) Esto es, aquello que tanto el anterior §459 BGB como el actual §434, llaman «nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch...» (*supra* nota 104).

bien es apto para dicho uso [art. 2.2.b) Dir.] (117). Nos encontramos así con que la declaración unilateral de uno de los contratantes (en este caso, el comprador), por el sólo hecho de no haber sido contradicha o desmentida por el vendedor (118), queda convertida *ope legis* en regla integrante del acuerdo contractual y, en cuanto tal, vinculante a los efectos de designar o describir el objeto de la prestación del propio vendedor. Es más, tal y como fue concebida la regla, no se exige siquiera una declaración expresa del comprador, sino que puede ser esta tácita (119) o, incluso, quedar establecida a través de las circunstancias en que fue celebrado el contrato (120).

(117) La exigencia del artículo 2.2.b) Dir., de que el comprador «ponga en conocimiento» del vendedor el «uso especial» que quiere dar a la cosa comprada es el requisito que convierte a la aptitud de la cosa para ese uso en criterio de determinación de la conformidad de la cosa con el contrato. Es indudable que ese requisito de la «puesta en conocimiento» ha sido incorporado a la Directiva por influencia del *common law*. El examen del artículo 14 (3) de la SGA británica (vid. *supra* nota 106) basta para comprobarlo: «...and (if) the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller any particular purpose * for which the goods are being bought, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose» *.

* La cursiva es mía.

(118) Obsérvese que el artículo 2.2.b) de la Directiva se conforma con la mera «admisión» del vendedor, sin requerir siquiera su *aceptación*, de manera que, para que la declaración del comprador se convierta en vinculante para él, puede bastar su silencio (en contra de las reglas generales de la declaración de voluntad, se estaría, pues, acogiendo aquí, la máxima popular «quien calla, otorga»). Es más, el artículo 2.2.c) de la segunda Proposición de Directiva, se conformaba incluso con que el comprador diese a conocer al vendedor el fin presupuesto por él al comprar, sin ni siquiera exigir «admisión» alguna de éste.

(119) Autores como WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, §395, pág. 697, nota 2) y, sobre todo, RABEL (*Das Recht des Warenkaufes*, cit., tomo II, pág. 142) entienden que, en ocasiones, las propias circunstancias de la celebración del contrato (por ejemplo, el lugar de la contratación) son de por sí suficientes para suscitar determinadas expectativas en el comprador y le eximen incluso de tener que comunicárselas al vendedor. Vid. así el ejemplo propuesto por RABEL (*loc. cit.*): «So mag ein Kunde, der eine Uhr bei einem regulären Juwelier oder Uhrmacher kauft, sich darauf verlassen, dass sie neu ist...», lo cual supone según el citado autor (id. RABEL, *loc. cit.*) que «einer formellen Garantie jedes Verhalten des Verkäufers gleichgestellt wird, welches beim Käufer die Vorstellung hervorruft, dass der Gegenstand eine gewisse von ihm gewünschte Eigenschaft besitzt oder von einem bestimmten Fehler frei ist».

(120) La doctrina y la jurisprudencia anglosajonas son particularmente laxas (hasta extremos inusitados, diría yo) a la hora de considerar cumplido el mencionado requisito de la comunicación al vendedor del uso pretendido por el comprador. Así, en uno de los casos citados como representativos (*Chapronière versus Mason*, decidido en apelación por la justicia británica el 28 de junio de 1905; vid. *Times Law Report*, tomo 21, pág. 633), el solo hecho de que un panecillo fuera comprado a un panadero fue estimado suficiente para entender cumplida tácita o implícitamente («by implication...», como dice la *section 14 [3] SGA*) la referida exigencia: «It is clear that one who buys a bath bun from a baker makes known to him by implication that he requires it for the purpose of eating... In this case, therefore, there was an implied condition that the bun should be reasonable fit for eating...» (cfr. ANSON'S, *Law of contract*, cit., pág. 133).

Cumplido ese requisito de la comunicación del comprador al vendedor, es la propia ley (121) la que decide convertir una expectativa, fin o *motivo* individual del comprador, en término implícito en el propio contrato (*implied term*) y, por tanto, en regla con arreglo a la cual, a falta de explícita determinación contractual o pactada (122), quedan legalmente determinados los caracteres que ha de reunir la cosa vendida (123). Se trataría entonces de un supuesto en el que, sólo por decisión legal, cobra excepcionalmente eficacia la denostada (124) figura del *presupuesto* (125) (126).

(121) Precisamente porque, tal y como indicamos tanto en el texto como en la nota 118, es suficiente la mera «admisión» —que no aceptación— del vendedor de que la cosa vendida es apta para el uso querido por el comprador, sólo de modo ficticio o artificial cabría considerar que ese uso o fin unilateral del comprador se incorpora al contrato por acuerdo de ambos contratantes: «Weil das Bedürfnis des Käufers dem Verkäufer bekannt ist, bildet es den Gegenstand einer stillschweigende Vereinbarung...» (así, describiendo la óptica del Derecho anglosajón, RABEL, *Das Recht des Warenkaufes*, II, pág. 167).

(122) «The parties to a contract of sale of goods may include in the contract such terms as they may agree upon. But the contract is of such everyday occurrence, and it is commonly made with so little consideration of the exact legal results which the parties would desire to produce by it, that if their rights and obligations were to be determined only by what they say or do when they make the contract their reasonable expectations would often be defeated» (así ANSON, en *Law of contract*, cit., pág. 129).

(123) Por lo demás, tal y como indica MORALES MORENO (*La compraventa internacional...*, cit., pág. 299), esas reglas de conformidad legalmente fijadas no son meramente dispositivas, sino que están investidas del valor imperativo propio de las normas de interpretación y del que carecen, en cambio, las meramente interpretativas de la voluntad de los contratantes.

(124) Denostada por el factor de inseguridad que introduce en el negocio.

(125) Aunque no es aquí donde corresponde explicarlo, la figura de la *presuposición* o *base del negocio* como instituto que agrupa todos aquellos casos en que su eficacia puede llegar a pender del móvil, fin o representación individual de alguno de los contratantes, aun sin haber acordado ambos introducirlo en el negocio con el valor de explícita condición suspensiva o resolutoria, es una creación del jurista alemán BERNHARD WINDSCHEID: «Die Voraussetzung ist eine Willensbeschränkung, wie die Bedingung. Der Urheber der Willenserklärung sagt nicht: ich will wenn..., aber er sagt: ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht...» (así, en «Die Voraussetzung», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1892, págs. 161 y sigs. y en esp., pág. 195). Si bien WINDSCHEID fracasó en su intento de introducir la noción de *presupuesto* en el Código Civil alemán como figura de validez general, no es menos cierto que cabe considerar cumplida su premonición de que la «noción es arrojada por la puerta, pero volverá a entrar por la ventana» («zur Türe hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein»; vid. *loc. cit.*, pág. 197). Y, es que, en efecto, pese a no haber sido incluida en la Parte General del BGB, hay figuras concretas de ese Código que admiten la relevancia del *presupuesto*; así, sin ir más lejos, en sede de transacción (cfr. §779 BGB) y, tal y como se está comprobando aquí, en sede de compraventa, dado que, como hemos visto, tanto en el anterior §459 [1] como en el actual §434 [1] BGB, la ineptitud de la cosa para «el uso presupuesto por el comprador» impide considerarla conforme al contrato (vid. *supra* nota 104).

(126) Además de rehabilitar la idea de *presupuesto*, desde el punto de vista dogmático, la inclusión de las cualidades o prestaciones esperadas por el comprador en el con-

Ahora bien, por otro lado, hay que evitar que el reconocimiento legal de ese criterio subjetivo de determinación de la «conformidad» desequilibre el intercambio de prestaciones en beneficio exclusivo del comprador, eliminando por entero para él el riesgo económico que cualquier contrato oneroso y conmutativo entraña inevitablemente para ambos contratantes (127). Es por ello que, simultáneamente, exige la regulación comunitaria que esa expectativa sea «fundada» [art. 2.2.d)] o «razonable» (cfr. Cdo. 8.º Dir.: «calidad y rendimiento que el consumidor puede razonablemente esperar...») (128), señalando, además, qué datos o índices convierten la expectativa del consumidor en legítima o fundada.

Esos datos son los que, de modo casuístico y desordenado (129), enuncian los apartados *a*) y *d*) del artículo 2.2: «la descripción realizada por el vendedor», la conformidad de la cosa con la «muestra o modelo presentado por el vendedor» al consumidor [art. 2.2.a)] y «las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado» [art. 2.2.d)].

En realidad, los datos de tal enumeración se sintetizan en torno a dos elementos (130):

cepto de conformidad de la cosa con el contrato tiene todavía otra consecuencia, que es la reducción del ámbito de aplicación del error invalidante proyectado sobre las cualidades de la cosa que motivaron la celebración del contrato (art. 1.266 del Código Civil: «...error... sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo») y la correlativa ampliación del ámbito de los vicios o defectos de la cosa (obsérvese que el fenómeno es paralelo al señalado en el epígrafe anterior, de ampliación del régimen del vicio a costa del propio del incumplimiento). Tal ampliación del régimen de los vicios de la cosa en detrimento de la regulación del error se explica porque —pese a algunos intentos de delimitación entre el supuesto de hecho del error sobre las cualidades de la cosa y el de sus vicios o defectos (cfr. LLÁCER, *op. cit.*, págs. 174 y 182)— las reglas del saneamiento por vicios son especiales respecto a las del error (cfr. ALBALADEJO, II, 2.º, pág. 173), o, dicho de otro modo, el vicio oculto es una de las posibles manifestaciones del error sobre las condiciones de la cosa (que sería un supuesto más amplio), de manera que, siempre que sea aplicable el régimen especial del vicio, dejará de serlo el más general del error.

(127) Como dice LARENZ, habría que evitar «...dass mit einem Kauf nun einmal verbundene wirtschaftliche Risiko dem Käufer in unangebrachtem Masse abzunehmen» (*op. cit.*, pág. 35).

(128) El propio *Libro Verde* de la Comisión Europea, pág. 82, reconoce que el adjetivo «legítima» o «fundada» está pensado como límite de la noción esencialmente subjetiva de «expectativa».

(129) Desordenado, porque se enuncian mezclados y al mismo nivel que los dos parámetros o criterios (objetivo y subjetivo) de la conformidad de la cosa vendida con el contrato, pese a que, en rigor, son sólo límites de los referidos criterios y, en particular, del de carácter subjetivo.

(130) Téngase en cuenta que, en la segunda Proposición de Directiva, intervenía también como índice del grado de expectativa del consumidor un tercer elemento: el precio del producto (cfr. art. 2.4.d) de la Proposición: «...habida cuenta de la naturaleza del bien y del precio pagado...»). Ese dato, incorporado a la Proposición por influencia

- La descripción de la cosa realizada por el propio vendedor, dado que la presentación de una muestra o modelo no constituye sino un modo o caso particular de descripción [art. 2.2.a)] (131).
- Las declaraciones publicitarias o dirigidas al público en general (incluyendo las incorporadas por el propio producto en su envasado o etiquetado) realizadas por el propio vendedor o, incluso, por el fabricante [art. 2.2.d)] o cualquier otro partícipe en la previa cadena de distribución del producto (cfr. art. 4 Dir.).

A su vez, ambos elementos se reconducen a uno sólo: la información que, con ocasión del contrato (antes o durante su celebración), se haya proporcionado al comprador (132), tanto si le fue dirigida individualmente a él o al público en general, y fuere cuál fuere, además, su procedencia, ya que, incluso si no procede del propio vendedor, se entiende proporcionada por su cuenta o en interés suyo (133).

de la SGA [section 14 (2), 2], fue, no obstante, suprimido a instancias del Comité Económico y Social, órgano consultivo de la Comisión Europea (vid. así el apdo. 3.8 de su Dictamen cit.: «se llegaría incluso a la consecuencia de que, entre dos vendedores de un mismo producto, aquél que lo vendiese más barato sólo podría ser objeto, en virtud de la obligación de la garantía legal, de un recurso menos importante que el interpuesto contra aquél que exigiese un precio más elevado»).

A nuestro modo de ver, al rechazar el criterio del precio demuestra, una vez más el legislador comunitario, su reticencia a fiscalizar, en aras de la libre formación de precios en el mercado, el equilibrio o correspondencia económica entre las prestaciones contractuales. Sin ir más lejos, recuérdese cómo el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de 5 de abril de 1993, expresamente renuncia a dicha fiscalización o control: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá 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...»

(131) El criterio de la descripción (y el caso particular de la descripción mediante muestra) proceden, al igual que el finalmente descartado del precio (vid. nota anterior), del Derecho anglosajón (sobre la importancia del criterio de la *description* en el *common law*, cfr. RABEL, *op. cit.*, II, pág. 140).

Cfr. section 13 (1) y (2) de la SGA británica: (1) «Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied condition that the goods will correspond with the description»; (2) «If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods correspond with the sample if the goods do not also correspond with the description». Tales criterios han sido incorporados, a su vez, por el Código Civil holandés (art. 17.4 de su Libro 7.^o), aunque confiriendo al vendedor la posibilidad de demostrar que la muestra fue exhibida sólo a título indicativo, en cuyo caso no interviene como criterio de conformidad.

(132) «...le critère constitutif du défaut réside dans la non-conformité à l'attente légitime du consommateur compte tenu de l'information dont il a disposé» (cfr. *Libro Verde...*, cit., pág. 101).

(133) Así, por ejemplo, el artículo 18 del Libro 7.^o del Código Civil holandés imputa al vendedor o suministrador final del producto las declaraciones publicitarias del fabricante o de un anterior distribuidor del mismo por entender que han sido realizadas en

Siendo así, comprobamos de nuevo (134) a estos efectos cómo las declaraciones unilaterales de uno de los contratantes (en este caso, las declaraciones o la información que el vendedor proporciona al comprador sobre la cosa vendida), correspondientes, además, en este caso, a la fase precontractual, quedan incorporadas por decisión legal al contenido del contrato (135).

Ello entraña una valoración legal más rigurosa del comportamiento del vendedor y, en concreto, de su deber de información en esa fase, pero sin que su infracción se sancione ya, como en los Códigos Civiles (art. 1.486,2 del Código Civil), sobre la base del dolo y mediante el recurso a la in-

su beneficio, sin permitirse siquiera al vendedor demostrar que no ha sido así. Ello obedece a que no estamos ante una presunción legal, sino ante una elección o decisión de política legislativa: si se hace responsable al vendedor, cualquiera que sea la procedencia de las declaraciones publicitarias, es porque —como veremos *infra* en el epígrafe relativo a la **Responsabilidad**— *de lege data* sólo a él se ha querido hacer responsable de la calidad de los productos frente al consumidor. Ello presupuesto, tanto el legislador como la doctrina intentan justificar la referida decisión con diversos argumentos. Así, además del ya expuesto de la actuación del fabricante en interés del vendedor, se dice también que el consumidor, en la práctica, no distingue entre la información proporcionada por el comerciante y la proporcionada por el productor (cfr. Dictamen cit. del Comité Económico y Social, apdo. 3.9, pág. 8); o que con su comportamiento el vendedor ha hecho suyas las declaraciones del fabricante (vid. en este sentido, RABEL, *Das Recht...*, II, pág. 150). O bien, que incumbe al vendedor la carga de destruir la confianza suscitada en el comprador por las declaraciones publicitarias, incluso si proceden de un tercero, dado que, en última instancia, el comprador contrata confiando en el vendedor, «confianza que normalmente se fundará en la consideración que el vendedor, por la causa que fuere, merece en el tráfico» (así, MORALES MORENO, *La Convención...*, cit., pág. 302).

(134) De nuevo, porque hemos visto ya al inicio de este mismo epígrafe (II, 1.2.2. **La dimensión subjetiva...**) cómo el uso o las cualidades de la cosa presupuestas por el comprador pasan, por decisión legal, a formar parte del acuerdo contractual.

(135) No es ésta la primera Directiva sobre consumo que equipara información publicitaria e información contractual, ya que, en el ámbito comunitario, dicha equiparación se remonta a la Directiva reguladora de los Viajes Combinados de 13 de junio de 1990, cuyo artículo 3.2.2 dispone que la información contenida en el programa o folleto informativo facilitado al consumidor antes de la celebración del contrato será vinculante para el organizador o el detallista del viaje combinado. Sucesivamente, alguna de las posteriores Directivas relativas a otros particulares contratos con consumidores abundan en idéntica equiparación (vid. así tanto el Cdo. 7.º como el art. 3.2 de la Directiva de 26 de octubre de 1994, sobre contratos de adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

A estos efectos, se constata tanto una influencia de la legislación comunitaria en la de los Estados miembros, como posiblemente también la tendencia inversa, por haberse anticipado algunos de ellos a las propias Directivas en cuanto a la referida equiparación entre información publicitaria y contractual. La prioridad parece corresponder a la Ley luxemburguesa de 25 de agosto de 1983, cuyo artículo 11 dispone que: «toute description des caractéristiques et qualités d'un produit ou d'un service faite dans des documents et moyens de publicité... est réputée faire partie du contrat... même si la publicité est le fait du fabricant, du détenteur ou de l'exploitant de la marque ou de tout autre professionnel situé en amont du vendeur».

demnización de daños y perjuicios, sino que, prescindiendo de aquél (136), la sanción estriba en que toda declaración del vendedor (o de un anterior distribuidor) relativa al producto (137), expresa o implícita, exacta o inexacta, pasa a formar parte del contrato, lo cual, pensando en términos de política legislativa (138), sólo puede contribuir a que el vendedor tienda a cerciorarse de la veracidad de sus propias afirmaciones e incluso de las formuladas por sus predecesores en la cadena de distribución del producto.

En última instancia, la responsabilidad del vendedor por las declaraciones públicas de la fase precontractual se asienta sobre la presunción legal

(136) En realidad, hasta que la legislación de consumo (cfr. nota anterior) —y, en realidad, ya antes, algunas resoluciones judiciales, como la STS de 27 de enero de 1977, que puede considerarse pionera de esa tendencia en nuestro ordenamiento—, optó por convertir en vinculante para el suministrador del producto la publicidad relativa a él, se había considerado que las afirmaciones publicitarias inexactas no podían ser sancionadas, entendiéndose que, como máximo, entrañaban «dolo bueno» o inocuo, que, por ser usual en el tráfico, a nadie podía coger desprevenido ni, por su falta de seriedad, inducir al comprador a contratar: «Mais si le vendeur a seulement usé de ces expressions ordinaires aux vendeurs, qui louent vaguement ce qu'ils veulent vendre, l'acheteur, n'ayant pas dû prendre ses mesures sur des expressions de cette nature, il ne pourra faire résoudre la vente sur un tel pretext» (así DOMAT, *op. cit.*, pág. 79).

Por contra, tal y como indicamos en el texto, la conversión *ex lege* de las declaraciones publicitarias en vinculantes para quien las formula se asienta sobre la presunción legal de que la publicidad relativa al producto sí influye en la decisión del consumidor de contratar (cfr. art. 2.4, últ. apdo. Dir.). Pero, en realidad, el expuesto fenómeno de valoración jurídica de la publicidad es incluso anterior a la legislación de consumo, por cuanto sus excesos empezaron a ser reprobados ya en los albores del comercio de masas y ejercido en forma empresarial, entendiéndose que cabía exigir a la empresa mercantil mayor seriedad y rigor que al pequeño comerciante no respaldado por una organización estable: «...erkennbare oder übliche Übertreibungen in der Anpreisung gelten universell als nicht bindend... Der moderne Handel hat mehr Würde angenommen, und das Publikum ist empfindlicher gegen Missbrauch seiner Leichtgläubigkeit geworden... So mag heute ungehemmte Lobpreisung leichter ernstgenommen werden als in der Zeit wandernder Schausteller auf Jahrmarkten» (vid. RABEL, *Das Recht...*, II, pág. 151).

(137) Es evidente que no toda afirmación publicitaria puede convertirse en vinculante, sino —tal y como se limita a sugerir la Directiva (art. 2.2.d): «declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes...»)— sólo las relativas a las *cualidades* y al *uso* y a las *prestaciones* del producto. De *lege data*, se echa, pues, en falta tanto en la legislación comunitaria como en la española (cfr. art. 8.1 LGDCU y art. 2.º de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) algún tipo de delimitación entre *publicidad* y mera *propaganda*, ya que —recurriendo a un ejemplo banal, pero ilustrativo— mientras que la ponderación de la «frescura» de un perfume por no llevar alcohol en su composición sí debiera vincular a quien la formula, es evidente que no puede hacerlo la afirmación de que hace «irresistible» a su usuario.

(138) «Insofern aber das Benehmen der Parteien nach Treu und Glauben eine Rolle spielt und es daher allerdings auf Erklärungen des Verkäufers ankommt, sind alle die Erklärungen von Belang, auf die der Käufer vertrauen durfte» (así, RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 587).

de que aquél contrató movido o inducido por dicha información (139). Así lo evidencia el hecho de que el artículo 2.4 Dir., último apartado, exonere al vendedor, si demuestra que, en el caso concreto, tales declaraciones no pudieron influir en la decisión de comprar el bien de consumo (140). Asimismo, se le permite quedar exonerado si demuestra que —no siendo suyas— ni conocía ni podía conocer las declaraciones públicas relativas al producto (art. 2.4 Dir., primer apdo.) (141). O bien, que las había corregido o desmentido en el momento de la celebración del contrato (art. 2.4 Dir., segundo apdo.).

A nuestro entender, la previsión de dicha facultad de corrección es excesivamente benévola con el vendedor y, correlativamente, no garantiza suficientemente el interés del consumidor: dado que se permite al vendedor efectuar la corrección en el mismo momento de la celebración del contrato y presupuesto que —como venimos diciendo— la información precontractual queda, por decisión legal, incorporada al propio contrato, no se deja a aquél tiempo suficiente para reflexionar sobre el nuevo contenido del acuerdo contractual. En aras de la correcta formación de la declaración de voluntad del comprador (de su plena consciencia y libertad), sólo hubiera

(139) La más remota manifestación de la referida presunción la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo y, en concreto, en su sentencia de 25 de septiembre de 1945, que considera establecida la relación de causalidad entre la publicidad y la decisión de contratar, cuando, valoradas conforme a las reglas de la experiencia, las declaraciones publicitarias son adecuadas para inducir a la compra. La influencia de dicha decisión se deja sentir no sólo en la legislación internacional (*vid.* el ya citado art. 2.4 Dir., últ. apdo.), sino también en el Derecho interno español; una de las disposiciones más significativas al respecto es el artículo 3.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, relativo a la información a suministrar a los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Partiendo de idéntica presunción de causalidad entre declaración publicitaria y decisión del consumidor de contratar, ordena el precepto citado que: «La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico...»

(140) Por ejemplo, al vendedor le cabría demostrar que el comprador no pudo contratar influido por tales declaraciones porque conocía la inexactitud de las mismas.

(141) A nuestro entender, pese al reconocimiento de tal posibilidad de exoneración del vendedor —su desconocimiento, siempre y cuando esté justificado, de las declaraciones públicas relativas al producto—, no cabe suponer que aquél responde sobre la base de la culpa o del hecho propio. Tal y como se desprende del texto y, además (*supra* de la nota 133), la responsabilidad del vendedor es fruto de una elección o decisión de política legislativa, ajena a su actitud personal (esto es, a su dolo o culpa) y basada exclusivamente en la existencia de declaraciones publicitarias, cualquiera que sea su procedencia, aptas para inducir al consumidor a contratar. Ello presupuesto, si se permite al vendedor quedar exonerado por no haber podido siquiera conocer la existencia de tales declaraciones (art. 2.4, apdo. primero), es porque, por no conocerlas, no tuvo oportunidad de contradecirlas o corregirlas, que es lo único que legalmente se le exige.

debido admitirse una corrección efectuada antes de la celebración del contrato (142) (143).

1.2.3. La dimensión temporal del concepto de defecto: su existencia ya en el momento de la entrega

El examen del concepto de defecto no puede quedar completo sin referirse brevemente a su dimensión temporal. Así, hay que indicar que sólo constituye

(142) Es por ello que las Directivas de consumo, pioneras en atribuir valor vinculante a la publicidad relativa al bien o servicio (*supra* nota 135) sólo permiten al profesional suministrador quedar exonerado si corrige las declaraciones publicitarias **antes** de la celebración del contrato (cfr. art. 3.2.2 Dir. sobre Viajes Combinados, y art. 3.2.3 Dir. sobre derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

(143) Por lo demás, en este momento, el estado de la cuestión del referido proceso de valoración jurídica de la publicidad y, más ampliamente, de la información proporcionada al consumidor en la fase precontractual, lo representan los llamados *Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)*, elaborados por un comité de expertos encabezado por el Profesor OLE LANDO (de la *Business School* de Copenhague) y subvencionado por la Comisión Europea. El fin último de dicho Comité, constituido en 1980 (cfr. ZIMMERMANN, REINHARD, «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, pág. 114), es la elaboración de un futuro Código Europeo Común de Derecho Privado. Pero, por el momento y hasta la consecución del indicado objetivo, su misión está siendo aportar unas bases de armonización o una «infraestructura» para las futuras Directivas de la UE. Pues bien, el artículo 6:101, apdos. (2) y (3) de la última versión de los *Principios* * (cfr. OLE LANDO, OLE y BEALE, HUGH [eds.], *The Principles of European Contract Law*, La Haya/Londres/Boston, 2000) consolida algunas de las pautas que hemos venido indicando: la vinculación del suministrador profesional a las declaraciones públicas de la fase precontractual (tanto si son propias como si proceden de cualquier otro sujeto interviniente en la previa cadena de comercialización del producto), relativas a la calidad y a la utilización de aquél, así como su facultad de quedar desvinculado de ellas demostrando que el adquirente conocía o no podía desconocer la inexactitud de tales declaraciones o bien que él mismo ignoraba justificadamente que las mismas hubieran sido formuladas. Vid. así cómo el citado precepto se pronuncia en el sentido indicado: **Artículo 6: 101 (2) **** «If one of the parties is a **professional supplier** who gives information about the **quality or use** of services or goods or other property when **marketing or advertising** them or otherwise **before the contract** is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a **contractual obligation** unless it is shown that the other party **knew** or could not **have been unaware** that the statement was *incorrect*».

(3) «Such information and other undertakings given by a person **advertising or marketing** services, goods or other property **for the professional supplier**, or by a person in **earlier links of the business chain**, are to be treated as giving rise to a **contractual obligation** on the part of the professional supplier unless he **did not know** and **had no reason to know** of the information or undertaking». **

* La primera versión de los *Principios* data de 1994.

** Para una versión castellana de los *Principios* (a cargo de PILAR BARRÉS BENLLOCH), consúltese la obra de SCHULZE y ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho Privado europeo*, Madrid y Barcelona, 2002, págs. 449 y sigs.

*** Los subrayados son míos.

defecto de la cosa vendida por el que se responde aquél que ya existía (144) o estaba por lo menos latente en el momento de la entrega de la cosa. Es más, el propio plazo de ejercicio del derecho (dos años), contado a partir del momento de la entrega (art. 5.1 Dir.), iría dirigido precisamente a posibilitar —como veremos (145)— que acaben de hacerse manifiestos esos defectos sólo latentes. Cuando el defecto llega a manifestarse dentro de un plazo particularmente próximo a la entrega (seis meses a partir de ella: art. 5.3 Dir.), se facilita al consumidor el ejercicio de la reclamación, presumiéndose legalmente (y exonerándosele entonces de la correspondiente prueba) que el defecto existía ya en el mismo momento de la entrega (146).

Por tanto son, en principio, ajenos al concepto de defecto o falta de conformidad los posteriores a la entrega (salvo si llegan a manifestarse dentro de ese período de latencia de los dos años siguientes a aquélla: art. 5.1). Se han previsto, con todo, dos excepciones al respecto (cfr. art. 2.5):

- Se consideran igualmente incluidos en el concepto de defecto, los debidos a una incorrecta instalación del bien realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad (147), siempre que dicha instalación estuviere incluida en el contrato de compraventa (art. 2.5 Dir., primera proposición). Se trata, pues, de que, por acuerdo de los propios contratantes, la instalación que, en rigor, es una prestación de hacer, se convierte en complementaria de la prestación de dar o entregar (148) y, por tanto, sin ella, no puede considerarse completa la entrega, de manera que el defecto de instalación tampoco será tratado como posterior a la entrega, sino que queda incluido a todos los efectos en el deber de garantía.
- Igualmente, se incluye en el concepto de falta de conformidad la instalación defectuosa efectuada por el propio consumidor, si fue debida a que se le proporcionaron instrucciones de instalación incorrectas, sin

(144) Apuntaba ya a la conveniencia de esa misma inclusión en el régimen de saneamiento del Código Civil español, LLÁCER MATACÁS, *El saneamiento*, cit., pág. 157.

(145) Vid. *infra* el epígrafe relativo a los plazos.

(146) Dicha inversión de la carga de la prueba está pensada como medida de protección del consumidor, ya que es más fácil para el vendedor contrarrestar la presunción legal, demostrando que el defecto no existía en el momento de la entrega, por ser debido a un mal uso del producto por el consumidor, que para éste, por falta de conocimientos técnicos, probar la anterioridad del defecto, sobre todo en aquellos casos en que el defecto no se manifiesta inmediatamente después de la compra (cfr. TENREIRO, *loc. cit.*, págs. 202 a 203).

(147) Hay que entender que la responsabilidad del vendedor por la instalación se extiende tanto a la realizada por sus dependientes como a la realizada por un tercero con autonomía, pero por cuenta suya, por ejemplo, por un subcontratista (arg. *ex art.* 1.721 del Código Civil).

(148) En sentido análogo, vid. LETE, *loc. cit.*, pág. 1374: «...las dos prestaciones, entrega e instalación del bien de consumo, resultan inseparables para satisfacer el interés del comprador de acuerdo con los términos del contrato».

distinguirse —al igual que vimos para las declaraciones públicas de la fase precontractual (cfr. *supra* epígrafe II, 1.2.2)— si proceden éstas del vendedor o del fabricante (cfr. art. 2.5 Dir., segunda proposición, precepto al que ha llegado a llamarse «*regla Ikea*», por haber sido, al parecer, introducido en la Directiva pensando en las instrucciones de instalación que acostumbra a facilitar a sus usuarios la conocida empresa sueca).

Tales excepciones suscitan una observación que contrasta con el régimen de responsabilidad por el defecto que expondremos acto seguido: por contraposición a dicho régimen, independiente de la culpa, en los dos casos reseñados responde el vendedor por una actuación incorrecta —sea durante la propia ejecución del contrato («incorrecta instalación») o incluso antes de él («error en las instrucciones de instalación»), que pudieron haber sido facilitadas antes de la propia perfección del contrato— y, sobre todo, tanto si dicha actuación es propia (instalación efectuada por él mismo o bajo su responsabilidad) como de otro sujeto (instrucciones defectuosas proporcionadas al consumidor por el fabricante).

2. EL SUJETO RESPONSABLE

Tal y como ya traslucía el régimen de responsabilidad por las declaraciones públicas relativas al producto (cfr. *supra* epígrafe II, 1.2.2), es al vendedor a quien el legislador comunitario ha decidido convertir en responsable frente al consumidor por la falta de conformidad de la cosa vendida con el contrato. Dicho sujeto responde —al igual que en las regulaciones nacionales del saneamiento (cfr. art. 1.485,1 del Código Civil)— por la sola existencia del vicio o defecto de la cosa vendida y, por tanto, aun sin serle imputable (149).

No obstante, es ésta una decisión que el legislador comunitario adopta, además de provisionalmente, con escasa convicción. En efecto, a tal punto es provisional la elección del vendedor como responsable, que la propia Directiva prevé su revisión en una fecha preestablecida («a más tardar el 7 de julio de 2006»: art. 12 Dir.), a fin de ponderar si procede introducir la responsabilidad directa del productor o fabricante frente al consumidor (*id.* art. 12 Dir.) (150). Y ello por considerarse que, dadas las condiciones de producción y distribución de la economía moderna, es él, antes que el vendedor, el responsable de la *falta de calidad* de los productos.

(149) Cfr. LARENZ, *op. cit.*, pág. 37; para el Derecho español, vid. en el mismo sentido, ALBALADEJO, II, 2.º, pág. 27.

(150) El Cdo. núm. 23 de la Directiva aplaza el posible establecimiento de una responsabilidad directa del productor a un estadio de «mayor armonización».

En realidad, a este respecto barajaron las autoridades comunitarias y, en concreto, la Comisión Europea, los mismos razonamientos que, en su día, llevaron al legislador europeo a señalar al fabricante (cfr. art. 1.º Dir 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos) como sujeto que debe soportar el coste económico derivado de la *falta de seguridad* de los productos: «Dans les sociétés modernes de consommation, basées sur des systèmes de production et distribution de masse, la confiance des consommateurs concernant les produits qu'ils achètent, est plus liée à la compétence qu'ils attribuent aux fabricants que à celle des vendeurs; la concurrence entre produits semblables se fait également plus entre les marques qu'entre les vendeurs... Lorsque le défaut d'un bien résulte de la fabrication du produit il est contradictoire que le vendeur, qui n'a aucune influence sur le processus de production et qui, dans beaucoup de cas, n'a même pas déballé le produit, soit le seul responsable auquel l'acheteur puisse s'en tenir» (151).

La cuestión es por qué, partiendo de análogas premisas, se señala como responsables a sujetos diversos, según el defecto del producto sea de *seguridad*, en cuyo caso se hace responsable al fabricante, o de *calidad* (152), en cuyo caso lo es el vendedor (153).

A nuestro entender, dos razones de política legislativa explican la indicada elección:

- En primer lugar, la escasa ambición (154) con que aborda el legislador comunitario la armonización en materia de garantías, que aspira sólo a extraer una base o mínimo sustrato común de las regulaciones nacionales de la garantía (cfr. Cdo. 1.º: «...base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales...»), la mayor parte de las cuales señalan al vendedor como sujeto obligado por la garantía (155). En cam-

(151) Así, en el citado *Libro Verde* o documento de trabajo preparado por la Comisión Europea con vistas a la elaboración de la Directiva; vid. su pág. 82.

(152) La referida incongruencia entre decisión (en este caso, elección de responsable) y premisas demostraría una vez más, que, particularmente en el Derecho de las obligaciones y de los contratos, pesan más las decisiones de política jurídica que la racionalidad de las construcciones.

(153) No es óbice a la comparación que establecemos el hecho de que, en tanto que parte contractual del consumidor, sólo el vendedor pueda satisfacer sus demandas, ya que —como veremos al examinar *infra* los remedios legalmente previstos— ya no son éstos sólo, como en las regulaciones nacionales, la restitución o la reducción del precio en su día pagado por el comprador, sino también otros que, como la reparación o la sustitución del producto defectuoso, sí están, en cambio, en la mano del fabricante.

(154) Así lo señalábamos ya en nuestra **Introducción**.

(155) En el momento de iniciarse los trabajos preparatorios de la Directiva, sólo unos pocos Estados permitían al consumidor reclamar directamente al fabricante por la falta de calidad del producto (dicha posibilidad le había sido reconocida sólo por

bio, a efectos de la responsabilidad por productos, pudo efectuarse la armonización sin vinculación a las tradiciones nacionales, dado que la mayoría de ellas, o bien carecía de regulación autónoma al respecto (más allá de las normas de responsabilidad extracontractual) o bien sólo podía aportar al acervo comunitario leyes muy recientes (156).

- En segundo término, hay que tener en cuenta que, en materia de seguridad de productos, el objetivo esencial es seleccionar, como responsable entre los diversos agentes del proceso de producción y comercialización del producto, a un sujeto capaz de soportar el coste económico de los daños causados por el producto defectuoso, coste que puede ser particularmente elevado, si el producto ha llegado a causar lesiones corporales o incluso la muerte de alguno (o incluso de un número indefinido) de los afectados (157). Pues bien, ese sujeto de solvencia o capacidad económica notable lo es antes el fabricante que el vendedor o detallista, que acostumbra a ser un pequeño comerciante.

Cuando el defecto es de calidad, el objetivo primordial es, en cambio, que la satisfacción del consumidor sea lo más rápida y al menor coste posible (cfr. art. 3.2 y 3.3, último párrafo Dir. sobre garantías). De ahí entonces, el interés en señalar como responsable al sujeto que acostumbra a ser más accesible o más fácilmente localizable para el consumidor (158), que no es otro que su parte contractual, esto es, el vendedor o suministrador final del producto.

la jurisprudencia francesa y belga, así como por la legislación luxemburguesa, en concreto por la Ley de 15 de mayo de 1987, que modificó el artículo 1.645 del Código Civil del citado país, a fin de introducir la referida posibilidad).

(156) Cuando en 1985 se promulgó la ya citada Directiva de responsabilidad por productos defectuosos, sólo Francia y Gran Bretaña contaban con leyes especiales sobre la materia (en Francia, se trataba de la Ley núm. 83-660, de 21 de julio de 1983, y en Gran Bretaña, de la *Product Safety Act* de 1978; vid. al respecto KOCH, DETLEF, *Produkthaftung*, Berlín, 1995, págs. 339 a 340). En realidad, el sistema legal pionero en materia de responsabilidad por productos es el de Estados Unidos (cfr. *Consumer Product Safety Act*, de 1972), hasta el punto de que fueron las exigencias de los importadores norteamericanos las que forzaron al legislador comunitario a abordar la regulación de la materia.

(157) Precisamente en previsión de la posible desmesurada cuantía de los daños personales, el artículo 16.1 de la Directiva sobre productos defectuosos, permite a los Estados miembros limitar a una suma máxima global el coste de los daños resultantes de la muerte o lesiones corporales causados por un mismo producto. En ejercicio de la indicada facultad, el artículo 11 de la correspondiente Ley española, de 6 de julio de 1994, sitúa el límite en la cantidad en euros equivalente a diez mil quinientos millones de pesetas.

(158) Sobre el objetivo de la fácil localización del eventual responsable y sobre el interés del legislador comunitario en proporcionar al consumidor, para facilitar el ejercicio de sus derechos, un interlocutor accesible, cfr. Cdo. undécimo de la Directiva sobre garantías, que recomienda a los fabricantes adjuntar a los productos una lista que incluya por lo menos una dirección de contacto en cada Estado miembro donde se distribuya la mercancía.

Por lo demás, la elección del vendedor como responsable de la falta de calidad del producto ni está por entero desprovista de justificación ni, en última instancia, hace gravitar sobre él el coste de la satisfacción del consumidor. Bajo el primer aspecto, hay que tener en cuenta —además de que, como indicábamos al inicio del epígrafe, en materia de garantías el criterio de imputación no es la culpa— que, al fin y al cabo, es el vendedor quien escoge entre sus posibles proveedores y quien está en mejores condiciones que el cliente final de conocer su fiabilidad y la de sus productos (159).

Pero, sobre todo, la referida elección está únicamente dirigida a proporcionar al consumidor insatisfecho un interlocutor accesible, evitando además que, frente a él, fabricante y vendedor tiendan a descargarse mutuamente de responsabilidad. Cumplido ese objetivo, no sólo no se impide, sino que, por el contrario, se ha previsto que pueda el vendedor repercutir sobre el fabricante (o sobre el vendedor anterior o cualquier otro intermediario en la cadena de distribución del producto: Cdo. 9.º Dir.) (160) el coste de la satisfacción al consumidor. Así, según el artículo 4.º de la Directiva, «cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes».

Del precepto transcrito se desprende que, mientras que frente al consumidor la responsabilidad (del vendedor) es independiente de la culpa, en cambio, en la cadena de distribución del producto, las responsabilidades de los sujetos intervinientes en esa cadena se dirimen en función de la culpa o hecho propio (por «acción u omisión»: art. 4.º cit.), esto es, en la medida en que les sea imputable la existencia del defecto. Sobre la naturaleza (contractual o extracontractual) de esa responsabilidad y las posibles causas de exoneración del responsable, no se pronuncia la Directiva, remitiéndolas a las futuras regulaciones nacionales.

Son éstas, por tanto, las que habrán de decidir si el vendedor puede reclamar por razón de la falta de conformidad (y de la consiguiente satisfacción prestada al consumidor) sólo a su parte contractual o directamente al respon-

(159) En este sentido, vid. PARRA, *loc. cit.*, pág. 226.

(160) Según el ya citado Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva, dicha posibilidad de recurso reconocida al «vendedor final» (*sic*) debería «garantizar sobre todo la situación jurídica de las PYME frente a los suministradores anteriores» (así, el apdo. 3.20 del citado Dictamen).

sable del defecto, sea o no su parte contractual (161). Por otra parte, en aplicación de las reglas generales de responsabilidad, deberán las regulaciones nacionales decidir asimismo en qué medida la facultad de reclamación del vendedor ha de quedar limitada en función de su propia responsabilidad en la existencia del defecto. Así, debería excluirse o, como mínimo, reducirse su alcance, si se comprueba que el defecto es posterior a la salida de fábrica del producto o que, aun siendo anterior, se ha visto agravado estando la cosa en poder del vendedor (por ejemplo, debido a su incorrecto almacenamiento o a las defectuosas condiciones de conservación). Por otra parte, como sanción a su mala fe, debería limitarse tal facultad en los casos en que, aun siendo el defecto ajeno a la intervención del vendedor, le haya sido conocido y, pese a ello, lo haya silenciado al comprador (arg. ex arts. 1.485,2 y 1.486,2 del Código Civil) (162).

Otro extremo que implícitamente se deja a las legislaciones nacionales (puesto que se remiten también a ellas las «modalidades» de la acción: Cdo. 9.º Dir.) es el concepto y el alcance de la reclamación. En efecto, cabe preguntarse si estamos ante una acción de estricta repetición o reembolso de lo satisfecho al comprador (pudiendo reclamarse, por ejemplo, al fabricante el coste de la reparación o el precio del producto que hubo que restituir al comprador) o se trata, en cambio, de una verdadera acción de indemnización o de reparación de todo el perjuicio sufrido por el vendedor como consecuencia de la falta de conformidad o del carácter defectuoso del producto vendido (en cuyo caso podría el vendedor reclamar del responsable no sólo el coste estricto de la satisfacción prestada al comprador, sino todos los daños e inconvenientes que haya podido ocasionarle la existencia del defecto) (163). A

(161) Cifrándonos a las legislaciones nacionales más detalladas en este momento, tanto en el Código Civil holandés como en el alemán, el legitimado pasivo de la reclamación del vendedor lo es sólo su parte contractual (cfr. art. 25.1 del Libro 7.º del Código Civil holandés: «tiene el vendedor el derecho a la indemnización de daños frente a aquél del que haya comprado la cosa...»; vid. igualmente el §478 [1] BGB, que alude a las pretensiones y derechos del vendedor contra el empresario que le haya a su vez vendido o suministrado a él mismo la cosa).

(162) También a estos efectos resulta ilustrativa la regulación holandesa. Así, el ya citado artículo 25, apdos. 3 y 4 del Libro 7.º del Código Civil holandés impide al vendedor reclamar a sus predecesores en la cadena de distribución del producto en los siguientes casos: si la falta de conformidad de la cosa vendida con el contrato deriva de hechos que conociera o debiera conocer, si su causa se encuentra en una circunstancia ocurrida después de que la cosa fuera entregada al vendedor, o bien si falta a la cosa una característica que, según el vendedor poseía, en cuyo caso su derecho a la indemnización queda limitado al importe que hubiera podido obtener del comprador de no haberle hecho la promesa.

(163) Piénsese, por ejemplo, en el descrédito o menoscabo de su reputación profesional (y en la consiguiente pérdida de clientela) que puede experimentar el suministrador como consecuencia de la venta de géneros defectuosos (sobre la defensa del llamado «honor mercantil», reconocido incluso a las personas jurídicas, véase como pionera en nuestro ámbito, la STS de 28 de febrero de 1959).

nuestro entender, parece más congruente con su carácter de acción de responsabilidad (cfr. art. 4.º Dir.: «por acción u omisión»), que pueda llegar a obtenerse a través de ella no sólo el reembolso de lo pagado o prestado al consumidor, sino también el resarcimiento de todos los perjuicios que haya acarreado al vendedor la existencia del defecto (164).

Finalmente, procede aún una indicación a este respecto. Y es que, en última instancia, el legislador comunitario ha supeditado tanto el alcance como la propia existencia de la acción de reclamación del vendedor a los pactos que hayan podido mediar entre éste y los anteriores distribuidores del producto o su fabricante. En suma, la referida acción es renunciable (165). Ello implica que, en la relación entre profesionales, impera la libertad contractual (166), mientras que, como enseguida se verá, en la relación entre el profesional responsable (el vendedor) y el consumidor, el Derecho imperativo se sobrepone al pacto (vid. así el art. 7.1 Dir.).

3. LOS REMEDIOS LEGALMENTE PREVISTOS PARA LA «PUESTA EN CONFORMIDAD» DE LA COSA VENDIDA CON EL CONTRATO

La ya expuesta ampliación del concepto de *defecto*, que constituye uno de los aspectos más novedosos de la regulación armonizada de las garantías (cfr. *supra* ep. II, 1.2), redunda en una correlativa ampliación de los recursos o remedios puestos a disposición del consumidor, a fin de que la cosa vendida sea puesta en conformidad con el contrato. Más exactamente, la correlación entre ambas tendencias (ampliación tanto de la noción de defecto como del elenco de los remedios legalmente previstos para su corrección) parece que-

(164) El citado artículo 25 del Código Civil holandés regula la acción aquí examinada como acción de indemnización, no sólo porque así la califica repetidamente (así, en sus apdos. 1.º a 4.º), sino porque, a través de ella, permite al vendedor reclamar costes tales como los «gastos de defensa» que haya soportado como consecuencia de la reclamación del comprador.

(165) No lo establece expresamente el artículo 4.º Dir., pero, precisamente porque no se prohíbe la renuncia, cabe entender que es ésta posible. Además, confirma tal posibilidad el Cdo. 9.º de la Directiva, que viene a decir que el vendedor tiene a su favor la acción de reclamación contra sus predecesores en la cadena de distribución del producto, «salvo que hubiese renunciado a ese derecho», y que «la presente Directiva no afectará al principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario...»

(166) Con todo, dicha libertad contractual entre profesionales está sujeta a los límites ordinarios de la autonomía de la voluntad (arts. 50 y 53 del Código de Comercio y, por remisión suya, art. 1.258 del Código Civil) y al control derivado del principio de buena fe (art. 57 del Código de Comercio), de manera que no valdrá la renuncia del vendedor si el sujeto responsable (fabricante o anterior vendedor del producto) y beneficiario de la renuncia, conocía previamente la existencia del defecto (arg. *ex* art. 1.485,2 del Código Civil).

dar mejor explicada en sentido inverso, puesto que, al fin y al cabo, la radicalidad o contundencia de los remedios tradicionales contribuyó en gran medida a la estrechez de la noción legal de «vicio»: los vicios debían de ser de tal entidad que justificasen la propia resolución o destrucción del contrato, o, cuando menos, su modificación, a fin de posibilitar una rebaja del precio ya pactado (cfr. art. 1.484 del Código Civil: «...por los defectos ocultos que tuviere... si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso, que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella...») (167).

En congruencia con ello, es harto probable que la actual amplitud de la gama de mecanismos correctores de la falta de conformidad haya allanado el camino al legislador comunitario a la hora de superar, en beneficio del consumidor, la estrechez de la noción tradicional de *vicio* o defecto, obligando al vendedor a corregir «*cualquier* falta de conformidad» (art. 3.1 Dir.) (168).

Y es que, en efecto, el artículo 3.2 Dir. permite comprobar que, a los remedios tradicionales del saneamiento o garantía legal (resolución del contrato o bien mantenimiento del mismo, pero con rebaja del precio pactado o pagado: art. 1.486,1 del Código Civil), se suman en la regulación comunitaria otros dos, la reparación y la sustitución por otra de la cosa vendida, previstos ya desde hacía tiempo en las garantías comerciales (169) que los vendedores y fabricantes venían ofreciendo a sus clientes.

3.1. *Los remedios primariamente elegibles por ser compatibles con la conservación del contrato: la reparación y la sustitución por otra de la cosa defectuosa*

Ahora bien, presupuesta esa amplitud de remedios o vías de satisfacción del consumidor en los casos de falta de conformidad, enseguida se comprueba que no puede el consumidor optar libremente entre ellos; es más, en última instancia, la elección de la forma de saneamiento corresponde, en realidad, al vendedor.

De entrada, la elección del consumidor está vinculada por la jerarquía que establece el legislador entre los diversos medios de corrección de la falta de

(167) Vid. asimismo cómo, con apoyo, el Digesto (D. XXI, I, 1 §8), declaraba GARCÍA GOYENA al comentar el precepto (que en el Proyecto de 1851 era el art. 1.406): «no basta un vicio o defecto cualquiera, por levísimo que sea, dice la citada Ley 1 romana, párrafo 8...»

(168) Sobre la ampliación de la noción legal de *defecto*, vid. *supra* nuestros epígrafes II, 1.2.1. y 1.2.2.

(169) Sobre la distinción entre *garantía legal* y *comercial*, vid. *supra* nuestro epígrafe I, 2.

conformidad. Así, no puede aquél optar, de entrada, por los remedios que, como la resolución del contrato o la reducción del precio, hacen peligrar la subsistencia del propio contrato o de sus condiciones originales, sino que se le induce a decidirse primero por la reparación o por la sustitución por otro del bien entregado (cfr. art. 3.3 Dir.: «En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya...») y, sólo si estas medidas son inviables (en los términos del art. 3.3), se le permite optar por la resolución o por la rebaja del precio (art. 3.5).

Ello significa que, pese a ser ésta una Directiva que dice tener como uno de sus objetivos primordiales reforzar la confianza del consumidor en el mercado (en el mercado común europeo: cfr. Cdo. 5.º Dir.), no vacila en sacrificar tal confianza en aras de un diverso objetivo jurídico-económico: la conservación del negocio celebrado y, en definitiva, la seguridad de las transacciones. Y ello porque, al obligar al comprador a optar primero por la reparación o por la sustitución de la cosa defectuosa, se le obliga a aceptar, reparado o sustituido por otro igual, un bien en el que, debido al defecto, probablemente ya no confía.

Además, como ya anticipábamos, la elección de la forma de saneamiento corresponde, en última instancia, al vendedor (170), no sólo porque es éste, en realidad, el único legitimado para tomar la iniciativa y proponer al comprador una u otra forma de saneamiento (171), sino porque la viabilidad de cualquier elección (suya, si hace uso de esa facultad, o del comprador, si no haciendo uso de ella, es éste quien elige) (172), se decide en función de su conveniencia, no siendo elegibles aquellas formas de saneamiento que impongan al vendedor costes desproporcionados.

En el caso de la reparación y de la sustitución, los costes a tener en cuenta parecen ser los del artículo 3.3, párrafo 2.º [mano de obra y materiales, así como gastos de envío (173) de la cosa reparada o de la que sustituye a la defectuosa], que menciona esos conceptos para prohibir al

(170) En contra de lo inicialmente previsto (vid. *Libro Verde*, cit., pág. 85), el reconocimiento de dicha facultad de elección del vendedor es independiente de su actitud personal, ya que no se le priva de ella ni siquiera si es de mala fe, esto es, si conocía la existencia del defecto.

(171) «Considerando que cuando exista una falta de conformidad, el vendedor siempre podrá proponer al consumidor, como solución, cualquier forma de saneamiento...» (cfr. Cdo. núm. 12 de la Directiva).

(172) Tal y como hace el artículo 21.2 del Código Civil holandés, debería haber previsto la Directiva que la facultad de formular la iniciativa o propuesta se defiera al comprador, si no hace uso de ella el vendedor «en un tiempo breve».

(173) La mención en el artículo 3.4 de los «gastos de envío» como coste necesario y no eventual induce a pensar que, pese a no mencionarse el lugar de cumplimiento de la obligación de reparar o sustituir la cosa defectuosa, se ha previsto que sea éste el domicilio del vendedor.

vendedor que los repercute sobre el comprador, ya que toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo «sin cargo alguno» para aquél (art. 3.2, 3 y 4). En cuanto a los parámetros para calibrar el carácter desproporcionado o, por el contrario, razonable (y, por tanto, elegible por el comprador) de la reparación o de la sustitución son los que indican los tres apartados del artículo 3.3, párrafo 2.º («El valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad. La relevancia de la falta de conformidad y, si la forma de saneamiento alternativa pudiera realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor»).

A nuestro entender, ello implica:

- a) Que la reparación y la sustitución sólo son exigibles al vendedor si su coste es inferior al precio de mercado del producto (pues a él equivale el valor que tendría el bien sin el defecto: art. 3.3, párr. 2.º, 1.º apdo.) (174). Si, en cambio, el coste de tales medidas iguala o incluso rebasa el del propio producto, estaría facultado el vendedor a oponerse a ellas, porque incluso la resolución del propio contrato (con la consiguiente obligación de devolución del precio pagado por el consumidor) puede llegar a serle más rentable (175).
- b) Ello presupuesto, la elección del comprador entre la reparación y la sustitución, habrá de ser aprobada por el vendedor: éste siempre podrá imponerle la forma de saneamiento alternativa —la de menor coste para él (arg. ex art. 3.3, párr. 2.º)—, demostrando (176) que su puesta en práctica no reviste para el consumidor mayores inconvenientes (por ejemplo, un período de espera más largo) que la elegida por él mismo (177).

(174) En contra de lo que pudiera pensarse, la sustitución no será siempre y necesariamente una medida más gravosa que la reparación: al vendedor puede serle más rentable entregar al consumidor un bien de la misma serie que el defectuoso que ya obra en su poder y que, naturalmente, él no ha adquirido a precio de mercado, sino de mayorista, que financiar y encargar a un tercero —si, por carecer de servicio técnico, no está él mismo en situación de ofrecerla— una reparación que se revela costosa, por razón de los materiales o, sobre todo, de la mano de obra.

(175) Podría llegar a serle más rentable, porque, tal y como indica el Cdo. 15 de la Directiva, para el caso de la resolución, pueden llegar a establecer los Estados miembros que se pueda reducir el importe a restituir al consumidor, teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado.

(176) Ni que decir tiene que no debiera bastar con la mera aseveración del vendedor en ese sentido, sino que debería exigírsele, para poder imponer su elección al comprador, la asunción de un compromiso u obligación frente a éste (por ejemplo, que el vendedor se comprometa por escrito a que la reparación, preferida por él en lugar de la sustitución solicitada por el comprador, será efectuada antes de una determinada fecha).

(177) Uno de los inconvenientes que debería quedar descartado para el comprador es la pérdida de valor que a menudo experimenta el producto a consecuencia de la reparación. Por ello, sólo debiera permitirse al vendedor optar por la reparación en lugar de la

- c) En cuanto al tercer criterio mencionado («la relevancia de la falta de conformidad»), no tiene un valor independiente, sino que modaliza o corrige el resultado derivado de los dos anteriores. A nuestro entender, tal criterio desempeña aquí (a los efectos de elegir entre reparación y sustitución) una función análoga a la que luego veremos respecto a la elección entre resolución y rebaja del precio (art. 3.6): merma o reduce, si cabe, la facultad de elección del consumidor, de manera que, siendo la falta de conformidad leve o de escasa importancia, podría el vendedor imponer a aquél el remedio alternativo (la reparación, si el consumidor ha elegido la sustitución, y viceversa), aun sin comprometerse o demostrarle que la forma de saneamiento elegida por él mismo no reviste mayores inconvenientes que la preferida por él consumidor.

Pero, al margen de la incidencia que en el caso concreto puedan tener los referidos criterios en cuanto a la elección entre reparación y sustitución, existe, además, un supuesto en que tales medidas no son indistintamente elegibles. Así, tratándose de bienes «de segunda mano» (*sic* art. 7.1, 2), «no se puede aplicar por regla general el derecho del consumidor a la sustitución» (Cdo. núm. 16). En realidad, no existe prohibición al respecto, pues no la establece el articulado, pero se considera que la «naturaleza específica» de tales bienes dificulta por regla general su sustitución (*id.* Cdo.) (178). Y ello porque la posibilidad de recambio o sustitución presupone el carácter fungible o perfectamente intercambiable por otros del bien en cuestión, de manera que, siendo defectuoso, pueda ser sustituido por

sustitución, si demuestra o garantiza al comprador que aquella medida no redundará en menoscabo del valor o de la utilidad del producto.

(178) Otra peculiaridad de los bienes de segunda mano, que sí ha sido prevista en el articulado (art. 7.1.2), es la autorización conferida a los Estados miembros para permitir los acuerdos contractuales entre el vendedor y el consumidor tendentes a reducir el plazo legal de garantía aplicable a tales bienes, si bien el plazo acordado nunca podrá ser inferior a un año. Pese a esa posible reducción del plazo, parece inexcusable que los bienes usados queden igualmente sujetos a un régimen de garantía (aun así, el legislador comunitario admite su exclusión cuando hayan sido vendidos en subasta: art. 1.3 Dir.). Y ello porque también respecto a ellos concurren los presupuestos de la obligación de garantía (sobre la procedencia de sujetar los bienes usados al régimen de garantías, cfr. RABEL, *Das Recht des Warenkaufes*, cit., II, pág. 181). Así, al igual que los que son nuevos o a estrenar por el consumidor, son también éstos susceptibles de suscitar su confianza o sus expectativas (a menudo inducidas por determinadas afirmaciones del vendedor, que ofrece la cosa «como nueva» o «en buen estado»), además de que pueden, al igual que aquéllos, carecer de las cualidades o de las prestaciones habituales en una cosa, usada, de la misma naturaleza y de que, siendo el consumidor un comprador no experto, puede tener tantas —si no más— dificultades para reconocer tales deficiencias en una cosa usada como en una nueva.

otro idéntico en perfecto estado (179). Ese carácter quiebra, en cambio, en los bienes de segunda mano, dado que el grado de uso o de antigüedad de los mismos introduce siempre un factor diferencial, incluso entre los pertenecientes a una misma serie (180).

3.2. *La subsidiariedad de los remedios tradicionales del saneamiento: la «reducción adecuada del precio» y la «resolución» del propio contrato*

Como anticipábamos en el anterior epígrafe, la facultad del consumidor de optar por los remedios tradicionales del saneamiento (esto es, por una reducción adecuada del precio de la cosa o bien por la resolución del propio contrato) se supedita a la inviabilidad, inicial o sobrevenida, de la reparación y de la sustitución. Así, según el artículo 3.5, el consumidor sólo tendrá derecho a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato de compraventa (con derecho entonces a la restitución íntegra del precio) (181) en dos casos:

- a) Cuando no haya podido elegir ni la reparación ni la sustitución (art. 3.5, primer apartado), por haberse opuesto el vendedor a tales medidas, si considera que le acarrearán costes desproporcionados [vid. *supra* el apdo. a) de nuestro anterior epígrafe].
- b) Cuando habiendo optado el vendedor, o bien el propio consumidor con aquiescencia suya, por la reparación o por la sustitución se haya retrasado aquél en la ejecución de la medida, o bien, la haya incumplido (182) o cumplido defectuosamente (art. 3.5, apdos. segundo y tercero: «si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en

(179) Tal y como indica el ya citado Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva (vid. su apdo. 3.15), «en el caso de los bienes de fabricación industrial en serie, la mejor reparación desde el punto de vista del consumidor es, por regla general, la sustitución (el cambio de un producto defectuoso por otro en perfecto estado)».

(180) Es evidente que, ya sólo en función del cuentakilómetros, un coche usado nunca es igual a otro coche usado.

(181) En realidad, en cuanto al importe a restituir en caso de optar el consumidor por la resolución, téngase en cuenta que el legislador comunitario autoriza a los legisladores nacionales a fijar las reglas de la resolución y, en particular, a establecer una posible reducción del importe a restituir en función del uso que aquél haya hecho de la cosa desde el momento en que le fue entregada (cfr. Cdo. 15 Dir.).

(182) Para el caso de incumplimiento de la obligación de reparación, no confiere la Directiva al comprador una medida de *ayuda propia* o autoprotección como sí le reconoce, en cambio, el artículo 21.3 del Libro 7.º del Código Civil holandés (vid. *infra* nuestro epígrafe 3.4).

un plazo razonable; si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor») (183).

Al igual que ocurre con los remedios primarios, tampoco son estos dos (la reducción del precio y la resolución del contrato) indistintamente elegibles en todos los supuestos, puesto que, tal y como resulta del artículo 3.6, no puede el consumidor optar por la resolución del contrato, si la falta de conformidad (esto es, el defecto) es de escasa importancia. Vemos así cómo —al igual que ocurría en cuanto a la elección entre reparación y sustitución (art. 3.3, párr. 2.º)— la escasa relevancia o levedad del defecto incide en la facultad de elección del consumidor, en este caso, privándole de ella y obligándole entonces a conformarse con una «reducción adecuada» (184) del precio (arts. 3.5 y 3.6) (185).

(183) Dado que el legislador se refiere inespecíficamente a la omisión de la reparación o de la sustitución «en un plazo razonable» (art. 3.5, apdo. segundo) y no se proporcionan siquiera indicios de cuál pudiera ser éste (puesto que tampoco se ha previsto un plazo para la ejecución de la prestación de reparación o de sustitución), parece que el mero retraso o espera a partir de la reclamación facultaría al comprador para optar por los remedios subsidiarios (art. 3.5: la reducción del precio o la resolución del contrato), sin necesidad entonces de constituir previamente al vendedor en mora en cuanto a esa obligación de reparar o sustituir la cosa. Siendo así, esa facultad del comprador de instar la resolución del contrato o de solicitar una rebaja del precio por el mero retraso del vendedor actuaría como medida de presión sobre éste, induciéndole a satisfacer cuanto antes el interés del consumidor a través de los remedios primarios (la reparación o la sustitución del producto defectuoso).

Por otra parte, tampoco se acotan los términos del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de tales prestaciones, que se definen meramente por «no llevar a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor» (art. 3.5, último apdo.). Guiándonos entonces por la información que nos proporciona el proceso de elaboración de la Directiva, parece bastar una sola tentativa frustrada de reparación o de sustitución para que pueda igualmente el consumidor optar por la rebaja del precio o por la resolución del propio contrato: «le consommateur ne serait obligé de supporter qu'une tentative de réparation ou qu'un remplacement du produit. Au cas où le produit serait toujours défectueux après une de ces tentatives, l'acheteur aurait droit à l'annulation du contrat» (cfr. *Libro Verde*, cit., pág. 85).

(184) Una vez más, encontramos un precepto paralelo en la CV, el artículo 49.1.a), que sólo permite al comprador instar la resolución del contrato en casos de «incumplimiento esencial». Tal y como reconoce RABEL (*Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 589), la expuesta regla de la CV está inspirada también en el anterior §459 [1] BGB, última proposición, que denegaba al comprador la garantía cuando la falta de cualidades o aptitudes de la cosa vendida es irrelevante («Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht»).

(185) La Directiva no facilita regla alguna para el cálculo de la rebaja o «reducción adecuada» del precio. Podría entonces servir de orientación al respecto la previsión del artículo 50 CV: «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías, efectivamente entregadas, tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contra-

Ni que decir tiene que la entidad o importancia del defecto es una cuestión indeterminada o abierta que ha quedado, por ello, deliberadamente relegada al arbitrio judicial (186). Con todo, entendemos que, en alguna medida, debiera dicha valoración reflejar el doble concepto —objetivo y subjetivo— de defecto o falta de conformidad que ha querido establecer la Directiva (art. 2.2 y, más indirectamente, art. 3.3, último párrafo) (187). Por tanto, si bien la entidad o relevancia del defecto debiera valorarse primariamente, según criterios objetivos o de mercado (188), parece inexcusable tener igualmente en cuenta la repercusión que haya podido tener el defecto para la consecución del propósito perseguido por el consumidor al comprar (arg. *ex art.* 3.3, último párrafo: «...habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor»). Siendo así, un defecto objetivamente leve podría llegar a ser considerado relevante, si se demuestra que frustra la finalidad del comprador al comprar (189), pudiendo éste entonces instar por ello la resolución (190) del contrato.

to...» La regla procede del anterior §472 BGB (así lo indica RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 592, y lo confirma entre nosotros GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 42).

(186) Así lo constata HONDIUS, *loc. cit.*, pág. 9: «The draft directive leaves what shall be considered "minor" (lack of conformity) for the courts to decide.»

(187) En cuanto a dicha cuestión, nos remitimos *supra* a nuestro epígrafe 1.2.2. La dimensión subjetiva de la falta de conformidad.

(188) Así lo señala MORALES MORENO en su comentario al artículo 49 CV, que como señalábamos (*supra* nota 184), es una regla paralela al artículo 3.6 de la Directiva (cfr. MORALES, *loc. cit.*, pág. 307: «es, en definitiva, el mercado el que determina si la diferencia [o desviación de conformidad] es o no significativa»).

(189) Así, por ejemplo, aunque en el caso de un automóvil un defecto puramente estético puede, en principio y con arreglo a valoraciones objetivas, ser considerado leve o irrelevante, se convierte en relevante (y, consiguientemente, en posible causa de resolución), si el automóvil en cuestión —además de para un uso privado— había sido adquirido para actividades de representación del comprador. Para el Derecho británico, entiende ERVINE (*loc. cit.*, pág. 115) que es ésta una de las posibles consecuencias de la dimensión subjetiva de la noción de defecto, incorporada (según indicábamos *supra*, en el epígrafe 1.2.2) al concepto de *falta de conformidad* a través de la fórmula «expectativa fundada del consumidor»: «Il est clair... que des défauts esthétiques peuvent avoir pour conséquence, dans certains cas, que le produit ne correspond pas aux attentes raisonnables des consommateurs».

(190) Así lo reconoce el *Libro Verde*, cit., pág. 85: «En outre, dans le cas des défauts mineurs, le professionnel pourrait imposer au consommateur la deuxième solution (diminution du prix) sauf si celui-ci prouve que le défaut revêt pour lui une importance majeure».*

* El subrayado es mío.

3.3. *La irrenunciabilidad de los remedios previstos en la regulación comunitaria*

Además de la novedad que, respecto a la regulación tradicional del saneamiento, representan remedios tales como la reparación o la sustitución de la cosa defectuosa y de la ya expuesta gradación o jerarquía entre esos remedios, una de las más notables diferencias de la regulación comunitaria respecto a los Derechos nacionales es la expresa prohibición de renuncia anticipada (o anterior al descubrimiento del vicio por el consumidor) (191) a los derechos que le son conferidos por la Directiva (art. 7.1 Dir.). En cambio, como es sabido, casi todas las legislaciones nacionales y en particular la nuestra (art. 1.485,2) admiten la renuncia anticipada (192) del comprador a las acciones derivadas del saneamiento, sin perjuicio de que tal renuncia llegue a ser inválida, si se demuestra el dolo o conocimiento del vicio por el vendedor en el momento de la renuncia (193).

La diversa posición de los Derechos nacionales y de la Directiva frente a la renuncia anticipada se explica en función del diverso esquema contractual que unos y otra presuponen. Mientras que los Códigos Civiles parten de una igualdad formal entre las partes contratantes, la compraventa regulada en la Directiva, en tanto que celebrada entre un vendedor profesional y un comprador consumidor (194), presupone una desigual

(191) Más exactamente, el artículo 7.1 prohíbe que la renuncia pueda tener lugar «antes de que se indique a éste [al vendedor] la falta de conformidad». El plazo durante el cual se prohíbe la renuncia puede ser, pues, algo más largo, dado que el comprador puede dejar pasar algún tiempo entre el momento del descubrimiento del vicio y su comunicación al vendedor.

(192) Tal y como indica ALBALADEJO (*op. cit.*, II, 2.º, pág. 36), la renuncia contemplada en el artículo 1.485,2 de nuestro Código es la de carácter anticipado o anterior al descubrimiento del vicio por el comprador, mientras que la posibilidad de una renuncia posterior a dicho acontecimiento resulta, sin más, de la regla general de renunciabilidad de los derechos del artículo 6.2 del Código Civil.

(193) De hecho, esa prohibición de renuncia anticipada viene a ser —junto con la definición del concepto de «conformidad con el contrato» a falta de específica determinación de los propios contratantes (vid. *supra* nuestro epígrafe 1.2.2)— uno de los objetivos primordiales de la Directiva, a fin de reforzar la protección del consumidor. Así lo demuestra su Cdo. 7.º: «...que, en particular, con arreglo a las citadas tradiciones jurídicas [nacionales] puede resultar útil establecer disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor cuando las partes no hayan acordado cláusula contractual específica alguna **o cuando hayan acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyan o limiten, directa o indirectamente, los derechos del consumidor y que, en la medida en que esos derechos se deriven de la presente Directiva, no sean vinculantes para el consumidor**» * (en sentido análogo, vid. también el Cdo. núm. 22 de la Directiva).

* El subrayado es mío.

(194) Más exactamente, el artículo 7.1 prohíbe que la renuncia pueda tener lugar «antes de que se indique a éste [al vendedor] la falta de conformidad». El plazo durante

posición económica y, por ende, negociadora, de los contratantes. Siendo así, se considera que la renuncia del consumidor a los remedios derivados de la garantía no puede haber sido consciente y libre, sino inducida o impuesta por el profesional en ejercicio de su posición dominante al contratar, de manera que la cláusula que la incluye, en tanto que abusiva (195), habrá de ser excluida del contrato y no podrá, por tanto, vincular al consumidor (196).

el cual se prohíbe la renuncia puede ser, pues, algo más largo, dado que el comprador puede dejar pasar algún tiempo entre el momento del descubrimiento del vicio y su comunicación al vendedor.

(195) El concepto legal de cláusula abusiva lo recoge ahora en nuestro Derecho el artículo 10bis LGDCU, insertado en nuestro Derecho a raíz de la incorporación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A tenor del artículo 10bis, apdo. 1 LGDCU, que traspone el artículo 3.1 de la Directiva citada, se consideran abusivas las cláusulas contractuales no negociadas, sino unilateralmente impuestas por el profesional, que, en contra de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados para él del contrato.

La definición del concepto de cláusula abusiva se completa tanto en la Directiva sobre la materia como en la LGDCU, con un listado no exhaustivo de cláusulas legalmente reputadas abusivas. Una de ellas es precisamente la relativa a la privación o exclusión de derechos básicos del consumidor [apdo. b) del Anexo de la Directiva] y, específicamente, de los relativos al saneamiento (Disp. Ad. 1.^a, apdo. II, cláusula 9.^a LGDCU): «La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular, las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento * por la de reparación y o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento * conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resulten insatisfactorias».

* Al contraponer la reparación y la sustitución al «saneamiento» se refiere, claro está, el precepto transcrito a los remedios tradicionales previstos en el Código Civil para el caso de vicios ocultos: la resolución del contrato o la reducción del precio de la cosa vendida (art. 1.486,1 del Código Civil). A la vista de la acumulación de remedios prevista en su artículo 3.º, dicha contraposición no existe ya, en cambio, en la Directiva de garantías.

(196) Dicha prohibición de la cláusula de renuncia, que, tal y como indicamos en el texto, se fundaría en su carácter presuntamente abusivo, la formula el artículo 7.1 en términos absolutos, esto es, sin prever una posible prueba en contrario. A nuestro entender, esa implícita presunción legal debe ser concebida como presunción indestructible o *iuris et de iure*, dado que la posibilidad de prueba en contrario podría contribuir a burlar la propia finalidad de la prohibición de renuncia. Bastaría, por ejemplo, al profesional, exigir al consumidor que renunciase declarando que lo hace libre y conscientemente. Confirmaría la expuesta argumentación el Cdo. núm. 22 de la Directiva, que reprueba tanto las cláusulas de renuncia o de exclusión de derechos del consumidor, como aquellas que manifiestan que éste tenía conocimiento de todas las faltas de conformidad de los bienes de consumo existentes en el momento de la celebración del contrato.

Puesto que la única renuncia excluida por el artículo 7.1 es la anticipada o anterior al descubrimiento del defecto (197), creemos que sí puede valer, en cambio, la formulada por el consumidor, una vez conoce la existencia del defecto o falta de conformidad, porque, en ese caso, sino necesariamente libre (198), sí cabrá, cuando menos, reputarla consciente o formulada con pleno conocimiento de causa.

3.4. *Otros posibles recursos del comprador*

A tenor del artículo 8.1, las facultades conferidas al consumidor, en el caso de falta de conformidad, son compatibles o pueden ejercerse sin perjuicio de las que, a su vez, pueda reconocerle la ley nacional aplicable a la venta de consumo (199). En particular, es la indemnización de los daños y perjuicios derivados del defecto, la medida que prácticamente todas las legislaciones comunitarias permitirán acumular a los demás recursos que pone la Directiva a disposición del comprador. Serán también las leyes nacionales las que decidan si, habiéndose probado el daño, la indemnización corresponde al comprador por la sola existencia del defecto, o bien, sólo en caso de culpa o dolo del vendedor (200).

Otras posibles medidas concurrentes con las ya expuestas, contempladas sólo por algunos particulares Derechos nacionales, son:

(197) Tal y como indicamos en la nota 194, en realidad, el momento a partir del cual se admite la renuncia es el de la denuncia del defecto, una vez es conocido éste por el comprador.

(198) A nuestro entender, no por haber nacido ya el derecho al saneamiento, es menor el riesgo de que la renuncia a él haya sido impuesta por el profesional al consumidor en ejercicio de su posición dominante. No obstante, por no existir presunción legal contraria a ella, será el consumidor quien deba, en este caso, demostrar la falta de libertad con que ha formulado su renuncia.

(199) Por aplicación de las reglas de Derecho internacional privado de nuestro ordenamiento, la ley nacional aplicable a una compraventa de consumo no es exclusivamente la elegida por los propios contratantes (art. 10.5 del Código Civil), dado que le serán forzosamente aplicables las disposiciones imperativas del país de residencia del consumidor (art. 10bis, apdo. 3.º LGDCU y art. 3.º LCGC; el primero de ellos remite al art. 5.2 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, mientras que el segundo está, a su vez, inspirado en ese mismo precepto).

(200) Si bien el articulado de la Directiva silencia por completo la cuestión de la indemnización de daños y perjuicios, la primera Propuesta de Directiva (cfr. DOCE, núm. C 73, de 24 de marzo de 1992) había llegado a contemplarla (vid. su art. 6.2). Parece, pues que, finalmente, ha prevalecido el criterio de la Comisión Europea, que en su *Libro Verde* de 1993 viene a decir que la indemnización es un tema marginal y que no afecta al funcionamiento del mercado único, pudiendo, por tanto, quedar relegado a los Derechos nacionales (vid. *Libro Verde*, cit., pág. 85), tal y como propugna el principio de subsidiariedad o de intervención mínima del Derecho comunitario (cfr. art. 3 B del TUE, referido en nuestra nota 70).

A nuestro entender (además, así lo confirma HONDIUS, *loc. cit.*, pág. 10), concurre con la anterior una motivación silenciada, pero tanto o más importante que la expuesta, que

- La *exceptio non adimpleti contractus*, reconocida tanto por el Código Civil alemán (§438 [4] BGB) como por el holandés (art. 23.2) (201), medida que permite al comprador que no haya pagado todavía al vendedor el precio de la cosa vendida oponerse a pagarlo en todo momento, esto es, aun después de prescritas las acciones que, por razón del saneamiento, le correspondían contra aquél (202).
- Finalmente, en tanto que medida propia de una de las más modernas regulaciones europeas en materia de garantías, merece destacarse el principio de *autoprotección* o ayuda propia (203) subyacente en el artículo 21.2 del Código Civil holandés, que, en los casos en que el vendedor incumple su obligación de reparación de la cosa entregada, permite al comprador encargar dicha prestación a un tercero, repercutiendo sobre aquél los costes de la reparación efectuada.

4. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS: EL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO, EL PLAZO DE RECLAMACIÓN Y EL PLAZO DE DENUNCIA DEL DEFECTO

A tenor del artículo 5.º Dir. (204), en materia de garantías, inciden los siguientes plazos:

sería, no tanto la innecesariedad de la armonización en esta materia —argumentada, en cambio, por el *Libro Verde*— como la dificultad de la misma. Ello obedece a los diversos fundamentos de responsabilidad previstos en cada sistema. Así, mientras que en el Derecho anglosajón (y, más concretamente, en las Leyes británica e irlandesa), el vendedor está obligado a indemnizar por la sola existencia del defecto, en cambio, en los ordenamientos románicos, sobre todo los inspirados por el Código Civil francés, sólo debe indemnización en caso de dolo o mala fe (cfr. art. 1.486,2 del Código Civil español). Una posible tercera vía la encarnan algunos códigos más modernos, que, como el portugués de 1976, le hacen responder por culpa o negligencia.

(201) En nuestro ordenamiento, tal medida se considera implícita en los artículos 1.100,3 y 1.124 del Código Civil (cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II, 1.º, pág. 265), que, como es bien sabido, no son reglas del saneamiento, sino reglas propias del incumplimiento de las obligaciones recíprocas en general.

(202) En el Derecho alemán (§438 [4] BGB), se trata de una excepción *strictu sensu*, que permite meramente al comprador defenderse de la reclamación del vendedor por razón del precio. En cambio, en el Código Civil holandés (art. 23.2 de su Libro 7.º), la defensa conferida al comprador responde antes al esquema de la reconvencción que de la excepción, porque, además de oponerse al pago del precio, se le permite exigir, a su vez, al vendedor, bien la resolución parcial de la compraventa o bien una indemnización de daños y perjuicios.

(203) Nos referimos a la institución designada en la dogmática alemana como *Selbsthilfe* (cfr. §§229 y 230 BGB). Optamos por la traducción más literal del término («ayuda propia»), dado que el equivalente que nos parece más correcto, «autotutela», sirve de designación a una diferente figura del Derecho de Familia.

(204) Se encuentra asimismo esta distinción entre diferentes plazos en los Cdos. núms. 17 y 19 Dir.

- Un plazo de dos años a partir de la entrega del bien durante el cual «el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad» (art. 5.1, 1.^a prop.).
- Un plazo de reclamación o de ejercicio del derecho a exigir la puesta en conformidad de la cosa con el contrato, plazo cuya duración será fijada por los Derechos nacionales (art. 5.1, 2.^a prop.), sin que pueda ser inferior a los dos años contados desde la entrega de la cosa.
- Un plazo de dos meses durante el cual el consumidor, si quiere conservar su derecho a la garantía, deberá denunciar o poner en conocimiento del vendedor la existencia del defecto (art. 5.2). La imposición de este último plazo queda a la libre decisión de los Estados miembros; es decir, se les deja libertad para decidir supeditar el ejercicio del derecho a la observancia de este último plazo.

4.1. *El plazo de duración de la garantía*

El primer plazo de dos años (205), también llamado *plazo de garantía*, es un plazo de índole material (206), o de duración del derecho. Significa que el vendedor sólo está obligado a responder o a prestar saneamiento al comprador por aquellos defectos de la cosa que se manifiesten dentro de los dos años siguientes a su entrega (207). Ello convierte en jurídicamente irrelevante a cualquier defecto de la cosa que aflore después de transcurrido ese plazo, que, al modo de los plazos de caducidad (208), expira inexorablemente cuando llega el día en que se cumple.

La existencia de este primer plazo refleja, a nuestro modo de ver, la consideración legal (209) de que, más allá de esos dos años, el mercado y, más concretamente, quienes introducen y distribuyen en él bienes y servicios,

(205) Según reconoce el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva (vid. su apdo. 3.10), el plazo de dos años de duración de la garantía está tomado de la CV (art. 39.2 CV), que adopta el que en su día fue fijado por el Instituto de Roma al iniciarse, en 1929, los trabajos preparatorios de la citada Convención (así lo indica JERÓNIMO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 41). Sobre el inicio de tales trabajos, vid. nuestra **Introducción** y allí la nota 29.

(206) En el *Libro Verde* (págs. 38 y 87), se le llama tanto «*délai de garantie*» como «*délai matériel*».

(207) Tal plazo equivaldría, pues, a los seis meses previstos en el artículo 1.490 de nuestro Código Civil.

(208) Pese a que ese plazo de dos años opera con la mecánica propia de los plazos de caducidad, no se identifica exactamente con ellos, porque, tal y como puntualiza PARRA LUCÁN (*loc. cit.*, pág. 217), «mientras que éstos son plazos para el ejercicio de la acción, los plazos de garantía se refieren a la aparición del vicio o defecto...»

(209) Desde el punto de vista moral, parece también el citado plazo acorde con la que se viene llamando «sociedad de usar y tirar».

no están obligados a garantizar ni la calidad ni las prestaciones de los productos que ofrecen y distribuyen (210).

4.2. *El plazo de reclamación o de ejercicio de las acciones derivadas del derecho a la garantía*

El siguiente plazo es, como indicábamos, un plazo de ejercicio del derecho o de duración de las acciones derivadas de la garantía. Significa que, a partir del momento en que —dentro de los dos años— aflora o se manifiesta el defecto por el que el vendedor responde (211), dispone el comprador de un plazo, cuya duración decidirán los distintos Derechos nacionales para reclamar al vendedor en ejercicio de las acciones derivadas de la garantía. Como en este caso el plazo es de prescripción (art. 5.1, 2.^a prop.) (212), no expira automáticamente, sino que puede ser interrumpido (a través de actos de reclamación del comprador) o quedar suspendido (por ejemplo, en virtud de negociaciones entre las partes o de tentativas de ejecución de la garantía por el vendedor) (213).

(210) Además, la existencia del referido límite temporal de responsabilidad indicaría que tampoco ha considerado necesario el legislador que deba garantizarse una determinada duración de los productos (sí lo había hecho, en cambio, el art. 6.3 de la primera Propuesta de Directiva, a cuyo tenor «...los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se garantice al consumidor el derecho a gozar de la garantía... durante el período de duración normal de las mercancías...»).

La falta de preocupación por la duración del producto en la vigente legislación comunitaria se desprende, no sólo de la brevedad del plazo en sí, sino de su carácter uniforme, ya que no se ha previsto la posibilidad de ampliarlo en el caso de los llamados bienes de «naturaleza duradera», categoría que sí reconoce, en cambio, nuestro ordenamiento (cfr. art. 11.2 y 5 LGDCU, y art. 12.2 y 3 LOCM y Anexo II del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, que contiene un Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU). Ejemplifican tal categoría «los aparatos de uso doméstico que utilizan energía» (comúnmente conocidos como *electrodomésticos*), regulados por el Real Decreto 58/1988, de 29 de enero de 1988, que se ocupa de la reparación (estén o no en garantía) y del servicio de asistencia técnica sobre los mismos.

A diferencia del Derecho Comunitario y al igual que el español, también el Derecho británico se preocupa por la duración de los productos. Así, desde la reforma de 1994 (vid. *supra* nota 106), uno de los criterios para evaluar la «calidad satisfactoria» del producto (*supra* nota 86) es su «durabilidad» (así lo indica ERVINE, *loc. cit.*, pág. 115).

(211) Siguiendo al Derecho español, señalamos el de manifestación del defecto como *dies a quo* o inicial de este segundo plazo. Pero, puesto que la Directiva atribuye a los Estados miembros libertad para fijar el día inicial (cfr. Cdo. núm. 17, 2.^a parte), bien pudiera éste ser cualquier otro, incluso el propio momento de entrega de la cosa al comprador.

(212) A este segundo plazo, lo llama indistintamente el *Libro Verde* (id., págs. 38 y 87) «*délai d'action*», «*délai procédural*», «*délai de recours*» o «*délai de prescription*».

(213) Así lo reconoce el Cdo. núm. 18 de la Directiva: «Considerando que los Estados miembros pueden disponer libremente la suspensión o la interrupción... del plazo de prescripción... cuando se trate de reparaciones, sustituciones o negociaciones entre vendedor y consumidor, con el fin de llegar a una solución amistosa».

En cuanto a la duración de dicho plazo, la relega la Directiva a la decisión de los Derechos nacionales. En el caso del Derecho español, el plazo aplicable sería, pues, el plazo general de prescripción aplicable a las acciones personales que no tengan señalado uno especial, esto es, el plazo de quince años previsto en el artículo 1.964 del Código Civil. Ahora bien, dicho plazo es excesivamente largo y parece ser que las autoridades comunitarias consideran que las reclamaciones derivadas de la garantía deben quedar sujetas a un plazo breve (214).

Ello presupuesto, cabría proponer que el plazo de prescripción aplicable a tales reclamaciones sea el de tres años previsto en el artículo 10 de la Directiva 85/374, de 25 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, así como en la correspondiente Ley española de trasposición de tal Directiva, de 6 de julio de 1994 (art. 12). Y ello, no sólo por la proximidad entre el ámbito de dicha Directiva (productos defectuosos por ser inseguros) y el de la Directiva que aquí se analiza (productos defectuosos por no ser conformes con el contrato celebrado con el consumidor) (215), sino además porque, al igual que ésta, también aquella Directiva opera a partir de la expuesta dualidad de plazos (plazo de responsabilidad y plazo de prescripción de la acción) (216).

4.3. *El plazo de denuncia del defecto como condición de admisibilidad del ejercicio del derecho*

Además de los dos expuestos, existe la posibilidad —si así lo deciden los Estados miembros— de que incida en materia de garantías un tercer plazo.

(214) Así lo trasluce el ya citado *Libro Verde* de la Comisión Europea, que considera que «le délai de prescription de l'action devrait être court» (así, en la pág. 87).

(215) Sobre la delimitación entre el ámbito de tal Directiva y el de la que aquí se analiza, vid. *supra* nuestro epígrafe II, 1.1.

(216) En efecto, la expuesta dualidad de plazos no es desconocida ni en el Derecho comunitario ni —por influencia suya— en el Derecho español, dado que, como indicamos en el texto, la aplica también la Directiva 85/374 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, así como la Ley española de 1994 que la transpone. Así, a tenor de la indicada regulación, el sujeto responsable —lo es, en principio, el fabricante— sólo responde de los defectos de seguridad del producto que afloren dentro de los diez años siguientes a su puesta en circulación (art. 11 Dir. 85/374, y art. 13 de la Ley española). Dentro de ese plazo, el perjudicado por el producto dispone para reclamar de un plazo de prescripción de tres años, contado desde la fecha en que sufrió el perjuicio (art. 10 Dir. 85/374, y art. 12 de la Ley española).

De lo anterior, se infiere que —como es lógico—, estando en juego la seguridad de los productos, las exigencias legales se incrementan, ya que, si bien sólo se obliga al vendedor a garantizar su calidad durante dos años (vid. *supra* nuestro anterior epígrafe y la nota 209), tratándose, en cambio, de su seguridad, el plazo de responsabilidad impuesto al fabricante es de diez años.

Así, según el artículo 5.2, «Los Estados miembros podrán disponer que el consumidor, para poder hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad».

Se trata, pues, de que, pese a ser el derecho a la garantía inherente a la existencia del defecto, el comprador sólo lo conserva, si denuncia el defecto al vendedor dentro de los dos meses siguientes a su descubrimiento. En dicha regla, subyace —además del interés general de la seguridad jurídica— el reconocimiento legal del particular interés del vendedor (217) en no verse sorprendido por reclamaciones inesperadas o intempestivas (218), que pueden dejarle especialmente indefenso, cuando, por el tiempo transcurrido entre el descubrimiento del defecto por el comprador y su notificación al vendedor, resulta difícil dilucidar si el defecto alegado por aquél existía o no en el momento de la entrega (art. 5.3) (219) (220).

En congruencia con la indicada motivación del deber de denuncia, debería haberse impuesto al comprador, en interés del vendedor, una carga de examen o inspección de la cosa entregada. Y, en efecto, encontramos formulada dicha carga en la norma que inspira la previsión comunitaria del deber de denuncia (art. 5.2 Dir.), que, una vez más, resulta ser un precepto de la CV, el artículo 38.1 CV, que dispone que, «El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias».

En un principio, la referida carga de inspección había quedado establecida también en la segunda Propuesta de Directiva (cfr. DOCE núm. C 307, de 16 de octubre de 1996), cuyo artículo 4.1 decretaba que, «Para poder beneficiar-

(217) «Die Möglichkeit, dass noch nach geraumer Zeit durch den Käufer Mängelansprüche erhoben werden, bedeutet für den Verkäufer eine erhebliche Unsicherheit. Dazu kommt, dass, je mehr Zeit vergeht, um so schwieriger der Beweis sein wird, dass der behauptete Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrüberganges vorhanden gewesen ist. Berechtigtes Interesse des Verkäufers und allgemeines Rechtssicherheitsinteresse verlangen daher eine möglichst baldiger Geltendmachung etwaiger Sachmangel durch den Käufer» (así, LARENZ, *op. cit.*, II, pág. 49).

(218) El vendedor se verá, si cabe, más sorprendido o, incluso, indefenso frente a la reclamación intempestiva, si procede ésta de un consumidor residente en un país extranjero (sobre dicha eventualidad como motivación adicional del deber de denuncia, cfr. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, cit., III, pág. 590).

(219) Tal y como indicábamos *supra* en el epígrafe II, 1.2.3, se hace responsable al vendedor de aquellos defectos ya existentes o por lo menos latentes en el momento de la entrega. Cuando el defecto se manifiesta dentro de los seis meses siguientes a la entrega, ni siquiera está obligado el comprador a probar tal circunstancia, ya que la ley presume que existía ya en dicha fecha (art. 5.3 Dir.).

(220) Otro posible perjuicio derivado para el vendedor de la reclamación extemporánea es una eventual agravación del defecto, que pudiera haberse evitado de haberse señalado a tiempo.

se de los derechos contemplados en el apartado 4 del artículo 3 [que recogía los recursos puestos a disposición del comprador en caso de falta de conformidad], el consumidor deberá denunciar al vendedor cualquier falta de conformidad en el plazo de un mes a partir del momento en que el consumidor comprobó dicha falta *o hubiera debido normalmente comprobarla*». De este modo, al empezar a correr el plazo para cumplir el deber de denuncia del defecto ya desde el momento en que el consumidor debió detectarlo (al margen de si lo detectó o no efectivamente), se imponía a éste la indicada carga de inspección de la cosa vendida.

Sin embargo —por sugerencia del Comité Económico y Social de la CEE—, la referida disposición de la Propuesta no quedó incorporada al texto definitivo (221), de manera que el actual artículo 5.2 Dir. hace correr el plazo de denuncia, no desde el momento de la debida comprobación del defecto por el consumidor, sino exclusivamente desde su efectiva comprobación («desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad»). Siendo así, la previsión del plazo de denuncia como instrumento de protección del vendedor frente a posibles reclamaciones intempestivas del consumidor pierde gran parte de su razón de ser, ya que se le deja al albur de la mayor o menor celeridad con que llegue éste a descubrir el defecto.

(221) Para la supresión del indicado deber de comprobación del texto definitivo de la Directiva, véanse las razones aducidas por el Dictamen del citado Comité de la Comisión Europea (*vid.* su apdo. 3.22): «La obligación de denunciar la falta de conformidad se tomó de las disposiciones jurídicas de las Naciones Unidas en materia de compraventa, en las cuales, no obstante —con arreglo a las tradiciones comerciales— también se prevé (art. 38) una obligación de inspección por parte del comprador (que en las disposiciones de las Naciones Unidas siempre es un comerciante). No obstante, en algunos Estados miembros no existe tal obligación de inspección para la compra de bienes de consumo y, a juicio del Comité, no debería introducirse, ni siquiera indirectamente, con carácter obligatorio. No sería nada realista imponer al consumidor la obligación de inspeccionar minuciosa e inmediatamente todos los bienes que adquiriese, ya que en muchos casos ni siquiera estaría capacitado para hacerlo».

En definitiva, la carga de inspección se rechaza en base a dos argumentos: su inexistencia en la legislación de algunos Estados miembros (así, no la impone, por ejemplo, el Derecho Civil español) y la improcedencia de imponerla al consumidor, que, por no ser comerciante (como sí lo es, en cambio, el comprador de la CV, de donde procede la carga de inspección), no es un comprador experto y no podrá, por ello, llegar a reconocer el defecto por el solo hecho de examinar o inspeccionar la cosa en el momento de adquirirla.

La procedencia mercantil del deber de inspección queda, en efecto, confirmada (la confirman tanto RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, III, págs. 588, 589 y 590, como GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 40), puesto que fue incorporado a la CV por influencia del Código de Comercio alemán (HGB), de 10 de mayo de 1897, cuyo §377 impone al comprador comerciante un deber de inspección y denuncia inmediatas (*Untersuchungs- und Rügepflicht*) en los siguientes términos (§377 [1] HGB): «Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgänge tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen».

En última instancia, sólo se impone, pues, al consumidor un deber de diligencia en la comunicación del defecto una vez descubierto, pero ya no —como hubiese sido más acorde con la finalidad a que responde el deber de denuncia— en el propio descubrimiento.

La consecuencia de la omisión de ese deber de comunicación o denuncia del defecto en el plazo de dos meses desde su descubrimiento parece ser la inadmisibilidad del ejercicio del derecho, dado que, interpretado *a contrario*, viene a decir el artículo 5.2 que, en ese caso, «no podrá el consumidor hacer valer sus derechos». No quedaría, pues, afectada la existencia del derecho, sino sólo su ejercicio, al cual —en base a la omisión del deber de denuncia— podrá oponerse el vendedor tildando la pretensión del consumidor de retrasada o extemporánea. Ni que decir tiene que, por no haberse extinguido ni perdido el consumidor su derecho, su ejercicio será viable siempre que el vendedor no quiera o no pueda ampararse en la omisión del deber de denuncia (222).

A nuestro entender, tanto por su fundamento como por sus efectos, nos encontramos en este caso ante una específica manifestación de la figura conocida en la dogmática alemana como *Verwirkung* (223) y en nuestro ámbito (224) como *retraso desleal* (225). En efecto, cabe considerar que

(222) Como se verá *infra* (nota 238), el vendedor de mala fe no debiera poder ampararse en dicha omisión del comprador.

(223) Siquiera sea mediante indicaciones incidentales, tanto RABEL como LARENZ avalarían la opinión de que la inadmisibilidad de la reclamación del comprador derivada de la omisión de su deber de denuncia constituye un efecto de *Verwirkung*. Vid. así, RABEL (*Der Warenkauf*, cit., II, nota 106 de la pág. 147): «Rüge und Verjährung werden allerdings häufig durch den Gedanken der Verwirkung ersetzt». Y, análogamente, LARENZ (*op. cit.*, II, pág. 39), quien, además, puntualiza que, por ser la *Verwirkung* un efecto legal aparejado a la inactividad del comprador, decretado al margen de su voluntad y no basado en una presunción de renuncia, no podrá éste excluir tal efecto demostrando una voluntad contraria a esa supuesta renuncia presunta: «...dass (der Käufer) den Mangel der Sache... erfährt und trotzdem die Sache als Erfüllung annimmt, ohne etwas darüber zu sagen. Er "verwirkt" dann seine Rechte (durch "Verschweigung") - nicht, weil in seinem Verhalten, wie manche annehmen, ein "stillschweigend" erklärter Verzicht zu finden wäre - dann müsste er nach § 119 Abs. I anfechten können -, sondern weil er durch sein Schweigen in Verbindung mit der Annahme einen Tatbestand schafft, aus den der Verkäufer soll vertrauen dürfen».

(224) Tal y como demuestra el trabajo de VAQUER ALOY, pese a ser de raigambre alemana, la figura no es desconocida en nuestro ámbito, pues se ocupan de ella tanto algunas obras generalistas, como, sobre todo, la jurisprudencia, en particular a partir de la STS de 21 de mayo de 1982 (cfr. VAQUER ALOY, ANTONI, «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española», en *Aranzadi. Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, núm. 2, págs. 89 y sigs., y, en especial, págs. 106 a 107).

(225) Obsérvese que, mientras que en Alemania se designa a la figura por su efecto jurídico («*Verwirkung*» significa literalmente eficacia frustrada), se ha optado, en cambio, entre nosotros por designarla a partir de su supuesto de hecho: «retraso desleal».

concurrir en este supuesto los presupuestos propios de tal figura, que son los siguientes:

- El transcurso de un período de tiempo, más o menos largo (en este caso, los dos meses a partir del descubrimiento del defecto) (226).
- La inactividad del titular del derecho durante ese período (en este caso, la omisión por el consumidor de su deber de denuncia) (227), que permite pensar al sujeto pasivo (aquí el vendedor) que el derecho no va a ser ejercitado.
- Finalmente, la protección que, presupuesta la buena fe del sujeto pasivo, otorga el ordenamiento a la confianza de éste en que, efectivamente, no va a producirse ya ejercicio del derecho.

Pese a que en este caso ha omitido la Directiva restringir al vendedor de buena fe el efecto beneficioso (esto es, la inadmisibilidad de la reclamación) derivado de la infracción por el comprador de su deber de denuncia, hay que entender que, si llega el legislador español a incorporar el referido deber (recuérdese que su incorporación es opcional para los Estados miembros: art. 5.2 Dir.), deberá introducir tal restricción. Así lo imponen los principios generales de nuestro Derecho (en concreto, aquél que impide al contratante causante de la ilicitud beneficiarse de ella: arg. ex art. 1.305,2 del Código Civil), además de que, al fin y al cabo, así resulta tanto de las normas

(226) Según indica VAQUER (*loc. cit.*, pág. 108), no es posible determinar *a priori* la duración de ese período, dado que deben valorarse también las otras circunstancias del caso, que pueden determinar un acortamiento o alargamiento del plazo. Ahora bien, como también reconoce el citado autor (*id.*, pág. 108 y también pág. 120), hay un dato seguro: el tiempo necesario para que tenga lugar la *Verwirkung* es siempre menor que el que es necesario para que ese mismo derecho prescriba o caduque (como vemos que ocurre también en el supuesto de las garantías que estamos aquí examinando), de manera que, cuanto más breve sea el plazo legal de prescripción, menos posibilidades habrá de apreciar la producción de *Verwirkung*. En cuanto a las diferencias entre *Verwirkung* y prescripción, sería la sustancial (*id.* VAQUER, págs. 119-120), que, mientras que la prescripción atiende sólo a la conducta del titular activo, produciéndose por su sola inactividad durante el tiempo legalmente establecido, en cambio, la *Verwirkung* no sólo exige tener en cuenta todas las circunstancias del caso (esto es, los presupuestos que indicamos en el texto), sino que específicamente comporta valorar y sopesar el comportamiento de ambos sujetos implicados en la relación jurídica, ya que para que pueda apreciarse *Verwirkung* tan relevante es la conducta del titular del derecho como la del sujeto pasivo, quien también debe cumplimentar las exigencias de la buena fe a fin de merecer esta protección.

(227) Dado que, como indicábamos *supra* (cfr. nota 222), ha optado la Directiva por no imponer al consumidor una carga de inspección, a los dos meses previstos para la denuncia, contados desde que el consumidor descubrió el defecto, puede sumarse —incrementándose por ello la confianza del vendedor— todo el tiempo que, innecesariamente, pudo aquél haber invertido en llegar a descubrir el defecto.

que sirvieron de modelo a la Directiva (228) como de las reglas propias del instituto de la *Verwirkung* (229).

5. EL FOMENTO DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTÍA

Una vez expuestos los recursos o remedios que el legislador comunitario ha puesto a disposición del comprador y examinadas las condiciones señaladas para reclamarlos, cabe pensar en la vía más adecuada para hacerlos efectivos.

Pues bien, es entonces cuando —como ocurre en general en materia de consumo— se suscitan también en este ámbito las dificultades o, como mínimo, los inconvenientes que la reclamación judicial entraña para el consumidor. Ello es así porque lo que caracteriza a la mayoría de los litigios de consumo es la desproporción entre el valor económico del asunto y el coste (tanto en tiempo como en dinero) de su solución judicial. Tales dificultades se acentúan, si cabe, en los conflictos transfronterizos, todo lo cual a menudo acaba disuadiendo al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos.

Son seguramente tales dificultades las que llevan al legislador comunitario a recomendar a los Estados miembros la promoción de la solución extrajudicial del conflicto, a través de «órganos que garanticen una gestión imparcial y eficaz de las reclamaciones en un contexto tanto nacional como transfronterizo y que los consumidores puedan utilizar como mediadores» (cfr. Cdo. núm. 25 Dir.).

Más específicamente, sirve a dicho objetivo la Recomendación de la Comisión Europea, de 30 de marzo de 1998 (230), relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. A tenor del citado texto, la actuación del órgano de solución extrajudicial debiera regirse por determinados principios, tendentes a facilitar que, en los conflictos transfronterizos, puedan los consumidores acudir al órgano mediador (231) de otro Estado miembro con las mismas garantías que

(228) Tanto la CV (art. 40) como el HGB (§377 [5]), de donde procede, como se recordará (cfr. *supra* nota 221), la exigencia del deber de denuncia, impiden al vendedor de mala fe o conocedor de la existencia del defecto, ampararse en la omisión por el comprador de su deber de denuncia.

(229) «El sujeto pasivo es un elemento clave en materia de *Verwirkung*... su comportamiento no es indiferente, por cuanto sí, por ejemplo, ha impedido que el titular [activo del derecho] pueda ejercitar su derecho, no recibirá la protección ante un ejercicio tardío del mismo» (así, VAQUER, *loc. cit.*, pág. 98).

(230) Vid. DOCE, núm. L 115, de 17 de abril de 1998, págs. 31 y sigs.

(231) Si hablamos inespecíficamente de «órgano mediador» o «de solución extrajudicial», es porque el órgano, cuya actuación se requiere, no ha de ser necesariamente arbitral, ya que, según indica el Cdo. núm. 10 de la citada Recomendación, «las decisiones de los órganos extrajudiciales pueden tener un efecto obligatorio para las partes [o bien]

ofrece o debiera ofrecer (232) el órgano de solución extrajudicial de su propio Estado (233). Destacan, en especial, los siguientes principios:

* El **principio de transparencia**, que exige la comunicación anticipada y por escrito a los interesados sobre los siguientes extremos en particular: el tipo de normas en las que basará sus decisiones el órgano en cuestión (234) y el valor jurídico de su decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio.

* El **principio de eficacia**, que impone permitir al consumidor el acceso al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante procesal, así como la gratuidad o, como mínimo, la fijación de costes moderados, así como la de plazos cortos entre la consulta presentada al órgano y su decisión.

* El **principio de legalidad**, que exige que la decisión del órgano mediador no tenga como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Estado en que se encuentra asentado dicho órgano ni de la derivada de las del Estado de residencia del consumidor.

* El **principio de libertad**, que exige que la decisión del órgano sólo sea obligatoria para las partes cuando hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente. En concreto, en el caso del consumidor, su adhesión al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo (235), sino posterior a él, y, formulada, por tanto, con pleno conocimiento de causa.

limitarse a simples recomendaciones o a propuestas de transacción que deben ser aceptadas por las partes; que a los efectos de la presente Recomendación, el término “decisión” abarca estos diferentes casos».

(232) En el Derecho español imponen análogas garantías de actuación al órgano mediador tanto el artículo 31 LGDCU como el Real Decreto 6536/1993, de 3 de mayo, regulador del arbitraje de consumo.

(233) Se infiere el referido objetivo de los Cdos. 6.º y núm. 21 de la citada Recomendación.

(234) Podrán ser éstas, además de la equidad o las disposiciones legales, normas emanadas de códigos de conducta corporativos, «siempre y cuando no disminuya el nivel de protección de los consumidores en comparación con la protección que, respetando el Derecho comunitario, les garantizaría la aplicación del Derecho por los tribunales» (así, el Cdo. núm. 19 de la citada Recomendación).

(235) Obsérvese que la prohibición de que la renuncia del consumidor a la vía judicial sea anterior al surgimiento del conflicto es paralela a la impuesta por la Directiva de garantías, cuyo artículo 7.1 prohíbe, como sabemos (vid. *supra* ep. II, 3.3), la renuncia del consumidor al saneamiento formulada con anterioridad a su descubrimiento del defecto. El fundamento de la prohibición es el mismo en ambos casos: la presunción de haber obtenido el profesional la renuncia de su parte contractual en ejercicio de su posición dominante y, consiguientemente, el carácter abusivo de la cláusula contractual que la contiene [sobre el carácter abusivo de ese tipo de cláusulas, cfr. apdo. q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas].

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil*, Barcelona, 1994, tomo II, vol. 2.º
- ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- ANSON, SIR WILLIAM REYNELL: *Law of contract*, Oxford, 1984 (vigésimosexta edición).
- BADENAS CARPIO, JOSÉ MANUEL: «Comentario del artículo 2.º de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 1999, pág. 7 y sigs.
- BABOSA COLL, FERRÁN: *Dret d'Obligacions*, Barcelona, 1990.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 777 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO y RODRIGO: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BIENDICHO GRACIA, LUIS F.: «La protección del prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los actos difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor», en *La Ley*, 1999, págs. 1604 y sigs.
- CAFFARENA LAPORTA, JORGE: «Comentario del artículo 2.º CV», en *La compraventa internacional. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998, págs. 59 y sigs.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS: «Comentario del artículo 1.º de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998, págs. 45 y sigs.
- COCA PAYERAS, MIGUEL: «Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 1998, págs. 37 y sigs.
- CARRASCO PERERA, ANGEL; CORDERO LOBATO, ENCARNA, y MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL: «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía», en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, págs. 125 y sigs.
- COMISIÓN EUROPEA: *Livre Vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente*, Bruselas, 15 de noviembre de 1993 (COM [93] 509 final).
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. SECRETARÍA GENERAL: *Productos defectuosos. Documentación preparada por...*, núm. 112, enero de 1994.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996.
- DOMAT, JEAN: *Les lo civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, tomo I.
- EMPARANZA, ALBERTO: «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, págs. 461 y sigs.
- ENNECERUS, LUDWIG: *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1966 (décimoquinta edición), tomo II, vol. 2.º, 1.ª parte.
- ESSER, JOSEF, y WEYERS, HANS-LEO: *Schuldrecht*, Heidelberg, 1991, tomo II.
- GÓMEZ POMAR, FERNANDO: «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», en *Indret* [www.indret.com], octubre de 2001.

- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO: «Proyecto de una ley internacional de compraventa», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, tomo III, págs. 18 y sigs.
- GRUNDMANN, STEFAN; MEDICUS, DIETER, y ROLLAND, WALTER: *Europäisches Kauf-gewährleistungsrecht*, Colonia, Berlín, Bonn y Munich, 2000.
- HIPPEL, EIKE VON: *Verbraucherschutzrecht*, Hamburgo, 1974.
- HONDIUS, EWOUT: «Consumer Guarantees: Towards a european Sale of Goods Act», en [http:// www.cnr.it](http://www.cnr.it) (fecha de consulta: agosto de 2001).
- KOCH, DETLEF: *Produkthaftung*, Berlín, 1995.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1985, tomo II, vol. 1.º
- LARENZ, KARL: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munich, 1956, tomo II.
- LETE ACHIRICA, JAVIER: «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 15 a 21 de noviembre de 1999, págs. 1365 y sigs.
- LLÁCER MATACÁS, M.ª ROSA: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.
- «La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Carta Mercantil*, núm. 26, julio de 2001, págs. 1 y sigs.
 - «Dret civil europeu i Dret de consum: entorn a la configuració de l'objecte contractual», comunicación presentada a las *Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, septiembre de 2002 [pendiente de publicación en el *Libro de Materiales de las Jornadas*].
- MARCO MOLINA, JUANA: «La incorporación de la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones» [pendiente de publicación en el *Libro Homenaje al Profesor don Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, coordinado por los Profesores Morales Moreno y Miquel González].
- «El derecho de autor en la sociedad de la información», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1997, págs. 63 y sigs.
- MARTY, JEAN PIERRE: «La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine», en *Revue trimestrielle de Droit commerciale et de Droit économique*, 1981, págs. 695 y sigs.
- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL: «Comentario del artículo 35 CV», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998, págs. 287 y sigs.
- «Comentario del artículo 1.489 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, tomo II, págs. 964 y sigs.
 - «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: la compraventa», *Segunda Ponencia* a las «*Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa*», Tossa de Mar, septiembre de 2002 [pendiente de publicación en el *Libro de Materiales de las Jornadas*].

- OLIVENCIA, MANUEL: «La Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1991, págs. 351 y sigs.
- ORTÍ VALLEJO, ANTONIO: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Granada, 2002.
- PARRA LUCÁN, M.^a ANGELES: «Comentario del artículo 12 LOCM», en *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista*, coordinados por Rodrigo Bercofí y Jesús Leguina, Madrid, 1997, págs. 198 y sigs.
- RABEL, ERNST: *Das Recht des Warenkaufes*, Berlín y Tübingen, 1967 (reimpresión de la edición de 1958), tomo II.
- «Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes», en *Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1967, tomo III, págs. 522 y sigs.
- «A Draft on an international Law of Sales», en *Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1967, tomo III, págs. 613 y sigs.
- RANIERI, FILIPPO: *Europäisches Obligationenrecht*, Viena y Nueva York, 1999.
- SCHLECHTRIEM, PETER: «Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf», en *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001.
- SCHMIDT-KESSEL, MARTIN: «Der Rückgriff des Letzverkäufers», en *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 18, 2000, págs. 668 y sigs.
- SCHULZE, REINER, y SCHULTE-NOLKE, HANS (eds.): *Casebook europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1999.
- SCHWARTZE, ANDREAS: «Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa», en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 3, 2000, págs. 1999 y sigs.
- SCHULZE, REINER, y ZIMMERMANN, REINHARD: *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Madrid y Barcelona, 2002.
- TENREIRO, MÁRIO: «La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation», en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1996, págs. 1987 y sigs.
- VAQUER ALOY, ANTONI: «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, págs. 89 y sigs.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO: *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 1996 (9.^a ed.).
- WINDSCHEID, BERNHARD: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt/Main, 1906, tomo II.
- ZIMMERMANN, REINHARD: «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en ZIMMERMANN, REINHARD: *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, págs. 111 y sigs.
- «El Derecho Romano holandés y su contribución al Derecho Privado europeo», en ZIMMERMANN, REINHARD: *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, págs. 67 y sigs.

Doctora JUANA MARCO MOLINA
 Profesor Titular de Derecho Civil
 Universidad de Barcelona

DICTAMENES Y NOTAS

Alegaciones que presenta la Junta Directiva del Colegio Nacional de Registradores a la consulta planteada por el Consejo General del Notariado sobre la interpretación del artículo 98 de la Ley de Acompañamiento

I. INTRODUCCION

1. Antes de entrar en las consideraciones jurídicas propiamente dichas, parece conveniente a esta Junta de Gobierno, realizar algunas consideraciones previas a la vista de algunas de las afirmaciones contenidas en el escrito de consulta vinculante, remitido por el Consejo General del Notariado.

En los sistemas registrales evolucionados, como es el caso del español, el Registro ejerce una función de control de legalidad, mediante la cual supervisa que las correspondientes transacciones respeten el ordenamiento jurídico.

Al control de legalidad del Registrador se conecta una consecuencia jurídica sustancial, denominada «fe pública registral». Para que este fundamental efecto se pueda producir es necesario que la ley prescriba que, al menos frente a terceros, el contenido de la inscripción registral se imponga frente al del título que la motivó, en caso de discordancia entre ambas, salvada la buena fe del tercero.

Así es a partir de la inscripción en el Registro y no del otorgamiento de la escritura cuando el poderdante puede perder todas sus facultades de impugnación del acto realizado con poder insuficiente, si surge un tercero protegido por la fe pública de los asientos (art. 34 de la Ley Hipotecaria). Ello es así

por razones de seguridad del tráfico inmobiliario y mercantil que motivaron la creación misma del sistema registral.

Las inscripciones registrales pueden, de este modo, informar con total seguridad a los potenciales contratantes e interesados de buena fe sobre quien es el titular de cada derecho, su capacidad para disponer y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así —idealmente— eliminar las asimetrías informativas de carácter jurídico.

Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. De este modo, la labor «investigadora» y «aseguradora» de quien desea realizar una transacción queda reducida a una simple solicitud de certificación registral.

2. La lógica de la separación —orgánica y funcional— entre Notarios y Registradores, sin merma de sus respectivas competencias, proviene de que el Registro ejerce siempre una tarea de control *con efectos sobre terceros*, si bien lo hace en mayor o menor medida según los sistemas: ya sea, al menos, estableciendo la prioridad, en los registros de documentos, o, además, definiendo los derechos en los registros de derechos. La separación resulta necesaria porque es, cuando menos, difícil *controlar los propios actos*, como habría de hacerse si las dos funciones fuesen desempeñadas por la misma persona (o su equivalente, atribuir al control sobre los propios actos efectos sobre terceros) o dentro de la misma organización.

Las restricciones de *efectos públicos* de la actividad de los preparadores de documentos es tanto más imperativa cuanto mayores sean los efectos de las decisiones registrales y, por tanto, cuanto más exhaustiva sea esa actividad registral de control. El motivo reside en que el registro de derechos —al contrario que el de documentos— crea y extingue derechos, al menos frente a terceros. En los sistemas de fe pública más modernos, como son los de Alemania, Inglaterra, Austria, Suiza o España, las salidas del Registro constituyen un insumo incuestionable en la práctica judicial y contractual y generan, por ello, graves efectos sobre terceros, tanto individuales como colectivos. Cuando funciona correctamente, lo hace siguiendo la voluntad de las partes, pero sus efectos son los mismos si contradicen dicha voluntad o sin voluntad suficiente.

3. De lo expuesto resulta, por tanto, que si se incrementasen los efectos públicos de la intervención notarial en relación con el registro, en los términos expuestos, es decir, si se transfiriesen en todo o en parte las funciones calificadoras desde los Registradores a los Notarios, se exacerbaría el conflicto de intereses subyacente entre partes (protegidas) y terceros (indefensos), lo que exigiría eliminar el sistema registral de fe pública, por ser, en esos términos, excesivamente peligroso para los terceros, y sustituirlo por la única alternativa realmente existente: registro de mera *publicidad* o bien de inopo-

nibilidad, completado, inevitablemente, por algún mecanismo de seguridad económica, ya que tales sistemas registrales, por sí solos, son incapaces de producir el nivel de seguridad jurídica requerido. Las evidencias empíricas apoyan esta aseveración. Se regresaría, por tanto, desde un sistema de registro de derechos a otro de registro de documentos completado por algún tipo de seguridad económica.

En tal situación, el interés público se vería gravemente perjudicado, pues se habría pasado de un sistema más eficiente a otro mucho menos eficiente, tal y como es unánimemente reconocido, lo que provocaría un aumento general de costes transaccionales en el ámbito inmobiliario y por extensión en el societario.

Todo lo anterior pone de manifiesto que la *pretensión notarial* de que el juicio de suficiencia del poder emitido por el Notario quede exento del control registral es *contraria al interés público*. Precisamente por ello, como se demuestra en el lugar oportuno de este informe, la regla general en Europa es que la representación debe ser acreditada ante el Registrador y también ante cualquier otro funcionario público, contrariamente a lo que se afirma en el escrito de consulta formulada por el Consejo General del Notariado.

4. Por último, parece conveniente llamar la atención sobre las siguientes reflexiones formuladas en su día por el profesor CÁNDIDO PAZ-ARES:

«No es mi propósito entrar ahora en la discusión iusnotarialista acerca del alcance del control de legalidad. No obstante, cabe oponer ciertos reparos a la tendencia, cada vez más difundida, a extender el control de legalidad y convertirlo en un control de mérito. Yo creo que estas orientaciones —que no sé hasta qué punto son más *law in books* que *law in action*— deben tomarse como un grano de sal, puesto que la organización del Notariado no está preparada (en mi opinión, concebida) para ponerla en práctica. En el ámbito judicial hay un sistema de deliberación dialéctico que permite producir el Derecho con ciertas garantías, pero en el ámbito notarial debe primar la certidumbre sobre cualquier otra consideración. De lo contrario, el “activismo notarial” en la construcción del ordenamiento imperativo podría ocasionar costes importantes y desviar a los usuarios en busca de otros ingenieros transaccionales. *Es cierto, no obstante, que nuestro sistema cuenta con una ayuda de enorme valor en la jurisprudencia registral. Nunca se insistirá lo suficiente en el papel crucial que desarrolla esta doctrina de alta calidad para orientar la administración cautelar de nuestro Derecho privado.* Y conviene no olvidar lo obvio: dicha doctrina se produce en resoluciones de recursos contra las calificaciones registrales, sin las cuales no podría haber esa doctrina en la contratación».

II. OBSERVACIONES PREVIAS A LAS ALEGACIONES

1. LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES TIENEN ATRIBUIDA, DESDE HACE 140 AÑOS, LA COMPETENCIA PARA CALIFICAR LA EXISTENCIA Y SUFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN

Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en ejercicio de las competencias que les atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, han venido calificando ininterrumpidamente, desde hace 140 años, la existencia, legalidad y suficiencia de la representación de los que otorgan, en nombre de otro, escrituras públicas.

No es ésta una afirmación difícil de probar; basta simplemente con consultar cualquiera de los repertorios jurisprudenciales más en uso. Por ejemplo, según el de GARCÍA GIL y GARCÍA GIL, de los 2.755 recursos que habían sido resueltos hasta 1989 por la Dirección General, más de 500 versaron sobre defectos observados por Registradores de la Propiedad (dejemos aparte ahora a los Registradores Mercantiles) al calificar la representación.

2. LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO NO HA SUPRIMIDO LA COMPETENCIA TRADICIONAL DE LOS REGISTRADORES PARA CALIFICAR LA REPRESENTACIÓN

Pues bien, nada ha cambiado en este punto por la promulgación de la ley de Acompañamiento y nada ha cambiado:

- i) En primer lugar, porque no existe en ella ninguna disposición concreta que prive a los Registradores de la titularidad de la competencia para calificar la representación; y conviene no olvidar que en los Estados de Derecho como el nuestro, «el mecanismo del principio de legalidad como técnica para la atribución legal de potestades a la Administración» (GARCÍA DE ENTERRÍA) precisa «tanto para la atribución como para la supresión de competencias de la intermediación de mandato **expreso**».
- ii) En segundo lugar, porque la propia Ley de Acompañamiento ratifica, siempre que puede, el ámbito de tradicional de la calificación de los Registradores que extiende expresamente a toda clase de causas impeditivas de la inscripción, sin especial excepción para el caso de falta o insuficiencia de la representación; y no hay que olvidar nunca que, como muy bien dice el Consejo General del Notariado en su consulta, «donde la ley no distingue, el intérprete tampoco puede distinguir».

3. MENCIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO
QUE RESPALDAN UNA CALIFICACIÓN SIN RESTRICCIONES POR PARTE
DE LOS REGISTRADORES

Son varios los preceptos de la Ley de Acompañamiento que ratifican o confirman el ámbito tradicional de la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles:

- i) En primer lugar hay que citar el artículo 100.1 que introduce los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del artículo 18 de la Ley Hipotecaria para retocar los plazos de calificación, pero mantiene íntegro, sin hacer salvedad alguna, para el caso de las escrituras otorgadas por representante, el principio de legalidad o calificación del ahora párrafo primero, en cuya virtud, como es sabido, califican los Registradores la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos, y no sólo las formas extrínsecas del documento presentado.
- ii) En segundo lugar hay que citar el artículo 100.2 de la Ley de Acompañamiento, que introduce el nuevo artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria, en cuya virtud el Registrador debe denegar o suspender el asiento siempre que aprecie, también sin hacer excepción alguna para el caso de insuficiencia o falta de representación, cualesquiera «causas impeditivas, suspensivas o denegatorias».
- iii) En tercer lugar hay que citar la regla 1.ª del párrafo cuarto de ese artículo 19.bis, introducido por la misma Ley de Acompañamiento, que establece como requisito para calificar, la necesidad de que se acompañen al «testimonio íntegro del título presentado», los «documentos complementarios», sin hacer tampoco excepción alguna para los complementarios de los que resulte la representación.
- iv) En cuarto lugar hay que citar el artículo 112.2 de la propia Ley de Acompañamiento, que tanto cuando se refiere a la nota de calificación del Registrador como a la práctica de la inscripción, dispone que han de realizarse «con arreglo a los principios de la legislación registral», y es bien sabido que uno de los «principios fundamentales de la legislación registral» es precisamente el de calificación registral.
- v) En quinto lugar hay que citar la Disposición Adicional vigesim quinta de la Ley de Acompañamiento que, al redactar de nuevo el artículo 42.9.º de la Ley Hipotecaria, mantiene la anotación preventiva para el caso de que la inscripción de algún título «no pueda hacerse por ALGUN defecto subsanable», esto es, por CUALQUIER defecto subsanable sin salvedad alguna, por tanto, también para el caso de defecto en la representación, lo que evidentemente supone que el Registrador tiene que seguir apreciándola.

III. ALEGACIONES CONCRETAS A LA CONSULTA FORMULADA

1. *ALEGACIÓN PRIMERA: VIGENCIA DEL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO PRIMERO DE LA LEY HIPOTECARIA: FALTA DE DEROGACIÓN EXPRESA (INTERPRETACIÓN LITERAL)*

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a diferencia de sus artículos 222.2 y 253.1 (cfr. apartado primero de la Disposición Derogatoria de la Ley de Acompañamiento), no ha sido **expresamente** derogado.

Y no sólo no ha sido derogado sino, más bien, al contrario, ha sido plenamente ratificado: en efecto, la nueva Ley ha **añadido al citado artículo 18**, tres nuevos párrafos (segundo, tercero y cuarto) lo que, evidentemente, implica la subsistencia del primero.

Es más, la misma Ley de Acompañamiento no sólo se limita a mantener implícitamente las antiguas competencias de los Registradores: las ratifica explícitamente. En efecto, dispone su artículo 112, citado anteriormente, que «la realización de (los asientos registrales) (se hará) con **arreglo a los principios de la legislación registral**» y todos sabemos que uno de los más famosos principios de la organización registral es precisamente el de **legalidad**, esto es, **el de calificación**.

Ahora bien, si según la nueva ley, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria sigue íntegramente vigente porque el legislador lo mantiene sin salvedad alguna; si, según el citado precepto, «el Registrador calificará, bajo su responsabilidad (...) la validez de los actos dispositivos (...) cuya inscripción se solicita»; si según el tenor literal del artículo 1.259.2 del Código Civil son nulos, y por tanto inválidos, los contratos (también los contratos dispositivos) que hayan sido realizados por cualquiera de las partes, o por ambas, sin poder o con poder insuficiente; el Registrador sigue estando obligado a calificar y rechazar los documentos otorgados sin representación o con representación insuficiente.

2. *ALEGACIÓN SEGUNDA: VIGENCIA DEL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO PRIMERO DE LA LEY HIPOTECARIA: FALTA DE DEROGACIÓN TÁCITA (INTERPRETACIÓN LITERAL)*

El artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria tampoco ha sido derogado **tácitamente** por el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento, y no ha sido derogado no sólo porque no se opone a lo dispuesto en ella sino, sobre todo, porque su tenor ha sido expresamente salvado, y por tanto ratificado por el texto de la nueva norma.

Es cierto, sin duda, que el apartado segundo de la Disposición Derogatoria de la Ley de Acompañamiento deroga todas las leyes que se opongan a

lo dispuesto en ella; es incluso cierto que, según el párrafo segundo de su artículo 98, la valoración de la suficiencia de las facultades representativas y la «reseña» del documento de que resulten, hecha por un Notario, son suficientes, por sí solas, para acreditar la representación; pero también es totalmente cierto que, aún cuando la indicada «reseña» se reduzca a la mínima expresión, según el apartado tercero del citado artículo 98, no bastan siempre, «juicio» y «reseña», por sí solos, para acreditar la representación; y no bastan porque, en cualquier caso, **cuando una ley lo exija**, el Notario está obligado a unir a la matriz los documentos complementarios que la «justifican».

Obviamente si hay casos en que existe la obligación de acompañar al documento principal los complementarios justificativos de la representación es porque, en esos casos, para acreditarla no bastan, por sí solas, la «reseña» y el juicio de suficiencia del Notario.

Digámoslo de otro modo: aunque haya casos en que baste, para acreditar la representación, el juicio del Notario y la «reseña» (dejando ahora de lado cuál deba ser el contenido de esa reseña), habrá otros en que no; y entre los casos en que desde luego no bastan, por disposición expresa del citado párrafo tercero, están, desde luego, todos aquellos en que una ley exige que se acompañen a la escritura dispositiva los complementarios justificativos de la representación.

Ahora bien, nadie puede dudar que la Ley Hipotecaria, a la vista de cómo ha venido siendo interpretada durante ciento cuarenta años por la Dirección General de los Registros y del Notariado y los Tribunales de Justicia es una de esas leyes.

Por tanto el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento no se opone al artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria. Y no sólo no se opone al artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria, sino que ratifica y confirma su mandato; y lo ratifica y confirma porque el párrafo tercero de este artículo 98 impone al Notario, siempre que «la ley lo exija», la obligación de unir «a la matriz (...) los documentos complementarios» (de los que resulte la representación); y, que se sepa, primero, la Ley Hipotecaria es una ley y, segundo, la Ley Hipotecaria imponía e impone la obligación de que se acompañe al documento principal que pretende inscribirse, el complementario de poder, a fin de que el Registrador pueda calificar la «validez del acto dispositivo» (art. 18.1 de la Ley).

Por si alguien abrigase dudas, la reforma de la Ley Hipotecaria, introducida por la Ley de Acompañamiento, se ha encargado de remachar lo que ya resultaba de la legislación anterior: la necesidad de acompañar al documento principal todos los complementarios para proceder a su calificación, sin excluir ninguno; por tanto, sin excluir tampoco los justificativos del poder o la representación.

En concreto el nuevo artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria exige enviar al Registrador, para su calificación, no sólo el «testimonio íntegro» del título

presentado, sino también toda «la documentación complementaria», sin excepción alguna, y, que se sepa, entre la documentación complementaria, la más frecuente es precisamente la que acredita la representación.

En consecuencia hay que desechar, al menos por lo que a los Registros se refiere, que el deber que el artículo 98.3 impone al Notario de integrar en la matriz, «cuando la ley lo exija», los documentos complementarios que acreditan la representación, sea fruto de un desliz del legislador. Todo lo contrario, la ley reformadora es completamente coherente, como lo prueba el hecho de que otro artículo de la misma Ley de Acompañamiento (el nuevo 19.bis de la Ley Hipotecaria) insista, como también lo hace el citado 98.3, en que debe presentarse en el Registro para proceder a su calificación, toda la «documentación complementaria», sin ninguna excepción.

Por lo demás, convendría no olvidar que, como ha puesto de relieve la doctrina italiana (BETTI y repetidamente la Corte Constitucional italiana), y acepta la nuestra (DÍEZ PICAZO), la derogación tácita por incompatibilidad no se presume y sólo debe aceptarse cuando no haya modo para el intérprete de mantener la vigencia simultánea de los preceptos en aparente colisión (principio de conservación de las leyes).

En nuestro caso, ciertamente, poco tiene que decir el intérprete: la compatibilidad está asegurada por la propia Ley reformadora. No sólo no resulta de ella, en ninguna parte, explícita o implícitamente, que el Registrador deba limitarse a calificar la validez o capacidad menos la representación, sino que dispone expresamente que, para acreditar la representación, cuando una ley como la Hipotecaria lo exija, se acompañen siempre los complementarios que la justifican.

3. *ALEGACIÓN TERCERA: PERFECTA COMPENETRACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 98.3 DE LA NUEVA LEY Y EL ARTÍCULO 18.1 DE LA LEY HIPOTECARIA; ANÁLISIS DETALLADO DE LA REMISIÓN QUE HACE EL CITADO ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO «A LAS LEYES»; EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO (INTERPRETACIÓN LÓGICA Y CONFORME A LA CONSTITUCIÓN)*

«La remisión es un medio o instrumento técnico-legal que busca evitar incómodas repeticiones» (LARENZ). El artículo 98.3 de la nueva Ley es una norma jurídica que, en su supuesto de hecho, remite a otras; en concreto, se remite (lo que le dispensa de nombrarlas una por una) a todas aquellas leyes de las que resultaba la necesidad de integrar la escritura con los «documentos complementarios justificativos de la representación». Entre las leyes, a que se remite el citado artículo 98.3, está la Ley Hipotecaria:

- i) En primer lugar, el artículo 98, en su epígrafe tercero, impone al Notario la obligación imperativa («DEBERAN») de unir a la matriz, original o por testimonio, siempre que una ley lo exija, los documentos complementarios de la misma.
- ii) En segundo lugar, la escritura de poder o el documento del que resulte la representación, es siempre un «documento complementario» porque supone un otorgamiento anterior, distinto e independiente del que contiene la escritura que formaliza el negocio dispositivo que se quiere inscribir.
- iii) En tercer lugar, **«los documentos complementarios», a que se refiere el apartado 3 del artículo 98 de la nueva Ley, no pueden ser otros que aquéllos que sirven precisamente para justificar la representación**, tal como resulta obligado concluir a la vista de las rúbricas del Capítulo II de la nueva Ley y de la de su artículo 98 que aluden, la primera, a «medidas sobre **justificación de la representación**» y, la segunda, al **«juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento** por el Notario».
- iv) En cuarto lugar, la Ley Hipotecaria es una de las leyes que, a la fecha de publicación de la Ley de Acompañamiento, venía exigiendo que, junto con la escritura que documenta el acto dispositivo cuya inscripción se solicita, se aportasen también los documentos complementarios de los que resulta la representación.
- v) En quinto lugar, es efectivamente imposible calificar la validez de los actos dispositivos, realizados por un representante, tal como manda la Ley Hipotecaria, si no se aportan al Registrador, original o por testimonio, los documentos complementarios de los que resulta la representación.

En consecuencia, el artículo 98.3 de la **Ley de Acompañamiento**, al **exigir que se unan** o transcriban los documentos complementarios de la representación, cuando lo exijan las Leyes (y, por tanto, entre otras, la Ley Hipotecaria); prohíbe expresamente la viciosa, pero cómoda, práctica de acompañar la copia del poder al documento principal, sin incorporarlo a la escritura.

Esto es, la nueva Ley insiste en la doctrina del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, al disponer que consten en la propia escritura los requisitos necesarios para la inscripción, y no en documento aparte, doctrina de la que, por cierto, se ha convertido en ardiente defensor, últimamente, algún significativo Notario (J. J. LÓPEZ).

4. *ALEGACIÓN CUARTA:* SI SE SIGUIESE LA INTERPRETACIÓN QUE PROMUEVE EL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO SERÍA INEVITABLE EL CONFLICTO DE LEYES ENTRE EL ARTÍCULO 98 DE LA LA Y LOS ARTÍCULOS 18 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 18 DEL CÓDIGO DE COMERCIO (INTERPRETACIÓN LÓGICA Y SISTEMÁTICA)

Propone la consulta una interpretación que, en su opinión, no sólo no modifica ni deroga los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18 del Código de Comercio, sino que, por el contrario, garantizando «su plena vigencia», los armoniza con el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento.

Sobre esta proposición hay que decir, por lo pronto, lo siguiente: si fuese cierto que la interpretación que propone la consulta no modifica ni deroga en parte ninguno de los dos artículos citados; y si es cierto, como efectivamente lo es, que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles vienen calificando desde hace 140 años la suficiencia de la representación con apoyo precisamente en las competencias que les conceden los mencionados artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18 del Código de Comercio, sería lógico pensar que la consulta debería concluir que los Registradores, porque calificaban la representación, deben seguir calificándola.

Pues bien, no es así: no sólo no concluye eso sino que concluye exactamente lo contrario. Bien poco, como se ve, tiene la lógica que decir aquí.

Semejante contradicción *in terminis*, es posible porque la consulta arma un «sorprendente» silogismo del siguiente tenor: los Registradores califican «por lo que resulta de las escrituras» (premisa mayor); «es así que de las mismas escrituras resulta ahora el juicio notarial sobre la existencia de la representación» (premisa menor); luego los Registradores, aunque no valoren la suficiencia y existencia de la representación, seguirán calificando del mismo modo que antes, esto es, por lo que resulta de las escrituras (conclusión).

Es éste, ciertamente, un «silogismo» sorprendente. Para empezar, hay que advertir que los Registradores **no califican las escrituras sino que califican, lo que no es lo mismo, la validez de los actos dispositivos** por lo que resulte de las escrituras. No basta, pues, con que se les presente una escritura en la que diga el Notario que es válida: si los Registradores califican es porque son ellos, y no los Notarios, los que deben decir, a los efectos de proceder a la inscripción, lo que es o no es válido. Veamos:

- i) Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, corresponde a los Registradores calificar la validez de los actos dispositivos (principio de legalidad) y les corresponde, ciertamente, hacerlo a partir de las escrituras (aunque no sólo de ellas, como veremos); ahora bien, los Registradores conservarán esta competencia de calificar sólo en tanto en cuanto los Notarios no califiquen con eficacia vinculante para los Registradores la validez de los actos dispositivos que documentan;

porque, si así lo hiciesen, serían evidentemente los Notarios los que calificasen y no los Registradores.

- ii) Dicho de otro modo: los Registradores enjuician la validez de los actos dispositivos a partir de los datos que la determinan y se recogen en las escrituras; ahora bien, si éstas no recogen esos datos, no es posible hacer juicio alguno sobre ellos y, por tanto, no existe calificación alguna.

Por lo demás, la consulta cuyo informe nos ocupa, no sólo pretende despojar a los Registradores de su competencia para calificar la representación, y pretende hacerlo, además, en base a interpretaciones que prescinden del principio de contradicción («los Registradores dejarán de calificar pero seguirán calificando») o que distinguen donde la ley no distingue («sólo hay que acompañar unos documentos complementarios especiales pero no todos los complementarios») o, incluso, forzando, como veremos, derogaciones masivas de leyes básicas de nuestro Ordenamiento con el propósito confesado de apropiarse aquella competencia en exclusiva. La consulta pretende algo peor todavía: pretende cambiar de arriba abajo todo el sistema de seguridad registral. Veamos por qué.

Los artículos 18.1.º de la Ley Hipotecaria y 18.2 del Código de Comercio disponen, en efecto, que para calificar la validez de los actos dispositivos tienen que atender los Registradores **no sólo a los documentos presentados sino también a los ASIENTOS del Registro.**

Ahora bien, ¿qué deberá hacer el Registrador de la Propiedad, Mercantil, de Asociaciones, Fundaciones o Cooperativas o Entidades Urbanísticas Colaboradoras cuando se pretenda inscribir en su Registro un documento otorgado por persona que, a juicio del Notario, tiene suficiente representación pero cuyo cargo o poder consta revocado, renunciado o extinguido en los asientos de los libros a su cargo?

Nos parece que aquí hay poco que decir: ¿o el Registrador atiende a los asientos y entonces los documentos notariales no hacen fe «por sí solos» de la representación, o el Registrador atiende al juicio del Notario y entonces ya no puede tener en cuenta, a la hora de calificar, los ASIEN-TOS del Registro? Dicho de otro modo: ¿o se limita el alcance del «por sí solo» del artículo 98.2 de la LA o no se limita y entonces quedan derogados automáticamente los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y el 18.2 del Código de Comercio?

Y no sólo resultarían derogados los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18.2 del Código de Comercio sino también, POR EJEMPLO, por lo que se refiere a la inscripción de poderes y cargos en el Registro Mercantil, todas las *presunciones iuris tantum* e *iuris et de iure* de los artículos 20 y 21 del Código de Comercio:

El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. (...) La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de tercero de buena fe, adquiridos conforme a Derecho.

Los actos sujetos a inscripción SOLO SERAN OPONIBLES A TERCEROS de buena fe desde su publicación en el BORME.

En fin, antes de terminar, es preciso destacar que el párrafo cuarto del artículo 65 de la Ley Hipotecaria establece el criterio de que el Registrador, para calificar y determinar si el defecto es subsanable o insubsanable, ha de atender no sólo a las «formas y solemnidades del título», sino también a su «CONTENIDO», además de los asientos del Registro.

Ahora bien, si se siguiera el criterio del escrito de consulta, resultaría que el Registrador ya no tendría en cuenta el «contenido de las escrituras», sino únicamente la «formalidad de que el Notario haya cumplido con el juicio de suficiencia». Con semejante interpretación no sólo se deroga el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino también el párrafo cuarto del artículo 65 de la misma, que regula la anotación preventiva por defecto subsanable (reconocida y reafirmada por la Ley de Acompañamiento: Disposición Adicional vigésimo quinta y art. 323.2.º de la Ley Hipotecaria, introducido por la propia Ley de Acompañamiento).

En resumen, la consulta confunde el hecho de que el Registrador califique la representación con el hecho de que el Registrador califique que otro (esto es, el Notario) ha hecho la calificación. Obviamente, si alguien estuviese sólo para comprobar que otro ha hecho la calificación, no calificaría él sino que calificaría ese «otro».

En fin, si el Consejo General del Notariado pretende que el Registrador «califique» (?), que el Notario ya ha hecho previamente la «calificación»; lo que en realidad pretende es que no haya calificación del Registrador y, por tanto, que se suprima parte de la competencia que les reconoce el artículo 18 de la Ley Hipotecaria mediante su derogación parcial.

5. **ALEGACIÓN QUINTA:** DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO: SIGNIFICADO DE LA FRASE «DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS» (ANÁLISIS LÓGICO Y SISTEMÁTICO)

Intenta justificar asimismo la consulta su pretensión de que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no califiquen la representación sirvién-

dose de un viejo brocardo (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) que le permite hilvanar una especie de silogismo del siguiente tenor:

«Donde la ley no distingue, nosotros no podemos distinguir» (premisa mayor); el artículo 98.2 dice que la reseña y la valoración hace fe por sí solos (premisa menor); luego, si al significado literal de la palabra hay que atenerse, habrá que aceptar que el juicio y la reseña hacen prueba por sí solos de la representación (conclusión).

Es, desde luego, un brillante silogismo, lástima que no sea completo y que, al ser incompleto, tenga que rechazarse como falaz.

Estamos, desde luego, de acuerdo en que «donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir», y también estamos de acuerdo en que el «por sí solo» del artículo 98.2 de la LA significa (acepción del Diccionario de la Lengua) «sin necesidad de otra cosa» o «nada más» (premisa mayor).

Ahora bien, después del párrafo segundo del artículo 98, viene el párrafo tercero, y ese párrafo tercero exige «algo más», y si «exige algo más» es porque no basta siempre el «por sí solo» (premisa menor); luego, si no se quiere incurrir en contradicción, ya que la ley distingue, hay que aceptar que el párrafo tercero sienta una excepción al párrafo segundo: no basta el «por sí solo» porque exige «algo más» (conclusión).

¿Y qué exige? Exige que, siempre que una Ley lo ordene, se transcriban los documentos complementarios. Acepta la consulta, en efecto, que siempre que una Ley lo exija, hay que transcribir los complementarios; discrepa, en cambio, sobre lo que hay que entender por «documentos complementarios». Según ella hay que distinguir.

En efecto, aquí por lo visto ya no hay que atenerse al significado literal de las palabras de la Ley sino que, según parece, conviene (¿a quién?) distinguir: una cosa, son los «complementarios que acreditan la representación» y, otra, una especie de «complementarios de los complementarios que la acreditan». Sólo a estos últimos se referiría la Ley, según el redactor de la consulta.

Por desgracia, para él, también aquí procede echar mano del viejo brocardo que tanto parece gustar: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

¿Dónde dice la Ley que los complementarios no son (los complementarios) que acreditan directamente la representación sino sólo una especie de complementarios de segundo grado (complementarios de los complementarios)? ¿No estábamos que, donde la ley no distingue, no hay que distinguir?: ¿por qué hay que distinguir aquí sí y allá no? ¿De dónde resulta el criterio de que se sirve el Consejo General del Notariado para distinguir unos y otros complementarios? Es más, ¿por qué hay que distinguir en un sentido y no en el otro? ¿Cuál es la razón que justifica que se obligue a transcribir el acuerdo de la Junta de la sociedad que autoriza una autorización y no el contenido del poder del presentante que la realiza?

En resumen: no hay aquí base alguna para distinciones ya que, como dice el famoso aforismo y la consulta reconoce, «donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir»; y que se sepa, la Ley no hace distinción alguna entre documentos complementarios. El artículo 98.3 se refiere a todos los documentos complementarios y no sólo a algunos y no distingue entre complementarios para los que se necesita transcripción y complementarios para los que no. Diga lo que diga la consulta, lo cierto es que los documentos complementarios a transcribir tienen que ser todos, porque la Ley no distingue, y no aquéllos que quiera el Consejo General del Notariado ya que, como tantas veces repite la consulta: «donde la Ley no distingue, el intérprete tampoco puede distinguir».

Por lo demás, no deja de ser ésta una curiosa interpretación. Veamos. Según la consulta, la Ley permite que no se transcriban los documentos complementarios (de la representación) pero, en cambio, obliga a que se transcriban los complementarios de segundo grado, esto es, los complementarios de los (complementarios).

Esto es, según el citado Consejo General del Notariado, el legislador, digamos, se fiaría y no se fiaría de los Notarios. Se fiaría de los Notarios cuando se trata del poder o nombramiento de cargo, pero no cuando se trata de los complementarios que complementan la capacidad del apoderado o del cargo. Dicho de otro modo: el legislador se fiaría de los Notarios un poco, no del todo; y lo que es todavía más raro, se fiaría en lo principal (documento de poder), pero desconfiaría en lo accesorio (el complementario de la representación).

Pero sigamos con el brocardo: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Insiste la consulta, desde otro ángulo, que no hay que distinguir donde la ley no distingue (premisa mayor) y, como el artículo 98.2 afirma que la reseña y la valoración hacen fe por sí solas (premisa menor), reseña y juicio vinculan a los Registradores (conclusión).

Otra vez de acuerdo: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Ahora bien, ¿dónde dice la Ley que reseña y valoración vinculan a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles? No lo dice en ninguna parte. Ya puestos a utilizar brocardos, por qué no también este otro: *ubi lex voluit dicit, ubi noluit tacet* (donde la Ley quiere, dice; donde no quiere, calla) y aquí, a lo que se ve y lee, la ley calla.

Pero, sobre todo, ¿dónde dice que vincula SOLO a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles? No lo dice en ninguna parte.

Por tanto, como nada dice la ley (esto es, «como la ley no distingue»), si juicio y reseña, por sí solos, vinculasen mucho o poco, ahora no es la cuestión, a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tendrían también que vincular a todos los demás órganos del Estado: Jueces, funcionarios de la Administración, Inspectores de Hacienda y Seguridad Social, Jueces del Registro Civil,

Registradores Estatales y Autonómicos de Cooperativas, Asociaciones y Fundaciones, Registradores de la Propiedad Industrial e Intelectual, etc.

¿Les vincularán también? No. Sólo les vincularán si se acepta que el artículo 98 de la LA ha provocado una cascada de derogaciones en leyes que regulan funciones básicas de la organización del Estado y, por tanto, si se acepta que han sido cercenadas las competencias de los funcionarios que las ejercían. Como veremos, son éstas palabras mayores. Analizaremos más adelante este problema con detenimiento.

6. **ALEGACIÓN SEXTA: ALCANCE REGISTRAL DEL APARTADO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO: EFICACIA CIVIL DEL JUICIO DEL NOTARIO (INTERPRETACIÓN LÓGICA Y SISTEMÁTICA)**

La misma conclusión resulta cuando el apartado segundo del citado artículo 98 de la Ley de Acompañamiento se integra lógica y sistemáticamente dentro del Ordenamiento vigente. No hay que olvidar que, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, «las normas cambian pero el Ordenamiento permanece, en tanto permanecen sus principios; por tanto, **la interpretación de cada norma, como operación necesariamente previa a su aplicación, en realidad es una aplicación del Ordenamiento jurídico entero** en el que dicha norma se integra y dentro de la cual cobra significación».

El valor normativo de las leyes radica en su capacidad para obligar (*vis obligandi*), pero su fuerza vinculante no la extraen las normas sólo de sí mismas; al contrario, la determinación del alcance del mandato que contienen exige siempre, con carácter previo, la interpretación racional de la norma que lo impone, esto es, consistente con el Ordenamiento jurídico en su conjunto («control de consistencia»: ALEXY).

Ahora bien, puesto que en los Registros de la Propiedad y Mercantiles sólo pueden inscribirse negocios válidos, toda la cuestión se reduce a dilucidar cuál sea la eficacia civil que haya que reconocer, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, al juicio notarial de suficiencia. Evidentemente, si vinculase el juicio del Notario a las partes y a los terceros, vincularía también al Registrador.

Pues bien, como vamos a ver inmediatamente, de ese análisis resulta una **conclusión bien sencilla: el juicio de suficiencia no vincula ni a las partes ni a los terceros:**

- i) No vincula ni, en consecuencia, perjudica al poderdante por la sencilla razón de que el poderdante no ha comparecido y, como desconoce el otorgamiento, no puede ser perjudicado por éste (*res inter alios acta*). Defender otra cosa exige, por una parte, reconocer al

juicio notarial de suficiencia una eficacia que el Ordenamiento no atribuye a juicio alguno, ni siquiera a la misma sentencia judicial (cfr. art. 24 de la CE y arts. 222.1, 3 y 4 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil); y obliga, por otra, a concluir que ya nada cuentan los artículos 1.712.2 y 1.727 del Código Civil que, en consecuencia, habría que entender derogados. Esto es, exige aceptar que, a partir de ahora, siempre que medie juicio de suficiencia del Notario, dejará de ser relevante que el apoderado haya actuado «fuera o más allá de los límites del mandato»: el poderdante no podrá impugnar el negocio celebrado y, por tanto, aunque no lo ratifique, está obligado a pasar por él (?).

- ii) Tampoco vincula, ni por tanto perjudica, al que contrata con el apoderado. Defender otra cosa exige privar a dicha contraparte de la facultad, que hoy tiene, de revocar el negocio celebrado sin poder o con poder insuficiente mientras no sea ratificado por el *dominus*: esto es, obliga también a entender derogado el párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil.
- iii) Por último, tampoco puede vincular, ni por tanto perjudicar, a los terceros; esto es, a los que han adquirido, en todo o en parte, el mismo derecho transmitido por el apoderado antes de que se produzca la ratificación. Defender lo contrario obliga a entender, a fin de no conculcar los artículos 24 y 33 de la Constitución, que un viejo principio de Derecho Civil ha quedado definitivamente derogado o postergado: «por regla general, dice Díez PICAZO, la doctrina y el Derecho comparado tienden a consagrar el respeto de los derechos adquiridos por los terceros extraños al negocio y, por consiguiente (aceptan) la falta de retroactividad de la ratificación (de modo que) el negocio celebrado sin poder o poder insuficiente no es oponible a terceros que, antes de la ratificación, hayan adquirido derechos en la cosa irregularmente transmitida por el apoderado».

Y no sólo obliga a aceptar toda la cascada de derogaciones de preceptos y principios de Derecho Constitucional y de Derecho Civil que se acaban de mencionar, con exclusivo apoyo en una interpretación interesada (interesada, puesto que no resulta explícita ni implícitamente del texto del art. 98.2 de la nueva Ley); **obliga también a entender que nuestro Ordenamiento introduce una nueva forma de adquisición a non domino hasta hoy desconocida**, esto es, obliga a entender que la intervención notarial convalida la transmisión defectuosa por falta de representación, incluso entre las mismas partes, aunque el negocio sea a título lucrativo y el adquirente estuviese en mala fe o fuese cómplice en un fraude, en un delito de hurto o de estafa o apropiación indebida.

Todavía peor: **todas estas consecuencias serían fruto, no de un juicio jurisdiccional sino notarial, esto es, administrativo, al que se reconocería, sorprendentemente, entre partes, una eficacia equivalente a la de la cosa juzgada, e incluso superior a ésta, cuando se trata de terceros, puesto que les vincularía directamente: situación, ésta, desde luego, sin parangón en Derecho conocido.**

Ahora bien, si el juicio de suficiencia no vincula ni a las partes del contrato ni a los terceros, el negocio otorgado sin poder o con poder insuficiente, por mucho que el Notario haya dado fe de la representación, sigue siendo un negocio **CLAUDICANTE** y, porque no es firme sino ineficaz frente al poderdante, revocable por la contraparte e impugnabile por los terceros, adolece de **DEFECTOS** y es, por tanto, **ININSCRIBIBLE**.

En efecto, la Disposición Adicional **VIGESIMO QUINTA** de la **MISMA Ley DE ACOMPAÑAMIENTO**, ratificando en este punto lo que ya disponía el artículo 65 de la Hipotecaria, **SOLO** reconoce a las partes cuando se trata de títulos defectuosos, derecho a pedir, y por tanto **SOLO** permite al Registrador practicar un asiento de **ANOTACION PREVENTIVA** (no de inscripción):

«Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

9.º El que presentare en el Registro ALGUN título cuya inscripción no pueda hacerse por ALGUN defecto subsanable (...).».

Ahora bien, es obvio que, si no fuese necesario transcribir en la escritura el contenido del poder (art. 98.3 de la Ley de Acompañamiento), sería imposible pronunciarse sobre la existencia de defectos en la representación, y por tanto sobre si procede practicar un asiento de inscripción o más bien de anotación preventiva.

7. **ALEGACIÓN SÉPTIMA:** EL JUICIO DE SUFICIENCIA DE LOS NOTARIOS CARECE DE FUERZA VINCULANTE FRENTE A LOS TRIBUNALES Y EL CONJUNTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA)

Debemos preguntarnos ahora si el juicio de suficiencia del Notario tiene fuerza vinculante para los órganos del Estado y, como en el caso anterior, la respuesta es igualmente negativa.

Como vamos inmediatamente a ver, si se examina la cuestión como corresponde en Derecho, esto es, sin descalificaciones ni prejuicios, no puede sino resultar la siguiente conclusión: los funcionarios o jueces, que tienen reconocida en ley la **competencia para apreciar la suficiencia de la repre-**

sentación, no pueden quedar vinculados por el juicio notarial salvo que la Ley de Acompañamiento haya traspasado parte de las competencias de esos jueces y funcionarios a los Notarios.

Tal traspaso no se ha producido y, precisamente, no se ha producido porque el apartado tercero del artículo 98 de la Ley de Acompañamiento dispone que el juicio de suficiencia del Notario no basta, «por sí solo», para acreditar la representación si no se incorporan a la matriz, «cuando lo exige la ley», los documentos complementarios justificativos.

En otro caso habría que aceptar que, contra el más elemental sentido común, la Ley de Acompañamiento habría derogado bloques legislativos enteros de nuestro Ordenamiento jurídico.

Conviene no olvidar que el artículo 98 no va dirigido contra personas u organismos determinados (*ad o contra hominem*) como, por ejemplo, contra los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Su redacción, por el contrario, es abstracta y genérica; y, cuando eso pasa, no debería ser necesario recordarlo, entran en juego viejos brocados que expresan la esencia misma del principio de igualdad y, por tanto, del Estado de Derecho: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* o, lo que es lo mismo, *ubi lex voluit dicit, ubi noluit tacet*.

En concreto, porque la ley no distingue, no es posible defender, mediante una interpretación «separada» del párrafo segundo del artículo 98 (esto es, desconexionada de su párrafo tercero), la modificación mayor o menor de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18 del Código de Comercio; si al mismo tiempo no se está dispuesto a defender también la modificación mayor o menor de leyes tan importantes como la Ley de Enjuiciamiento Civil, la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la General Tributaria, la del Registro Civil, o el Código de Comercio, así como Reglamentos tan decisivos como el General de Recaudación o de la Seguridad Social o el de Reclamaciones Económico-Administrativas.

Por la misma razón, esto es, como la ley no distingue, **no es posible defender, mediante una interpretación «separada» del párrafo segundo del artículo 98 (esto es, desconexionada de su párrafo tercero), una drástica restricción de las competencias de calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en materia de representación; si al mismo tiempo no se está dispuesto también a defender una drástica reducción de las competencias de calificación en materia de representación, de Jueces, Abogados del Estado, Inspectores de Hacienda y la Seguridad Social, Recaudadores, Registradores de la Propiedad Mobiliaria, Industrial e Intelectual o Civiles, de Asociaciones, Fundaciones o Entidades Urbanísticas.**

Por tanto, hay que insistir, si el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento vincula a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, vincula también a todos los demás Registradores del Estado, a todos los demás funcionarios del

Estado y a todos los Jueces del Estado; y si no vincula a éstos, tampoco vincula a aquéllos.

Pues bien, es cometido del tantas veces citado párrafo tercero del artículo 98 (cuando manda acompañar al documento principal, siempre que lo exija una Ley, los complementarios justificativos de la representación), evitar tan absurdo «terremoto legislativo», esto es, la derogación tácita de las disposiciones correspondientes de todos esos bloques normativos procesales o administrativos.

Así, porque lo exige el Código Civil y la Ley del Registro Civil, los Jueces encargados del Registro Civil seguirán calificando, antes de practicar la inscripción, la suficiencia de los poderes para celebrar negocios de emancipación, adopción o de reconocimiento de filiación.

Así, porque lo exige la Ley General Tributaria (arts. 23.1 y 28.2), los Inspectores de Hacienda calificarán la suficiencia del poder cuando lo estimen necesario para liquidar e imputar los impuestos que graven convenios o negocios sujetos a imposición.

Así, porque resulta de la Ley de Propiedad Industrial, Intelectual, Código Civil, Ley Hipotecaria y su normativa de desarrollo, seguirán calificando la suficiencia de la representación los Registradores correspondientes en caso de que se pretenda la inscripción de negocios sujetos a inscripción en los respectivos Registros.

Así, porque también resulta de la Ley de Asociaciones, Cooperativas, Fundaciones, del Mercado de Valores, el Código de Comercio y su legislación de desarrollo, harán lo mismo los Registradores encargados en caso de presentación de actos sujetos a inscripción en sus Registros.

Así, porque siguen vigentes las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil, los jueces apreciarán, en un caso de oficio y, en otro, siempre que se plantee la oportuna excepción de fondo, la falta o insuficiente representación en los negocios sometidos a su enjuiciamiento.

Así, también, por mucho que se presente acta notarial por la que el Notario califique como suficiente representación del contrayente ausente, no procederá el juez a la celebración del matrimonio si no se le aporta el poder original.

Así también, por lo que se refiere a los procedimientos judiciales, por mucho que se aporte al proceso un documento (v.g., un acta) en que el Notario, a instancia del futuro demandante o demandado, haga constar la suficiencia de la representación para comparecer en juicio, no estaremos excusados de seguir aportando el original que la acredite, aunque no se llegue a plantear la oportuna dilatoria, si el Juez de oficio aprecia su falta o defecto (arts. 7, 9 y 418 de la LEC).

Así, en los mismos casos y del mismo modo, aunque se acompañe la indicada acta notarial, habrá que concluir lo mismo cuando el procedimiento

en curso sea de naturaleza administrativa pues, sin duda, corresponde exclusivamente a la Administración, por mandato legal, la comprobación de la existencia y suficiencia de la representación a la vista de los:

- a) artículo 32 de la LRJAEPAC: «la falta o insuficiente acreditación de la representación no impide que se tenga por realizado el acto de que se trate SIEMPRE que se aporte aquélla O SE SUBSANE EL DEFECTO DENTRO DE UN PLAZO DE DIEZ DIAS»;
- b) artículo 43.3 de la Ley General Tributaria (que dispone lo mismo para los procedimientos tributarios en general);
- c) artículo 12.3 del Reglamento del Procedimiento Económico-Administrativo y el artículo 3.2 y 3 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, del Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas;
- d) o artículo 28 del Reglamento General de la Inspección de Tributos (el Tribunal Supremo en sentencia de 12-2-1996 anuló una liquidación derivada de ACTA DE CONFORMIDAD (i) para cuya firma el actuuario se había limitado a hacer constar la condición de «apoderado» del firmante, sin adjuntar el documento de representación).

Es seguro, por lo demás, que la Administración fiscal nunca estará dispuesta a aceptar que el juicio notarial de suficiencia de la representación baste para tramitar y obtener una subvención, conceder una licencia o apreciar una exención; y que tampoco la Dirección General del Tesoro estará dispuesta a prescindir del Abogado del Estado destinado al bastanteo de poderes, esto es, a determinar cuándo procede pagar por esa Dirección a los apoderados, las cantidades adeudadas por la Administración a sus principales.

8. *ALEGACIÓN OCTAVA:* EL JUICIO DE SUFICIENCIA DEL NOTARIO TAMPOCO PODRÍA VINCULAR, SIN CONCULCAR LA CONSTITUCIÓN, A LOS TRIBUNALES Y A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL)

La interpretación del artículo 98 de la nueva ley no plantea sólo una cuestión de legalidad ordinaria sino también de legalidad constitucional. Conviene ahora tener muy presente que, una vez promulgada la Carta Magna, la interpretación de las normas, conforme a la Constitución, se ha constituido en el primero y principal canon de interpretación.

Como dicen DÍEZ PICAZO y GULLÓN, la Constitución obliga «a todo intérprete a tener en cuenta su carácter de norma fundamentadora de todo el orden jurídico», por lo que no pueden prosperar aquellas interpretaciones que sean «disconformes con la Constitución» (sentencias del Tribunal Constitucional de 13-2-1981, 31-3-1981 y 1-6-1981, entre otras muchas).

Pues bien, si el juicio de suficiencia de la representación, realizado por el Notario, vinculase a Tribunales y Administraciones Públicas (y por tanto Registros Públicos), quienes se creyesen perjudicados por su resultado, no podrían alegar ni, por tanto, probar (o contraprobar en su caso):

- i) La inexistencia de los hechos constitutivos de representación.
- ii) La existencia de hechos impeditivos y extintivos que puedan determinar la ineficacia de la representación (renuncia del mandatarario, muerte interdicción, quiebra o insolvencia del mandante o mandatarario, y la misma revocación, incluso aunque todos estos hechos o actos estuviesen inscritos en un Registro Público).
- iii) La existencia de excepciones, en sentido estricto, que excluyan el efecto representativo (cosa juzgada, prescripción si procede, vicios del consentimiento o, en su caso, defectos de forma o de falta de inscripción).

Y lo que es peor: no sólo los Tribunales y la Administración estarían imposibilitados para conocer de todos estos extremos, sino que tampoco podrían INTERPRETAR los hechos de otra forma que lo hizo el Notario, ni podrían CALIFICARLOS en Derecho de forma diferente a la que resulte del pronunciamiento notarial.

Como puede fácilmente entenderse, todas estas restricciones, especialmente las últimas, serían absolutamente inadmisibles con la CONSTITUCION española en la mano, ya que atentan contra el núcleo mismo de las competencias judiciales y administrativas que aquélla reconoce.

En efecto, por una parte, según la Constitución, «todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, se pueda producir indefensión» (art. 24 CE), y los Tribunales tienen la «facultad **exclusiva** de juzgar» (art. 117 CE), fijando los hechos, valorándolos y aplicando el Derecho libremente (principio *iura novit curia*): facultad que, por exclusiva, nadie puede arrebatarles. Especialmente violenta es, por lo demás, la inviolabilidad de la Jurisdicción Penal, sometida al principio de Justicia material.

Por otra parte, según la misma Constitución, la Administración está sometida no sólo a la Ley sino también, además, al Derecho (art. 103.1 de la CE): esto es, al «fondo material de Justicia que expresan los principios generales y que es **inexcusable aplicar en la relación Administración-ciudadano como fundamento del orden político** (art. 10.1 de la Constitución)» y, entre esos principios de Justicia —que atañen a la misma dignidad de la persona, según el Tribunal Constitucional Alemán (LARENZ)—, estarían, por lo que al ciudadano y al procedimiento administrativo se refiere:

- i) el principio de contradicción que obliga a respetar, entre otros, el derecho de cualquier interesado a formular alegaciones, solicitar la prueba oportuna y obtener una resolución que se pronuncie sobre todas y cada una de las pretensiones planteadas, y
- ii) **el principio de legalidad que, entre otras cosas, obliga a la Administración a recibir prueba sobre los extremos discutidos, valorarla libremente y calificar los hechos probados resolviendo todas las cuestiones de Derecho que resulten del expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados** (GARCÍA ENTERRÍA).

Con razón, para el caso paralelo de las actas y diligencias extendidas por la Inspección de Tributos a las que el artículo 145.3 de la LGT confiere la naturaleza de «documentos públicos y (valor) de prueba de los hechos que motiven su formalización», ha dicho el Tribunal Constitucional que el precepto en cuestión será conforme con la Constitución, sólo si se interpreta que «las actas de la Inspección de Tributos no deben gozar de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juzgador forme su convicción sobre la base de la apreciación razonada de las pruebas practicadas». Se trata, por tanto, de una prueba (la del documento público) que «atañe exclusivamente a los hechos comprobados directamente por el funcionario, **pero no a la calificación jurídica de los mismos**» (sentencia de 26-4-1990).

Con razón la jurisprudencia contencioso-administrativa, en los mismos casos y por la misma razón, limita el valor atribuible a las actas de inspección a «los solos hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector o los inmediatamente deducibles de aquéllos», y **nunca «a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas»** (sentencia de 19-1-1996, con cita de otras muchas).

Con razón, por idénticas razones, la jurisprudencia viene entendiendo que los documentos públicos notariales **no tienen valor superior a otras pruebas** (cfr., por ejemplo, STS de 19-12-1991), por lo que, por sí solos, no bastan para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando SOLO respecto del hecho de su otorgamiento y de su fecha, **dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas** (cfr., por ejemplo, STS de 6-6-1989; con la misma doctrina, entre otras, las SSTs de 18-6-1992 y 27-3-1991), de modo que **la plena prueba no se extiende a la legalidad de las declaraciones** (STS de 26-2-1990).

En conclusión, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que:

- i) **«las manifestaciones que contienen los documentos notariales sólo garantizan el hecho de haberse realizado ante el fedatario, no su concordancia con la realidad»** (STS de 8-11-1986);

- ii) «las manifestaciones pueden ser combatidas en cuanto a su veracidad y desvirtuadas por los demás medios probatorios (por ejemplo, STS de 26-6-1972)».

Ahora bien, si esa es toda la fuerza vinculante que los juicios notariales tienen para las autoridades judiciales y administrativas, esa será también (porque, donde la Ley no distingue, no cabe distinguir) la fuerza vinculante que cabe reconocerles cuando se les haga valer ante los Registros Jurídicos y, por tanto, ante los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

9. *ALEGACIÓN NOVENA: EL JUICIO DE SUFICIENCIA DEL NOTARIO NO VINCULA DE NINGUNA MANERA A TRIBUNALES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS; PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD (INTERPRETACIÓN LÓGICA Y CONSTITUCIONAL)*

Antes de dar por concluido este punto, se vuelve necesario afrontar otra cuestión; cuestión que, por lo demás, no es posible abordar sin entrar de nuevo a considerar la eficacia vinculante que, frente a los órganos del Estado, haya que reconocer al juicio de suficiencia del Notario. Nos asaltan aquí tres preguntas:

- i) si podría reconocérsele al juicio de suficiencia del Notario, rechazada su fuerza vinculante plena, una eficacia de inferior grado, esto es, con valor de simple presunción;
- ii) si, de estar protegido el juicio notarial de suficiencia por una presunción, eliminaría ésta la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles;
- iii) y si, de aceptarse que elimina la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, puede sostenerse que elimina sólo la de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, pero no a los Jueces del Registro Civil o la de los ordinarios en procedimientos abreviados o de jurisdicción voluntaria, ni la de los demás funcionarios y Registradores del Estado.

Ciertamente la **presunción ordinaria, aunque no hace prueba** absoluta (arts. 1.251 del Código Civil y 285 de la LEC), constituye un **indicio** de especial relevancia: con razón ha podido decirse que «la presunción legal, en tanto tal, se revela más cercana a un sistema de valoración de la prueba que a un medio de prueba» (así SCHMIDT y también BETZINGER sobre la base del párrafo 286 de la ZPO).

Ahora bien, precisamente porque la presunción es una especie de regla de valoración de la prueba, antes de proceder a su aplicación es preciso adoptar algunas cautelas.

En primer lugar, no es posible apreciar la presunción sin asegurarse antes de que no es posible probar el hecho presumido directamente, esto es, mediante el recurso a otros medios de prueba.

Las presunciones, porque se fundan en un juicio de probabilidad y, por tanto, son menos fiables que las pruebas instrumentales, son siempre de aplicación SUBSIDIARIA y, por lo tanto, sólo está permitido utilizarlas como un remedio supletorio, es decir, en aquellos casos que no se puedan acreditar los hechos presumidos directamente, esto es, por los medios ordinarios que la ley fija: cfr., entre otras muchas sentencias del Tribunal Supremo, las últimas de 9-10-1998 (RJ 1998, 7561) y 6-11-1998 (RJ 1998, 8406).

Ahora bien, si las presunciones son de aplicación subsidiaria, hay que preguntarse: ¿podrá recurrirse a la prueba de presunciones para demostrar la suficiencia de la representación cuando es posible acreditarla directamente mediante (la prueba de) documentos, esto es, mediante la exhibición de la escritura de poder o la transcripción parcial de las facultades cuya suficiencia se pretende demostrar?

La respuesta fluye por sí misma pero, quizá, sea mejor dejar hablar a la doctrina científica: «las presunciones legales, dice SERRA, no actúan en defecto de prueba sino precisamente para facilitar la prueba de un **hecho determinado imposible de probar de otra forma**». En consecuencia, no puede probarse mediante presunciones la suficiencia de la representación, siempre que pueda acreditarse mediante el documento de la que resulta.

No es ésta, sin embargo, la única cautela a adoptar cuando de aplicación de presunciones se trata. Hay al menos otra más: **las presunciones sólo son aplicables SI HAN SIDO ESTABLECIDAS EXPLICITAMENTE EN UNA LEY.**

Las presunciones no se presumen. Las presunciones afectan al principio fundamental de libre valoración de la prueba que rige tanto en nuestros procedimientos administrativos como procesos judiciales; pero las restricciones al principio de valoración interesan a la esencia misma de la función de juzgar encomendada en exclusiva a Jueces y Magistrados por la Constitución y a la de resolver los asuntos, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, por la Administración (art. 117.3 y 4 de la CE, para los Jueces y los 103.1 y 5, así como el 105 de la misma CE, para la Administración): de ahí que las presunciones sólo puedan venir establecidas en una Ley, esto es, que deban subordinarse a las exigencias del principio de legalidad (art. 1.250 del Código y 385 de la LEC).

Pues bien, así las cosas, hay que preguntarse: ¿en qué Ley está establecida la presunción de legalidad o legitimidad? Pregunta que no admite más que esta sencilla contestación: tal presunción de legitimidad o legalidad, que se sepa, no está reconocida por ninguna ley.

- i) Nada se dice de ella en el Código Civil o en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el viejo artículo 17 de la Ley del Notariado que, como es sabido, mantienen la eficacia del documento público dentro de la prueba de hechos (art. 1.218 del Código y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil);
- ii) Nada se dice tampoco de ella en el nuevo artículo 17.bis de la Ley del Notariado, que conoce sólo una presunción de veracidad e integridad, pero no de legalidad (es bien sabido, por lo demás, que esta última, incluida en un primer borrador del Anteproyecto de Ley de Acompañamiento, fue luego expresamente desechada por el legislador).

Pero sigamos con el razonamiento. El Consejo General del Notariado ya no se limita a exigir, sin duda le parece poco, que el juicio de suficiencia produzca una presunción simple, enervable mediante prueba en contrario; exige mucho más. Pretende que,

«el juicio del Notario sienta una presunción de legitimidad, y que esa presunción le hace valer mientras no sea destruido por los medios jurídicos adecuados que en el caso de los documentos públicos serían sólo los recursos judiciales», esto es, el juicio declarativo.

En resumen, se pretende, **sin base legal alguna**, que una presunción imaginaria (presumida) coloque el juicio de suficiencia bajo el amparo de los Tribunales, de modo que, para enervarla, sería preciso plantear y ganar un juicio declarativo, esto es, un proceso plenario.

Y, lo que es peor, se pretende todo esto, sin más: esto es, sin ninguna cobertura legal y por tanto en directa oposición con lo que dispone expresamente el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua y nueva; la Ley del Notariado antigua y el nuevo artículo 17.bis introducido por la Ley de Acompañamiento.

Es bien sabido, por lo demás, que, cuando se redactó el artículo 17.bis de la Ley del Notariado, el legislador, para disipar cualquier asomo de duda, rechazó expresa y terminantemente tal descomunal presunción de «legalidad o legitimación bajo el amparo de los Tribunales».

En cualquier caso, lo cierto es que, si esa presunción obligase a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, conviene recordarlo por enésima vez, obligaría también, mientras no se demostrase otra cosa en un plenario, a los Registradores Civiles, de Cooperativas, Asociaciones, Fundaciones, etc.; e incluso a los Jueces en procedimientos ejecutivos o de jurisdicción voluntaria y siempre, desde luego, a la Administración Pública y a los ciudadanos.

Por lo que se ve, de bien poco nos sirve la presunción «presumida» para evitar el tan temido pero inevitable «terremoto» legislativo: éste se desencadena, a la postre, con el mismo resultado.

Así, si existiese la «presunción presumida» y tuviese el valor que quiere la consulta, habría inevitablemente que aceptar que:

Si media juicio de suficiencia del Notario, y mientras no se dicte sentencia contraria en un plenario, los Jueces encargados del Registro Civil no podrán calificar la suficiencia de los poderes para celebrar negocios de emancipación, adopción o de reconocimiento de filiación.

Si media juicio de suficiencia y mientras no se dicte sentencia contraria en un plenario, los Inspectores de Hacienda no podrán calificar, a pesar de lo que dicen los artículos 23.1 y 28.2 de la LGT, la suficiencia del poder aunque lo estimen necesario para liquidar e imputar los impuestos que graven convenios o negocios sujetos a imposición.

Si media juicio de suficiencia y mientras no se dicte sentencia contraria en un plenario, aunque venga dispuesta otra cosa en la Ley de Propiedad Industrial, Intelectual, Código Civil, Ley Hipotecaria y su normativa de desarrollo, no podrán calificar la suficiencia de la representación los Registradores correspondientes en sus respectivos Registros.

Si media juicio de suficiencia y mientras no se dicte sentencia contraria en un plenario, aunque lo digan la Ley de Asociaciones, Cooperativas, Fundaciones, del Mercado de Valores, el Código de Comercio y su legislación de desarrollo, tampoco podrán calificarla los Registradores encargados de los respectivos Registros.

Así, aunque siga vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil, los jueces ya no podrán apreciar, en trámite de jurisdicción voluntaria, si no se eleva la cuestión al plenario, la falta o insuficiente representación en los negocios sometidos a su enjuiciamiento.

Así también, por lo que se refiere a los procedimientos judiciales, habría que aceptar que, siempre que se aporte al proceso un documento (v.g., un acta) en que el Notario, a instancia del futuro demandante o demandado, haga constar la suficiencia de la representación para comparecer en juicio, ya no podrá el Juez rechazar la personación sino sólo y cuando se plantee la oportuna dilatoria (en contra de arts. 7, 9 y 418 de la LEC): es evidente que la presunción hace prueba y precisamente del hecho presumido, por lo que no puede discutirse éste hasta tanto no se demuestre lo contrario.

Así, también, si se presenta acta notarial que afirme la suficiente representación de un contrayente ausente, aunque no se aporte la escritura original de poder, el juez ya no podrá rehusar la celebración del matrimonio civil.

Así, en los mismos casos y del mismo modo, si se acompaña la indicada acta notarial, habrá que dar curso forzoso al recurso o procedimiento administrativo en contra del:

- e) artículo 32 de la LRJAEPAC: «la falta o insuficiente acreditación de la representación no impide que se tenga por realizado el acto de que se trate, SIEMPRE que se aporte aquélla O SE SUBSANE EL DEFECTO DENTRO DE UN PLAZO DE DIEZ DIAS»;
- f) artículo 43.3 de la Ley General Tributaria (que dispone lo mismo para los procedimientos tributarios en general);
- g) artículo 12.3 del Reglamento del Procedimiento Económico-Administrativo y el artículo 3.2 y 3 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, del Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas;
- h) y artículo 28 del Reglamento General de la Inspección de Tributos.

Por lo demás, bastará el juicio notarial de suficiencia para tramitar y obtener una subvención, conceder una licencia o apreciar una exención; y la Dirección General del Tesoro deberá pagar con ese único fundamento a los apoderados, las cantidades adeudadas por la Administración a sus principales.

10. *ALEGACIÓN DÉCIMA:* NO ES POSIBLE, MEDIANTE UNA INTERPRETACIÓN INTERESADA, TRASLADAR A LA ESCRITURA NOTARIAL LAS PRESUNCIONES QUE EXPRESAMENTE LIMITAN LAS LEYES A LOS ASIENTOS REGISTRALES

La pretensión notarial de reducir la vida jurídica en el campo inmobiliario a los exclusivos planos notarial y judicial ha sido olvidada por todos los sistemas jurídicos occidentales desde hace casi 500 años, concretamente por España, a partir de la Pragmática de Don Carlos y de Doña Juana del año 1539, en la que se dice:

«Por cuanto nos es hecha relación que se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos e hipotecas que tienen las heredades que compran, mandamos que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro donde se registren todos los actos y contratos, y no registrándose no hagan fe ni pueda juzgarse ante los Tribunales».

Entre las partes (con o sin Notario) y el Juez, no habría nada quizá en la época medieval; pero después de que aparecieron las Contadurías, y después de las Contadurías, las Conservadurías; y, después de las Conservadurías, los modernos Registros de la Propiedad; entre las partes, con o sin Notario, y

los Jueces, está el sistema registral inmobiliario y (desde el siglo XIX) mercantil, con todo su entramado de presunciones, y entre ellas, en primer lugar, las de exactitud de los asientos.

Dicho esto, hay inmediatamente que aclarar que las presunciones que protegen los asientos se fundamentan en la PUBLICIDAD y se justifica por razón de la defensa del mercado, o lo que es igual, por razón de la defensa de los TERCEROS que confían (si están inscritos) o que van a configurar (si piensan adquirir) en los asientos registrales y en su defensa y eficacia reconocida legalmente.

Las escrituras carecen de PUBLICIDAD (al contrario, están sometidas al secreto del protocolo) y por ello no pueden perjudicar a terceros: no se conoce en ningún país del mundo una adquisición a *non domino* con fundamento en la escritura, pero es bien sabido que ese es precisamente el efecto más llamativo de los Registros germánicos como el nuestro. Efecto que, hay que repetir, se fundamenta en la publicidad de los asientos de los libros: sólo tiene eficacia lo que el asiento PUBLICA y por qué lo PUBLICA, como dicen los artículos 1.1 y 32 de la Ley Hipotecaria y 21 del Código de Comercio.

La pretensión de dotar de presunción de legalidad al juicio de suficiencia notarial, por lo demás, generaría conflictos insolubles porque duplica presunciones además de chocar directamente con la Ley Hipotecaria y el Código de Comercio. Y no sólo eso: altera la distribución de las respectivas competencias notariales y registrales, ratificada por el conjunto normativo (ahora refrendado por la Ley de Acompañamiento) que constituye el núcleo del Ordenamiento sustantivo representado por el Código Civil, las Leyes de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, etc.

En concreto, por ejemplo, ¿prevalecerá o no la presunción registral de exactitud de los asientos frente al juicio del Notario? Dicho de modo muy claro:

- a) **¿Qué deberá hacer el Registrador de la Propiedad, Mercantil, de Asociaciones, Fundaciones o Cooperativas o Entidades Urbanísticas Colaboradoras cuando se pretenda inscribir en su Registro un documento otorgado por persona que, a juicio del Notario, tiene suficiente representación pero cuyo cargo o poder consta revocado, renunciado o extinguido en los asientos de los Libros a su cargo?**
- b) **Más en concreto: ¿deberá el Registrador de la Propiedad pasar por el juicio de suficiencia del Notario aunque le resulte de asientos anteriores en los que el poder que aquél juzga simple, resulta ser mancomunado?**
- c) **¿Deberá pasar por el juicio de suficiencia aunque resulte de los libros de inscripciones o de incapacitados la muerte, incapacidad,**

quiebra, insolvencia del mandante o mandatario? ¿O la separación del apoderado de su cónyuge mandante?

- d) ¿Deberá pasar por el juicio del Notario si resulta que en el Registro Mercantil, de Asociaciones, Fundaciones o Cooperativas consta la renuncia o revocación del poder?**

No hay vuelta de hoja: o el Registrador atiende a los asientos siguiendo la presunción registral de exactitud (explícitamente establecida en Ley), o sigue el juicio del Notario en base a una presunción «presumida». ¿Qué cree V. I. que debe hacer el Registrador?

¿Alguien puede pretender que se tengan por derogadas, cuando choquen con el juicio del Notario, las presunciones de exactitud y validez de los asientos practicados en todos los Registros públicos? ¿Esto es, las de los Registros de la Propiedad (asientos ordinarios pero también los del Libro de Incapacitados), Civiles, Mercantiles, Asociaciones, Fundaciones, Cooperativas, etc.?

11. *ALEGACIÓN UNDÉCIMA: TRASCENDENCIA PROFESIONAL DEL JUICIO DE SUFICIENCIA PRACTICADO POR EL NOTARIO; NOVEDADES DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO (INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA)*

No fue, ni podía ser, propósito de la nueva Ley, derogar la Constitución ni alterar los viejos principios del Derecho Civil o Procesal ni reorganizar el régimen de competencias de las Administraciones Públicas, sino sólo el de mejorar el servicio público de la seguridad jurídica preventiva (a la que, obviamente, sirven también los funcionarios notariales).

En consonancia con este objetivo, el artículo 98 de la nueva Ley no puede BUSCAR OTRA COSA que mejorar, también en materia de representación, la calidad del servicio notarial; y sólo en vista a conseguir este propósito, impone ante todo y sobre todo, tal como también pasa, en otros preceptos, con los Registradores de la Propiedad, nuevas obligaciones a los fedatarios públicos o acentúa el rigor de las antiguas.

En efecto, el juicio de suficiencia, aunque no vincule al poderdante, a los terceros ni a la contraparte ni a jueces ni a las Administraciones Públicas, no por ello carece de transcendencia jurídica.

Del mismo modo que el apartado primero del artículo tercero, tal como quería J. J. LÓPEZ, al exigir que SIEMPRE se «inserte (en la escritura) una reseña identificativa del documento representativo», erradica la práctica viciosa por la que se venían autorizando, sin justificación suficiente, escrituras otorgadas por mandatarios verbales.

Del mismo modo que el apartado tercero de su artículo tercero, tal como quería J. J. LÓPEZ, impide acompañar, «siempre que una ley lo exija», el documento complementario justificativo de la representación a la escritura principal y exige que, a partir de ahora, el Notario lo una «a la matriz, original o por testimonio», dando «fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita».

Del mismo modo, también, el apartado segundo del citado artículo tercero, a partir de ahora, agrava la responsabilidad de los Notarios por los daños causados cuando autoricen documentos otorgados por personas que carezcan de suficiente representación: en estos casos, en efecto, podrá deducirse directamente por los perjudicados la reclamación oportuna, sin necesidad de demostrar culpa o negligencia, esto es, sin necesidad de obtener la condena del Notario en el oportuno expediente disciplinario, tal como venía exigiendo la Jurisprudencia (cfr., por todas, la sentencia de 11-6-1998).

Esta es la principal novedad del párrafo segundo del artículo: sujeta al Notario, en beneficio de los usuarios (o consumidores) del servicio notarial, a un régimen más riguroso y preciso de responsabilidad para este caso particular, por cierto tan frecuente, de inexacta valoración de las facultades representativas.

En consecuencia, vinculado por el juicio de suficiencia está, desde luego y ante todo, el Notario. Como no podía ser menos, la precisión de sus deberes profesionales repercute directamente en su régimen de responsabilidad, acentuando su rigor.

Pero veamos esta cuestión con mayor detenimiento.

12. *ALEGACIÓN DUODÉCIMA: ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LAS NOVEDADES DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO (INTERPRETACIÓN LÓGICA Y SISTEMÁTICA)*

No se puede decir que no hay ninguna innovación en el artículo 98: el apartado 3.º legaliza la práctica de hacer pasar un testimonio que es una copia de copia por una copia autorizada.

El apartado tercero del artículo 98 eleva a norma de rango legal la práctica de transcripción parcial de la representación, que carecía de apoyo legal alguno, aunque se venía admitiendo en la práctica. Veamos este punto detenidamente.

La «transcripción parcial» a la que se refiere el apartado 3 del artículo 98, dando fe el Notario de que en lo omitido no hay nada que restrinja, ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita, constituye un «testimonio que es elevado a prueba del hecho de la representación», a pesar de que los testimonios son simples «copias de copia».

Las copias de copia, según doctrina tradicional, constituyen únicamente un «principio de prueba por escrito», y su fuerza probatoria es sólo la que proceda, «según las circunstancias».

En cambio, a partir de la Ley de Acompañamiento, el «testimonio parcial» del Notario del documento complementario del poder, con la «dación de fe» de que en lo omitido no hay alteraciones de la parte transcrita, tiene el mismo valor, por lo que al negocio documentado se refiere, que la copia auténtica del poder.

El Registrador ya nunca podrá pedir la copia autorizada de la escritura de poder. Pero como sigue siendo necesaria para la práctica de la calificación registral conocer las facultades que otorgó el representante, el legislador recurre a una vía media: la transcripción parcial de las facultades del apoderado, con valor equivalente al de la copia auténtica del poder, siempre que el Notario dé fe de la coincidencia de contenidos y de que en lo omitido no hay nada que restrinja, ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita.

Además de ésta, el artículo 98 introduce otras novedades muy importantes que pueden sistematizarse y resumirse del modo siguiente:

- a) El apartado primero del artículo 98 prohíbe, en beneficio de los interesados, la viciosa práctica de los mandatos verbales, es decir, la práctica de acudir al Notario sin el documento de poder, alegando un mandato verbal carente de prueba documental y dejando la escritura pendiente de ratificación. Para evitar esta práctica viciosa, el precepto alude al «DOCUMENTO AUTENTICO QUE SE LE HAYA APOR-TADO» (al Notario).
- b) El apartado segundo del artículo 98 establece la novedad del «juicio de suficiencia de la representación», junto al «juicio de capacidad» que ya existía en la legislación vigente, sin que este juicio de capacidad hubiera planteado nunca la invasión o sustitución de la calificación registral de la «capacidad de los otorgantes» (cfr. art. 18.1.º de la Ley Hipotecaria y 18.2 del Código de Comercio). El «juicio de suficiencia» no sustituye a la calificación registral, sino que da fe respecto al «acto o contrato» y respecto a las partes del mismo (cfr. apartado 1 del art. 98), pero no a efectos de terceros ni de la práctica de asientos registrales que hayan de afectar a terceros (cfr. arts. 18 LH y concordantes).
- c) El apartado segundo también se refiere a la «responsabilidad» del Notario por la emisión del juicio de suficiencia, que constituye otra importante novedad legislativa. La Ley, en beneficio de los usuarios del servicio notarial, y sin excluir otras responsabilidades establecidas en la Ley para otros funcionarios (cfr. art. 18.1.º de la Ley Hipotecaria), agrava la responsabilidad de los Notarios por los daños

causados cuando autoricen documentos otorgados por personas que carezcan de suficiente representación. Como vimos, en estos casos, en efecto, podrá deducirse directamente por los perjudicados la reclamación oportuna, sin necesidad de demostrar culpa o negligencia, esto es, sin necesidad de obtener la condena del Notario en el oportuno expediente disciplinario, tal como venía exigiendo la Jurisprudencia (cfr. por todas, la sentencia de 11 de junio de 1998). Esta es una importante novedad del párrafo segundo del artículo 98: sujeta al Notario, en beneficio de los usuarios (o consumidores) del servicio notarial, a un régimen más riguroso y preciso de responsabilidad para este caso particular, por cierto tan frecuente, de inexacta valoración de las facultades representativas, según demuestra la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado recaídas en materia de representación, y que dio lugar a la famosa regla de interpretación restrictiva de los poderes.

- d) Por lo demás, bastará por sí solo el juicio de suficiencia notarial cuando se plantee en un ámbito en que, según las leyes, se vuelva necesaria su transcripción. Hemos visto en qué casos la Ley establece esa exigencia. Pero todo ello no obsta para que, fuera de esos ámbitos, el *juicio* de suficiencia notarial tenga plena eficacia: veremos que ese es el caso precisamente en los supuestos de que los negocios escriturados tengan eficacia sólo obligacional o personal entre las partes otorgantes del acto o contrato (cfr. apartado 1 del art. 98 de la Ley de Acompañamiento y art. 1.257 y 1.526.1.º del Código Civil o el supuesto de bienes muebles no inscribibles en un Registro Público).
- e) El apartado tercero del artículo 98, por una parte, establece la necesidad de que se una a la escritura el documento complementario de la representación, o bien que se transcriba parcialmente, excluyendo la práctica de acompañarlo por «separado» a la escritura, «con lo que se obtiene se favorece la integridad» de la escritura que algunos notarios habían propuesto en algunos escritos (J. J. LÓPEZ).
- f) El apartado tercero del artículo 98, además, según se ha indicado, eleva a norma de rango legal la práctica de transcripción parcial de la representación que carecía de apoyo legal alguno, aunque se venía admitiendo en la práctica.

Por último, no puede pretenderse, como alega el escrito de consulta del Consejo General del Notariado, que el artículo 98 pretende sólo una mera «reducción de tamaño» del documento notarial.

En un primitivo borrador inicial de Anteproyecto, la rúbrica del precepto era, efectivamente, la de «medidas para reducir el tamaño de los documentos

públicos». Pero la enmienda legislativa aprobada por el Senado y después por el Parlamento, era muy diferente, pues se cambió esa rúbrica, convirtiéndola en la de «Juicio de la representación o apoderamiento».

En concordancia con ese cambio de denominación, se suprimió otro precepto que venía incluido dentro de la Sección, que se refería a las «copias parciales», según el cual, el Notario podía expedir copias parciales de lo que «a su juicio tuviera trascendencia registral».

Como esas medidas suponían un cambio de competencias de Notarios y Registradores, pues se trasladaba a los Notarios la función calificadora registral, el legislador cambió la denominación o rúbrica del artículo del equivalente del actual 98 y suprimió el artículo de las copias parciales.

Y es que resultaba, evidentemente, absurdo, que por unas simples medidas de «reducción de tamaño» de las escrituras, se cambiase de arriba abajo todo el ordenamiento jurídico y la distribución de competencias de Notarios y Registradores.

13. *ALEGACIÓN DECIMOTERCERA: EFICACIA MATERIAL RESTRINGIDA DEL JUICIO DE SUFICIENCIA DEL NOTARIO: EL JUICIO NOTARIAL AMPARA LA EFICACIA DEL «ACTO O CONTRATO» ENTRE PARTES PERO NO LA DEL «ASIENTO REGISTRAL» QUE PERJUDICA A TERCEROS (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSTITUCIONAL)*

En este mismo sentido conviene no olvidar que el juicio de suficiencia y la dación de fe del Notario están en el apartado 2 del artículo 98, y que este apartado segundo no puede interpretarse aisladamente sino siempre en relación con lo que dispone su apartado 1 que circunscribe expresamente el alcance del juicio notarial a la función de comprobar la «suficiencia de las facultades representativas acreditadas (por los otorgantes) PARA (CELEBRAR) EL ACTO O CONTRATO a que el instrumento se refiera».

NADA dicen, en cambio, esos párrafos ni sobre la práctica del asiento registral de UN DERECHO REAL cuya procedencia habrá que decidir, como dice la nueva Ley en su artículo 112.2, «con arreglo a los principios de la legislación registral»; ni de la realización de cualquier otro acto judicial o administrativo cuyos presupuestos y requisitos tendrán que seguir siendo examinados por los funcionarios competentes con arreglo a la legislación que organiza la función que tengan encomendada.

En efecto, como sabemos, frente a tercero, las escrituras sólo acreditan la fecha y el hecho del otorgamiento (art. 1.218.1 del Código) y nada más. Para extender la eficacia frente a terceros a otras declaraciones o juicios vertidos en el documento, sería preciso un pronunciamiento terminante que la Ley no hace. Al contrario, por lo que al juicio de suficiencia se refiere,

hemos visto que la Ley limita claramente su alcance a la celebración del «acto o contrato».

Este es, en efecto, por lo demás, el principio general en materia de documentación pública: las declaraciones o juicios obligan sólo a los que los hayan realizado (art. 1.218.2 del Código). No hay que olvidar que las escrituras públicas documentan, por lo general, negocios jurídicos cuyos efectos se producen entre las partes contratantes y sus herederos (art. 1.257 del Código) y que la eficacia de los documentos públicos se regula en el Capítulo V del Libro Cuarto del Código Civil, que trata de la «prueba de las **obligaciones**».

Ciertamente, dentro de esa esfera puramente contractual, el juicio de suficiencia producirá los oportunos efectos —siempre que sean aceptados por las partes firmantes del negocio, como directamente afectados—; efectos además respaldados, ahora también para el caso de insuficiencia de representación (ahí está la novedad), por una responsabilidad DIRECTA del Notario que antes no existía (art. 98.2 de la Ley de Acompañamiento).

Ahora bien, cuando de la esfera puramente negocial —partes— se pasa a la real —terceros—, cosa que sucede siempre que se inscribe el título, el juicio de suficiencia de la representación, efectuado por el Notario en la escritura, trasciende el ámbito puramente obligacional y repercute en otros cuyo cuidado y vigilancia ha sido encomendada por la Ley a funcionarios y autoridades distintas con propia y específica responsabilidad en su actuación.

Esta superposición de competencias es consecuencia del distinto efecto (personal *versus* real) que producen escritura y asiento, lo que se traduce también en un distinto régimen de responsabilidad: el Registrador, en efecto, que se sepa, no ha sido desresponsabilizado por la nueva Ley de los daños causados por asientos practicados en razón de títulos que adolezcan de defectos de representación, siempre que esos defectos sean de aquéllos que deberían haber determinado la denegación o suspensión de la inscripción (cfr. el nuevo art. 42.9 de la Ley Hipotecaria con el antiguo art. 297 que no ha sido modificado).

Nadie mejor, por cierto, que el Tribunal Constitucional para mostrar los diferentes efectos entre el documento notarial y el asiento registral y la distinta competencia (y por tanto responsabilidad) de los funcionarios que los producen. Dice el Fundamento Quinto de su sentencia de 24 de abril de 1997:

«En un sistema, no de transcripción, sino de Registro, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos en virtud de los que se practican los asientos (...) agotan sus efectos (!) ante el Registro, al servir de base (!) para la calificación e inscripción. A partir de ese momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios (!)

del Registro (...) (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc). Es cierto —continúa la sentencia— que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación parcial, incluso íntegra, de los documentos presentados a registrar. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión de que lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados (!) en el Registro, o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento (...). Y, por fin, lo que es más relevante, aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación, no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento (!). En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la inscripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar MEDIANTE UN ACTO QUE COBRA VIDA JURÍDICA PROPIA Y PRODUCE EFECTOS (...) AUTONOMOS» (!).

14. **ALEGACIÓN DECIMOCUARTA:** SI SE SIGUE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSULTA, SE PRODUCE UN INEVITABLE CONFLICTO DE COMPETENCIAS DE LOS NOTARIOS CON LOS ÓRGANOS QUE TIENEN ATRIBUIDA LA COMPETENCIA PARA RESOLVER LOS RECURSOS QUE SE PLANTEEN CONTRA LAS CALIFICACIONES DE LOS REGISTRADORES (INTERPRETACIÓN LÓGICA Y SISTEMÁTICA)

La interpretación que propone el Consejo General del Notariado del artículo 98 de la Ley de Acompañamiento no sólo supone un conflicto de leyes entre la Ley Hipotecaria y la propia Ley de Acompañamiento en cuanto mantiene el ámbito de la función de calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, sino que, además, provoca un nuevo conflicto de leyes con todas las que regulan las competencias de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de los demás órganos competentes en materia de recurso contra la calificación registral.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido teniendo competencia sobre el ámbito de la suficiencia o insuficiencia de la representación, desde hace más de 140 años, hasta el punto de que en numerosas Resoluciones ha establecido una doctrina que se ha convertido en regla jurídica de plena aplicación en la práctica: nos referimos a la doctrina de que la

interpretación de poderes, en caso de duda, ha de ser estricta, por los perjuicios que podría producir al poderdante, que no es otorgante del acto o contrato concluido en base al poder de representación.

Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas con derecho propio, privativo o foral, son competentes para conocer de las cuestiones sobre calificación registral relativas a dicho derecho propio, privativo o foral, entre las cuales pueden producirse casos de representación (Estatutos de Autonomía respectivos, aprobados por Ley Orgánica, Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 324.2.^o de la Ley de Acompañamiento).

Los órganos de la jurisdicción civil son ahora competentes para la revisión jurisdiccional por la vía del juicio verbal de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 328 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley de Acompañamiento).

La nueva Ley de Acompañamiento mantiene las mismas competencias de los órganos de recurso, sin que haya base para entender que el juicio de suficiencia de la representación realizado por el Notario sea materia de la exclusiva competencia del Notario, y por tanto restrinja o excluya, también, tanto la competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de los órganos jurisdiccionales de las Comunidades Autónomas, como la de los órganos de la jurisdicción civil en juicio verbal o abreviado.

En efecto, de seguirse la propuesta de la consulta, resultarían afectados todos esos órganos, porque si no hay calificación registral sobre la suficiencia de los poderes de representación, tampoco podría haber ningún recurso en esas vías sobre el juicio de suficiencia del Notario y del Registrador, pues, según el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, introducido por la citada Ley de Acompañamiento, «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Además, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya no podría dictar «doctrina vinculante» en materia de contenido o suficiencia de los poderes, y sin embargo, el artículo 327.10.^o de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley de Acompañamiento, no hace ninguna distinción, ni salvedad, sobre exclusión de esa materia de la doctrina vinculante de la Resolución de la Dirección General estimatoria del recurso.

Es más, se impediría la consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado por parte no sólo del Consejo General del Notariado, sino también del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, acerca de cualquier cuestión sobre interpretación del contenido de los poderes, a pesar de que el artículo 103 de la Ley de Acompañamiento permite tales

consultas, sin distinción, «respecto de aquellos actos o negocios susceptibles de inscripción en cualquiera de los Registros a su cargo».

No hay ningún límite respecto a la competencia tradicional de la Dirección General de los Registros y del Notariado y demás órganos de recurso contra la calificación, y sin embargo, mediante una interpretación *pro domo sua* del artículo 98.2 por parte del Consejo General del Notariado en su escrito de consulta, resultaría que no tendría ya competencia la Dirección General ni los demás órganos judiciales en materia de recurso sobre suficiencia de poderes.

Y no tendrían competencia porque si se excluye de la calificación registral la suficiencia de los poderes, se excluirá también de la competencia de la Dirección General y demás órganos judiciales en esta sede, ya que sólo pueden conocer de lo que constituye el ámbito de la calificación registral.

Ahora bien, no hay ningún artículo en la Ley de Acompañamiento que permita concluir que se ha pretendido limitar la competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado en esta materia, ni tampoco que los legitimados para interponer el recurso contra la calificación no puedan promoverlo sobre cuestiones relativas a la suficiencia o insuficiencia de poderes.

Por otra parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado y los demás órganos judiciales competentes en esta vía, son los órganos naturales de unificación de doctrina en materia de suficiencia de poderes.

Si el juicio de suficiencia notarial no estuviera sujeto a la revisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado resultaría que, teniendo en cuenta la posible diversidad de criterios notariales sobre una materia tan discutible como es la del ámbito o suficiencia de las facultades representativas y el criterio de libre elección por parte del público de los Notarios, sean nacionales o extranjeros, resultaría que, ante la negativa de un determinado Notario, o de otros sucesivos, el particular podría encontrar al fin un determinado Notario que interpretara bajo su responsabilidad la suficiencia del poder, sin control alguno en la vía de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de procedimiento abreviado del juicio verbal que prevé la Ley de Acompañamiento.

Y prevalecería sobre otros juicios contrarios de insuficiencia dictados por una posible pluralidad de Notarios, quedando cerrada con esa interpretación, no sólo la calificación registral necesaria para la práctica del asiento registral con efectos respecto a terceros, sino el conocimiento del asunto en virtud de persona legitimada al efecto, por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de los órganos judiciales competentes en esta vía de recurso.

La falta de lógica de una interpretación literal y aislada del resto del ordenamiento por parte del Consejo General del Notariado, se pone también de relieve ante estas absurdas consecuencias, a que se llegaría, de prosperar su interpretación.

15. *ALEGACIÓN DECIMOQUINTA: DERECHO COMPARADO: LA «INMENZA MAYORÍA DE PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO» EXIGE SIEMPRE LA TRANSCRIPCIÓN EN LA ESCRITURA O EL ACOMPAÑAMIENTO DE LOS DOCUMENTOS DE LOS QUE RESULTE LA REPRESENTACIÓN*

Tras analizar las distintas legislaciones europeas, en particular en aquellas donde el Notario interviene en la concesión de poderes, compartimos la conclusión del Notario Augusto GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, que en su obra *La función del Notario en la Unión Europea*, publicada por los Colegios Notariales de España en 1999 y con prólogo del Presidente del Consejo General del Notariado, Juan Bolas Alfonso, elogiando su «calidad» y «seriedad», dice en su página 53:

«Respecto al modo de acreditar la representación, la regla general es que no basta en que el Notario afirme que el poder que se le exhibe es suficiente para el acto o contrato de que se trata, sino que debe hacerlo constar así expresamente en el documento en que interviene el apoderado o representante.

Así es preciso justificarlo de alguno de los siguientes modos:

- uniendo como anexo el original del poder al original del acto o contrato;*
- uniendo una copia o testimonio de poder;*
- transcribiendo en el documento el poder o la parte pertinente del mismo;*
- acompañando el poder a la copia del documento contractual.*

En todo caso, es preciso que el Notario haga referencia al medio utilizado para justificar la representación».

En el estudio de esta materia, sin embargo, interesa distinguir los distintos sistemas registrales. Así, en los países en que el registro se lleva por el sistema del folio real y donde la inscripción produce importantes efectos (como la legitimación y la fe pública), no sólo la legislación notarial exige que el poder se acompañe o transcriba, sino que además la legislación registral impone su calificación, así ocurre en Austria, Alemania, Suiza y las llamadas «nuevas provincias» en Italia; sistemas todos ellos próximos al registral español. En los países donde los sistemas registrales son de folio personal y su efecto es la mera oponibilidad, también es regla general que los poderes se acompañen e inserten en el documento público y en algunos de ellos que se presenten en el Registro como Italia, Bélgica o Luxemburgo.

En Francia, aunque el sistema carece de fe pública y presunción de exactitud, en materia de cancelaciones el conservador califica en general la validez del acto, y en particular la capacidad y representación.

No hemos considerado oportuno entrar a analizar la posibilidad de que los poderes sean otorgados en documento privado, aunque exista Notario, como ocurre en gran cantidad de países europeos, ni tampoco poner de manifiesto los países en que no existen Notarios intervinientes en la concesión de poderes y, sin embargo, sí existe registro y calificación (Inglaterra, Dinamarca y Escocia).

16. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE ALGUNAS CONFUSIONES EN QUE INCURRE EL ESCRITO DE CONSULTA DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Las alegaciones de fondo del escrito de consulta han sido ya analizadas y rebatidas a lo largo del presente informe.

Se trata ahora de aclarar una serie de confusiones que aparecen en dicho escrito y que, aunque versan sobre aspectos procedimentales, no por ello dejan de ser significativas en relación con la consulta formulada.

En el citado escrito se ponen en duda las facultades del Decano del Colegio de Registradores para dirigirse a sus colegiados, exponiéndoles un criterio general sobre la actuación registral después de la Ley de Acompañamiento, aludiendo a los Estatutos de dicho Colegio y a las competencias de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Pero el artículo 54 de los Estatutos del Colegio, aprobados por Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, establece como una de las competencias del mismo la de «coordinar los estudios y propuestas que se realicen para la unificación de la práctica registral o de asesoramiento a consultas de los Registradores en materias sujetas a calificación». Y el artículo 4.1.1.º de dichos Estatutos se refiere a la finalidad de «coordinar el ejercicio de la actividad profesional de los Registradores», «velando por el correcto ejercicio de sus funciones». Ello aparte de que en la comunicación a los colegiados se dejaba a salvo la calificación individual de los mismos.

Lo que es claro, y así se quiere poner especialmente de relieve, es que la Dirección General de los Registros y del Notariado carece de facultades en un expediente de consulta para delimitar las competencias de las funciones de los Notarios y los Registradores, como pretende el Consejo General del Notariado, cuando la consulta vinculante, por su propia naturaleza, se dirige a la resolución de casos concretos, siendo inadecuada para resolver conflictos de competencias y para dictar leyes o normas de interpretación (con valor vinculante: una especie de interpretación cuasiauténtica) de una disposición general.

La Dirección General no puede dictar disposiciones de carácter general (art. 260.3.º de la Ley Hipotecaria. Y mucho menos delimitar, mediante una especie de disposición general vía consulta, los conflictos de competencias entre Notarios y Registradores, así como entre Notario y órganos del recurso gubernativo, especialmente la DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (vid. Alegación 14.^a).

El apartado 1 del artículo 103 de la Ley de Acompañamiento se refiere exclusivamente a las consultas vinculantes «respecto a aquellos ACTOS O NEGOCIOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCION en cualquiera de los Registros a su cargo». No se prevé una consulta vinculante sobre interpretación auténtica de una norma general que afecta a las competencias de Notarios y Registradores de la Propiedad.

La Dirección General sólo es competente para resolver casos y problemas concretos («actos o negocios susceptibles de inscripción»), para que respecto a los mismos queden vinculados los Notarios y Registradores en el sentido de que «deberán ajustar la INTERPRETACION Y APLICACION que hagan del ordenamiento al contenido de las mismas».

Con la pretensión del escrito de consulta del Consejo General del Notariado, se trataría de que la Dirección General dictase una especie de LEY INTERPRETATIVA, como si se tratara de un verdadero legislador.

La resolución de consulta sobre un caso concreto no impide que los Notarios y Registradores puedan seguir «interpretando y aplicando» el ordenamiento. En cambio, si se dicta una norma interpretativa general se excluye esa posibilidad y se subvierte el orden de las fuentes del Derecho.

Por tanto, el procedimiento de consulta ante la Dirección General para resolver la cuestión planteada por el Consejo General del Notariado, es inadecuado.

Extraña, por último, que en el escrito de consulta del Consejo General del Notariado, que abre un expediente administrativo, se hagan alegaciones sobre un previo «escrito del Colegio de Registradores», que ni forma parte del expediente abierto ni ha abierto uno propio.

Un «borrador» que no tiene número de entrada en ningún registro y que se sepa no ha dado lugar a ningún expediente es, sin embargo, conocido y manejado por el Consejo General del Notariado. Uno se pregunta cómo pudo haber llegado a sus manos; pero quizá ya hemos hecho demasiadas preguntas.

En cualquier caso se hace constar que el escrito del Colegio de Registradores, a efectos del presente expediente administrativo, lo constituye únicamente el presente informe, solicitado por conducto oficial por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El presente informe se emite dentro del plazo y su prórroga de cinco días concedidos por la Dirección General, y en todo caso, dentro del plazo de diez días establecido en los artículos 83.2 y 84.2 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

IV. RECURSO

En el caso de resolver y no aceptarse las alegaciones expuestas y ser contraria la resolución que se dicte a los intereses de los colegiados que integran la Corporación que represento, ruego a V. I. que, sin merma del mucho aprecio que se le profesa, tenga por planteado el oportuno recurso ante el Organo que corresponda del Ministerio de Justicia.

Es gracia que espera obtener de V. I.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 31 de enero de 2002

En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)

SUMARIO: INTRODUCCION AL TEMA.—LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR ACCIONES DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2000.

INTRODUCCION AL TEMA

Nuestro Código Civil establece, en su artículo 1.089, que «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

A la vista de este precepto, se puede hablar de dos tipos de obligaciones nacidas de culpa o negligencia: Las nacidas de actos u omisiones penados por el Código Punitivo, que constituyen infracciones penales que no van a ser objeto de consideración aquí, y las nacidas de actos u omisiones que no llegan a constituir infracción penal, pero que constituyen actos ilícitos en los que interviene culpa o negligencia, regidos por los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil.

En el marco del Derecho Civil, los actos u omisiones que constituyen ilícitos civiles, en los que haya intervenido culpa o negligencia, producen la obligación de reparar el daño causado y pueden incidir tanto en el ámbito de los contratos —materia que no va a ser tratada aquí—, originando una responsabilidad contractual regida por los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, como fuera del ámbito contractual, generando la denominada responsabilidad extracontractual, conocida ya desde el Derecho romano como responsabilidad aquiliana.

Aquí va a ser objeto de estudio y análisis una sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Pamplona/Iruña, con motivo del tema de la responsabilidad extracontractual de los padres por la acción de un hijo suyo menor y en la que se exoneró al padre por no ser el progenitor custodio y se responsabilizó a la madre por la denominada *culpa in vigilando* y no por la *culpa in educando*.

Esta sentencia, inusual, hasta el momento, en nuestro Ordenamiento Jurídico, me ha llevado a hacer unas consideraciones previas sobre la responsabilidad de los menores, su exclusión y las clases de culpa, temas que abordo a continuación.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR ACCIONES DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2000

La primera cuestión que cabe plantearse es la concerniente al fundamento de la irresponsabilidad del menor en el ámbito civil, único que va a ser tratado. Sobre este aspecto, sin duda no baladí, hay que resaltar que la tesis predominante equipara el acto del menor al caso fortuito o fuerza mayor, con la consecuencia, injusta, a mi juicio, de que la víctima es la que debe soportar por sí sola sus consecuencias (1).

Desde otro punto de vista, se afirma a ultranza el carácter subjetivo de la responsabilidad civil. Esta es la postura mantenida por cierto sector de la doctrina francesa (2) y que fue abandonada a raíz de las sentencias que la Cour de Cassation dictó el 9 de mayo de 1984.

Otra tesis ha sostenido la necesidad de apoyar la responsabilidad civil en el criterio de la culpa, vinculada a la idea de la responsabilidad moral. Efectivamente, hay que entender que el fundamento de la responsabilidad de los padres por actos de sus hijos menores reside en una culpa de éstos, culpa que, por lo general, se denomina *in vigilando* o *in educando*, tal como el propio Código Civil parece configurarla, presumiéndola *iuris tantum*. Esta tesis, no obstante, ha entrado en una fuerte quiebra en la actualidad, tras haberse afirmado que es contraria a la realidad de las cosas. Parece evidente, a este respecto, que los padres no pueden vigilar, de una manera constante y sin descanso, a sus hijos, por lo que, en consecuencia, tampoco podrán evitar que

(1) ANGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988; ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil (Derecho de Obligaciones)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1989.

(2) ESMEIN, P., «La faute et sa place dans la responsabilité civile», en *Revista trimestral de Derecho Civil*, 1949.

éstos actúen u obren contra aquello que expresamente les hayan prohibido, ni tampoco que actúen, siempre y en todo caso, con arreglo a aquellas normas, dictados o instrucciones que les hayan dado.

DÍEZ PICAZO se refería, como punto de partida, a las relaciones existentes entre el autor material del daño y la persona a quien efectivamente se le va a imponer la responsabilidad de reparar aquél. Este jurista entendía que, de modo tradicional, se ha expresado que ha de ser o consistir en una relación jerárquica o de subordinación, de modo que el autor material del daño sea una persona subordinada y el responsable ejerza sobre él una determinada autoridad. Este mismo autor, ante esta tesis, expresaba con contundencia que este hecho no era por sí solo suficiente para fundamentar la responsabilidad (3). La relación jurídica de subordinación impone un especial deber de vigilancia y de control de la actividad de los subordinados y, en su caso, un especial deber de atención. De ahí que este prestigioso autor considerase que, en el sistema de nuestro Derecho Positivo, la responsabilidad indirecta que analizo ahora es también una responsabilidad por culpa, si bien fundamentada en modalidades especiales de la culpa, como lo es la *culpa in vigilando*, que queda normativamente presumida, invirtiéndose la carga de la prueba, por lo que será el demandado el responsable del daño producido, a menos que sea él mismo quien pruebe que realizó todos los actos necesarios para impedir el daño y que, en consecuencia, éste se produjo con independencia de su propia culpa. De ahí que, en armonía con la inversión de la carga de la prueba, el párrafo final del artículo 1.903 del Código Civil determine que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

A mi juicio, en muchas ocasiones es muy complicado probar que, efectivamente, el demandado —en el tema que me ocupa, los progenitores— empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para impedir o evitar el daño. Puede resultar una *probatio* diabólica. Consciente de ello, el legislador ha pretendido objetivizar la responsabilidad indirecta, intentado establecerla sobre los principios derivados de la teoría del riesgo. De este modo —y de acuerdo con esta tesis—, el demandado va a responder por cuanto la imputación no se refiere tanto a una conducta culposa, sino a establecer determinados criterios de responsabilidad y, en concreto, cuál es el patrimonio que en último término deberá soportar el daño. La teoría de la responsabilidad se convierte así, a juicio de Cossío (4), en una simple teoría de la distribución de los riesgos, de las consecuencias económicas derivadas de un hecho determinado, y la idea de la

(3) DÍEZ-PICAZO, LUIS, «La responsabilidad civil, hoy», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1979.

(4) COSSÍO, ALFONSO DE, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 1975.

culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios, entre muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo esta distribución de manera más justa.

Hay que matizar, no obstante, a la vista de esta teoría, en que —por lo que al tema que me ocupa— los riesgos vienen generados por aquellos actos dañosos que cometen los hijos menores de edad y que vienen a responsabilizar a los progenitores o a uno solo de ellos —sea el padre o la madre— por *culpa in educando* o *in vigilando*.

Parece oportuno referirse ya a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona/Iruña, el 13 de noviembre de 2000, y que tiene interés porque no responde a los parámetros usuales.

Los hechos se reconducen a que el actor fue interceptado por dos menores que jugaban con un monopatín, siendo recriminado por aquél. Tras dicha recriminación, el menor dio un salto y agredió con la mano en la cara al actor, a la vez que con la rodilla izquierda le pegaba en el pecho o estómago, lo que ocasionó que el actor cayera al suelo y se golpeará la cabeza, perdiendo sangre por la nariz y teniendo que ser ingresado en el Servicio de Urgencias del Hospital de Navarra y, a continuación, en el Servicio de Neurocirugía. Incoadas las diligencias previas y, de ahí, al Juzgado de Menores, se levantó Acta de Instrucción de derechos al perjudicado, en el que se manifestaba que las acciones civiles debían ejercitarse ante los Tribunales Ordinarios del orden civil. El actor hubo de afrontar gastos por lesiones y solicitó indemnización por días de baja y secuelas, reclamando, finalmente, una indemnización de cerca de ocho millones de pesetas, más los intereses legales y las costas.

El procedimiento fue admitido a trámite y se acordó el emplazamiento de los demandados, manifestando el padre que no ostenta la guarda y custodia de su hijo desde hace diez años, por lo que, tras alegar los Fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación al caso, terminó suplicando se desestimase la demanda. El Antecedente de Hecho Segundo expresa que «(...) alega la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que no se ha traído a este procedimiento a la Compañía de Seguros que cubra la responsabilidad civil de esta parte. Y, por otro lado, contesta a la demanda en base a que niega los hechos relatados en la demanda, puesto que el monopatín al escaparse quedó junto al actor y éste le dio una patada, los jóvenes le increparon y entonces el (...) esgrimió una navaja abierta hacia ellos por lo que el (...) para evitar su agresión desplazó su torso en rotación hacia el lado izquierdo y sintiendo un fuerte dolor por lo que se retiró del lugar de la agresión, pero posteriormente notó cómo el hombro izquierdo se encajaba en su sitio por lo que volvió al lugar de los hechos y se encaró con su agresor y el (...) cayó al suelo, pero dicho señor ya era paciente con dolencias de cardiopatía isquémica y con tratamiento habitual con Sincron (...)»

En el período de proposición y práctica de la prueba, la parte actora solicitó confesoria, documental, testifical y pericial. Los procuradores solici-

taron pericial médica, que fue practicada por tres peritos. No se practicó la pericial psicológica.

El Fundamento de Derecho Primero declaró que el menor se encontraba bajo la patria potestad de sus padres y que golpeó al demandante produciéndole lesiones que tardaron en curar 86 días, por estabilización de secuelas de síndrome frontal postraumático, con alteraciones motoras como funcionales superiores. No se consideró suficientemente acreditado el alcance material y funcional de la secuela y su trascendencia pecuniaria, en el sentido de si, tras el alta médica, precisó, por las secuelas, asistencia de terceros, y cuál fue la trascendencia económica de las secuelas, aunque es presumible y deducible que, durante la incapacidad, precisara de asistencia.

El Fundamento de Derecho Segundo parte de la declaración de que no existe duda del hecho de la agresión y la producción de lesiones, resultando de la documental aportada. La relación de causalidad está bien clara, en este supuesto, y se configura, efectivamente, como el vínculo entre la acción y el resultado. En toda responsabilidad extracontractual, además del daño y la imputación de una conducta a un concreto sujeto jurídico, debe haber, para que nazca dicha responsabilidad, una determinada relación entre dicha conducta (imputable a un sujeto determinado) y el daño sufrido por la víctima. Se trata, por tanto, del tema de la imputación del daño al comportamiento, activo u omisivo que, a su vez, sea imputable a un sujeto en concreto. Declara este Fundamento de Derecho Segundo que, «el que la patología por efectos endógenos o exógenos presente una evolución, digamos tórpida, salvo acreditación que es debido a tercero concurrente o singular y especialmente excluyente, no se deduce que el resultado sea ajeno, cuestión esta que, desde la perspectiva antes referida, es singularmente de tipo científico-técnico-médico y, sobre esta base, debe determinarse, tras su valoración se resuelve jurídicamente».

«También resulta unívoco lo actuado en relación a la existencia de secuelas, no ocurre lo mismo con su concreto alcance y trascendencia, como ya ha quedado señalado, y a lo que, por ejemplo, hace mención el doctor en Cardiología, quien añade más y dice que es susceptible de determinación por neurólogo. Fue practicada pericial de tal especialidad, circunscribiéndose a los extremos sobre los que fue preguntado, que no comprendían lo anterior en su totalidad, sí parcialmente. El doctor en Cardiología nada dice sobre aquel particular, pero sí consta que existe un informe de una persona que lo firma como psicólogo, el mismo no ha sido adverbado, y las partes no han podido intervenir en tal prueba. En relación al objeto de aquella pericial se acordó se practicara por psiquiatra y no deja de llamar la atención que la psiquiatra no se considera capacitada, para lo que aparentemente sí puede informar al psicólogo. No ha sido posible practicar tal pericial, dado que no ha comparecido, pese al requerimiento, la perito, habiendo transcurrido con creces el plazo de las diligencias acordadas, quedaron los autos para sentencia. Se considera que la determina-

ción de las secuelas del estado del (...) desde una perspectiva técnica, es susceptible de objetivar sus necesidades tras el alta, no considerándose bastante a estos efectos la testifical, plenamente comprendidos en las generales de la Ley, quien no lo está tanto, reconoce desconocimientos y tiene limitado alcance, el *post hoc ergo propter hoc*, para determinar las necesidades del demandante mediadas por las secuelas. Con esto no es que se considere la testifical sobre el particular irrelevante o intrascendente, sino insuficiente.

Dado que existen secuelas, y como después se verá, responsabilidades, se considera que su concreto alcance, trascendencia, incluso criterios de valoración a los que por ejemplo se hacen mención en demanda, pueden ser determinados en ejecución, sin generar indefensión en ninguna parte.»

TERCERO.—«Atendiendo a antecedentes jurisprudenciales, decir que la Ley 488.2 de la Compilación comprende los supuestos previstos en el artículo 1.903 del Código Civil. Desde luego no faltan resoluciones en considerar este artículo directamente aplicable en su caso, y en otro se parte de la parca regulación legal y de una interpretación amplia del mismo, atendiendo a la realidad social en que está presente el principio *pro damno*, lo que produce una ampliación de responsabilidad desde un plano subjetivo, al ser más los responsables que quien intervino directamente en los hechos, y desde el punto de vista objetivo por el efecto que puede producir la inversión de la carga de la prueba, y lo anterior sin perjuicio de la relación interna de los sujetos responsables.

En ocasiones, la Ley, singularmente en exposiciones de motivos, justifica el por qué de la misma, o de un concreto contenido, en muchos casos ello no ocurre, y partiéndose de la presunta racionalidad del legislador, lo que está presente en los criterios interpretativos de SAVIGNY, recogidos en el artículo 3 del Código Civil, los denominados operadores jurídicos realicen atributos a la Ley; desde luego todos los operadores no son iguales, así el Tribunal Supremo, artículo 1.6 del Código Civil, y así es común predicar que en la responsabilidad del artículo 1.903 está la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, sin establecer formalmente si está presente o puede ser relevante *ad exemplum* (...), en los casos en que no hay elementos de libre elección inmediata, se prescinde de este elemento del *in eligendo* y persiste el otro, y en el otro, en el *in vigilando* no supone que el presunto sujeto responsable por el tercero tenga o deba hacer un control continuo inmediato o digamos mecánico de éste, sino que debe adoptar las medidas oportunas para evitar la producción de un hecho dañoso, cuya producción dentro del ámbito de relación que se considera relevante, desde un punto de vista normativo, vendría a evidenciar la no adopción de la medida procedente, se parte de la posibilidad de adoptar medidas de cumplir con obligaciones contractuales o legales, sirvan de ejemplo el que, por ejemplo, los parientes entre otros no promuevan la tutela, artículo 229 del Código Civil, y en relación a los padres, la Ley 63 de la

Compilación. Se considera que la guarda en términos generales es dado considerarla más amplia que la compañía, lo que supone que, si los progenitores están separados, uno de ellos puede estar privado de la compañía cotidiana de su hijo, pero es susceptible de tener la guarda con mayores o menores períodos de compañía, y en tal condición de modo directo o mediato puede instar y adoptar medidas tanto directamente como incluso de forma mediata a través del Juzgado correspondiente, si fuera el caso. Esta posición tendría su desarrollo y mayor justificación en la denominada por algunos autores, *culpa in educando*, o guarda jurídica, no tiene carácter necesario, siendo factible otras, pero tiene la virtualidad añadida que se considera es coherente con la interpretación del artículo 1.903, sintéticamente referida la finalidad y la realidad social, y sin que el cónyuge que ostenta el cuidado, como se decía antes de la reforma en el artículo citado, o se dice ahora, por ejemplo, en el artículo 90A sea trascendente para considerar que no es responsable el padre que, sin tener el cuidado cotidiano de su hijo menor, ostenta la patria potestad con la consiguiente obligación de velar. De lo actuado se desprende, no hay prueba en contrario, que las personas físicas demandadas, padres del agresor del demandante, incurrieron en negligencia, artículo 1.903.2, estando con la consiguiente obligación de indemnizar, obligación que de acuerdo con la jurisprudencia, es solidaria frente al perjudicado demandante y extensible al artículo 76 de la Ley del Seguro a la aseguradora demandada con el mismo carácter, dado que la (...) responde por negligencia, no por dolo, en ninguna de las acepciones, no hay ningún tipo de dolo contractual al artículo 19 de la referida Ley, de lo actuado se desprende es asegurada, es cotitular del bien asegurado y su hijo convive con el actual cónyuge de aquella y asegurado, el «a cargo o convivencia» se recoge en las condiciones generales aportadas por la demanda. Los demandados deberán hacer efectivas al demandante 688.000 pesetas por los días de incapacidad, a razón de 8.000 pesetas cada día, más 180.000 pesetas por asistencia durante la incapacidad, más la parte que corresponda de asistencia hasta la obtención del alta de las facturas aportadas como documento octavo y décimo, y de determinarse que tras el alta precisó asistencia por causa de las lesiones, también se hará efectiva en la que corresponda con dichas facturas, salvo que se consideren subsumibles en las secuelas, secuelas cuya realidad, alcance y valoración, de acuerdo con lo antes expuesto, se difiere para ejecución de sentencia (...)

En esta sentencia, si bien parece que hay un cierto rebuscamiento en los Fundamentos de Derecho —tal como puede observarse tras haber quedado transcrito literalmente—, sin embargo, se produjo —y éste es el dato a destacar— un hecho inusual, consistente en que se exoneró al padre por no ser el progenitor custodio y se responsabilizó, en consecuencia, a la madre. Los cónyuges del menor estaban separados y era, efectivamente, la madre la persona que ostentaba la guarda y custodia del hijo.

El artículo 1.903.2 de nuestro Código Civil, reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, estableció la responsabilidad de los padres por los actos que cometieran sus hijos, con la siguiente dicción: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda». La anterior dicción, antes de la Reforma, era la siguiente: «El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía».

Como expresa ESTHER GÓMEZ CALLE (5), el punto de partida para ver cuando concurre este presupuesto es el artículo 154 del Código Civil, en su párrafo 1.º, que atribuye conjuntamente al padre y a la madre la patria potestad sobre los hijos no emancipados. Esta atribución conjunta exige que antes se haya determinado legalmente la filiación, de cualquier tipo que ésta sea, por naturaleza (matrimonial o no), o por adopción.

Hay que hacer notar que el Código Civil, en la actualidad, no hace alusión a los «hijos menores de edad», sino a «hijos que se encuentran bajo su guarda». Se ha prescindido, por tanto, del requisito de la minoridad del hijo como presupuesto de la responsabilidad de los padres, y se le ha sustituido por otro criterio fundado en el sometimiento a la guarda paterna.

Alguna duda podría suscitar, a este respecto, la cuestión de si los progenitores van a responder, asimismo, por los actos de sus hijos emancipados. La doctrina dominante afirma que, en este caso, ya no existe tal responsabilidad, sea cual sea la causa de la emancipación (6). Efectivamente, los progenitores no han de responder por los actos que cometan sus hijos emancipados. A mi juicio, está totalmente justificada esta exclusión de la responsabilidad paterna y materna, ya que es, cuando menos, absurdo que se vaya a responsabilizar a los padres de los actos cometidos por hijos suyos emancipados si, a un tiempo, la propia normativa del Código Civil, por lo que a este tema respecta, establece lo siguiente en el artículo 323.1: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (...)»

Por tanto, a la vista de este precepto civil, no se sostiene, en realidad, desde un punto de vista jurídico, la irresponsabilidad del hijo emancipado. Se entiende que, si está capacitado o habilitado —según el Código Civil— para regir su persona, lo está para responder, asimismo, de los actos que lleve a cabo, incluso de aquéllos que son dañosos y causan perjuicios a terceras personas.

En idéntico sentido hay que concluir en que los padres no van a responder tampoco de los actos realizados por sus hijos menores, pero mayores de dieciséis años, pues el artículo 319 del Código Civil les reputa emancipados

(5) GÓMEZ CALLE, ESTHER, *La responsabilidad civil de los padres*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1992.

(6) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1982.

para todos los efectos, por lo que, en consecuencia, pueden regir su persona y bienes como si fueran mayores.

Los progenitores están, sin embargo, obligados a responder de los actos de sus hijos mayores de edad y que se encuentren bajo su patria potestad. Son los supuestos de prórroga y rehabilitación de la patria potestad que prevé el artículo 171 del Código Civil.

La problemática que plantea la responsabilidad civil de los padres por actos dañosos de sus hijos incide en diversas cuestiones. Por lo que se refiere a la sentencia que estoy analizando, lo primero que habría que tener en cuenta es la convivencia del hijo, si consideramos que los progenitores estaban separados. En el supuesto examinado, el hijo convivía con la madre. Era la progenitora la que tenía la guarda y custodia de su hijo menor. Antes de la Reforma del Código Civil, la doctrina se había esforzado para que no sirviera de excusa a la responsabilidad paterna cualquier separación física de los hijos. En este sentido, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1983, declaró que había que partir de la presunción *iuris tantum* de la convivencia de los padres e hijos no emancipados. Cuando el hijo no se encontraba en compañía de los padres por causa que les fuera imputable, si aquél ocasionaba un daño, éstos debían responder aún con mayor fundamento. Cuando la separación del hijo estaba justificada —por servicio militar, internamiento en Centro Médico o de enseñanza, etc.—, el deber de vigilancia se desplazaba a terceras personas y, con ello, la obligación de responder por los actos dañosos que el menor hubiera realizado. Si bien éstas fueron las reglas generales, hay que hacer notar que no siempre se consideró así. En este sentido, es paradigmática una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1969: El menor, causante del daño, había convivido siempre con su abuelo, no con su madre, titular de la patria potestad. Contra la sentencia de la Audiencia Territorial, que absolvió al abuelo y condenó sólo a la madre, aunque faltaba de modo absoluto el requisito de la convivencia, el demandante recurrió ante el Supremo, alegando que, aunque la patria potestad correspondía jurídicamente a la madre, el menor, de hecho, se hallaba bajo la custodia y el cuidado del abuelo, cuya responsabilidad se fundamentaba en el artículo 1.902 del Código Civil. El Tribunal Supremo, a pesar de lo fundamentado de la alegación, la rechazó, no sólo por motivos procesales, sino porque estimó que el daño no había sido debido a una acción u omisión del abuelo. La cuestión, en cualquier caso, era problemática. Si el abuelo hubiera actuado con culpa, ex artículo 1.902, cabría haberle responsabilizado de los daños causados por el menor. Pero, al no ser así, la culpa se desplazaba hacia la madre, que, al no poderse ocupar de la educación, cuidado y vigilancia de su hijo, había de dejar a éste en manos de una persona idónea, capaz de prevenir o impedir el daño que, efectivamente, se causó a un tercero.

Es muy importante tener en cuenta que, una vez sustanciado el proceso de separación o de divorcio de los progenitores, el órgano judicial ha de adoptar las medidas pertinentes en relación con los hijos, tal como establece el artículo 91 del Código Civil, determinando a quién corresponde su cuidado, además de lo referente al ejercicio y titularidad de la patria potestad, según dispone el artículo 92 del citado corpus legal. Será el progenitor que tenga consigo al hijo el que responderá civilmente por los daños causados por éste a terceras personas. Es interesante, a este respecto, hacer notar cómo una sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid, de 22 de mayo de 1986, destacó que el Código Civil regula los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y que hay que diferenciar entre la titularidad de la patria potestad y la guarda o custodia de los menores, que se atribuye al progenitor con el que convivan, «por lo que no cabe interpretar que la responsabilidad extracontractual procedente de hechos llevados a cabo por los menores, deba computarse al cónyuge que, aún conservando la patria potestad sobre los mismos, se encuentre privado de su guarda o custodia en beneficio del otro», tal como declara esta sentencia.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA hacía, a este respecto, una matización, afirmando que se puede imponer responsabilidad al progenitor que no tiene la guarda del menor en aquellos casos en que el que la tiene sea insolvente (7). La tesis de este autor es discutible, en todo caso, porque no aclara en qué se fundamentaría, llegado el caso, ese reproche al progenitor no custodio del hijo, como no fuera justificarlo en función de una *culpa in ommitendo*, al no haber proporcionado al progenitor custodio todas las instrucciones, precisas y necesarias, para evitar el daño, pero, hay que insistir, es una tesis difícil de sostener por su escasa base jurídica.

La cuestión más problemática, a mi juicio, se centra en determinar si los padres son responsables de los actos de sus hijos que no conviven con ellos o que, en un momento determinado, se encuentran separados físicamente unos de otros. El artículo 154 del Código Civil establece que la patria potestad comporta una serie de deberes y facultades. Entre estos deberes se encuentra el tener a los hijos en su compañía, por lo que, si este deber no lo cumplen, no por ello van a quedar exonerados de responsabilidad, sino que han de responder aún con mayor fuerza en el supuesto de que el hijo causara, con su actuación, algún daño a un tercero.

Para CASTÁN VÁZQUEZ (8), los padres cumplen con el deber de tener a los hijos en su compañía, aun cuando éstos no habiten en su hogar, cuando ello

(7) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por hechos de sus hijos*, citado en nota 1.

(8) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, *Comentario al artículo 154 del Código Civil*, citado en nota 6.

está justificado por razones que redundan en beneficio del menor o por necesidades de la familia.

El progenitor que no esté encargado de la guarda y custodia del hijo menor, mal podrá responder de los actos que éste cometa, al resultarle imposible, materialmente, su vigilancia. No puede, en consecuencia, responder por *culpa in vigilando*.

En el supuesto contemplado por la sentencia analizada, se observa que se responsabilizó a la madre, que era quien tenía la guarda y custodia del hijo, por *culpa in vigilando* y no por *culpa in educando*. Tengamos en cuenta que este supuesto se sale un poco de los parámetros hasta ahora examinados, ya que se trataba de un menor de edad, pero próximo a la mayoría de edad y, por tanto, con una capacidad cognitiva y volitiva cercana, probablemente, a la de un adulto normal. Mal se podía hablar, en este supuesto, de una *culpa in vigilando* de la progenitora, aunque, en definitiva, fue lo que hizo la sentencia, pues hay que tener en cuenta que las actuales condiciones de la vida, con la progresiva capacidad de actuación y la consiguiente libertad de los púberes y adolescentes, hacen muy difícil la continua y permanente vigilancia de los mismos por parte de uno de los progenitores, incluso teniendo la guarda y custodia del mismo, como en el caso que me ocupa. No se responsabilizó a la madre, sin embargo, por *culpa in educando*, lo que hubiera sido más lógico, a mi entender, determinando el nexo causal entre la culpa en la educación del menor y la causación por éste de un daño a un tercero. A este respecto, LEÓN GONZÁLEZ afirmaba que es admisible presumir que, cuando un menor ocasiona un daño, ha habido culpa en su vigilancia y que el daño trae causa de aquélla, pero no se puede decir por cuanto se refiere a la educación (9). GARCÍA VICENTE sostenía que, mientras que entre vigilancia y comportamiento del menor hay un nexo directo, inmediato y concreto en la medida en que la vigilancia se ha de ejercer sobre cada uno de sus actos, la educación supone un proceso que comienza ya en los primeros meses de la vida del niño y cuyos remotos efectos pueden proyectarse durante toda la vida del sujeto (10).

A mi juicio, se ha producido una evolución importante en este tema de la responsabilidad por *culpa in educando* o *culpa in vigilando*. Pero hay que admitir, desde mi punto de vista, que no es lo mismo vigilar a un niño de escasos años de edad que vigilar a uno de más de doce. Y, en lo que respecta a la educación, no todo el proceso educativo de un menor se desarrolla en el marco familiar, sino que gran parte del mismo se desenvuelve en el ámbito

(9) LEÓN GONZÁLEZ, J. M., «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Tomo IV, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

(10) GARCÍA VICENTE, F., «La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1984.

de los colegios y demás Centros de Enseñanza, por lo que no sería admisible tampoco responsabilizar de modo pleno a un progenitor —o a ambos progenitores— por *culpa in educando*, una vez que el hijo haya causado un daño. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, hay que buscar responsables, porque lo esencial, hoy por hoy, es que alguien responda de los daños producidos e indemnice. CAVANILLAS MÚGICA afirmaba que, hoy en día, el niño es receptor de múltiples mensajes, sobre todo a través de los medios sociales de comunicación, que le hacen asimilar muy eficazmente modelos de conducta que pueden no tener nada que ver con lo que los padres tratan de inculcarles (11).

El deber de vigilancia, tal como ha puesto de manifiesto ESTHER GÓMEZ CALLE (12), ha de ir referido, básicamente, a la prevención de daños causados por el hijo menor y, por tanto, debe constituir un concepto amplio y que abarque todas las actividades precisas a aquel fin preventivo, al modo como lo ha entendido la Jurisprudencia alemana: Aleccionamiento del niño sobre eventuales fuentes de peligro y sobre posibilidades de control de situaciones difíciles, hasta el acudir a la autoridad judicial competente en casos extremos, pasando por otras medidas como la observación directa del menor, al objeto de cerciorarse de que respeta las indicaciones que se le hacen y conocer su carácter, tendencias y aficiones, la prohibición de determinadas actividades o la imposibilitación material de las mismas.

Es oportuno citar ahora dos sentencias dictadas en nuestro país con motivo del tema que estoy tratando, las de 1 de junio de 1980 y 10 de marzo de 1983, y que son reveladoras de hasta qué punto la responsabilidad de los padres se justifica, de modo tradicional, por la transgresión del deber de vigilancia que les incumbe y que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa corriente en quien desempeña la patria potestad, así como la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que, prácticamente, pasa a referirse a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, de modo que la responsabilidad va a dimanar de omisión propia de los progenitores en cuanto a su deber de vigilancia y todo ello con independencia del nivel de discernimiento del que se encuentra sometido a patria potestad. La sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1984, vino a confirmar lo que estamos diciendo.

Por su parte, una sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 16 de marzo de 1985, consideró, al hilo de estos razonamientos, que la procedencia de la acción aquiliana se justificaba por la transgresión del deber de vigilancia que incumbe a los padres, respecto a los menores de edad que

(11) CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987.

(12) GÓMEZ CALLE, ESTHER, *La responsabilidad civil de los padres*, citado en nota 5.

viven en su compañía, presunción de culpa, que se traduce en la consiguiente inversión de la carga de la prueba, que ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia con una marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada, según las circunstancias del lugar y el tiempo en cada caso concreto.

La responsabilidad civil de los padres se configura, en todas estas sentencias, de una manera muy rigurosa, sin duda. Hace algunos años tuve ocasión de expresar que habría que tomar en consideración, a la hora de delimitar la responsabilidad de los progenitores por los actos de sus hijos, algunos parámetros concretos, como pueden ser la edad del menor, su grado de discernimiento y su sentido de la culpabilidad. Hay que insistir en que la capacidad y el nivel intelectual de un niño de cuatro años, por ejemplo, no son asimilables a los de un niño de catorce o quince (13). Mi tesis, a pesar de que, en un principio, pudiera parecer un tanto relativista, a merced y al vaivén de las diversas y cambiantes circunstancias, tiene su punto de apoyo en la necesidad de relacionar la diligencia exigible a un buen padre de familia con las concretas circunstancias del caso —que nunca, a mi juicio, deben ser ignoradas— y, de manera muy especial, con la edad del menor y demás caracteres del mismo, así como con el tipo de actividad, en cuyo desarrollo se produjo el daño y la posición de los padres respecto de la misma, tal como han expresado, con agudeza, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA y DÍAZ ALABART (14), diciendo que no es sólo posible, sino obligado, que la Jurisprudencia aprecie en sus decisiones las diversas situaciones dentro de la menor edad, especialmente la de los que la autora designa como «grandes menores», cuyo inicio está al comienzo de la adolescencia.

No ha seguido, sin embargo, nuestra Jurisprudencia esta vía suavizadora de la extrema rigurosidad, tal como puede apreciarse incluso en la sentencia que ha sido objeto de análisis, en la que el hijo menor había entrado ya en una edad cercana a la adolescencia, y en la que se responsabilizó a la madre por *culpa in vigilando* del acto dañoso cometido por el hijo.

Esperemos que esta tendencia rigorista vaya, poco a poco, dulcificándose, en un tema tan complejo, delicado y espinoso como, efectivamente, lo es la responsabilidad civil de los progenitores.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

(13) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «Valoración jurídica del apartado 2 del artículo 1.903 del Código Civil (la responsabilidad civil de los padres por hechos de sus hijos)», en la *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Madrid, octubre de 1997.

(14) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, citado en notas 1 y 7; DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1987.

Naturaleza y proyección del grupo familiar extenso. Relaciones intergeneracionales

SUMARIO: ANTECEDENTES.—1. LA FAMILIA, FOCO DE RELACIONES. NATURALEZA INSTITUCIONAL Y NORMATIVA.—2. FAMILIA NUCLEAR Y FAMILIA EXTENSA: LIMITES, PATOLOGIAS, AMBITOS (EN LO RURAL, EN LO URBANO, EN LO INDUSTRIAL) Y FUERZA EXPANSIVA DE LO INTERPARENTAL.—3. LA CONVIVENCIA Y LA COMUNICACION DE LAS DISTINTAS GENERACIONES: SU OPERATIVIDAD EN LOS DERECHOS PUBLICO Y PRIVADO.—4. FORMAS DE DESARROLLO DE LO INTERGENERACIONAL: TRANSMISION DEL SER (ASPECTOS BIOETICOS), FUENTE DEL TENER (LO PATRIMONIAL), PROYECCIONES PERSONAL E INTERFAMILIAR (LO ESPIRITUAL), LA CULTURA, LA HISTORIA FAMILIAR Y LA EDUCACION.—5. ESTRUCTURAS O INSTRUMENTOS ASOCIATIVOS-FAMILIARES QUE PRECISAN ASISTENCIA ESPECIALIZADA.

ANTECEDENTES

Previamente a entrar en la cuestión que nos ocupa, que merece —creemos— una atención singular en estos momentos (1), tendríamos que dar por estudiados, analizados, o expuestos, diversos puntos o posiciones que afectan más directamente a la familia. Por de pronto, nos situamos ya, de entrada, entre quienes hablamos de «*Derecho de la Familia*», mejor que «Derecho de Familia» (2), ya que la familia es verdaderamente la protagonista, el muñón,

(1) Estamos en España lejos de aquellos estudios que trataban de proyectar, defender y superar la problemática familiar (vid. HERRERO TEJEDOR, FERNANDO, «III Congreso de la Familia», 7-6-1975, en *La familia y la sociedad española*, Madrid, 1975; SALUSTIANO DEL CAMPO, *La familia española en transición*, Madrid, 1960, y FRAGA IRIBARNE, *La familia española ante la segunda mitad del siglo XX. Problemas y soluciones*, Madrid, 1975).

(2) Así titula su obra el Notario VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, Editorial Trivium, Madrid, 1993.

el paraguas que une y que guarece —pero no limita— toda la fuerza creadora de intergeneraciones (3).

Indudablemente, han de pesar en este estudio la bisagra del matrimonio como hogar e institución; la ordenación civilista o foral; los ámbitos y conflictos; los valores permanentes o cambiantes, derivados, entre nosotros, de la Constitución Española de 1978 —un tema inacabado—; la normativa sobre Uniones de Hecho; y toda esta problemática escolar (4), que tiene una ambientación no sólo en la legislación pública, sino en sus efectos dentro de las normas civiles. Asimismo, las limitaciones de los medios de comunicación; las fórmulas de acogimiento y de adopción; los condicionamientos económicos y religiosos; los conflictos (5), etc., pueden estar matizando, de una u otra manera, todo ese entramado de relaciones, de vivencias, que constituyen lo que, diríamos, *un más allá de la familia* en sentido estricto.

De aquí que, ya al comienzo, tengamos que hacer una afirmación clara sobre *la familia como célula clave de la sociedad contemporánea*. Don ELOY MONTERO ya habló a comienzos del pasado siglo —en su tesis doctoral— de «*crisis de la familia*». CASTÁN TOBEÑAS, con signo positivo, reafirma los valores y esencias de la familia, operativamente entre los miembros naturales, y con respecto a los que sociológica o historiográficamente la han formado, y desde luego con una fuerza expansiva intergeneracional.

Al lado de estas coordenadas, en la actualidad, no podemos escamotear otras esferas que pueden ensanchar o limitar el grupo familiar.

Una de ellas es la referente al *Hecho* y al *Derecho Europeo*, que como entiende PUIG FERRIOL (6), puede afectar y afecta, en sus orientaciones y en sus resoluciones básicamente venidas del Consejo de Europa o de la Unión Europea, en algunos casos, propiciando un cierto uniformismo normativo. Otro, de signo contrario, es el dato de la *dispersión normativa de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil Especial propio*. Pero el uso adecuado de estas Comunidades, o la extensión —con riesgo de desbordar sus competencias para las que no las tienen— hace, según dicho autor, que de un presumible Derecho de Familia Español, tomado en su conjunto, se esté a

(3) Quizá uno de los primeros estudios modernos de tipo sociológico sobre la familia se encuentren en GÓMEZ ARBOLEYA, E., para el «Congreso Mundial de Sociología», Amsterdam, 1956.

(4) En la obra *La escuela no ha muerto*, Zaragoza, 1983, hay algunos datos de interés, y el texto de la *Carta de los derechos de la familia sobre la educación*.

(5) El día 16-4-2002 se celebró en el *Club Zayas*, de Madrid, una mesa redonda con participación de RAFAEL NAVARRO VALLS, el P. SANTIAGO MARTÍN Y DE LA HERA, sobre separaciones, divorcios, nulidades y uniones de hecho. Intervinimos nosotros para anotar, no obstante, algunos datos positivos que luego mencionaremos.

(6) En el prólogo a la obra de CERDÁ GIMENO, *Estudios sobre familia*, Madrid, 1993. Vid. igualmente, la obra *Derecho Civil Comunitario*, de DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y otros, Ed. Colex, Madrid, 2001.

punto de pasar a unos «Derechos de familia» españoles, de difícil reconducción, y más aún de engazarlos en el Código Civil. Con una gran diferencia respecto de las Conclusiones del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza, del año 1948, en el que lo que se aconsejaba era llegar a un Código Civil General y único, en el que se incorporaren aquellas instituciones jurídicas más nuestras —aunque fueren de origen foral—, como el usufructo viudal, o la libertad de testar y de pactos (7).

Esta doble problemática, que aquí y ahora no vamos a analizar, queda reflejada porque la operatividad de la fuerza expansiva de la familia se puede ver limitada, o a su vez ensanchada, según sea su tratamiento jurídico y su ambientación sociológica, con modulaciones significativas en uno y otro sentido.

También la posición de la *mujer* en el matrimonio y en el trabajo, con las reformas sucesivas, es otra cuestión importante.

1. LA FAMILIA, FOCO DE RELACIONES. NATURALEZA INSTITUCIONAL Y NORMATIVA

La familia, en sus diversas formas, es una institución jurídica, ahistórica, es decir, que ha existido siempre, sin que se pueda concretar o imaginar en qué momento haya hecho su aparición, cualquiera que hayan sido las modalidades en que la realidad social y humana la hayan podido presentar. Está expresamente apuntado en el Génesis. Los seres humanos, hembra y varón, están dotados, por su propia naturaleza —maravillosa—, no sólo para la procreación, sino para lo que es sustancial: la *capacidad de relación*. En algunas civilizaciones, ni siquiera —como en la egipcia— terminaba con la vida. El culto a los muertos o el depósito junto a ellos de objetos o testimonios de otros seres humanos, preferentemente de familiares o parientes, revelan que un sistema de relaciones nace o surge como connatural de la vida matrimonial y familiar. Es un proceso histórico en el que no vamos a entrar aquí —familia monógama o la polígama—, y que culmina en el Derecho Romano, se va robusteciendo la figura del matrimonio y su distinción del concubinato. Ya no digamos en el pensamiento cristiano, en el que se hace plena la convergencia bíblica con la posición evangélica. Lo cierto es que, bien en una forma contractual o en una unión y compenetración con signos más informales, la familia ha sido *foco de relaciones personales e interpersonales*.

Puede decirse que incluso una serie de valores anidan con naturalidad en la familia —el respeto, la obediencia, la solidaridad, el trabajo, el amor, el sacrificio, entre otros— y se manifiestan en ese aspecto interrelacional, de

(7) Aquel Congreso de Juristas, al que siendo universitario asistí, y presidido por CASTÁN TOBEÑAS, pudo ser una oportunidad histórica para un *Derecho de Familia Español*.

padres, hijos, abuelos, nietos, antepasados, etc. La historia generacional e interparental, con más o menos fuerza o viveza, se hace viable por el cauce de una *relación*, aunque se exprese en el recuerdo, en la imagen, en el sentimiento, en las solemnidades o en las conmemoraciones espirituales o religiosas, sean festivas o sociales.

Si es hacia el futuro, esa pervivencia se manifiesta —ya insistiremos luego— en el entramado sucesorio, que va a ser fuente de relaciones jurídicas, de signo patrimonial (8) o parental para el futuro.

Siendo esto así, sólo por el carácter institucional de la familia como idea que se hace realidad y empresa en la sociedad, se puede hablar de *la familia como foco de relaciones* (9). Y precisamente las causas y los efectos hay que verlos, por de pronto, en la fuerza expansiva que de suyo tiene *la familia como célula de sociedades intermedias* (10), en las que se hace viable y en las que trasciende a su propio ser. Esta pequeña sociedad, en sí misma, que es la familia, como institución precisa una normativa adecuada a aquella forma de operar. En dicha regulación se pueden, y se deben, recoger y encauzar dos problemas: uno, *hasta dónde cabe entender y regular lo familiar*, para no confundirlo con otras formas de vivencias o situaciones de hecho, que en Derecho apenas pueden tener cauces jurídicos, o en todo caso su distinción. Y el otro establecer, a su vez, *los límites en la expansión* de aquello que afecte a lo interparental, especialmente cuando se trata de regular determinados efectos jurídicos (por ejemplo, en materias de alimentos, de derechos sucesorios, o de pensiones, de incompatibilidades, de agravamiento y atenuación de penas por parentesco, o en la legislación militar como excusa de su cumplimiento, etc.).

Hasta aquí lo importante es subrayar la *configuración institucional de la familia* como fuente de relaciones familiares y parentales, lo que no se da en las patologías de otras convivencias de hecho que quisieron aprovecharse del contexto institucional, transportando los *hechos* y convirtiéndolos sofisticadamente en aproximaciones de relaciones que nunca serán conyugales, ni muchos menos filiales.

(8) Vid. la obra de BALLARÍN MARCIAL, *Familia y patrimonio*, Madrid, 1960.

(9) En los iniciales estudios sociológicos de FEDERICO LE PLAY, de MURDALL, o de BURGUES, a partir de la I Guerra Mundial, al reflejar el alcance y funciones de la familia, se veía una cierta tendencia a su reducción, que ha decrecido de tamaño, pero siempre partiendo de la base de sus relaciones.

(10) Vid. nuestra obra así titulada, Madrid, 1960. Asimismo, el trabajo de SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Concepto jurídico de familia*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, núm. 31, Madrid, 2001, págs. 211 y sigs.

2. FAMILIA NUCLEAR Y FAMILIA EXTENSA: LÍMITES, PATOLOGÍAS, ÁMBITOS (EN LO RURAL, EN LO URBANO, EN LO INDUSTRIAL) Y FUERZA EXPANSIVA DE LO INTERPARENTAL (11)

Señaladas las coordenadas y la naturaleza de lo familiar, los civilistas clásicos, desde CASTÁN TOBEÑAS a GARCÍA CANTERO, pasando por DE LOS MOZOS, GARRIDO DE PALMA, CÁRDENAS QUIRÓS, ESPÍN, MARTÍNEZ CALCERRADA, PUIG FERRIOL y otros, coinciden en afirmar que la raíz esencial se encuentra en el matrimonio. Sería la familia *nuclear*, ya que de aquél brotan, social y legalmente, los resortes que a su vez pueden ser vitales. Padres-hijos es el primer entramado, aunque la apoyatura se completa con los ascendientes. La fuerza proyectiva de la familia nuclear puede decirse que hoy tiene ribetes no sólo sacramentales o religiosos, pues hasta la legitimidad o ilegitimidad de los hijos se ha visto superada por la filiación sin más (12). Y otro tanto —en sentido a su vez, más positivo— en cuanto a todo el fenómeno más abierto con la *adopción* (en estas dos cuestiones no vamos a entrar).

La *familia extensa* es la que resulta o en la que se proyecta la familia nuclear. Sus límites pueden planearse desde el lado antropológico, sociológico, histórico y moral. Puesto que no es sólo una cuestión de biogenética —que es fundamental— sino de los arraigos, afectos, costumbres, tratamiento, vinculaciones espirituales y humanas, por las cuales el círculo (padres-hijos) se ensancha, tanto a los nietos, como a los abuelos, en distintas áreas de la descendencia o de la ascendencia, respectivamente (13).

Hay una *patología familiar* en la familia extensa cuando —a nuestro modo de ver— se la quiere ver también comprendida cuando no tiene raíces en el matrimonio-filiación, sino que reviste formas meramente legales, uniones o situaciones de hecho con pretensiones a cierta equiparación (14). En

(11) No entramos aquí en la problemática del ya citado STARKE, comentado por FRAGA, sobre la «*no supervivencia de la familia patriarcal; la gran familia; o la familia doméstica*».

(12) Las sucesivas modificaciones del Código Civil español han llevado a la no distinción de los hijos, incluso en los derechos sucesorios, y en este sentido, el ámbito de lo interparental se puede ampliar. El tema se ha visto estudiado en diversas ponencias especiales del Congreso General de la Familia, *La familia, protagonista*, de Pamplona, mayo de 2002.

(13) Es lugar común entender que la familia se ha enriquecido o que se la ha aislado, en buena parte por lo que es la vivienda. Pero en todo caso, como diría FICHTER, en «La institución familiar en los EE.UU.», en *Revista de Estudios Políticos*, diciembre de 1954: «El matrimonio y los hijos tienden a formar una isla social en un océano lleno de islas familiares».

(14) En 1997, la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española redactó una nota muy clara sobre *Matrimonio, familia y uniones homosexuales*, en la que se aclara y responde a una Resolución de 8 de febrero de 1997, del Parlamento Europeo. De

estos supuestos entendemos que no puede hablarse de familia extensa porque les falta la esencia y voluntad de lo familiar. Es decir, la amistad, aunque tenga el signo sexual —homosexual o heterosexual— no puede confundirse con la familia, ni puede hablarse de una base interfamiliar.

No obstante, no conviene descuidar el análisis de unos *ámbitos de desenvolvimiento*, los cuales en el mundo occidental tienden a suavizarse. Me refiero a la vigencia, más o menos viva, de la familia nuclear, y de manera singular, la familia extensa *en lo rural, lo urbano y lo industrial* (15) con características sin duda especiales. La tecnificación, la globalización interior afectan también a la familia. Las legislaciones civiles tienden —como ya apuntamos anteriormente— a graduar hasta dónde llega una regulación de derechos más allá de los componentes de la familia nuclear. Pero además de eso, las normas se interpretan en relación a la «*realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*» (16), lo cual puede hacer viable una adecuación según el ámbito de lo rural, lo agrario, lo urbano y lo industrial. A veces, gracias a esa adscripción puede *fortalecerse* la familia misma. Por ejemplo, cuando un hijo en zonas rurales o de clases sociales bajas o medias, por el estudio o por el trabajo, se promociona, no sólo lo es personalmente, sino que hace promocionar a toda la familia, sobre todo cuando encuentra un engranaje moral.

Otro tanto ocurre cuando la familia nuclear, más o menos reducida, en virtud de unas formas de producción (17) —comercio, industria, servicios, artesanía, etc.—, es decir, no asalariada, se la hace continuar, por generaciones, en aquellos medios de vida. Así contribuye, primero a ampliar el núcleo esencial y mínimo, y segundo, a fortalecerlo y sostenerlo (18).

Es entonces cuando se manifiesta la fuerza expansiva de lo que nosotros llamamos *lo interparental o interfamiliar*: la saga de unas familias, la historiografía hereditaria que a veces permite entrecruzar generaciones y genera-

otra parte, desde una visión jurídica y de planteamiento sociológico y moral, vid. el trabajo de M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN, «Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 662, noviembre-diciembre de 2000, págs. 3325 y sigs.

(15) Vid. nuestra obra *La familia rural, urbana e industrial en España*, Madrid, 1961. Aunque los datos que allí figuren hayan de actualizarse, la filosofía o la óptica de la investigación es válida.

(16) Según resulta del artículo 3.1 del Código Civil español, dentro de las normas del Título Preliminar, en su redacción dada por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar.

(17) El profesor yugoslavo BICANIC sostenía que «la introducción de los tractores va a tener un gran efecto óptimo en la familia». La maquinaria textil lo tuvo en sentido contrario. Pero son sólo ejemplos.

(18) La aparición en el siglo XVIII de la burguesía catalana tiene su primer motor en la artesanía, servicios y labores artísticas. GAUDÍ, se ha dicho, es uno de los mejores ejemplos. En las regiones forales —Navarra, Aragón, etc.—, con cierto entramado familiar, así ha ocurrido también.

ciones (19) con más o menos vida o fuerza. Pero eso es posible, ha sido posible. Al igual que puede hablarse de generaciones literarias, la del 98, la del 27, la del 40, etc. Aunque, como luego veremos, existan nuevas razones, por un lado, a otros obstáculos, y por otro, a superar en los momentos actuales de una sociedad cambiante que aspira a la vez a la seguridad. Unos y otros han de ser vistos desde las ópticas y apoyos de la religiosidad, de la cultura, de la educación y, como diría JASPERS, de la cifra histórica.

3. LA CONVIVENCIA Y LA COMUNICACION DE LAS DISTINTAS GENERACIONES: SU OPERATIVIDAD EN LOS DERECHOS PUBLICO Y PRIVADO

El «*Derecho de la Familia*», en la terminología empleada por GARRIDO DE PALMA (20), mejor que «Derecho de Familia» ha revestido siempre aspectos públicos, hasta el punto de que ya en el siglo pasado, CÍCU los destacaba fuertemente. La trascendencia de lo familiar, las repercusiones y efectos sociales desbordaban su tratamiento privatista que los Códigos Civiles, desde el francés napoleónico, les endosaron. Quizá por el tono individualista y pseudo-liberal, revolucionario con que a la estructura familiar, al igual que a otras, como la Iglesia, la burguesía, la nobleza, la escuela, se las situaron.

Nos basta aquí una *toma de conciencia* de la cuestión, y sobre todo de que pese a todo, y aunque como advierten no pocos comentaristas, se esté produciendo una cierta *atomización* del Derecho de la Familia. Acaso también por otras causas se puede decir que la *consideración social y pública* de la familia es un hecho. Incluso los planteamientos reformistas en el área económica —una vez producida la caída del muro de Berlín, y por tanto aquello de que la familia, por ser expresión de la burguesía hay que derrumbar— exigen o manifiestan la necesidad de familias fuertes (21).

Finalmente, se puede sostener con GARRIDO DE PALMA, que se va a una *publicitación de lo privado*, y a una *privatización de lo público* (22). Por ello,

(19) Vid. nuestra obra *La generación sacerdotal aragonesa del 27*. Mosén Jesús López Bello, Zaragoza, 1990.

(20) En su obra señalada en la nota 2. En esto no coinciden los civilistas puros, pero solamente la hermenéutica jurídica y el análisis jurisprudencial al respecto son de gran interés para estos estudios.

(21) VICENS VIVES, JAIME, en *Manual de Historia Económica de España*, 2.ª ed., 1958, pág. 158, se refiere al desarrollo del patriarcado burgués como una serie de familias, que se dedica ininterrumpidamente a las mismas tareas y oficios, y junto a un ensanchamiento patrimonial se da un pacto para su bien común y germina la «tolerancia», como virtud personal y ciudadana.

(22) A este fenómeno le hemos dedicado atención concreta en el tema de la organización de los Registros de la Propiedad como instrumento de la seguridad jurídica, o en

no vamos a insistir en la señalización de fronteras dogmáticas. Es bueno situar el problema, precisamente para entender que la convivencia y la comunicación intergeneracional de los miembros de una familia, se agrandan o se estrechan, según los casos, en atención no sólo a la posición y a los límites de ascendientes y descendientes en los esquemas de las diversas instituciones civiles en las que se cuenta con la familia —alimentos, ausencia, adopción, efectos contractuales, pactos sucesorios, testigos, testamentos, etc. Sino también en los aspectos más naturales, espontáneos y vivos de aquella convivencia y comunicación interfamiliar.

Las posibilidades son muchas, y hay que tener amplitud de miras para no caer en una óptica sesgada que vea en lo público sólo, o sólo en lo privado, las energías suficientes para aquella comunicación o estímulo. Incluso hay momentos impensados en la historia de las sociedades o de las economías nacionales o comunitarias que por sí solas hacen reverdecer posibilidades no imaginables. Por ejemplo, ese momento de crisis mundial económica, derivada de la del petróleo de los años setenta-ochenta, España, en buena parte la superó, con menor costo que en otros países, porque la realidad social hizo *que los hijos continuaran en casa* y retrasaran su emancipación e independencia del hogar, cosa impensada en los Estados Unidos (aunque eso tuviere otras consecuencias, como la dilación de los matrimonios, y por tanto, el descenso de la natalidad; también aquí existieron otras causas). Y otro hecho es el derivado de un *mayor incremento del trabajo* de la mujer fuera del hogar, añadido al mayor índice de vida, lo que ha permitido que los abuelos tengan un papel relevante en la familia, en no pocas áreas (el acompañamiento y atención a los nietos, en materia escolar o de ocio).

Estos dos fenómenos, presentados en forma de datos, han brotado de la sociedad misma, y nos están marcando que la *frontera generacional*, pese a tantas erosiones que ha tenido y padece la familia, se va ensanchando. Y habrá que buscar fórmulas, tanto de Derecho Privado, en los Códigos Civiles especialmente, como en el Derecho Público —de fomento, de protección, de formación de una conciencia al respecto, etc.—, que hagan más rica esa interdependencia generacional, hoy más casual o irregular.

la materia de educación (vid., respectivamente, *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*, Madrid, 1990, y *Meditación sobre la reforma educativa*, Madrid, 1972. También, *Hacia un nuevo derecho a la educación. Principios filosófico-jurídicos y comunitarios en la política educativa de la Unión Europea*, Discurso de ingreso académico, Madrid, 1995).

4. FORMAS DE DESARROLLO DE LO INTERGENERACIONAL: TRANSMISION DEL SER (ASPECTOS BIOETICOS), FUENTE DEL TENER (LO PATRIMONIAL), PROYECCIONES PERSONAL E INTERFAMILIAR (LO ESPIRITUAL), LA CULTURA, LA HISTORIA FAMILAR Y LA EDUCACION

Aquellos dos supuestos específicos —y otros más que pudieran anotarse de presente o futuro— confirman el papel y juego de la convivencia y comunicación de las distintas generaciones. Por sí, y en su cuantificación económica y social, y en cuanto a las vías de su desarrollo, que discurren por los derroteros del *derecho público o del privado*, y por esos otros más naturales y que pueden ser más eficaces, como la tradición, la costumbre, el uso, el arraigo. Con más o menos fuerza o profundidad, según comarcas, regiones, grupos de familias, tipos o clases —ya aludimos a lo rural, lo urbano y lo industrial, etc.—. Podemos, sin ser exhaustivos, citar las siguientes:

4.1. TRANSMISIÓN DEL SER. LA AFINIDAD Y LA COLATERALIDAD. LA ADOPCIÓN

La *generación* del ser es la fórmula esencial y primaria, en el orden familiar, actuando como fuente creadora. Hoy, la biogenética descubre, hasta casi el infinito, la interrelación de los seres. El genoma humano, al que se ha llegado científicamente, muestra —en el aspecto positivo— que existe un punto de partida, material y biológico, básico. Naturalmente será difícil promover o basar generaciones en inseminaciones artificiales o apócrifas. De la misma manera que la clonación no puede abrir caminos a las estirpes, puesto que, como han expuesto los expertos, la clonación humana puede ser factible en las apariencias materiales o físicas, pero no en la manera de ser, no en lo anímico, ni en lo espiritual, ni en lo psicológico.

La familia que emana de la consaguinidad sería la que, en primer lugar, actuase *como columna vertebral de la generación*. Pero también pueden entrar, en la práctica, ramificaciones no esencialmente troncales, sino colaterales o afines. En estos dos últimos ámbitos es donde se advierte mejor la familia expansiva. Los Códigos Civiles o las legislaciones forales son las que nos determinan los efectos, en su caso, de tipo jurídico y práctico, como luego veremos (23). Pero lo que ahora se resalta es la primacía de la transmisión del ser, como fuente generacional, pero que comprende la colateralidad y la afinidad parental, muchas veces ampliada, como se ha visto señalado

(23) Habría una amplia bibliografía general. Cito como documento el volumen de la Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, noviembre de 1997, titulado *Derecho de Familia*, con su problemática jurisprudencial específica.

anteriormente, con la tradición, el trato, el arraigo y las costumbres. Por tanto, quedarían *excluidos los seres humanos provenientes de una manipulación genética*, o aquellas uniones de hecho, extrañas a la relación matrimonial propiamente dicha (24).

En cambio, hay otra fuente generacional que puede presentarse como primaria de segundo grado, y que no resulta plenamente lineal. Me refiero a la *adopción* (25), institución que pasada la prueba del acogimiento familiar en el momento en el que se hace plena. Llevan a los «*hijos del corazón*» —no de la carne— a un nivel próximo e idéntico a la filiación moral. Cuando resulta *es aceptada* también por el grupo familiar extenso, es decir, abuelos, hermanos y parientes, pudiendo decirse que se da comienzo y se abre una vía generacional nueva y distinta, incluso jurídicamente, de la familia de donde procede. Aun con toda la problemática consiguiente, dado el índice de natalidad y de la realidad socioeconómica de nuestros días, no podemos desconocer esta forma de *desarrollo intergeneracional*, al que se le debe de apoyar con adecuadas fórmulas legales puestos sus objetivos en *el Niño* (26), más que sobre los derechos de las madres naturales. Y todo ello con un *sistema complementario de protección y de identificación*. El primer capítulo pertenecería al Derecho Privado, y el segundo, al Público.

4.2. Otro grupo de las formas de desarrollo las encontramos en lo que constituye lo que denominamos la *fuerza del tener*, es decir, el *vínculo patrimonial*, económico y material, es decir, más allá de lo afectivo o tradicional. Aquí, también, por un lado, se encuentra todo el campo del Derecho Privado y que viene a denominarse «Derecho de Familia y de Sucesiones», desde los alimentos, al régimen económico-matrimonial, empresa y sociedad de ganancias, según GARRIDO DE PALMA (27), o «pacto de casamiento en casa», los

(24) En el orden familiar histórico, todos estos factores juegan o han jugado un papel importante. Y nos han probado su propia fortaleza o sobrevivencia. Si se mantiene lo familiar en la esfera civil-privada, y no se deja margen a la registración administrativa de las uniones o parejas, se comprende mejor las posiciones de NAVARRO VALLS, GARCÍA CANTERO, GARRIDO DE PALMA y DE LA HERA, y nosotros mismos.

(25) Vid. la obra colectiva *Il diritto del minore alla famiglia. Prospective comparative*, Nápoles, 1982, y dentro del mismo, el trabajo de CASTÁN VÁZQUEZ, *Evolución histórica y realidad social actual de la adopción en España*, págs. 391 y sigs.

(26) En nuestro trabajo «Efectos educativos derivados de la patología familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, junio de 1990, hacíamos un análisis pormenorizado de distintos preceptos del Código Civil español, en los que el niño se presenta como protagonista en determinadas situaciones y planos jurídicos de la realidad. Vid. también la monografía de CASTÁN VÁZQUEZ, *La tercera edad y el Derecho*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, volumen citado en la nota 10, págs. 337 y sigs.

(27) Dicho Notario, en su citado libro *Derecho de la Familia*, Madrid, 1993, en su capítulo X: «El patrimonio, la empresa y la sociedad familiar en el Derecho español», págs. 299 y sigs., dedica dos apartados a los temas de la «*empresa familiar y régimen*

Consejos o Juntas de Parientes, que tienen una activa participación en el régimen sucesorio o en determinados supuestos especiales como la ausencia, la incapacidad, etc.

Los civilistas o mercantilistas (28), dada la problemática de la sociedad actual, tratan de ofrecer puentes de unión con normas de Derecho Público. Por ejemplo, en el mundo de lo rural con las empresas agrícolas, o explotaciones agrarias familiares ejemplares, o la *empresa familiar* para la administración del patrimonio interparental, sobre la cual insistiremos más adelante. Incluso, situar la *vivienda* en esa órbita familiar singular, con sus efectos en las leyes de arrendamientos, o la incidencia fiscal, o los estímulos en la previsión o seguridad social.

La realidad es que aquí hay un amplio campo de posibilidades para que el desarrollo intergeneracional no sólo sobreviva, sino que se acreciente, como un efecto multiplicador de bienes y de valores precisos en una sociedad moderna que tiende a la despersonalización.

4.3. Un tercer bloque lo tendríamos en lo que denomino *proyecciones personal e interfamiliar*, en los campos de la Religión, de la Historia y de la Educación. No los señalo con su prioridad porque cada uno de sus ámbitos no excluye al otro, y habría que atender a realidades diversas. Pero sí haremos una reflexión breve sobre cada uno de ellos:

4.3.1. Un asidero que ha existido siempre en la vinculación generacional, con más o menos fuerza, ha sido lo *espiritual-religioso*. Se dio históricamente en sociedades o civilizaciones primitivas y se manifestó en las primeras familias cristianas, ya no digamos en aquéllas que dieron lugar a la nobleza, la burguesía o a los reinados. En los países del Tercer Mundo, con sus vivencias religiosas, no cabe duda de que ha sido la hilación común y natural, que al transmitir verdaderos tipos espirituales, a veces míticos o ancestrales, han facilitado o ahormado, la continuidad de las estirpes.

4.3.2. La *Cultura* ha constituido, y constituye, otra fuente de desarrollo potencial. Ya se dio en las civilizaciones de los aztecas y de los mayas, que llegaron a formas y expresiones ricas y expresivas de civilización que forta-

económico-matrimonial» y de la «*empresa y sociedad de gananciales*», todo ello con una precisa distinción y conexión. Lo interesante, aunque la cuestión se contemple respecto al matrimonio, que hay y puede haber una operatividad que trasciende al ambiente interfamiliar, dadas la problemática y circunstancias de la empresa como establecimientos que pueden ser fundados en interés no estrictamente de los cónyuges.

(28) Vid. GARRIDO DE PALMA, en su citada obra, págs. 223 y sigs., donde se ocupa de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de carácter familiar, que pueden ser otra fuente de relaciones interfamiliares, aunque con una problemática singular, según la doctrina y jurisprudencia, especialmente en la concreción de los socios a los efectos de la liquidación de la sociedad, juntas generales, representación, transmisión de acciones y participaciones, etc.

lecían el núcleo familiar vital. En la actualidad, pudiera pensarse que a mayor cultura, mayor despegamiento de lo familiar. Pero las causas de la crisis de la familia (29) son más amplias que el despegue cultural de los hijos o de los parientes. Cuando se toma conciencia de los valores de la familia —el amor, la solidaridad, etc.—, y sean fuertes, la cultura se puede presentar como coadyuvante y enriquecedora. Nos atreveríamos aquí a hablar de una *cultura de la promoción y defensa de las generaciones familiares*.

4.3.3. La *Historia* es el armazón que se entrecruza y que teje las generaciones. El tiempo, la época, el momento, se van incrustando en la saga familiar, aunque se presente con modulaciones distintas. A veces se ha encerrado en la propia historia de un círculo cerrado. Se han despilfarrado o perdido muchos medios o signos históricos de lo familiar. Hoy existen muchos más medios técnicos o informatizados para conservar ese patrimonio histórico que tiene una adjetivación sustancial: la tradición y el arraigo como fórmulas connaturales a lo generacional (30).

4.3.4. Y, por último, la *Educación*, que es un medio, cada vez más y activo, para considerar a *la familia como educadora por sí misma*, y a su vez como *protagonista hacia el futuro de la educación de los hijos*, en una promoción que se va enriqueciendo con las generaciones anteriores, o la de los descendientes, etc. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, en su artículo 26, y el pensamiento y doctrina de la Iglesia, especialmente en el Concilio Vaticano II, y en el magisterio de Juan Pablo II, tendríamos una apoyatura positiva en este capítulo de la Educación. Me remito a los diversos trabajos sobre el tema (31), y especialmente a la carta *Familiaris Consortio*.

5. ESTRUCTURAS O INSTRUMENTOS ASOCIATIVOS-FAMILIARES QUE PRECISAN ASISTENCIA ESPECIALIZADA

La tendencia a cierta regresión o repliegue en las familias extensas, que deviene por causas y realidades sociales a veces imponderables, no excluye que, al contrario, deban estimularse y aprovecharse otras realidades sociales que faciliten la *intercomunicación*, la *relación* y el *mantenimiento de lazos de*

(29) Ya hicimos referencia a la visión de ELOY MONTERO y de CASTÁN TOBEÑAS, sobre los aspectos críticos de la familia tradicional. Han pasado muchos años, y la posición o situación de lo familiar se ha puesto a prueba, pero ha sobrevivido. No se ve un *repuesto*. Y algunas causas son ajenas al hecho familiar, como la «atomización», o la legislación por políticos y no por juristas. Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *La crisis del matrimonio*, Madrid, 1914.

(30) En el mundo o sociedad anglosajona han perdurado más de estos rangos.

(31) Están referenciados y catalogados por FRAGA IRIBARNE, en su Discurso de contestación al de nuestro ingreso en la española Real Academia de Doctores, *Hacia un nuevo Derecho a la educación*, ya citado en la nota 22 precedente.

unión, material o moral. Y eso que es la regla general, por ejemplo, la influencia de los medios de comunicación o de técnicas historiográficas para la búsqueda de parientes o comunicarse con ellos, tiene una validez especial para la asistencia especializada o singular.

FRAGA IRIBARNE, como ya indicamos (32), con su experiencia en los movimientos asociativos familiares en la España de los años sesenta, recordaba aquella afirmación del maestro don FEDERICO DE CASTRO: «*las leyes no se dan para conservar situaciones en trance de cambio, sino para abrir cauces a las transformaciones sociales en marcha*». Y, a su vez, dentro del capítulo, ya más propio del Derecho Público familiar, que habría de ser convergente con el Derecho Privado de la Familia, sugería una serie de acciones y posibilidades de base asociativa. Es decir, hay una regulación precisa y adecuada de la institución familiar en el Código Civil. Luego está la prudencia y cuidado en la regulación de ciertas situaciones de hecho por vía contractual-administrativa, primordialmente. Estos son los presupuestos para una defensa o incremento de lo interfamiliar que posibilite lo intergeneracional. Pero no todo se acaba aquí.

Es necesaria aquella *promoción asociativa familiar* que permita hacer viables y eficaces los vínculos entre los que componen las diferentes estirpes o grados de familia para darles vida y consolidación. Desde las empresas, sociedades, fundaciones o asociaciones familiares, hasta toda una gama más variada e instrumentar las distintas vías que la sociedad de nuestro tiempo ofrece. Lo más esencial aquí sería una toma de conciencia y una respuesta pública en el orden administrativo y fiscal, singularmente, y dejar correr la imaginación. Para explicar mejor la cuestión, y a título de ejemplo, vamos a subrayar a continuación algunos supuestos, partiendo siempre de que cabe ver siempre a *la familia como sujeto de derechos* (33) y que van sobre todo inspirados en la idea de que se trata de una utilización asociativa-familiar que quiere o que ha de cubrir grupos de riesgos o responder a retos de asistencia especializada dentro de los diversos campos en que puede desarrollarse:

- a) El área del *consumo*. El asociacionismo interfamiliar, aunque se generalizase más allá del núcleo familiar estricto, en el momento en que para defenderse de la competencia desmedida de los oferentes de consumo, las familias o parientes que puedan estar lejanos o dispersos, pueden ponerse en relación y nucleizar sus colaterales o afines.
- b) El área de la *comunicación*, que es también un ejemplo muy normal y relevante en la familia norteamericana, junto al asociacionismo y

(32) Vid. FRAGA, *La familia...*, obra citada, pág. 37.

(33) Con este título defendimos una ponencia en el Congreso Internacional de la Familia, en Santiago de Compostela, 1994, y publicado su texto en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995.

las relaciones con otros miembros. No todas las familias pueden tener conciencia de su peso y de su responsabilidad en esta sociedad moderna y compleja frente —como antes decíamos—, a los precios y soportes consumistas. También sobre las manifestaciones o expresiones de los *medios de comunicación*, prensa, radio, televisión, y sobre todo, en la publicidad. Por sí sola, una familia no podría hacer frente. Pero en el momento en que se movilicen sus diferentes miembros y se logre un instrumento específico propio, es decir, más allá de las organizaciones de consumidores proestatales, estamos haciendo fecunda y operativa la familia abierta y expansiva, porque sus brazos se entrecruzan en el tejido social.

- c) El área de la *producción y trabajo*. La familia dejó de ser unidad de trabajo, aunque se le ha asignado un gran papel como *unidad de consumo* (interesa cómo consumir lo que se produce). Pero ello no obsta para que dentro de las empresas (34), pequeñas o medianas, dentro de la artesanía, por un lado, y de otro, para la propia administración del patrimonio familiar, y que corresponde mantener o acrecentar, junto a fórmulas de derecho privado, resultan útiles las agrupaciones, asociaciones, sociedades, que, acogiéndose a determinados beneficios fiscales o de otra índole, permitan un engranaje que, a su vez, sea fuente creadora de relaciones, habiéndose dado lugar al estudio y tratamiento de la denominada «*empresa familiar*» (35).

(34) Sin duda, han empezado ya a prodigarse iniciativas concretas. En el diario «Heraldo de Aragón», de 21-4-2002, pág. 28, encontramos un anuncio que parece patrocinar el propio periódico y la CAI, y que promueve la «Asociación de Empresa Familiar de Aragón», convocando el segundo premio a «*La joven empresa familiar emprendedora*», para divulgar la importancia que tienen las empresas familiares aragonesas en el desarrollo económico y social de su Comunidad Autónoma. Entre los requisitos figura que los fundadores sean familiares, que la edad máxima de promedio de los propietarios familiares sea de cuarenta años, etc. Es un supuesto más.

(35) Resulta de gran interés el documento titulado *Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, núm. 312, de fecha 23-11-2001. Además de este antecedente parlamentario, hay una abundantísima bibliografía sobre la materia, destacando, entre otras, las siguientes obras: *La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial*, Madrid, 2002, de MONREAL MARTÍNEZ, CALVO FLORES, GARCÍA PÉREZ DE LEMUS, MEROÑO, ORTIZ y SABATER; *La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento*, de SÁNCHEZ-CRESPO y CALERO ARTERO, Ed. Comares, Granada, 2000; *Respuestas a la empresa familiar*, VV.AA., Ediciones Deusto, Bilbao, 2000; *Ponencias y Comunicaciones al I Congreso Nacional de Investigación sobre la Empresa Familiar*, Valencia 2001; *Empresa y familia. La empresa familiar*, de FERNÁNDEZ LORENZO, Madrid, 2001; *Problemática de la empresa familiar y la globalización*, de TRIGO y AMAT, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 2001; el volumen del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 12, mayo de 1999, *La empresa familiar*, o la obra colectiva *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

- d) El área de la *vivienda*. Sería un supuesto que tendría una aplicación más general y vital. Aquí las cooperativas de viviendas familiares, con fórmulas específicas, tienen un papel destacable.
- e) El área de la *sanidad* y la recuperación de los *disminuidos físicos y psíquicos* es un campo realmente extraordinario. Y es en el que, por estar aún en ciernes, más conviniera destacar. No podemos detenernos en él (36). Hay dos *motivaciones*: una, la aparición o descubrimiento de nuevas enfermedades o nuevos medios científico-técnico-médicos para su superación, o la supervivencia digna y humana; y de otro, la existencia, cada vez más frecuente, de lesiones o de enfermedades que implican una menor movilidad física, psicológica o intelectual. En todos estos casos —y se trate para la recuperación de niños, jóvenes, y para paliar enfermedades largas o terminales, o para sobrellevar el envejecimiento—, es necesaria esa *instrumentación asociativa familiar* que intercomunica prácticamente a todos los miembros de la familia, en sus diferentes grados o parentescos, con una movilidad insospechada en la solidaridad, y con una comunicación y una relación creadora que haga más viable la permeabilidad y la recuperación intergeneracional.

Terminamos con una cita de JOAQUÍN COSTA (37): «*el matrimonio es como un complemento de la generación: la generación crea los elementos componentes; el matrimonio los aproxima, los armoniza y perfecciona, creando esa individualidad superior que es la expresión más perfecta de la Humanidad*».

JESÚS LÓPEZ MEDEL

(36) En la dinámica de asociacionismo familiar, el tema del niño, de la infancia o juventud, han tenido una literatura copiosa, con iniciativas espectaculares, ya que en muchas ocasiones el estímulo o el muñón de lo interfamiliar es el niño, sobre el que la Declaración de Derechos es ya un lugar común. Vid. nuestra colaboración «Naturaleza y sentido jurídico de los derechos del niño», en *Revista de Ciencias de la Educación*, Madrid, 1979, núm. 99-100.

(37) En su obra *La libertad civil*, Madrid, 1883, pág. 246.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

Procedimientos de insolvencia.—El Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo regula estos procedimientos que suponen un paso adelante en el desarrollo del espacio judicial europeo. Puede verse en la página 2017 del Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 85, de los meses julio-agosto de 2002.

B) Legislación nacional

Se han promulgado las siguientes leyes:

— Ley 17/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Generalidad de Cataluña y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 18/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 19/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 20/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 21/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 22/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 23/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 24/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Valenciana y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 25/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 26/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 27/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 28/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 29/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 30/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad de Madrid y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 31/2002, de 1-7-2002. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 33/2002, de 5-7-2002. Modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24-3-95.

— Ley 34/2002, de 11-7-2002. Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

— Ley 35/2002, de 12-7-2002. Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

C) Comunidades Autónomas

Aragón.—Ley 15/2002, de 27-6-2002. Deja libre de ordenación el aprovechamiento de los pastos en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Cantabria.—Ley 4/2002, de 24-7-2002. Cajas de Ahorro.

— Ley 5/2002, de 24-7-2002. Medidas cautelares urbanísticas en el ámbito del litoral, de sometimiento de los instrumentos de planificación territorial y urbanística a evaluación ambiental y de régimen urbanístico de los cementerios.

Castilla y León.—Ley 10/2002, de 10-7-2002. Modificación de la Ley 5/1999, de 8-4-99, de Urbanismo de Castilla y León.

— Ley 12/2002, de 11-7-2002. Patrimonio Cultural de Castilla y León.

— Ley 13/2002, de 15-7-2002. Fundaciones de Castilla y León.

Cataluña.—Ley 18/2002, de 5-7-2002. Cooperativas.

— Ley 19/2002, de 5-7-2002. Derechos Reales de Garantía.

Navarra.—D. F. Legislativo 150/2002, de 2-7-2002. Aprueba el T. R. de la L. F. del Registro de Explotaciones Agrarias de Navarra.

II. Información de actividades

A) Colegio de Registradores de la Propiedad

1. *Firma electrónica.*—El Colegio de Registradores ha presentado su firma electrónica avanzada y su constitución como entidad de prestación de servicios, siguiendo la línea de desarrollo e innovación tecnológica de estos años, buscando dar respuesta adecuada a las nuevas exigencias que desde el marco legislativo y tecnológico inciden sobre el mundo jurídico registral.

2. *Libro sobre derechos sobre bienes muebles.*—El Colegio de Registradores y la Asociación de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) han editado este libro, escrito por FERNANDO GARCÍA SOLÉ, miembro de ASNEF, y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO, Registrador y Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

3. *Curso práctico de Derecho Registral.*—Como en años anteriores se ha celebrado en los últimos días de octubre y primeros de noviembre, un curso práctico bajo la coordinación de don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, destinado a los alumnos del último curso de la Universidad de Comillas, con notable asistencia y aprovechamiento. Junto a clases teóricas, los alumnos han visitado el Registro de la Propiedad y Mercantil y el Aula Informática del Colegio.

B) Universidad de La Rioja

En los días 7 y 8 de octubre se ha celebrado un Seminario de Derecho Agrario con el lema «Nuevo régimen jurídico de la producción agraria y biodiversidad», organizado por el Área de Derecho Civil, con el siguiente programa:

— «El régimen jurídico de la actividad agraria: nuevas tendencias», por el Profesor Doctor AGUSTÍN LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Barcelona.

- «La producción agraria. Su evolución legislativa y dogmática», por el Profesor Doctor ALFREDO MASSART, Catedrático de Derecho Agrario Comparado de la Universidad de Pisa.
- «Novedades legislativas en materia de empresa agraria», por el Profesor Doctor MARCO GOLDONI, Catedrático de Derecho Agrario. Universidad de Pisa.
- «La responsabilidad por alimentos y seguridad alimentaria», por el Profesor Doctor CARLOS VATTIER FUENZALIDA, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Burgos.
- «Biodiversidad en agricultura: perfiles dogmáticos y didácticos en el MERCOSUR», por el Profesor LEONARDO F. PASTORINO, Titular Interino de Derecho Agrario. Universidad Nacional de La Plata (Argentina).
- «Agrupación de la oferta y nuevas exigencias de la producción agraria», por el Profesor Doctor JOSÉ M.^a DE LA CUESTA, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Burgos.
- «La información comercial en el sector agroalimentario: perfiles generales y tendencias evolutivas», por la Doctora ALESSANDRA DI LAUREO. Universidad de Pisa.
- «Protección jurídica de la biodiversidad y desarrollo agrario en Centroamérica», por el Profesor ENRIQUE ULATE CHACÓN. Universidad de Costa Rica.
- «Producción agraria y biodiversidad en la normativa agraria de la Comunidad Autónoma de La Rioja», por el Doctor ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Profesor Titular E. U. de Derecho Civil. Universidad de La Rioja.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 6 de mayo de 2002.—TERCERIA DE DOMINIO.—No prospera por no haber acreditado la esposa la liquidación de la sociedad de gananciales a cuyo favor estaba inscrita la finca.—Sala 2.^a—Ponente: señor Jiménez Sánchez.

Antecedentes.—a) Doña Josefa Arrebola Martín y don Antonio Bejarano Ortega contrajeron matrimonio el 16 de febrero de 1980, de cuya unión nacieron dos hijos. Por Auto de 14 de marzo de 1994, el Juez de Primera Instancia, número 4, de Ibiza (autos 27/94) acordó diversas medidas provisionales dentro del proceso de separación matrimonial de estos cónyuges, entre las cuales se incluyó la asignación del uso del domicilio conyugal a la esposa para que residiera en él con los hijos. Por sentencia de 22 de mayo de 1995, el mismo Juez (autos 137/94) declaró la separación matrimonial de los esposos, acordando como medida definitiva, entre otras, la atribución de la vivienda familiar a la esposa y a los hijos.

b) Al conocer la esposa que ante el Juzgado de Primera Instancia, número 4, de Ibiza, se seguía el juicio de menor cuantía 290/93, a instancia de Amper Comercial de Servicios Electrónicos, S. A., contra don Antonio Bejarano Ortega, en reclamación de 3.685.937 pesetas, intereses y costas, en el que, con fecha de 18 de abril de 1995, se decretó el embargo de la vivienda familiar, que consta en el Registro de la Propiedad como bien ganancial a nombre de ambos cónyuges, el 23 de mayo de 1997 la ahora recurrente interpuso demanda de tercería de dominio contra Amper Comercial de Servicios Electrónicos, S. A., y contra don Antonio Bejarano Ortega en solicitud de que se declarase que la mitad de la finca embargada en el referido juicio de menor cuantía era propiedad de la actora, al estar ya disuelta la sociedad de gananciales, ordenando el alzamiento del embargo trabado sobre dicha parte indivisa.

La demanda, que alegaba que la actora no había tenido conocimiento del embargo, ya que nunca le fue notificado, se remitía a los archivos del Juzgado para todo lo relativo al proceso de separación matrimonial, y venía acompañada de una nota simple del Registro de la Propiedad en la cual se hacía referencia a la inscripción de la finca objeto de la tercería a nombre de la actora y de su esposo.

c) El Juez de Primera Instancia, número 4, de Ibiza (autos 143/97) admitió a trámite la demanda de tercería por providencia de 29 de mayo de 1997. Pero, emplazados los demandados, Amper Comercial de Servicios Electrónicos, S. A., interpuso recurso de reposición contra la resolución indicada, alegando infracción del artículo 1.537 LEC, ya que la tercerista había aludido a una sentencia de separación conyugal que ni tan siquiera aportó por fotocopia «cuando se halla en archivo público del que no sólo puede obtener copia, sino que ha sido parte en el proceso en que ha recaído» (*sic*).

d) La tercerista impugnó el recurso, alegando que la sentencia de separación no está en un archivo público donde cualquiera pueda pedir y obtener copia o testimonio. Por el contrario, con fecha de 18 de octubre de 1996, la Letrada que ahora defendía a la actora, actuando en su representación, que acreditó con copia del poder que se acompañaba al escrito presentado, interesó del Juez que conoció del juicio de separación testimonio de los correspondientes autos, lo que le fue denegado por providencia de 20 de octubre de 1996, «en cuanto que no consta en autos acreditada la venia, la representación y defensa que obran en autos respecto de la señora Arrebola Martín, a favor de la solicitante».

Asimismo, con fecha de 13 de mayo de 1997, la actora presentó escrito en el que solicitó que se librase mandamiento dirigido al Registrador de la Propiedad, disponiendo que se anotara el derecho de uso sobre la vivienda familiar acordado en la sentencia de separación, solicitud a la que el Juez contestó por providencia de 13 de mayo de 1997, en la que dispuso que «siendo preceptiva en este procedimiento la intervención de abogado y procurador, sin cuyo requisito no se proveerá ninguna solicitud, devuélvase los escritos presentados, a fin de que subsane dichos defectos».

En suma, se invocó el artículo 504 LEC, ya que, estando acreditada la imposibilidad de obtener copia alguna del procedimiento de separación, se designó el archivo en el cual se encuentra el original del título que invocaba la tercerista, todo ello porque la Letrada que asistía a la actora era distinta de la que intervino en el proceso de separación.

e) El Juez, por Auto de 17 de junio de 1997, declaró haber lugar al recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 29 de mayo de 1997, que dejó sin efecto, declarándose la inadmisión de la demanda de tercería presentada por doña María José Arrebola Martín, decretándose el archivo de las actuaciones.

f) Interpuesto recurso de apelación por la tercerista, el Juez, tras diversas vicisitudes, admitió a trámite el recurso de apelación en ambos efectos por Auto de 9 de septiembre de 1997.

g) Sustanciado el recurso (rollo 949/97), la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó Auto el 23 de noviembre de 1998, notificado el 30 de noviembre, en el cual desestimó la apelación e impuso las costas de la alzada a la recurrente.

La Audiencia sustentó su decisión en los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. El auto recurrido declara no haber lugar a la admisión de la demanda de tercería de dominio formulada por la actora por no presentar título suficiente conforme al artículo 1.537 de la LEC. Dicha resolución es recurrida en alzada por la actora en solicitud de que se revoque y se dicte nuevo auto que declare haber lugar a la admisión de la tercería de dominio

ejercitada. La Letrada de la recurrente en el acto de la vista de la apelación expuso de modo pormenorizado sus alegaciones sobre los hechos enjuiciados, resaltando que no se notificó a su representada el embargo efectuado al codemandado de quien ya se hallaba separado (*sic*); que su representada se enteró de que la vivienda, de la que era copropietaria, se subastaba mediante la publicación del edicto en un diario de Ibiza; que tuvo notables problemas para pedir la «venia» de la Letrada que llevaba los intereses de la recurrente; que en la fecha del embargo ya se hallaba separada, luego ya no regía el régimen económico-matrimonial de separación de bienes, con lo cual la inscripción registral ya es título suficiente; que no pudo aportar en ese día testimonio de la sentencia firme de separación por los aludidos problemas de «venia», pero que, en todo caso, señaló el archivo en que se hallaban; que en caso de estimarse la falta de título debió concederse a la parte un plazo para su subsanación; y que su esposo, el señor Bejarano, por un modo indirecto y a través de una sociedad interpuesta, pretende recuperar la totalidad de la propiedad del inmueble.

Segundo. Es doctrina jurisprudencial muy reiterada, así regida en STS de 29 de abril de 1994, que, a su vez, cita otras muchas, la de que en materia de bienes conyugales, durante el matrimonio y en régimen de sociedad de gananciales, el esposo o la esposa no tienen el carácter de tercero a los efectos del procedimiento que nos ocupa si son embargados bienes conyugales, reseñando que el procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil es un «remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos en que allí se contemplan».

En el caso enjuiciado, la actora presenta la fotocopia de una nota simple registral en la cual se observa que como consecuencia de demanda dirigida contra el esposo de la actora, se ha embargado un bien inmueble ganancial, no constando inscrita en tal nota registral la existencia de un eventual derecho de uso exclusivo de la actora en virtud de sentencia de separación matrimonial y de conformidad con el artículo 96 del Código Civil. Por tanto, nos hallamos ante la situación aludida en la anterior doctrina jurisprudencial. Para que pueda admitirse la demanda, y tal como señala acertadamente la recurrente, debió acompañarse sentencia o cualquier otro documento acreditativo de la separación matrimonial en fecha anterior al embargo, o de cualquier otra situación que supusiere la disolución de la sociedad de gananciales. Tal documentación no consta aportada, a pesar de la extrema facilidad en su obtención, y ello suponiendo que la actora (*sic*), siendo parte de un proceso de separación, le ha sido notificada la sentencia y sabe si la misma ha alcanzado firmeza. Aun en el supuesto de que fuere cierto que la tercerista conociera de la celebración de la subasta mediante un periódico y se tratara de una interposición de una demanda con suma urgencia, es incomprensible que la acreditación de la sentencia firme de separación, de haberla, no se acompañara junto con el escrito de impugnación del recurso de reposición interpuesto, careciendo de toda credibilidad que en un plazo de veinte días (desde la interposición de la demanda de tercería a la oposición al recurso interpuesto por la contraparte), la representación de la recurrente no ha podido obtener la documentación obrante en un Juzgado. No puede olvidarse que nos hallamos ante un procedimiento incidental en ejecución de sentencia en el cual se exige un requisito formal para la admisión de la demanda conforme al artículo 1.537 de la LEC, y al cual se anuda un importante efecto: la suspensión de toda ejecución procesal (art. 1.535 LEC), con lo cual no es admisible la

tesis de que basta indicar el archivo; y si bien, en general, puede considerarse que en principio el Juzgado pudo conceder un plazo para subsanar defectos, sin suspender entre tanto la ejecución procesal, lo que es inadmisibles por abusivo es que la recurrente no se haya molestado, pudiendo hacerlo, en aportar la supuesta documentación alusiva a la existencia de una separación matrimonial anterior al embargo, en un plazo de veinte días, llegando hasta el extremo de que ni siquiera se ha aportado en la actualidad. En todo caso, la ausencia de un requisito referente a cuestiones colegiales de los Letrados, como es la ausencia de una eventual «venia», puede justificar la no aportación de tal documento público. La tesis de la recurrente podría provocar suspensiones de ejecuciones en procedimientos de tercería de dominio sin presentar título alguno, susceptibles de notables abusos.

En cuanto a las restantes alegaciones de maniobras torticeras de su esposo, de defectuosa notificación del embargo a la actora, o de defectos en el procedimiento ejecutivo, cabe señalar que en el trámite en que nos hallamos no se ha podido practicar prueba sobre los mismos, pero que, en todo caso, son ajenos al requisito fundamental para la admisión de la tercería que es la presentación del título, que en el caso que nos ocupa exigía la acreditación de la separación matrimonial anterior a la fecha del embargo. Por tanto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el auto recurrido».

El examen de las actuaciones del juicio de menor cuantía 290/93 pone de manifiesto los siguientes hechos relevantes para la decisión del presente recurso de amparo:

a) Decretado el embargo de la vivienda ocupada por la ahora recurrente, la parte actora solicitó, con fecha de 29 de mayo de 1995, que se notificase el embargo a la esposa del demandado (la ahora demandante del amparo), constando una diligencia de 30 de junio de 1995, en la cual se deja constancia de la práctica de la notificación a través de la secretaría de un hospital y en la que no se identifica a quién se entrega copia de la resolución.

b) El 9 de mayo de 1997, doña María José Arrebola Martín, mediante escrito firmado por Abogado y Procurador, interesó que se la tuviera por personada en el juicio de menor cuantía (autos 290/93), entendiéndose con ella las sucesivas diligencias que se practicasen. El 12 de mayo de 1997 se dictó providencia, teniendo por parte en nombre de su representada a la Procuradora comparecida, «con quien se entenderán las sucesivas diligencias».

A partir de este momento le fueron notificadas a dicha Procuradora, entre otras diligencias y resoluciones, las siguientes: las fechas señaladas para la celebración de las subastas (21 de octubre de 1997); el Auto de 11 de noviembre de 1997, por el que se desestimó el recurso de reposición que interpuso frente a la resolución que acordó el señalamiento de las subastas (14 de noviembre de 1997); la providencia de 22 de enero de 1998, por la que se aprobó la cesión del crédito reclamado por la actora a favor del Letrado don Josep Costa Serra (30 de enero de 1998); la providencia de 16 de febrero de 1998, por la que se otorgó al ejecutante el plazo de ocho días para ceder el remate, si a su derecho así conviniese, una vez transcurrido el plazo de nueve días concedido al demandado, a fin de que pudiera pagar al deudor liberando los bienes o presentase persona que mejorara la postura (19 de febrero de 1998); y el Auto de 31 de abril de 1998, que aprobó la adjudicación de la finca subastada a favor de La Gyrosería, S. L. (18 de mayo de 1998).

La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE que, a juicio de la recurrente, se ha producido porque los órganos judiciales han inadmitido la demanda de tercería de dominio que en su día interpuso con apoyo en el artículo 1.537 LEC, sin justificación, ya que se aportó nota simple del Registro de la Propiedad que acreditaba el título de la actora, y si no se aportó la sentencia de separación matrimonial fue porque el Juez denegó el testimonio solicitado por no haber acreditado la demandante la venia de la Letrada que anteriormente la había asistido.

Asimismo se alega indefensión porque no fueron notificados a la recurrente el embargo trabado sobre la finca ganancial ni los posteriores actos del procedimiento de apremio. En este punto se alega confusamente la vulneración del artículo 14 CE por la discriminación que representa que a su esposo se le notificasen dichos actos mientras que a la recurrente no.

Por todo ello, la demanda solicita que se declare la nulidad de la diligencia de embargo y la de todos los actos de ejecución posteriores, así como la de la resolución que acordó la no admisión a trámite de la tercería de dominio.

Fallo.—El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado. Se basa en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. Pese a la falta de precisión de la demanda, que se interpone contra una sentencia que no se identifica, de su suplico y de lo que se expone en el cuerpo del escrito, se infiere que el recurso se dirige: a) por un lado, contra la falta de notificación del embargo de la vivienda familiar acordado en el juicio de menor cuantía seguido contra el esposo de la recurrente y la de los actos posteriores del proceso de ejecución, defecto que, se entiende, causa una indefensión contraria al artículo 24.1 CE; y b) por otro, contra la resolución que acordó la inadmisión de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la solicitante del amparo con fundamento en el artículo 1.537 LEC, decisión que se estima vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Se alega, en primer lugar, que la falta de notificación del embargo de la vivienda familiar acordado en el juicio de menor cuantía seguido contra el esposo de la recurrente, así como la de los posteriores actos del proceso de ejecución que culminaron con la subasta y remate del bien trabado, en la medida en que han impedido a la recurrente ejercer su derecho de defensa, han causado una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, lo cual obliga a otorgar el amparo solicitado.

Para resolver esta queja debe partirse de lo que resulta de las actuaciones. En este sentido el examen de los autos, tanto del juicio de tercería como del juicio de menor cuantía, pone de manifiesto que la ahora recurrente, al menos desde el 23 de mayo de 1997, fecha de interposición de la demanda de tercería de dominio, conocía la existencia del embargo de la vivienda familiar acordado en el juicio de menor cuantía seguido contra su esposo. Asimismo consta en las actuaciones que con fecha de 9 de mayo de 1997 compareció mediante Abogado y Procurador en el juicio de menor cuantía, y solicitó que se le tuviera por parte y se entendieran con ella las sucesivas diligencias que se practicasen en el procedimiento, a lo que accedió el Juez mediante providencia de 12 de septiembre de 1997, por lo que, en su calidad de parte personada, se le notificaron, entre otros, el señalamiento de las subastas, la

aprobación de la cesión del crédito reclamado a favor del Letrado don Josep Costa Serna, la concesión al rematante (una vez practicado exclusivamente con su esposo el trámite del art. 1.506 LEC) de ocho días para que pudiera ceder el remate a un tercero, y el Auto de adjudicación de la finca subastada a la sociedad mercantil La Gyrosería, S. L.

Frente a la notificación de los actos que se dejan reflejados, la demandante de amparo sólo recurrió en reposición la providencia que aprobó el señalamiento de las subastas, alegando que procedía la suspensión de la ejecución al haber interpuesto la tercería de dominio, recurso que fue desestimado por Auto de 11 de noviembre de 1997 y contra el cual interpuso recurso de apelación. Todo ello permite concluir, con independencia de lo que luego proceda establecer al examinar la queja dirigida contra la resolución por la que se inadmitió a trámite la demanda de tercería de dominio, que la recurrente no sufrió indefensión en el proceso de ejecución de la sentencia dictada en el juicio de menor cuantía, pues conoció la existencia del embargo, el señalamiento de las subastas, la cesión del crédito reclamado y la postura de la tercera subasta, por lo que tuvo oportunidad de actuar e intervenir en el proceso de ejecución en defensa de sus intereses de la forma que estimó conveniente (STC 188/1993, de 14 de junio).

3. La segunda queja se dirige contra la resolución que inadmitió a trámite la demanda de tercería de dominio que la recurrente interpuso con la finalidad de que se levantase el embargo sobre la mitad de la vivienda que fue trabada en el juicio de menor cuantía seguido contra su esposo.

Doña Josefa Arrebola Martín, al conocer el embargo de la vivienda familiar acordada en el juicio de menor cuantía seguido exclusivamente contra su esposo, interpuso ante el Juez de Primera Instancia, número 4, de Ibiza, una demanda de tercería de dominio en solicitud de que se declarase que la mitad indivisa de la finca embargada era de su propiedad, por estar ya disuelta la sociedad de gananciales, y se ordenara el alzamiento del embargo trabado sobre dicha parte indivisa del inmueble en cuestión.

Con la demanda de tercería de dominio se acompañó nota simple del Registro de la Propiedad en la que se acreditaba la inscripción de la finca objeto del embargo a nombre de la actora y de su esposo, como bien ganancial, remitiéndose la señora Arrebola Martín a los archivos del propio Juzgado número 4 de Ibiza para todo lo relativo al proceso de separación matrimonial al haberse seguido ante esta dependencia judicial dicho procedimiento.

El Juez, que en un primer momento admitió a trámite la demanda de tercería de dominio, por providencia de 29 de mayo de 1997, posteriormente, al estimar el recurso de reposición que contra esta resolución interpuso la entidad mercantil ejecutante, declaró la inadmisión de dicha demanda y decretó el archivo de las actuaciones mediante Auto de 17 de junio de 1997, por infracción del artículo 1.537 LEC, resolución que fue confirmada en apelación por la Audiencia en Auto de 23 de noviembre de 1998.

Debemos examinar, por consiguiente, si la inadmisión a trámite acordada por los órganos judiciales de esta demanda de tercería de dominio ha vulnerado o no el derecho a la tutela judicial efectiva de la solicitante del amparo.

4. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE. No obstante, al

ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que en cada caso haya establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre), razón por la cual también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y resulta aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 57/1988, de 5 de abril; 124/1988, de 23 de junio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, y 201/2001, de 15 de octubre, entre otras muchas).

Con la finalidad de lograr la máxima efectividad del derecho a la tutela judicial, los Jueces y Tribunales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales, teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos y evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE, pero sin que tampoco el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 9 de febrero; 157/1989, de 5 de octubre, y 64/1992, de 29 de abril). En este sentido, los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial han de llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes (vid. arts. 11.3, 240.2, 242 y 243 LOPJ), guardando en sus decisiones la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, y procurando, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (SSTC 163/1985, de 2 de diciembre; 117/1986, de 13 de octubre; 140/1987, de 23 de julio; 5/1988, de 21 de enero; 39/1988, de 9 de marzo; 57/1988, de 5 de abril, y 164/1991, de 18 de julio). En dicha ponderación debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso y a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 41/1992, de 30 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 331/1994, de 19 de diciembre, y 145/1998, de 30 de junio).

Además debe tenerse en cuenta que en el acceso a la jurisdicción, es decir, en el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una primera decisión judicial, el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el artículo 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada (SSTC 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 112/1997, de 3 de junio; 8/1998, de 13 de enero; 38/1998, de 17 de febrero; 130/1998, de 16 de junio; 207/1998, de 26 de octubre; 16/1999,

de 22 de febrero; 63/1999, de 26 de abril; 108/2000, de 5 de mayo; 201/2001, de 15 de octubre), sin que ello suponga, como ha señalado este Tribunal (por todas, SSTC 19/2001, de 1 de octubre, y 78/2002, de 8 de abril), que deba necesariamente optarse por la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles.

5. En el presente caso, la lectura de la motivación del Auto de la Audiencia que desestimó el recurso de apelación y confirmó el Auto del Juzgado que había acordado la inadmisión de la tercería de dominio, pone de manifiesto que la Sala fundó su decisión en la circunstancia de que la ahora demandante del amparo no había acreditado la disolución de su sociedad de gananciales en un momento anterior al embargo cuyo levantamiento pretendía, no constando tampoco en la nota simple del Registro de la Propiedad que aportó con la demanda la existencia de un eventual derecho de uso exclusivo sobre la vivienda arrendada. La resolución judicial se apoyaba en una «doctrina jurisprudencial muy reiterada» (de la que es exponente la STS de 24 de abril de 1994, que se cita expresamente) según la cual, durante la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales, los esposos, al ostentar sólo un derecho expectante sobre los bienes gananciales, no tienen el carácter de «terceros», por lo que carecen de legitimación para interponer una demanda de tercería de dominio dirigida a levantar el embargo sobre dichos bienes comunes trabados por deudas del otro cónyuge, ya que para este fin el procedimiento adecuado es el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1.373 del Código Civil.

En función de estas premisas, la Sala confirmó la inadmisión de la demanda de tercería acordada por el Juzgado, ya que la ahora recurrente en amparo no había aportado sentencia de separación matrimonial que acreditase la disolución del régimen ganancial, cuando la aportación de esta documentación podía haberse realizado fácilmente. Al efecto precisó que, si bien el Juzgado pudo conceder un plazo para subsanar defectos, sin suspender entre tanto la ejecución, «lo que no es admisible por abusivo es que la recurrente no se haya molestado, pudiendo hacerlo, en aportar la supuesta documentación alusiva a la existencia de una separación matrimonial anterior al embargo, en un plazo de veinte días, llegando hasta el extremo de que ni siquiera se ha aportado en la actualidad» (FJ 2).

Los razonamientos de la Audiencia podrán o no compartirse en el plano de la legalidad ordinaria, sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, única que corresponde examinar a este Tribunal, permiten concluir que la decisión adoptada no resulta arbitraria ni manifiestamente irrazonable. En efecto, la Audiencia, tras justificar la necesidad de que la tercerista, de conformidad con el artículo 1.537 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, hubiera acreditado la disolución o extinción de la sociedad de gananciales mediante la aportación de la sentencia de separación, confirmó la decisión de inadmisión de la demanda de tercería del Juzgado con fundamento en la falta de diligencia procesal observada por la actora, que no aportó dicha sentencia pese a que tuvo oportunidad y tiempo para realizarlo. En este sentido, un análisis de las actuaciones revela que la demandante, que interpuso la demanda de tercería el 23 de mayo de 1997, pudo aportar la sentencia de separación matrimonial al formular el escrito de impugnación del recurso de reposición interpuesto contra la providencia que inicialmente admitió la demanda, lo que tuvo lugar el día 12 de junio de 1997. Asimismo pudo aportar dicha documentación al personarse ante la Audiencia para mejorar el recurso de apelación que presentó contra el

Auto de 17 de junio de 1997, que inadmitió la demanda, lo que efectuó el 24 de octubre de 1997, e, incluso, en el acto de la vista del recurso, celebrada el 18 de noviembre de 1998. En consecuencia, desde el momento en que la Audiencia funda su decisión de inadmisión en la falta de aportación de una documentación que, resultando necesaria, pudo ser fácilmente aportada por la recurrente, incluso en la fase del recurso de apelación, nos encontramos ante una resolución que no puede tildarse de arbitraria ni de manifiestamente irrazonable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Registro de la Propiedad

Resolución de 10-5-2002
Registro de la Propiedad de Marquina
(*BOE* 9-7-2002)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. EXCESO DE CABIDA.

Es inscribible el auto judicial en el que consta que se han citado a los colindantes y a los condueños de los pisos que componen la finca, con afirmación del Juez de que se ha acreditado la mayor cabida.

Resolución de 11-5-2002
Registro de la Propiedad de Lorca, número 1
(*BOE* 6-7-2002)

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD.

Una anotación practicada en 1976, prorrogada en 1980, no se cancela por caducidad, una vez vencido el plazo de su prórroga, en tanto no se acredite que han transcurrido seis meses desde que se dictara el auto de aprobación del remate, una vez consignado el precio correspondiente por el adjudicatario.

Resolución de 13-5-2002
Registro de la Propiedad de Lúcarca
(*BOE* 23-7-2002)

CONSORCIO FORAL ARAGONES. INMUEBLES SITOS FUERA DE ARAGON.

El Consorcio Foral aragonés surge también sobre fincas sitas fuera de Aragón, porque se trata de norma que rige la sucesión, que según el artícu-

lo 16 del Código Civil viene determinada por la vecindad civil aragonesa de la causante.

Resolución de 14-5-2002

Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina
(BOE 6-7-2002)

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION DE ESTATUTOS.

Se confirma la negativa del Registro porque no ha existido reunión de la junta de condueños y hay inscritas algunas transmisiones que no concurren a otorgar la escritura de rectificación.

Resolución de 15-5-2002

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5
(BOE 9-7-2002)

PARTICION DE HERENCIA. CONFLICTO DE INTERESES.

La afirmación hecha por la viuda del causante, en una herencia en que hay dos hijos menores de edad, de que se ha verificado una obra nueva con dinero ganancial, supone un conflicto de intereses entre la madre y los hijos, pues incluso la determinación del inventario lo supone en este caso, y más cuando existe la cautela «socini». Por ello es imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1.060 del Código Civil.

Resolución de 16-5-2002

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5
(BOE 6-7-2002)

PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGREGACION EN UN PISO.

Al no estar inscrita la facultad de segregar sin consentimiento de los demás condueños, tal facultad no puede vincular a quienes han accedido a la propiedad horizontal con posterioridad. Por ello, es preciso exigir el consentimiento unánime de los restantes propietarios, bien para acceder a la segregación que se pretende, bien para inscribir la correspondiente cláusula estatutaria.

Resolución de 17-5-2002

Registro de la Propiedad de Santander, número 1
(BOE 6-7-2002)

PARTICION HEREDITARIA. FACULTADES DEL CONTADOR-PARTIDOR.

Se deniega la inscripción porque la partición realizada por el contador-partidor no se ajusta a lo dispuesto en el testamento, según el cual el usufruc-

to universal debe adjudicarse a la viuda y la nuda propiedad a los dos hijos. El contador carece de atribuciones para transformar en adjudicaciones en pleno dominio las adjudicaciones en usufructo y nuda propiedad ordenadas por el testador.

Resolución de 18-5-2002
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2
(BOE 8-7-2002)

SENTENCIA DE SEPARACION. CONVENIO REGULADOR.

Estando el convenio aprobado judicialmente, no se puede entrar en el fondo del mismo. El inventario y avalúo de los bienes están implícitos en el convenio aprobado.

Resolución de 20-5-2002
Registro de la Propiedad de Pineda de Mar
(BOE 8-7-2002)

HIPOTECA. COMPETENCIA DEL JUZGADO.

En procedimiento judicial sumario seguido en el año 1994 ante Juzgado distinto del competente por la situación de la finca y también distinto de aquél al que las partes se habían sometido, el Registrador deniega la inscripción del auto de adjudicación. Se resuelve que el Registrador no puede revisar la decisión del Juez de apreciar su propia competencia; además los interesados siempre pudieron pedir en juicio aparte que se declare la incompetencia. Igualmente la falta de competencia territorial no es causa de nulidad de pleno derecho de las actuaciones judiciales (art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Resolución de 21-5-2002
Registro de la Propiedad de León, número 2
(BOE 8-7-2002)

APODERAMIENTO. CALIFICACION.

La Dirección General, siguiendo los artículos 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y 18 de la LH, en línea con la Resolución de 12 de abril de 2002, declara que en este caso no existe ninguna contradicción entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades de apoderamiento y el contenido de la escritura, ya que del propio título resultan los elementos necesarios para que el Registrador pueda cumplir con su función calificadora.

Resolución de 23-5-2002

Registro de la Propiedad de Alicante, número 1

(BOE 6-7-2002)

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD.

Una anotación practicada en 1982 y prorrogada en 1985, no se cancela por caducidad, una vez vencido el plazo de su prórroga, en tanto no se acredite que han transcurrido seis meses desde que se dictara el auto de aprobación del remate, una vez consignado el precio correspondiente por el adjudicatario o que se ha sobreesido por cualquier otro motivo el procedimiento en que se ordenó la práctica de la anotación en cuestión.

Resolución de 24-5-2002

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4

(BOE 9-7-2002)

DONACION. ANULACION DEL CONTRATO.

No es inscribible la escritura por la que se deja sin efecto un contrato de donación que las partes habían celebrado previamente, recuperando el originario donante la propiedad de la finca donada, de la cual hace entrega en este acto la donataria. Es preciso que se formalice un nuevo negocio que cumpla todos los requisitos legales para su validez y eficacia.

Resolución de 25-5-2002

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1

(BOE 9-7-2002)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. CALIFICACION DEL AUTO. DIVISION DE FINCA.

Se puede tramitar este expediente aunque haya segregaciones o divisiones intermedias de la finca. Se puede dividir por debajo de la unidad mínima de cultivo cuando la operación se realizó antes de la vigencia de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995, pues antes no se sancionaba con nulidad. Debe señalarse el estado civil de los interesados a efectos de determinar la naturaleza familiar de la finca.

Resolución de 27-5-2002

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 2

(BOE 9-7-2002)

PARCELACION. LICENCIA POR SILENCIO POSITIVO.

A efectos registrales se puede considerar suficientemente acreditada la obtención por silencio positivo de la licencia de parcelación cuando se aporta solicitud presentada en el Ayuntamiento, una vez transcurrido el plazo mar-

cado por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común.

Resolución de 28-5-2002
Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1
(BOE 19-7-2002)

PARCELACION. LICENCIA POR SILENCIO POSITIVO.

Puede entenderse acreditada, a efectos registrales, la licencia de parcelación por silencio positivo cuando se aporta ejemplar de la solicitud, transcurridos tres meses desde que se formuló la petición, sin que haya recaído resolución expresa.

Resolución de 29-5-2002
Registro de la Propiedad de Tortosa, número 2
(BOE 19-7-2002)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. FINCA YA INSCRITA.

No es inscribible el expediente de inmatriculación de una finca que forma parte de otra de mayor superficie ya inscrita, lo que dará lugar a una doble inmatriculación. En el auto se describe la finca de modo distinto al que se contenía en la certificación registral.

Resolución de 30-5-2002
Registro de la Propiedad de Marbella, número 2
(BOE 24-7-2002)

RECURSO GUBERNATIVO. APORTACION DEL DOCUMENTO.

La aportación del documento cuya calificación se recurre es necesaria para confirmar o revocar dicha calificación. Por ello, no es admisible el recurso en tanto no se aporte, original o por testimonio, el documento discutido.

Resolución de 31-5-2002
Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1
(BOE 24-7-2002)

SEGREGACION. LICENCIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

La normativa aplicable, según la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, confirma la aplicación del silencio positivo a las solicitudes de licencia de parcelación, transcurridos tres meses desde que se formuló la petición sin que haya recaído resolución expresa.

Resolución de 1-6-2002
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5
(BOE 24-7-2002)

OBRA NUEVA. CERTIFICACION DEL TECNICO.

Procede la inscripción de la obra nueva cuando hay identidad entre la obra descrita en la escritura y la certificación del arquitecto que la dirigió.

Resolución de 3-6-2002
Registro de la Propiedad de Santander, número 1
(BOE 24-7-2002)

ANOTACION DE EMBARGO. BIENES NO GANANCIALES.

Estando la finca inscrita a nombre de la esposa del demandado por haberse disuelto la sociedad de gananciales, no es anotable el embargo contra el esposo, en tanto no exista una previa declaración judicial de la ganancialidad de la deuda, cuando ésta hubiera sido contraída por un solo cónyuge.

Resolución de 4-6-2002
Registro de la Propiedad de Logroño, número 3
(BOE 24-7-2002)

ARRENDAMIENTO. DERECHO DE RETORNO.

Existiendo constancia registral de un derecho de retorno arrendaticio por demolición del edificio, no debe inscribirse ningún asiento que le pueda afectar.

Resolución de 5-6-2002
Registro de la Propiedad de Laredo
(BOE 24-7-2002)

OBRA NUEVA Y PROPIEDAD HORIZONTAL. LICENCIA DENEGADA.

Cualquiera que sea la amplitud que se dé a la institución del silencio positivo, es evidente que existiendo una sentencia firme dictada por los Tribunales de Justicia, no cabe entender que la reproducción de la solicitud de licencia anteriormente denegada pueda entenderse resuelta mediante silencio administrativo positivo.

Resolución de 8-6-2002
Registro de la Propiedad de Tomelloso
(BOE 23-7-2002)

HIPOTECA. AMPLIACION DEL CREDITO.

No hay obstáculo para inscribir la ampliación de una hipoteca que garantice las nuevas responsabilidades de la ampliación del crédito ya inscrito, siempre que se determine con precisión cuáles serán las nuevas responsabilidades objeto de la garantía.

Resolución de 10-6-2002
Registro de la Propiedad de Puerto de Santa María, número 3
(BOE 23-7-2002)

DOMINIO MARITIMO TERRESTRE. ANOTACION PREVENTIVA.

Existiendo una anotación preventiva de deslinde de la Ley de Costas, en principio la finca no es enajenable, pero el artículo 71 de la LH permite la inscripción de la enajenación efectuada, aunque sin perjuicio de la prevalencia, en su caso, de la anotación preexistente que puede dar lugar después a la rectificación registral que tal anotación anuncia.

Resolución de 11-6-2002
Registro de la Propiedad de Girona, número 4
(BOE 10-8-2002)

OPCION DE COMPRA. CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES.

Para cancelar derechos posteriores al asiento de opción, pero anteriores a su ejercicio, se requiere la consignación o depósito del precio de la opción a favor de los titulares de tales derechos o el consentimiento de los mismos, pues tal precio pasará a ocupar por subrogación real la posición jurídica que tenía el inmueble.

Resolución de 12-6-2002
Registro de la Propiedad de Telde, número 2
(BOE 10-8-2002)

SEPARACION JUDICIAL. INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL.

No es preciso que el comprador acredite la inscripción en el Registro Civil de su condición de separado judicialmente, bastando la manifestación expresada en la escritura.

Resolución de 13-6-2002
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(BOE 10-8-2002)

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION.

Requiere acuerdo de la Junta de Propietarios la división de una planta consistente en la construcción de una nueva que viene a modificar la estructura del edificio y afecta al título constitutivo y a los elementos comunes. Además se precisará licencia municipal de la obra y certificación del arquitecto.

Resolución de 14-6-2002
Registro de la Propiedad de Valverde del Camino
(BOE 10-8-2002)

PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. ANOTACION DE EMBARGO CADUCADA.

Caducada la anotación de embargo correspondiente e inscrita ya la finca en favor de otra persona, no es posible inscribir el auto de adjudicación dado en el procedimiento ejecutivo, ni se pueden cancelar las cargas posteriores. Estas persisten y mejoran su rango en cuanto que ha caducado la anotación que les precedía.

Resolución de 17-6-2002
Registro de la Propiedad de Madrid, número 19
(BOE 12-8-2002)

EXCESO DE CABIDA. DATOS REGISTRALES.

La pretensión de inscribir una superficie adicional a una finca puede encubrir el intento de añadirle una superficie colindante adicional. No procede, aunque se aleguen datos catastrales, cuando existe duda de la identidad de la finca en cuestión, tal como se exceptúa expresamente en el artículo 53.8 de la Ley 13/1996.

Resolución de 18-6-2002
Registro de la Propiedad de Cebreros
(BOE 12-8-2002)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DEL TRACTO.

El auto por el que se ordena reanudar el tracto es, por sí solo, título hábil para practicar la inscripción en cuanto determina la titularidad dominical actual de la finca, sin que pueda exigirse la acreditación de la previa cadena sucesiva de transmisiones intermedias.

Resolución de 19-6-2002
Registro de la Propiedad de Arenys de Mar
(BOE 12-8-2002)

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA. FINCA INSCRITA A PERSONA DISTINTA.

El principio del tracto sucesivo impide la anotación de la demanda cuando el actual titular de la finca es distinto de aquél contra el que se siguió el procedimiento. Con mayor razón cuando ya se encuentra cancelado el derecho de hipoteca que se discute, pues la sentencia no podría provocar ninguna modificación de la situación actual del Registro.

Resolución de 20-6-2002
Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1
(BOE 12-8-2002)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DEL TRACTO.

El hecho de que la finca, cuyo tracto se reanuda, esté agrupada con otras, no es obstáculo para la inscripción del expediente. Dicho expediente procede cuando son al menos dos transmisiones las que se trata de suplir.

Resolución de 21-6-2002
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 4
(BOE 12-8-2002)

ELEVACION A PUBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO. CESION DE SOLAR POR OBRA.

Aunque en el documento privado no se especifiquen las unidades concretas que se han de adjudicar a los vendedores, es inscribible la escritura que ratifica el documento, en el cual ya se señalan los pisos que se transmiten, pues ya existen, por tanto, el consentimiento y el objeto del contrato, siendo la causa del mismo la permuta que se realizó en el documento privado.

Registro Mercantil

Resolución de 21-3-2002
Registro Mercantil de Sevilla
(BOE 5-7-2002)

SOCIEDAD COMANDITARIA. DISOLUCION POR MUERTE DEL SOCIO COLECTIVO.

En este caso, los demás socios pueden acordar en Junta universal el nombramiento de liquidador. No hay falta de tracto sucesivo al enajenar una finca

de la sociedad, pues este principio sólo tiene alcance en un Registro de bienes y no de personas. El liquidador puede ser apoderado para la venta de la finca, actividad que estaría integrada en el complejo proceso de liquidación de la sociedad.

Resolución de 23-4-2002
Registro Mercantil de Valencia, número 4
(BOE 10-8-2002)

DENOMINACION SOCIAL. RELACION CON EL OBJETO.

La denominación adoptada no debe inducir a error sobre la individualidad o naturaleza de la sociedad para evitar la confusión con otras sociedades. La adopción del nombre social no debe plantear cuestión alguna referente a su actividad, confundiéndola con otra distinta.

Resolución de 27-4-2002
Registro Mercantil de Madrid, número XVI
(BOE 10-8-2002)

CIERRE DE LA HOJA REGISTRAL. DIMISION DEL ADMINISTRADOR.

La falta del depósito de cuentas produce el cierre de la hoja registral, según el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero la necesidad de evitar que la sociedad quede acéfala permite la posibilidad de inscribir el cese de los administradores por su dimisión. El nombramiento del nuevo administrador, aunque no se inscriba por estar cerrada la hoja registral, surtirá efecto desde el momento de su aceptación en la escritura que se califica.

Resolución de 3-5-2002
Registro Mercantil de Madrid, número IX
(BOE 23-7-2002)

JUNTA CONVOCADA JUDICIALMENTE. DESIGNACION DE PRESIDENTE.

Corresponde al Juez designar al Presidente. Si éste renuncia, no puede sustituirse en la forma prevenida en los estatutos, sino mediante un nuevo nombramiento judicial. No obstante, en determinados supuestos se puede hacer cargo de la presidencia de la Junta otra persona, para que siga su normal desarrollo hasta el final de la deliberación y votación.

Resolución de 4-5-2002
Registro Mercantil de Madrid, número V
(BOE 5-7-2002)

CANCELACION DE ANOTACION PREVENTIVA. PRESENTACION DE CUENTAS.

Se deniega la cancelación pedida por estar cerrada la hoja social por falta de depósito de cuentas, pero se resuelve que eso sería dar vía libre al fraude, pues bastaría con demorar la presentación de cuentas para enervar la efectividad de un derecho. Además, en este caso, había caducado el plazo de vigencia de la anotación, por lo que debe cancelarse incluso de oficio.

Resolución de 9-5-2002
Registro Mercantil de Madrid, número XI
(BOE 9-7-2002)

HOJA REGISTRAL CERRADA. ASIENTOS.

Una vez cerrada la hoja registral por débitos a la Hacienda Pública, no podrá practicarse ningún asiento en ella, salvo los que sean presupuesto necesario para la reapertura de la hoja o sean ordenados por la autoridad judicial.

Resolución de 22-5-2002
Registro Mercantil de Barcelona, número XIV
(BOE 6-7-2002)

SOCIEDAD UNIPERSONAL. CESION GLOBAL AL SOCIO UNICO.

Extinguida una sociedad anónima unipersonal, se liquida a través de la cesión global de su activo y pasivo al socio único, lo que no se acepta por el Registrador Mercantil por impedirlo las normas imperativas del régimen de fusión de las sociedades anónimas. Se resuelve que esta cesión global no puede utilizarse con finalidad distinta que la estrictamente liquidatoria.

Resolución de 28-5-2002
Registro Mercantil de Toledo
(BOE 9-7-2002)

RECURSO GUBERNATIVO. RECTIFICACION DE ASIENTO PRACTICADO.

No es admisible un recurso gubernativo mediante el cual se pretende rectificar un asiento existente por creer que la calificación fue errónea. El recurso sólo es admisible cuando la calificación ha sido negativa, nunca cuando ya se ha practicado un asiento, que está bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 6-6-2002
Registro Mercantil de Madrid, número XIII
(BOE 24-7-2002)

OBJETO SOCIAL GENERICO. ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION.

Aunque antes estuviera inscrita una actividad genérica como objeto social, no es admisible al tener lugar una modificación de los estatutos sociales, pues ahora el artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la concreción.

En cuanto a la mayoría para fijar los acuerdos del Consejo de Administración, la ley remite a los estatutos, que en el caso concreto exige la mitad más uno de los miembros, con un mínimo de tres como quórum necesario para la validez de la reunión.

Resolución de 7-6-2002
Registro Mercantil de Santander
(BOE 19-7-2002)

CAPITAL SOCIAL. CONVERSION DE PESETAS EN EUROS.

Para fijar el valor de las participaciones en euros se puede optar por reducir la cifra del capital social previamente en la medida necesaria y, partiendo de la nueva cifra en pesetas, se puede fijar el importe en euros.

Resolución de 15-6-2002
Registro Mercantil de Santander
(BOE 12-8-2002)

CAPITAL SOCIAL. EXPRESION EN EUROS Y REDUCCION.

Para proceder a la reducción del capital que se acuerda es preciso inscribir previamente la escritura en la que se procede a la redenominación en euros y que se haga constar que ha tenido lugar la restitución de aportaciones o, en su caso, se haya constituido la reserva que se indica en el artículo 80 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR EMILIANO CANO FERNÁNDEZ y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

DISOLUCION. BALANCE OBJETO DE PUBLICACION.—PARA INSCRIBIR LA DISOLUCION Y LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD, NO ES PRECISO QUE SE PUBLIQUE EL BALANCE DETALLADO CONFORME A LA NORMATIVA CONTABLE, DEBIENDO ESTIMARSE BASTANTE EL QUE CON-

TENGA LAS PARTIDAS SUFICIENTES PARA CONOCER EL PATRIMONIO REPARTIBLE Y LA PARTE QUE A CADA SOCIO CORRESPONDE EN EL MISMO, MAXIME SI, COMO EN EL CASO, EL BALANCE FINAL FUE OBJETO DE APROBACION EN UNA JUNTA UNIVERSAL DE LA SOCIEDAD. (RESOLUCIÓN DE 6 DE JULIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001.)

RESOLUCION de 6 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Miguel Angel del Hoyo Velasco, liquidador único de «Progeyco, Sociedad Anónima», en liquidación, contra la negativa del Registrador Mercantil, número 3, de Madrid, don Jorge Salazar García, a inscribir una escritura de disolución y liquidación de una sociedad anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Miguel Angel del Hoyo Velasco, liquidador único de «Progeyco, Sociedad Anónima», en liquidación, contra la negativa del Registrador Mercantil, número 3, de Madrid, don Jorge Salazar García, a inscribir una escritura de disolución y liquidación de una sociedad anónima.

Hechos.—I. El 19 de noviembre de 1998, mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid, don José Ignacio Gómez Valdivielso, se elevaron a documento público los acuerdos adoptados en la reunión de la Junta General Extraordinaria y Universal de Accionistas de «Progeyco, Sociedad Anónima», celebrada el 31 de agosto de 1998, de disolución de la sociedad, según lo establecido en el artículo 260.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y apertura del período de liquidación de la misma, cesando en su cargo los consejeros-delegados y se procede al nombramiento de liquidador. En la escritura se incorpora el balance final y se acompañan los anuncios a que se refiere el artículo 275 de la Ley de Sociedades Anónimas.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haberse observado el/ los siguientes defecto/os que impiden su práctica: Defectos. No se ha publicado la totalidad del balance, como exige el artículo 275 de la Ley de Sociedades Anónimas. En el plazo de dos meses a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.—Madrid, 16 de abril de 1999.—El Registrador». Firma ilegible.

III. Don Miguel Angel del Hoyo Velasco, como liquidador único de «Progeyco, Sociedad Anónima», en liquidación, interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: 1. Que teniendo en cuenta lo que dice el artículo 275.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, hay que señalar que en el presente caso y respecto al documento calificado, se cumple exhaustivamente con el precepto legal citado. Que, como señala la doctrina, la característica esencial del balance final de liquidación es que no constituye un verdadero balance, sino una cuenta de cierre y normalmente se tratará, en efecto, de un balance bien simple que se contrapone al balance de la apertura de liquidación e incluso es distinto de los estadios intermedios de cuentas. 2. Que el artículo 275 de la Ley de Sociedades Anónimas no establece la forma

en que ha de presentarse el balance, cuya única mención legal es la de los artículos 175 y siguientes de la misma Ley, que determinan el esquema que han de seguir los balances, de tal manera que del aprobado por «Progeyco, Sociedad Anónima», resulta que se ha seguido el esquema del artículo 175 antes referido, cumplimentándose los apartados sustanciales tanto de activo como de pasivo, aunque sin desarrollar en toda su extensión las partidas que lo componen, pero sin alterar el resultado del mismo, que incluso en la forma más extensa tiene y permite muy diversas subdivisiones que podrían hacerlo interminable. Que, por tanto, se han cumplido los artículos 175 y 275 de la Ley de Sociedades Anónimas. 3. Que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 58 de Reglamento del Registro Mercantil, no ha de obviarse el hecho de que los socios de la compañía acordaron unánimemente aprobar el balance final formado por el liquidador, balance que se encuentra ajustado a las disposiciones de la Ley. Que consta manifestado en la propia escritura, según el precepto legal, que no se formularon reclamaciones contra el mismo, y que se había procedido al pago de sus créditos a los acreedores, así como al reparto entre los accionistas del haber social, estando además anuladas las acciones, de manera que la compañía ha extinguido su vida real y todo su patrimonio, con total ausencia de los socios y sus acreedores o terceros que discrepen. 4. Que, en definitiva, cumplidos los requisitos formales y legales, el Registrador suscita una cuestión meramente interpretativa, y en este tema hay que reiterar el sentido finalista de la norma que lo regula, y siendo de aplicación la doctrina de la Resolución de 30 de marzo de 1993 y con carácter fundamental la Resolución de 29 de octubre de 1998.

IV. El Registrador Mercantil, número 3, de Madrid, resolvió mantener la nota de calificación recurrida, desestimando el recurso interpuesto, e informó: 1. Que la cuestión a resolver en el presente recurso es la posibilidad de discordancia entre el contenido del balance final aprobado en el acuerdo único de disolución y liquidación de una sociedad anónima y el balance publicado en cumplimiento del artículo 275 de la Ley de Sociedades Anónimas, al haberse limitado dicha publicación a los apartados principales del balance, indicados en el artículo 175 de dicha Ley, prescindiendo de las partidas cuyas sumas conforman tales apartados principales, pese a figurar en el balance aprobado como final en el citado acuerdo de disolución y liquidación. 2. Que, como apuntó la Resolución de 29 de octubre de 1998, el balance final puede confeccionarse de una forma bien simple, siempre que sirva para fijar el patrimonio social repartible, en su caso, y sin que deba ajustarse necesariamente a las normas sobre formación de las cuentas anuales. En este sentido, cabe observar que el balance aprobado se ajusta al esquema previsto para el balance abreviado (art. 181.3 de la Ley de Sociedades Anónimas) en el artículo 175 de la citada Ley. 3. Que cuestión distinta es la relativa a la publicidad de dicho balance final aprobado. Que por más que exista un acuerdo unánime de aprobación en junta universal, de tal balance final y la afirmación de inexistencia de acreedores, no puede prescindirse de la publicación exigida para el mismo, por el artículo 275 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que hay que señalar lo que dice la Resolución de 30 de marzo de 1993. Que no se puede prescindir de la publicación y ésta debe ser del balance aprobado como final, sin alteración alguna. Que ningún precepto autoriza a simplificar su publicación, limitándola a los epígrafes básicos del artículo 175 de la Ley de Sociedades Anónimas.

V. El recurrente se alzó contra la anterior Resolución, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito del recurso de reforma.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 274, 275, 276 y 279 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y 247 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y las Resoluciones de 30 de marzo de 1993 y 28 de octubre de 1998.

1. En el supuesto de hecho de este recurso se presenta, para su inscripción en el Registro Mercantil, copia de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad que incorpora el balance final, en cuyo activo se expresan las partidas relativas a «Accionistas por desembolsos no exigidos» (7.500.000 pesetas), «Inmovilizado» (especificando que se trata de «Gastos de establecimiento», por (166.147 pesetas) y «Activo circulante» (por un total de 2.879.725 pesetas, que se desglosa en los conceptos de «Deudores», «Inversiones financieras temporales» y «Tesorería»), y en el pasivo se consignan las partidas de «Fondos propios» (con desglose por diversos conceptos, por una cantidad total de 9.996.446 pesetas) y «Acreedores a corto plazo» (por la suma de 549.423 pesetas). Además, se añaden otras especificaciones relativas a la cuenta de pérdidas y ganancias. Asimismo, se acompañan los anuncios a los que se refiere el artículo 275 de la Ley de Sociedades Anónimas, con la particularidad de que en aquéllos se expresan las partidas del balance mediante la especificación de los apartados o epígrafes principales a que se refiere el artículo 175 de dicha Ley («Accionistas por desembolsos no exigidos», «Inmovilizado» y «Activo circulante», con las sumas respectivas como únicas partidas del Activo; «Fondos propios» y «Acreedores a corto plazo», con las cifras correspondientes a cada una como partidas del Pasivo), sin consignar desglose alguno, pero por unas cantidades totalmente coincidentes con las que figuran en el balance unido a la escritura calificada.

El Registrador deniega el acceso al Registro de la referida escritura porque, según la nota de calificación, «no se ha publicado la totalidad del balance, como exige el artículo 275 LSA».

2. Un criterio tan rigurosamente formalista como el mantenido por el Registrador no puede ser confirmado. Dirigida la liquidación a la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad, se hace imprescindible la formulación de un balance final que debe reflejar fielmente el estado patrimonial de la sociedad, una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta. Por su función, como verdadera cuenta de cierre, este balance puede ser confeccionado de forma bien simple, siempre que sirva para fijar el patrimonio social repartible, si lo hubiera, y determinar con exactitud la parte que a cada socio corresponda en el mismo, sin que, por tanto, deba ajustarse necesariamente a las normas legales sobre la formación de las cuentas anuales (cfr. arts. 174 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas), toda vez que no tiene por finalidad recoger las consecuencias de la actividad social desde las últimas cuentas anuales para determinar el resultado, sobre la base de la fijación del reparto del dividendo y con información sobre las garantías patrimoniales, sino que se trata más bien de una síntesis de la situación patrimonial de la sociedad presidida, en su estructura, por la idea de determinación de la cuota del activo social que deberá repartirse por cada acción (cfr. art. 274.2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En el presente caso, el balance aprobado y publicado refleja suficientemente el estado patrimonial de la sociedad, con lo que ha quedado cumplida una de las funciones de su publicación, en tanto que medio de publicidad mera-

mente informativa con carácter de aviso de clausura de la liquidación. Por el hecho de que se exprese un desglose más detallado de las partidas del balance incorporado a la escritura frente al más simplificado que ha sido objeto de publicación, pero con fiel correspondencia entre ambos en lo esencial, no puede estimarse que quede desvirtuada la eficacia de la aprobación y publicación del balance, ni menoscabada la garantía que dicha publicación comporta para los socios (en tanto que *dies a quo* del cómputo del plazo de impugnación del balance —art. 275.2 de dicha Ley—), máxime si se tiene en cuenta que en el supuesto debatido el balance final cuenta con la aprobación unánime de todos los socios en junta universal.

Esta Dirección General ha acordado estimar el presente recurso con revocación de la decisión y de la nota del Registrador.

Madrid, 6 de julio de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallejo*.

Señor Registrador Mercantil de Madrid.

COMENTARIO

La lectura de la comentada Resolución nos ha planteado una serie de cuestiones que motivan la redacción de estas líneas, que quizá no fuesen necesarias si tanto la nota como los hechos hubiesen sido planteados con mayor claridad.

Ya el primer párrafo de la Resolución, en su relación en el hecho I, nos crea una contradicción que se resuelve en los Fundamentos de derecho, pero que conviene resaltar, ya que el primero nos dice que se trata de una escritura de disolución y liquidación de una S. A., mientras el hecho I manifiesta que se trata de una escritura de disolución y apertura de período de liquidación de la misma, cesando en su cargo los consejeros-delegados y se procede al nombramiento de liquidador. La redacción de este hecho, efectivamente ha sido poco afortunada, ya que como claramente resulta de los Fundamentos de derecho, no se trata simplemente del acuerdo de disolución y nombramiento de liquidador previo al cese de los consejeros-delegados, sino de disolución y liquidación y cierre de la hoja registral.

Tampoco es afortunada la expresión del cese de los consejeros-delegados, ya que si el órgano de administración era el Consejo, el cese afecta a todos los consejeros, sin que de los hechos resulte que todos los consejeros eran a su vez consejeros-delegados. Y por último, tampoco es afortunada la expresión de que a la escritura se incorpora el balance final, porque lo que se incorpora, a nuestro modesto juicio, no es precisamente el balance final.

Aquí es donde nuestra discordancia con la nota resulta más acusada. Cierzo que la Resolución no tiene más remedio que resolver la cuestión que plantea la nota de calificación y ésta se limita a señalar que el balance publicado en los anuncios como balance final no se corresponde exactamente con el incorporado a la escritura y desde ese punto de vista no se puede argumentar en contra de los Fundamentos de derecho, pues si el balance tiene una prolija enumeración de datos y partidas, pero en nada se alteran los conceptos fundamentales que en el mismo deben existir, ningún daño se produce ni a los acreedores, ni a los socios que por añadidura adoptan el acuerdo por unani-

midad. A mi juicio es la nota la que no refleja lo que efectivamente debería señalar, que no es otra cosa sino que el balance publicado y el incorporado no son el balance final de la sociedad, por lo que lo correcto hubiese sido despachar el documento en cuanto al acuerdo de disolución, cese de consejeros y nombramiento de liquidador, y suspender la inscripción de la cancelación y cierre de la hoja registral, por no ser el balance incorporado el balance final, pero no denegar íntegramente la inscripción del documento.

Efectivamente, en la escritura se recogen diversos actos, a saber: acuerdo de disolución, cese de consejeros, nombramiento de liquidador, aprobación del balance foral con división y adjudicación del patrimonio y consiguiente solicitud de cancelación y cierre registral. Ningún obstáculo existe para la inscripción del acuerdo de disolución, cese de los consejeros y nombramiento de liquidador, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62-2 del Reglamento, cuando nos dice que *«si el título comprendiese varios hechos, actos o negocios inscribibles, independientes unos de otros, los defectos que apreciase el Registrador en alguno de ellos no impedirán la inscripción de los demás, debiendo practicarse respecto de éstos, los asientos solicitados»*, por lo que debieron practicarse los asientos correspondientes a estos actos, limitándose la negativa a la inscripción al resto del documento.

Nada tiene esto que ver con la inscripción parcial del título que regula el artículo 63 del Reglamento, que requiere que esté previsto en el título, o que se hubiese solicitado por el interesado, pues éstos se refieren a cláusulas o circunstancias de actos de los comprendidos en el título, pero no cuando se trata de actos perfectamente diferenciados, ya que en este caso el precepto aplicable es el artículo 62.

Tampoco la nota resulta muy afortunada, si la transcripción es completa, al no expresar, tal como dispone el citado artículo 62 en su apartado 3, el carácter subsanable o insubsanable del defecto.

Pero veamos ahora la verdadera razón de fondo, que es la que conviene aclarar. ¿El balance incorporado es realmente el balance final de la sociedad?

A nuestro juicio, claramente no, como ya hemos anticipado, y puesto que se trata de una S. A., veamos lo que nos dice el artículo 272 de la Ley, y entre las funciones que incumben a los liquidadores debemos examinar las de los apartados c), e) y g), que nos dicen que incumbe a los liquidadores: *«c) Realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad»*, *«e) Percibir los créditos y los dividendos pasivos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación»* y *«g) Pagar a los acreedores»*. Todas ellas son funciones que incumben a los liquidadores en las operaciones de liquidación, y finalizadas ellas es cuando se formula el balance final, tal como dispone el artículo 274 cuando nos dice que: *«Terminada la liquidación formarán el balance final y determinarán la cuota del activo social que deberá repartirse por cada socio»*.

Pues bien, el apartado c) nos demuestra claramente la intención del legislador que es, efectivamente, que se terminen todas las operaciones pendientes, y respecto a las nuevas únicamente aquéllas que sean necesarias para la liquidación, ya que la distribución entre los socios, con arreglo a su participación en la sociedad, debe tener liquidez que permita esa distribución. Consecuente con ello, el apartado d) del indicado artículo 272 nos dice que *«los liquidadores han de enajenar los bienes sociales»*, precisamente para facilitar esa distribución entre los socios, añadiendo que para los inmuebles debe realizarse la venta en subasta pública, si bien este requisito de la subasta, según la juris-

prudencia, puede ser eliminado, si así se acuerda en Junta Universal y por unanimidad (Resolución de 11-VII-97). La razón sigue siendo la misma. El patrimonio social debe ser líquido, a fin de que se puedan realizar aquellos actos a que se refieren los apartados siguientes.

Y continuando con el examen del citado precepto, vemos que exige percibir los créditos. Es, pues, evidente que en el balance final no deben existir créditos, ya que el cobro de los mismos es una operación previa a la formulación del balance final. Este apartado suscita una cuestión importante cuando los créditos pendientes tienen un vencimiento muy largo, con relación al acuerdo de disolución. Resulta lógico pensar que las operaciones de liquidación no pueden quedar paralizadas por la existencia de uno o varios créditos, cuyo vencimiento puede ser posterior en años al acuerdo de disolución, sin embargo la cuestión puede ser resuelta adjudicando tales créditos a los socios, como parte del pago de su cuota de liquidación. La cesión del crédito está perfectamente permitida por los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil, por lo que esta operación elimina la dilatación del período de liquidación, siempre que el acuerdo de los socios así lo contemple. El artículo 273-2 contempla la posibilidad de dilatación de la liquidación, obligando en tal caso la publicación del estado de cuentas.

Por último, el apartado g) obliga a pagar a los acreedores y a los socios. Es una nueva manifestación del legislador de que el patrimonio a distribuir entre los socios ha de serlo cuando ya no existan operaciones pendientes y del mismo modo que impone cobrar los créditos, obliga a pagar las deudas, de modo que el patrimonio líquido restante es el que se distribuye entre los socios.

Pues bien, todas estas operaciones de cobros, pagos, realizar operaciones pendientes, etc., constituyen las operaciones de liquidación, según resulta del artículo 272 y como última, como hemos visto, la de pagar a los socios y, una vez terminada, es cuando se redacta el balance final. Así lo dispone el artículo 274 cuando nos dice: «Terminada la liquidación, los liquidadores formarán el balance final que será censurado por los interventores, si hubiesen sido nombrados». El balance que refleja la escritura calificada y el que fue objeto de publicación, resumen de aquél, no es, a nuestro modesto juicio, un balance final, ya que del mismo resultan partidas de «deudores» y «acreedores». Así lo confirma la propia Resolución en su Fundamento de derecho 2, cuando nos dice que para determinar la existencia de un patrimonio repartible entre los socios, previa satisfacción de los acreedores sociales, se hace imprescindible la formulación de un balance final, que debe reflejar fielmente el estado patrimonial de la sociedad, una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta, y así lo reconoció la Resolución de la Dirección General de 11-3-2000.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

ES INSCRIBIBLE LA RESERVA DE USUFRUCTO A FAVOR DEL NUDO PROPIETARIO QUE TRANSMITE SU DERECHO. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2001. BOE DE 30 DE OCTUBRE DE 2001.)

RESOLUCION de 12 de septiembre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario

de Valencia, don Joaquín Borrell García, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, número 4, de Valencia, doña Ana María del Castillo González, a practicar una inscripción de reserva de usufructo en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valencia, don Joaquín Borrell García, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, número 4, de Valencia, doña Ana María del Castillo González, a practicar una inscripción de reserva de usufructo en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura autorizada en Valencia, el 13 de noviembre de 1998, por el Notario don Joaquín Borrell García, se formalizaron las operaciones particionales por fallecimiento de doña A. T. C., en las cuales se adjudicó el único inmueble inventariado (un piso sito en la calle Godofredo Ros, 13, de Valencia, registral 4.677) en la forma siguiente: Al viudo don J. F. T., en pago de su legado usufructuario, el usufructo universal y vitalicio, y a los dos hijos y herederos don J. F. T. y don V. S. F. T., por mitades indivisas, la nuda propiedad del citado piso. En la misma escritura, don V. S. F. T. vendió a su hermano don J. F. T., la nuda propiedad de la mitad indivisa del citado piso, pero «reservándose el usufructo sucesivo que de la misma le corresponde para cuando fallezca el actual usufructuario don J. F. B.».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número cuatro de Valencia, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento, el 5 de enero de 1999, bajo el asiento 2233 del Diario de Operaciones 28, habiendo sido devuelto en esta oficina por última vez en fecha de 15 de marzo del corriente año, junto con certificados: De defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, copia autorizada del testamento de la causante y de diligencia autorizada de la escritura, por la que se complementan las circunstancias personales de don José F. T., previo el examen y calificación preceptivos, se ha inscrito el mismo en el tomo 1.785, libro 826 de la tercera sección de Ruzafa, al folio 99, finca número 4.677, inscripción quinta de herencia y compraventa a favor de don José F. B., en cuanto al usufructo vitalicio y a favor de don José E. T., en cuanto a la nuda propiedad, que queda bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria de acuerdo con lo que establece el artículo 1.3, 17, 32, 34, 38, 41 y 07 de la citada Ley. Se ha extendido una nota de afección fiscal. Folio añadido por este Registro de la Propiedad de Valencia, número cuatro, para la consignación de notas, al no haberse cumplido el artículo 241 del Reglamento Notarial. Se ha denegado la inscripción en cuanto a la reserva del usufructo vitalicio realizada por don Vicente S. F. T., al transmitir la nuda propiedad, por estar inscrito dicho derecho a favor de persona distinta, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Notificada calificación desfavorable se extiende esta nota a petición del presentante y sin tomar anotación preventiva conforme al artículo 65 de la citada Ley. Contra la misma cabe interponer recurso gubernativo, dentro del plazo de tres meses a contar de esta fecha, por medio de escrito dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Justicia que se presentará en esta oficina, conforme disponen los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, reformados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Valencia, a 22 de marzo de 1999. El Registrador». Firma ilegible.

III. Don Joaquín Borrell García interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota y alegó: Que la reserva del usufructo no atenta al artículo 20 de la Ley Hipotecaria por cuanto lo que se reserva no es una titularidad presente sino potencial, la de recibir el disfrute de la cosa en el momento que se extinga el usufructo actual por muerte del primer usufructuario, que no se consolidará con la nuda propiedad, sino que nacerá un nuevo derecho de usufructo, sucesivo respecto del anterior, en favor del reservante.

IV. El Registrador, en su informe de defensa de la nota, argumentó, fundamentalmente, lo siguiente: Que en el presente caso no existe un usufructo sucesivo. Que el usufructo se encuentra inscrito a favor del primer usufructuario y, por tanto, el nudo propietario vendedor no puede reservarse de presente un usufructo futuro (art. 20 de la Ley Hipotecaria) lo que, únicamente, se puede llevar a cabo sujetando la reserva a la condición suspensiva de que se consolide a favor del nudo propietario vendedor la adquisición futura del goce de la cosa, lo que no se establece en la escritura calificada, sin que pueda considerarse como condición suspensiva el hecho de que en la escritura se diga que el usufructo se configura como sucesivo, es decir, para después del fallecimiento del usufructuario actual.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó el recurso y confirmó la nota del Registrador.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 468 y 469 del Código Civil, y 2 de la Ley Hipotecaria.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes: En una partición de herencia se adjudica una finca en usufructo al cónyuge viudo y en nuda propiedad, por mitad y proindiviso a los dos hijos. En el mismo acto, uno de los hijos, dueño de la mitad de la nuda propiedad, la vende al otro, reservándose «el usufructo sucesivo que de la misma le corresponde para cuando fallezca el actual usufructuario». La Registradora inscribe la adjudicación hereditaria y la venta, denegando la inscripción de la reserva del usufructo que se hace en ésta «por estar inscrito dicho derecho a favor de persona distinta». El Notario recurre la calificación. El Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso. El Notario apela el Auto Presidencial.

2. El recurso ha de ser estimado. En la cláusula transcrita no hay duda de que el nudo propietario lo que se reserva al vender la nuda propiedad de su mitad es el usufructo que le corresponderá al consolidarse con aquélla el pleno dominio de la finca, y no el que tiene el titular actual del usufructo, estableciéndose, en consecuencia, un usufructo sucesivo, admitido por el Código Civil, y cuya inscribibilidad no ofrece la menor duda en nuestra legislación hipotecaria (cfr. artículos de uno y otra citados en el «vistos»).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto presidencial y la calificación de la Registradora.

Madrid, 12 de septiembre de 2001.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

COMENTARIO

Nos ha sorprendido la brevedad de una Resolución que, a nuestro juicio, aborda un problema de bastante importancia, y baste para ello comprobar que la nota de despacho y denegación parcial ocupa más espacio que el contenido de la propia Resolución de la Dirección General, pareciendo evidenciar con ello que el problema planteado carece de importancia por tratarse de un claro supuesto, que quizá no hubiese merecido la interposición del recurso. Sin embargo, tras su lectura, nos ha parecido que merecía dedicarle alguna atención pues, a nuestro juicio, la cuestión reviste mayor atención que la que se le ha dedicado.

El supuesto de hecho, efectivamente, parece sencillo. Una persona fallece dejando como único bien un piso, dejando al viudo en pago de su legado usufructuario, el usufructo universal y vitalicio, y a los dos hijos y herederos, por mitades indivisas, la nuda propiedad del citado piso. En la misma escritura, uno de los hijos vende la nuda propiedad, que se le adjudicó al otro hermano, pero **«reservándose el usufructo sucesivo que de la finca le corresponde para cuando fallezca el actual usufructuario»**.

La Registradora inscribe el documento salvo en cuanto a la reserva del usufructo vitalicio que realiza el hijo transmitente de la nuda propiedad, por estar inscrito dicho derecho a favor de persona distinta, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

El Notario recurre la nota de calificación por entender que tal reserva no atenta al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por cuanto lo que se reserva no es una titularidad presente, sino potencial, la de recibir el disfrute de la cosa en el momento en que se extinga el usufructo actual por muerte del primer usufructuario, que no se consolidará con la nuda propiedad, sino que nacerá un nuevo derecho de usufructo sucesivo en favor del reservante.

El Presidente de la Audiencia desestima el recurso. El Notario apela el auto y la Dirección General estima el recurso en unas brevísimas líneas, diciendo que no hay duda de que el nudo propietario lo que se reserva, al vender la nuda propiedad de su mitad, es el usufructo que le corresponderá al consolidarse con aquélla el pleno dominio de la finca y no el que tiene el titular actual del usufructo, estableciéndose en consecuencia un usufructo sucesivo admitido por el Código Civil y cuya inscribibilidad no ofrece la menor duda en nuestra legislación hipotecaria, conforme a los artículos 468 y 469 del Código Civil.

A nosotros, sin embargo, no nos parece tan clara la cuestión, y por ello realizamos este comentario.

Lo primero que debemos examinar es quién tiene la facultad de constituir el derecho de usufructo, y al respecto creemos que no existe duda alguna. Sólo el titular del pleno dominio puede, mediante la desmembración del mismo, constituir un derecho de usufructo, bien mediante la transmisión del mismo, bien mediante la transmisión de la nuda propiedad y reservándose el usufructo. El derecho de disfrute es algo ínsito en el derecho de propiedad, y el titular de la misma, como decimos, puede desprenderse del derecho de disfrute o transmitirlo a otra persona.

Sentada esta premisa debemos contemplar ahora quién puede constituir un usufructo sucesivo, y necesariamente hemos de volver a lo expuesto anteriormente. El titular del pleno dominio puede constituir el derecho de usufructo a favor de una persona, a favor de varias conjuntamente o a favor de

varias sucesivamente. Así lo dispone el artículo 461 del Código Civil cuando nos dice que: **«Podrá constituirse el usufructo en todo o parte de los frutos de una cosa o a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente...»**, y el artículo 468, igualmente citado en los vistos, nos dice que ello puede hacerse en actos de última voluntad. Pero, hemos de insistir, esta facultad compete al titular del pleno dominio mediante la desmembración del mismo.

El usufructuario puede, a su vez, una vez constituido el usufructo, aprovechar la cosa usufrutuada, arrendarle a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas que se considera subsistente durante el año agrícola. Así lo dispone el artículo 480 del Código Civil.

También hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 513 del Código Civil, que nos dice que: **«El usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario»**.

Sobre estas bases veamos su aplicación al supuesto de hecho planteado. La titular del dominio pleno desmembra el mismo y atribuye al consorte el usufructo y a los dos hijos, a cada uno de ellos, la nuda propiedad de la mitad del piso objeto de la herencia. Resulta evidente que aquí no existe usufructo sucesivo alguno. El viudo es único usufructuario y, por consiguiente, a su fallecimiento el usufructo se consolidará con la nuda propiedad a favor de los titulares de ésta, conforme al artículo 513 citado. La cuestión es así de simple, ¿qué derecho tienen los hijos nudo propietarios respecto a ese derecho de usufructo constituido? Pues, sencillamente, el de consolidarlo con la nuda propiedad, no el de sucederle en el usufructo. Con la muerte del usufructuario, el usufructo se extingue y desaparece y vuelve a surgir la situación de pleno dominio a favor de los titulares de la nuda propiedad. En el caso que nos ocupa, el transmitente de la nuda propiedad, de su mitad indivisa, que sólo tiene una simple expectativa de ser titular del pleno dominio por extinción del usufructo, no ostenta titularidad alguna respecto al usufructo y, por consiguiente, no puede realizar acto alguno que afecte al mismo. Lo que la causante le transmitió fue la nuda propiedad y el derecho a consolidar el dominio a la extinción del usufructo, pero no el derecho a transformar el derecho de usufructo que, naturalmente, ya no sería usufructo sucesivo, porque para que lo fuese tendría que haber sido constituida por el titular del pleno dominio, cosa que, como hemos visto, no tuvo lugar.

Ante esta situación se nos plantea una nueva cuestión típicamente registral, ¿qué es lo que ha de inscribir la Registradora como consecuencia de la Resolución? No un usufructo sucesivo que, como decimos, no ha existido. ¿Un usufructo nuevo que constituye quien no es titular del pleno dominio sujeto al hecho del fallecimiento del actual usufructuario? o ¿una simple expectativa?

No podemos olvidar que nadie puede transmitir derechos que no ostenta, y resulta evidente que cuando el hijo, nudo propietario, transmite su nuda propiedad, ningún derecho ostenta respecto al usufructo. Su derecho era, simplemente, el derecho a consolidar tal usufructo con su nuda propiedad y si ese hecho se produce podrá entonces reservarse el usufructo y transmitir la nuda propiedad, pero si antes de que se produzca tal circunstancia la transmite, su derecho se extingue, porque quien ostenta el derecho a consolidar el pleno dominio corresponde al titular de la nuda propiedad.

Piénsese en lo absurdo que sería que el transmitente de la nuda propiedad, que en ningún caso ha ostentado facultad alguna con respecto al usufructo, en vez de reservárselo para sí, no sólo lo hubiese hecho para sí, sino también para sus descendientes, con lo que habría surgido un nuevo derecho de usufructo, constituido por quien, en ningún caso, llegó a ser titular del pleno dominio del inmueble.

Por último, debemos plantearnos la trascendencia que en orden a la constitución de tal derecho y su inscripción pueda tener el consentimiento que presta el adquirente a su existencia. Desde un punto de vista exclusivamente civil, no cabe duda de que constituye una especie de promesa de constitución de un derecho de usufructo que podría ser exigido por el transmitente, más desde el punto de vista exclusivamente hipotecario y registral, tal promesa no constituye acto inscribible y de ahí nuestra discrepancia con el resultado de la Resolución que incide en el error de confundir lo que es un usufructo sucesivo, que sólo se puede constituir por quien es titular del pleno dominio del inmueble, determinando las personas que han de gozar del derecho de usufructo, por el orden establecido, con la simple facultad de consolidar el dominio pleno con la incorporación del usufructo a la nuda propiedad, cuando se extingue aquél, derecho que corresponde al que en el momento de extinción del usufructo es titular de la nuda propiedad. De ahí que consideremos acertada la nota de calificación, ya que el usufructo total del bien se inscribe a favor del viudo y la expectativa de consolación no constituye acto inscribible, máxime por cuanto la nuda propiedad de la mitad indivisa, con la que aquél habrá de consolidarse, ya no pertenece al transmitente, por lo que lo acordado sólo puede configurarse como una obligación personal de constituir un nuevo usufructo a la extinción del anterior que, dada su naturaleza, no tiene carácter inscribible y no puede considerarse como usufructo sucesivo, porque no se configura como tal por el titular del dominio pleno, que lo establece sólo a favor de una persona, por lo que tal usufructo se extingue por la muerte de la misma, conforme al artículo 513-1.º del Código Civil, sin que sea posible su resurrección.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

HIPOTECA. ANTICIPACION DE INTERESES CON REDUCCION DEL PRINCIPAL. VALIDEZ.—AUN CUANDO, EN PRINCIPIO, EL PRESTATARIO SOLO SE OBLIGA A DEVOLVER UNA CANTIDAD IGUAL A LA RECIBIDA Y, POR TANTO, EL PRINCIPAL DEBE SER ENTREGADO EN SU INTEGRIDAD, LA VALIDEZ DEL PACTO DE ANTICIPACION DE LOS INTERESES (ART. 1.755 DEL CODIGO CIVIL) LLEVA A CONSIDERAR TAMBIEN VALIDO EL DESCUENTO QUE SOBRE EL CAPITAL PRESTADO REALIZA EL ACREEDOR PARA COBRAR ANTICIPADAMENTE LOS INTERESES, SIN QUE ELLO DETERMINE INDETERMINACION DEL PRINCIPAL PRESTADO. (RESOLUCIÓN DE 22 DE MAYO DE 2001. BOE DE 28 DE JUNIO DE 2001.)

RESOLUCION de 22 de mayo de 2001, de la Dirección General de los Requisitos y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don José Alfonso López Tena, contra la negativa del Registrador de Esplugues de Llobregat, don José María Ferrán Guitart, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don José Alfonso López Tena, contra la negativa del Registrador de Espluges de Llobregat, don José María Ferrán Guitart, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 14 de abril de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Barcelona, don José Alfonso López Tena, doña A. M. C. V., entrega en concepto de préstamo mutuo a don F. B. G. y M. R. B., la cantidad de siete millones novecientos mil pesetas, los cuales constituyen hipoteca sobre una finca urbana de su propiedad en garantía del principal del préstamo, pago de sus intereses de demora por el plazo de tres años, a razón del tipo máximo de 20 por 100, así como la cifra que se fija para gastos y costas. En la estipulación primera de la escritura se establece que la parte prestataria recibe la cantidad de quinientas noventa y ocho mil pesetas. El resto del préstamo concedido lo retiene en su poder la parte acreedora, por los siguientes conceptos: 1. Cuatro millones quinientas veinticinco mil pesetas para el pago del capital, intereses y costas devengados por la hipoteca que pesa sobre la finca a favor de Fundación Hipotecaria Entidad de Financiación, S. A.; 2. Un millón trescientas cincuenta y cinco mil pesetas para el pago de capital, intereses y costas devengadas por un embargo a favor del Banco Pastor, y 3. Un millón cuatrocientas veintidós mil pesetas para el pago de los intereses de un año al 18 por 100 (fijado en la estipulación primera). En la estipulación segunda se dice que la parte prestataria se obliga a devolver dicha suma en el plazo de un año a contar desde el día del otorgamiento de la escritura.

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Espluges de Llobregat, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto de calcularse los intereses sobre una cantidad que no se corresponde con la efectivamente entregada por la parte prestamista, produciéndose con ello y en base a la capitalización anticipada de intereses pactada, error en el principal del préstamo y en la obligación de devolución de “otro tanto” que incumbe al deudor según el artículo 1.753 del Código Civil. Contra la presente nota de calificación se puede interponer recurso gubernativo ante el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y plazos previstos en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Espluges de Llobregat, 16 de julio de 1997. El Registrador. Firma ilegible». Nuevamente presentada la escritura, fue objeto de la siguiente nota: «Presentado de nuevo el documento precedente, se reitera la anterior nota de denegación de fecha 16 de julio de 1997. Contra la presente nota de calificación, se puede interponer recurso gubernativo ante el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la forma y plazos previstos en los artículos 112 y siguientes de su Reglamento Hipotecario. Espluges de Llobregat, 10 de octubre de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que el contrato calificado no incurre en los defectos que el Registrador incorrectamente le achaca en su nota. II. Que el contrato de préstamo consiste en la cantidad de 7.900.000 pesetas, que devenga unos intereses del 18 por 100 anual (es decir, 1.422.000 pesetas). Por el préstamo, la parte prestamista debe entregar a la prestataria 7.900.000

pesetas, y dicha obligación puede cumplirse, hipotéticamente, aumentando el activo del préstamo (entregándole el total importe) o disminuyendo su pasivo (pagando deudas del prestatario). Que ambas son formas de pago y mediante ambas queda cumplida la obligación de entrega. III. Que, acordado el contrato de préstamo, la situación económica de prestamista y prestatario es la que se refleja en el hecho I. En tal situación caben dos posibilidades: que la prestamista entregue al prestatario 7.900.000 pesetas y éste, a su vez, proceda a pagar las deudas; o bien que el prestamista pague directamente por cuenta del prestatario el importe de dichas deudas y entregue al prestatario la diferencia. Que ambas posibilidades son válidas y mediante ambas se entrega la totalidad del importe del préstamo. IV. Que el Registrador olvida que si el prestamista se encarga de abonar las deudas existentes, entre las cuales se encuentra el importe de los intereses del préstamo (que se devenga anticipadamente y no por período vencido), no es que con ello pretenda donar su importe al prestatario, que sería entonces beneficiario de una disposición a título gratuito, sino entregar el importe del préstamo mediante, en parte, pago de deudas vencidas, líquidas y exigibles del prestatario, lo cual es exactamente lo mismo que entregar dinero. V. Que lo anterior se refiere a las tres deudas del prestatario, cuyo pago por el prestamista es forma de entrega del importe del préstamo, debiendo añadirse que por lo que se refiere a la hipoteca y el embargo preexistente, resulta evidente el interés del prestamista de asegurar, mediante pago, la cancelación de ambas cargas, la prioridad de su propia hipoteca. Que cuestión específica es la referida al pago de los intereses del propio préstamo, cuyo devengo es anticipado, por lo que al entregar el prestamista el importe del préstamo surge una deuda vencida a cargo del prestatario y a favor del prestamista, consistente en el importe de dichos intereses, y con ello el prestatario paga los intereses recibiendo de menos su importe a cargo del préstamo. Por ello, los intereses no están garantizados por la hipoteca, puesto que ya están pagados. VI. Que, en consecuencia, si se suma el importe de las dos deudas preexistentes, de los intereses devengados anticipadamente y del importe recibido por el prestatario se tendrá una cifra total de 7.900.000 pesetas y ese es el importe del préstamo, es decir, la cantidad que el prestatario debe devolver al prestamista. Si se aplica a dicho importe un 18 por 100, nos da la cifra de los intereses, devengados anticipadamente, vencidos y compensados entre prestamista y prestatario a cargo de sus respectivas obligaciones de entrega.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que la única entrega que hace la parte prestamista es la de las sumas de 598.000 pesetas que recibe la parte prestataria y las sumas de 4.525.000 pesetas y de 1.355.000 pesetas que las retiene para con ellas proceder al pago de deudas de la parte prestataria. Que son en total 6.478.000 pesetas respecto de las cuales sí existe un verdadero desembolso y una entrega efectiva por parte de la prestamista y una recepción, ya directa, ya por vía indirecta, por parte de la prestataria, la cual, no cabe duda alguna que, cumplidos estos requisitos y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.753 del Código Civil, ha adquirido la propiedad y queda obligada a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Que en cuanto a las restantes 1.422.000 pesetas, que retiene la prestamista para «pago de los intereses de un año al 18 por 100», cancelándolos sobre la cantidad de 6.478.000 pesetas, que sí ha desembolsado, efectivamente, sino sobre la superior de 7.900.000 pesetas, es evidente que no se corresponde a una contraprestación recíproca y equivalente de la prestamista, y en puridad no

pueden ser catalogados como préstamo, pues ni han sido entregadas ni han sido recibidas por la parte prestataria, ni puede decirse respecto de las mismas que el contrato se haya perfeccionado. En este sentido, hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1994. Que el problema que plantea la escritura calificada surge de la capitalización anticipada de los intereses que hace que tenga que incurrir en puntos contradictorios: 1. Entrega por parte del prestamista, como formando parte del principal prestado, de la suma correspondiente a los intereses cuando éstos tienen un tratamiento distinto del principal; 2. Obligación de devolución total cuando hay una previa retención; 3. Cálculo de los intereses sobre una suma que no se corresponde a una efectiva contraprestación en contra del principio de reciprocidad y equivalencia de las prestaciones de las partes y que hace que se trate de «una declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios», rechazada expresamente por la reciente Ley 7/1998, de 13 de abril. Que todo ello choca con el principio de claridad y precisión que han de tener los asientos registrales, lo que ha llevado a rechazar la inscripción pretendida.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador, fundándose en que analizando la operación o negocio jurídico realizado en la escritura calificada en puridad de conceptos jurídicos, la suma de 1.422.000 pesetas, que la prestamista retiene para pago anticipado de intereses, no puede ser conceptuado como capital entregado, al menos al efecto de calcular sobre ella los intereses, porque ya en sí es interés y no capital. La suma verdaderamente entregada en concepto de capital es la de 6.478.000 pesetas, y si la parte prestataria se obliga a devolver en el plazo de un año, a contar desde el día del otorgamiento de la escritura la suma de 7.900.000 pesetas, paga intereses al 21,95 por 100 y no al 18 por 100, como dice la escritura. Sobre la suma realmente prestada en concepto de capital, el 18 por 100 es 1.166.040 pesetas y no 1.422.000 pesetas. Que existe una contradicción entre las estipulaciones primera, segunda y tercera, y dicha contradicción es incompatible con la claridad y precisión de conceptos jurídicos que han de tener los asientos registrales.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la compensación es una de las formas de pago que admite la legislación civil, siempre que se cumplan los requisitos de reciprocidad de las obligaciones de pago y su concurrente carácter de vencidas, liquidadas y exigibles, además de acordarlo ambas partes recíprocamente acreedoras y deudoras una de otra; y todos estos requisitos se cumplen en el contrato objeto del recurso. Que el auto presidencial, por efecto de no admitir entregadas las sumas compensadas, procede a una modificación del contrato de préstamo que lo desnaturaliza y lo convierte en otro. Que el auto no entiende entregado el capital del préstamo mediante la retención por el prestamista para pago de deudas del prestatario con el propio prestamista, e incurrir en una discriminación arbitraria, pues considera que si el acreedor es un tercero, la retención es entrega, pero si el acreedor es el propio prestamista, la retención no es entrega. No hay norma legal alguna que permita esa discriminación, que además carece de lógica jurídica y económica.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil, y 1 a 3 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura.

1. Se debate en el presente recurso acerca de la posibilidad de inscribir una hipoteca en garantía de un préstamo por un año cuando los intereses que

ha de devengar éste se cobran anticipadamente por el acreedor de forma y manera que son descontados de la cantidad que se entrega al deudor y que viene a ser, pues, el principal prestado disminuido de los intereses pactados. El Registrador deniega la inscripción por el hecho de calcularse los intereses sobre una cantidad que no se corresponde con la efectivamente entregada, produciéndose con ello, y en base a la capitalización anticipada de intereses pactada, error en el principal del préstamo y en la obligación de devolución de «otro tanto» que incumbe al deudor según el artículo 1.753 del Código Civil.

2. En la nota de calificación, el Registrador viene a entender que la cantidad prestada no se corresponde con la cantidad efectivamente entregada, con lo que el prestatario resulta obligado a restituir una cantidad distinta a la recibida, lo que supone la desnaturalización del contrato de préstamo en el que, como contrato real que es, es esencial la obligación de restituir «otro tanto» igual a lo previamente entregado. Sin embargo, este planteamiento no puede ser confirmado. Admitida la posibilidad (cfr. art. 1.755 del Código Civil), de que el préstamo devengue interés, no hay razón para rechazar el pacto de devengo al inicio del período considerado (cfr. arts. 1.255, 1.614 y 1.806 del Código Civil). Y si este pacto acerca de la forma en que han de pagarse los intereses ha de considerarse válido, ningún inconveniente puede haber en que sea el mismo acreedor el que, al realizar la entrega del capital prestado, descuenta, en ese concepto de cobro de interés, la cantidad que corresponde al primer período fijado, sin que por ello pueda alegarse indeterminación del principal prestado.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador y el auto del Presidente del Tribunal Superior.

Madrid, 22 de mayo de 2001.—La Directora General, *Ana López-Montís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Cataluña.

COMENTARIO

Es objeto de comentario en esta Resolución la posibilidad de inscribir una escritura de hipoteca en garantía de un préstamo, en el que se pacta el cobro anticipado de los intereses, descontándose su importe de la cantidad que se entrega al prestamista. El Registrador rechaza esta inscripción por no corresponderse la cantidad, efectivamente entregada, con la que debe devolver el prestamista y, en consecuencia, se desnaturaliza el contrato de préstamo, en el que es de esencia la obligación de restituir «otro tanto» (art. 1.753 del Código Civil).

Conviene analizar con detenimiento el contrato de préstamo, en el que se ven inmersas dos obligaciones distintas: *a)* la obligación de efectiva entrega de cosa fungible por parte del prestamista; *b)* la obligación de devolver o restituir lo mismo que se entregó.

El contrato de préstamo ha sido considerado tradicionalmente como un contrato real, ya que se perfecciona precisamente por la entrega del dinero, y por tanto hasta que esa entrega no se ha producido, no existe propiamente

contrato de préstamo (1). Esta obligación no sería parte del contenido del contrato de préstamo, que es unilateral, sino sólo elemento de perfección del mismo, generándose, entonces, la única obligación del contrato a cargo del prestatario de devolver el dinero.

Por el contrario, para otro grupo doctrinal existe la posibilidad de un contrato de préstamo consensual (2), que se perfecciona por el simple consentimiento de ambas partes, constituyéndose la entrega de dinero en un acto de ejecución del contrato. En este caso se suele considerar el contrato como bilateral, en el que existen dos obligaciones: entregar y devolver, y eso aunque las obligaciones de ambas partes no nazcan simultáneamente, sino que será necesario que se entregue primero la cosa para que nazca la obligación de devolverla.

(1) En este sentido, son muchos los autores que han defendido esta tesis, entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español Común y Foral*, tomo IV, Ed. Reus, Madrid, 1985, págs. 438 y sigs. Este autor afirma que el préstamo es «un contrato real que se perfecciona con la entrega efectiva de la cosa, tal y como se deduce del artículo 1.740 del Código Civil».

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, José M.^a Bosch, editor, Barcelona, 1972, pág. 261. Sostiene que ambas clases del préstamo (mutuo y comodato) son contratos reales, por tanto se perfeccionan por la entrega de la cosa, y no basta para que exista contrato de préstamo el solo acuerdo de las partes si no va acompañado de tal entrega.

Y aunque con matices, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, II*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 453 y sigs. Califica al contrato de préstamo como contrato real, de manera que su perfección no se produce por el mero consentimiento, sino que es precisa la entrega de la cosa. Esta entrega no supone el cumplimiento de una obligación anterior, sino que es elemento o requisito de perfección del contrato y, por tanto, del nacimiento de las obligaciones derivadas de él. A pesar de estas palabras, a continuación recoge las nuevas ideas sobre el carácter consensual del contrato de préstamo, y asegura que hay que someter a revisión la tesis tradicional, pues pueden existir ciertos contratos consensuales de préstamo en los que el prestamista quedaría obligado a la entrega de la cosa y el prestatario estaría legitimado para exigir el cumplimiento.

Asimismo, lo confirma reiteradamente el Tribunal Supremo como, por ejemplo, en las sentencias de 28 de octubre de 1909, 4 de mayo de 1943, 12 de febrero de 1946, 21 de febrero de 1956, 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964, 8 de julio de 1974, 28 de marzo de 1983, 25 de febrero de 1986, 17 de diciembre de 1997 y 11 de junio de 1999.

(2) En este sentido, entre los autores que defienden el carácter consensual del contrato de préstamo, se encuentran:

ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», en *RDP*, 1936, págs. 5 y 6. Asegura que el contrato de mutuo no es propiamente un contrato real, y que no se puede hablar (cuando consentimiento y entrega van diferidos) de un precontrato de mutuo, y luego (con la entrega) del verdadero contrato real, sino que «la promesa de dar una cantidad para ser devuelta más tarde es, lógicamente, un contrato consensual que obliga, no a reiterar el consentimiento ya prestado y con el que se declararon y regularon todos los efectos y el fin querido por ambas partes, sino sencillamente a cumplir la prestación una de ellas, y luego a restituir la otra».

JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958. Probablemente se deba a este autor la revisión definitiva de la tesis de la naturaleza real del contrato de préstamo. Para él, cualquier préstamo convenido, sin entrega, es ya, en el momento del acuerdo de voluntades, un contrato perfecto al que le faltan los actos precisos para su consumación. Y considera que, en adelante, las partes no deberán volver a prestar su consentimiento cuando se produzca la entrega de la cosa, pues ésta es cumplimiento de un acuerdo precedente dentro del ya contrato de presta-

Y, últimamente, analizando sobre todo el contrato de préstamo bancario (3), la doctrina mercantilista (4), y como consecuencia de los hábitos normales de la práctica bancaria, se inclina cada vez más por admitir en este

mo. Añade este autor que «el acto de la entrega, en todo contrato, no es un elemento perfeccionador del mismo, sino un acto de cumplimiento de lo prometido».

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 373 y sigs. Considera que el contrato de mutuo puede tener carácter real o consensual, según la obligación de entregar la cosa esté o no prevista y regulada en el contrato inicial. De este modo, afirma que «el pretendido precontrato de préstamo es un verdadero contrato consensual, pues carece de sentido entender que la obligación de entregar una cantidad en concepto de préstamo no forme una unidad con la obligación resultante de esa efectiva entrega cuando ambas obligaciones están previstas y reguladas en el contrato inicial».

ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*, vol. 1, Madrid, 1948, págs. 340-341. Para este autor, el contrato consensual de mutuo es lo mismo que el precontrato de mutuo. Ambos son una misma e idéntica figura, por eso, concluye, «al identificarse este último —precontrato de mutuo— con aquél, obliga a considerarlo como un imposible jurídico».

GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», en *AAMN*, tomo I, 1945, págs. 277 y sigs. Califica al contrato de mutuo como verdadero contrato consensual y bilateral.

ORDAS ALONSO, M., en AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1977: «Desde mi punto de vista, y partiendo de que el mayor número de préstamos tiene como prestamista una Entidad de Crédito, la calificación del préstamo como contrato real no se ajusta en absoluto a la operativa bancaria actual, en la cual tal calificación contrasta con la práctica en la que el pacto sobre la concesión del mismo es anterior a la entrega del dinero; de hecho, en el momento en que se firma la póliza con la entidad crediticia, se entiende que se ha perfeccionado, constituyendo la entrega del dinero en un acto de ejecución del contrato; de acuerdo con lo cual el préstamo se convierte en consensual, perfeccionándose con el acuerdo de voluntades».

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, José M.ª Bosch, págs. 177 y sigs.; Díez-Picazo, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *ob. cit.*, págs. 453 y sigs. Para estos autores hay que revisar los viejos postulados doctrinales, pues al amparo del 1.255 del Código Civil es indudable la eficacia y validez de un contrato por el que una parte se obligue a entregar una cosa y la otra a devolverla, aunque no se haya producido la efectiva entrega (LACRUZ). Lo que ocurre es que normalmente la entrega es inmediata al acuerdo, van a la vez; pero, si hay separación entre ellos, surge el problema, pues esa primera parte (acuerdo de voluntades que crea una vinculación jurídica) se encuentra en nuestro sistema sin específica regulación legal (DÍEZ-PICAZO).

(3) Si aceptamos que se trata del préstamo que se celebra entre una entidad bancaria (prestamista) y un cliente (prestatario), al amparo de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, y como admite la doctrina, aunque considera clara la inclusión de este tipo de préstamo dentro del definido por el Código Civil en el artículo 1.753: entre otros, SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., «Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito», en *Contratos bancarios*, AA.VV., Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 161-165; y MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «El préstamo bancario de dinero», en *Contratos bancarios y parabancarios*, AA.VV., Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, págs. 388-389.

(4) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos de los préstamos bancarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 14, 1984, págs. 312 y sigs.; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª edición, Madrid, 1990, págs. 465 y sigs.; CANO RICO, J. R., *Manual práctico de contratación mercantil*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 62; y en un cambio de opinión respecto a su tesis anterior, por la que consideraba al préstamo como contrato real, últimamente SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Dere-*

tipo de contrato su carácter consensual. Ya que es normal, en los préstamos bancarios, que se considere perfeccionado el contrato, al ponerse por escrito el acuerdo de voluntades mediante las condiciones estipuladas, y plasmado en la póliza correspondiente intervenida por fedatario. A la vez que, generalmente, se difiere la entrega del dinero del momento en que se acuerda o contrata, pues la entrega física del dinero se suele realizar con posterioridad, bien mediante su anotación en cuenta o mediante la entrega de un cheque; entrega que, en cualquier caso, no perfecciona el contrato sino que es ejecución del mismo (5).

Pero, aparte de la trascendencia doctrinal que pueda tener discutir sobre la naturaleza real o consensual del contrato, y para lo cual me remito a las obras citadas y de carácter general (6), lo realmente trascendente es que se defienda una u otra tesis, para que nazca la obligación de devolver por parte del prestamista es absolutamente necesario que se haya producido la entrega del dinero, siendo, entonces, «irrelevante» que ésta sea el acto de perfección del contrato, o lo sea de ejecución del mismo, pues como bien dice el artículo 1.753 del Código Civil, «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y **está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad**», y en parecidos términos se expresa el artículo 312 del Código de Comercio.

Luego, para saber si hay que devolver, y cuánto hay que devolver, hay que fijarse en si se entregó y recibió y cuánto se entregó.

La entrega del dinero y su recepción por el prestamista se constituye así en elemento esencial para que nazca la obligación de devolver, característica del préstamo. Y es en este punto donde surgen las divergencias entre el Registrador y el Notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario, pues el primero entiende que la retención por parte del acreedor hipotecario de la cantidad debida por intereses anticipadamente a su devengo con el correspondiente descuento del principal, no es verdadera entrega y por tanto, el prestamista no está obligado a devolver; mientras que el recurrente considera que sí lo es, y por tanto también hay que devolverlo.

¿Cuándo se ha entregado?, ¿qué es entrega de cantidad?

En un sentido estricto, la entrega en el contrato de préstamo supone que el bien que se da quede a total y libre disposición del prestamista, como dice el Código Civil, se transmite la propiedad de la cosa al prestamista, lo que implica la libre disposición y todas las facultades sobre el mismo. Si bien, ese aspecto traslativo de la propiedad hay que matizarlo cuando lo que se entrega se trata de dinero. Por las especiales características del mismo, su fungibilidad

cho Mercantil, 16.ª edición, Madrid, 1992, pág. 517; considerando que incluso el préstamo bancario es un contrato formal, pues se perfecciona por la póliza que recoge las estipulaciones, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo II, Barcelona, 1992, págs. 252 y sigs.

(5) En contra, y aun admitiendo la no simultaneidad entre el acuerdo de voluntades y la entrega del dinero por las prácticas bancarias normales de hoy en día, consideran que el préstamo bancario sigue siendo real, y que sólo se perfecciona con esa entrega, aunque sea diferida, pues así se contempla en la legislación civil y mercantil (arts. 1.753 del Código Civil y 312.1 del Código de Comercio): SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., «Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito», *ob. cit.*, págs. 161-165; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «El préstamo bancario de dinero», *ob. cit.*, págs. 395-396.

(6) Me inclino por considerar que el contrato de préstamo es un contrato real, pues así se ha configurado en la legislación, y me parece lo más acorde con su finalidad.

y el ser una medida de valor, abstracta y sin corporeidad, su entrega no es tanto la transmisión de la propiedad (con traslado posesorio), sino más bien la efectiva, verdadera y libre disposición del dinero a favor del prestamista.

Y, entonces, la entrega interpretada en un sentido estricto, consistiría en esa efectiva disposición, lo que implica la transmisión del dinero al patrimonio del prestamista, aunque esto no se realice físicamente mediante el traslado de las monedas; por ejemplo, sería entrega la anotación en cuenta de la cantidad dada, o la entrega de un cheque que represente ese valor.

Y según esta tesis restrictiva, y en el caso que se comenta, habría efectiva entrega, sin lugar a dudas, con respecto a las 598.000 pesetas, tal y como se deduce de la propia escritura, al establecerse en la estipulación primera que la parte prestataria recibe esa cantidad.

En segundo lugar, el Registrador y el recurrente coinciden en admitir que también se ha producido la entrega (y por tanto la obligación de devolver) con respecto a las cantidades de 4.525.000 y 1.355.000 pesetas, que el banco retiene para pagar una hipoteca y embargo, respectivamente, que pesaban sobre la finca que se ofrece en garantía en el préstamo que se analiza. No existe controversia en este aspecto, y el recurso no trata sobre el mismo, pues ambos consideran que la entrega puede producirse, como dice el notario, «aumentando el activo del préstamo (entregándole el total de importe) o disminuyendo su pasivo (pagando deudas del prestatario)». Se produce un pago por tercero, con consentimiento del deudor, en el que el acreedor «solvens» tiene interés demostrado, ya que con este pago a los acreedores del deudor se extinguen las garantías que convertían en preferentes los otros créditos, pasando el crédito del solvens a ser ahora preferente sobre la finca hipotecada.

Sin embargo, desde el criterio estricto que he explicado de entrega, tampoco, en este caso se habría producido, pues en ningún caso hay una libre disponibilidad de la cantidad por el prestamista, pues no consta la entrega, sino directamente la retención de esas cantidades por el acreedor, lo que, desde una óptica absolutamente restrictiva, no parece que suponga la puesta a disposición del mismo por el prestamista.

No obstante, no creo que haya que interpretar tan estrictamente el concepto de entrega. Las formas de entrega normales en la práctica bancaria son: a) entrega del dinero en efectivo o mediante cheque en el momento de formalización del contrato (sería una entrega en sentido estricto, pero es inusual en la práctica); b) mediante abono en cuenta de las cantidades prestadas, en una cuenta abierta en la entidad prestamista a nombre del prestatario (práctica normal en banca). Pero, no obstante, y desde un punto de vista más amplio, podemos entender que también se pone a disposición del prestamista el dinero de otras formas, ya que, como dice MARTÍ SÁNCHEZ (7), «la entrega de cantidad puede ser realizada por cualquier medio técnico que haga posible la disponibilidad de esa cantidad por el prestatario (abono en cuenta, autorización al prestatario para ordenar pagos con cargo a la suma prestada...), pues como expresa el Tribunal Supremo, "la entrega no requiere una transmisión manual, siendo suficiente poner la cosa en el poder dispositivo del prestatario, que dispuso del dinero (STS de 16 de octubre de 1993)", sin que sea necesario acudir a la ficción utilizada por dicho Tribunal, en la misma sentencia, consistente en considerar que "la declaración en escritura de préstamo, de tener recibida el prestatario con anterioridad la suma pactada, equivale al hecho de la entrega,

(7) Véase MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «El préstamo bancario de dinero», *ob. cit.*, pág. 399.

quedando perfeccionado el contrato” pues, según vimos, y así lo manifiesta el Tribunal Supremo en la propia sentencia de 16 de octubre de 1993, “lo esencial para la existencia del contrato de préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma (...) sino que la cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con obligación de devolverla en plazo determinado”.

Por lo tanto, parece poder admitirse como entrega, el encargo de pago de otras deudas del prestatario, mediante la retención de ese dinero por el prestamista, pues en el fondo ha recibido esa cantidad y ha dispuesto de ella, aunque sea de forma indirecta, mediante la disminución de su pasivo.

No obstante, sería mucho más sencillo para evitar conflictos y complicaciones (desde mi punto de vista, aquí exagerados), que el acreedor abonase la cantidad en la cuenta corriente de su deudor (entrega estricta), y que inmediatamente cargara en la misma el importe necesario para pagar esas deudas, tal y como se estipuló. El resultado sería el mismo, pero jurídicamente evitaríamos discusiones acerca de si se produjo entrega en sentido estricto. Es más, esto último suele ser la práctica habitual bancaria: primero se realiza un abono, y luego, el cargo o disposición correspondiente.

En tercer lugar, y donde surgen las discrepancias que originan la presente resolución de la DGRN, es en cuanto a la «entrega» de 1.422.000 pesetas, en concepto de intereses remuneratorios, que el acreedor retiene anticipadamente como pago de los mismos. El Registrador mantiene que dicha entrega no se ha producido y que, por lo tanto, el prestatario no tiene obligación de devolver esa cantidad, siendo, entonces, y únicamente la cantidad que se debe devolver, la misma que se entregó: es decir, la suma de los otros tres conceptos ya citados y sobre los que no hay controversia que asciende a un total de 6.478.000 pesetas. Y si en la escritura se mantiene que el préstamo tiene un principal de 7.900.000 pesetas, existe un error y un desequilibrio de contraprestaciones que desvirtúan el propio contrato de préstamo, y, consecuentemente, no puede inscribirse dicha escritura, pues se calculan los intereses sobre una cantidad que no se corresponde a la efectivamente entregada, y formando éstos (los intereses) parte del principal, cuando son conceptos absolutamente distintos.

El Notario, por su parte, entiende que sí se ha producido entrega, aunque sea por vía indirecta, de esa cantidad por intereses, pues así se pactó por las partes (y según 1.255 del Código Civil sería admisible), y por los mismos argumentos que se admite como entrega la retención que también se hizo para el pago de las otras cantidades adeudadas.

Creo que en este punto, el notario y la DGRN tienen razón. Si admitimos como entrega, en un concepto amplio de la misma, la retención que hace el acreedor para el pago de otras deudas de su deudor, por encargo de éste, y tal y como se estipuló, el mismo criterio ha de seguirse con respecto a la retención como pago anticipado de los intereses. Pues esta posibilidad queda dentro de la libertad contractual de las partes (1.255 del Código Civil y, por analogía, 1.614 y 1.808 del Código Civil), y así se pacta por ellas en la escritura; además, de que se trata de una práctica bancaria corriente, pues supone una operación financiera muy ventajosa para las propias Entidades de crédito; eso sí, siempre que esto no se imponga de manera unilateral por la entidad crediticia, pues entonces podríamos estar ante una cláusula abusiva.

Sin embargo, si se mantiene la tesis de entrega efectiva en sentido estricto, esta operación no podría considerarse como entrega, pero, siguiendo este mismo criterio, tampoco lo serían las otras retenciones; luego o se aplica o no

se aplica esta tesis restrictiva, pero no creo que quepa diferenciar en ambos supuestos.

En conclusión, y desde mi punto de vista, si aplicamos un concepto estricto de entrega, sólo se habría producido con respecto a las 598.000 pesetas recibidas directamente por el prestamista, y sólo con respecto a esa cantidad estaría obligado a devolver (el prestatario), produciéndose, entonces, y como dice el Registrador, una discordancia entre lo pactado en escritura y lo efectivamente entregado, pero en cuanto a la totalidad de las retenciones. Si, por el contrario, partimos de un concepto de entrega en sentido amplio y la retención lo es, entonces se entregó la totalidad de 7.900.000 pesetas, y eso es lo que ha de devolver el prestamista, no existiendo, entonces, discrepancia entre lo entregado y lo que se está obligado a devolver.

Aunque, mantengo, que habría sido mejor que se hiciera un abono en cuenta corriente de la totalidad del principal, seguido de los correspondientes cargos para pagos de deudas y anticipo de intereses, para dar cumplida cuenta con lo preceptuado por el 1.753 del Código Civil, y con relación a la propia naturaleza del préstamo. Esto es lo que parece deducirse de las propias palabras de la DGRN, cuando declara «...ningún inconveniente puede haber en que sea el mismo acreedor el que, *al realizar la entrega del capital prestado, descuenta, en ese concepto de cobro de interés*, la cantidad que corresponde al primer período fijado, sin que por ello pueda alegarse indeterminación del principal prestado». Completamente de acuerdo, pero ¿no dejaría menos lugar a dudas que la entrega se hiciera mediante abono en cuenta e inmediata disposición?

Por último, sí quiero señalar que en ningún caso puede entenderse que, en la cantidad que deba devolverse, vaya incluida la cantidad debida por intereses, pues siempre se devolverán los 7.900.000 pesetas que se entregaron como principal, y además, el 1.422.000 pesetas como intereses remuneratorios, que no son sino el precio del préstamo, y que no pueden olvidarse ni englobarse dentro del principal (que es lo que se entrega), pues esto sí que contravendría el principio de determinación registral, y debería obtener una calificación negativa por parte del Registrador.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Doctora en Derecho

TRACTO SUCESIVO. CANCELACION DE HIPOTECA EN PROCEDIMIENTO PENAL.—LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DE LEGITIMACION Y TRACTO SUCESIVO (ARTS. 20 Y 38 LH), LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL DE LOS ARTICULOS 40.D) Y 82 LH, Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 24 CE) IMPIDEN QUE PUEDA PROCEDERSE A LA CANCELACION DE UNA HIPOTECA ORDENADA COMO CONSECUENCIA DE UN PROCEDIMIENTO PENAL EN EL QUE NO HA SIDO PARTE EL TITULAR REGISTRAL DEL CREDITO HIPOTECARIO. (RESOLUCIÓN DE 15 DE MARZO DE 2001. BOE DE 8 DE MAYO DE 2001.)

RESOLUCION de 15 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Luis Bonet Baguena, contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Caste-

llón de la Plana, número uno, don Manuel Uña Llorens, a practicar determinada cancelación de hipoteca ordenada como consecuencia de un procedimiento penal en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el procurador de los Tribunales, don José Antonio Peiró Guinot, en nombre y representación de don José Luis Bonet Baguena, contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Castellón de la Plana, número uno, don Manuel Uña Llorens, a practicar determinada cancelación de hipoteca ordenada como consecuencia de un procedimiento penal, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En ejecutoria número 3 de 1994, tramitada en la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, dimanante del Rollo 101/93, Procedimiento Abreviado número 28/91 del Juzgado de Instrucción de dicha ciudad, número 4, en cuyos autos fue dictada sentencia con fecha de 10 de noviembre, en la que se decreta la nulidad de la escritura de constitución de hipoteca otorgada para garantizar un préstamo de 5.000.000 de pesetas concedido por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segorbe, sobre la finca sita en Castellón, calle Rafalafena, 34, así como sobre la plaza de aparcamiento número 10 de la citada finca, que fue autorizada por el Notario de dicha ciudad, don Miguel Angel Bisbal Martínez, el 16 de agosto de 1989, así como la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad dimanante de dicha carga real inmobiliaria.

El 22 de junio de 1996, el Presidente de la Audiencia Provincial de Castellón expidió mandamiento al Registro de la Propiedad de Castellón, número uno, con el fin de llevar a efecto la cancelación de las inscripciones acordadas en la sentencia, haciéndose constar la firmeza de la misma.

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Castellón, número uno, junto con oficio ampliatorio o de complemento del mismo dictado por el mismo órgano judicial, con fecha 22 de enero de 1997, fueron calificados con la siguiente nota: «No procede practicar la cancelación decretada en el precedente mandamiento, porque ni del mismo, ni del oficio ampliatorio y complementario dictado por el Presidente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, se desprende que el titular registral del derecho de hipoteca cuya cancelación se pretende, haya intervenido como parte en procedimiento o haya prestado su consentimiento a dicha cancelación, tal y como previenen los artículos 20, 38, 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, y 24 de la Constitución Española, que exige dicha presencia para evitar su indefensión. Contra esta nota cabe entablar recurso gubernativo durante el plazo de cuatro meses ante el señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la forma regulada en el artículo 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Castellón, 4 de abril de 1997. El Registrador, Manuel Uña Llorens».

III. El Procurador de los Tribunales, don José Antonio Peiro Guinota, en nombre y representación de don José Luis Bonet Baguena, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota y alegó: Que el recurrente era propietario de la vivienda y plazas de aparcamiento, antes referidas, por escritura de compraventa otorgada el 30 de abril de 1988 por doña F. S. S. H., a quien pertenecían por donación de sus padres, en escritura otorgada el 7 de enero de 1988. Esta escritura no estaba inscrita en el Registro de la Propiedad, inscribiéndose el 17 de julio de 1989. El día 19 de agosto de 1989, doña F. S.

S. H., como titular registral constituyó hipoteca sobre las dos fincas antes señaladas. Ante el impago, la entidad prestamista instó procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, interponiendo don José Luis Bonet Baguena querrela criminal, que fue notificada a la entidad prestamista en la que, entre otros, se solicitaba la suspensión del procedimiento judicial sumario, a lo que se opuso la entidad prestamista. El Juzgado de Primera Instancia de Segorbe dictó providencia acordando la suspensión del procedimiento. Que en fecha 10 de noviembre de 1993, la Audiencia Provincial dictó sentencia en la que se condenaba a don P. L. M. por delito de estafa y en la que se decretaba la nulidad de la escritura de hipoteca, otorgada el 16 de agosto de 1989 ante el Notario con residencia en Castellón, don Miguel Angel Bisbal Martínez, para garantizar la devolución del préstamo de cinco millones de pesetas concedido por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segorbe, sobre la finca sita en Castellón, calle Rafalafena 34, piso 31, puerta 12 (registral 11.224), así como sobre la plaza de aparcamiento número 10 de dicha finca, así como la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad dimanante de dicha carga real inmobiliaria, la sentencia fue notificada a la entidad prestamista. Que la calificación registral no se ajusta a derecho porque la resolución judicial ha sido dictada en procedimiento criminal. Que la entidad prestamista no ha sido parte en el procedimiento «porque no ha querido», pues tuvo pleno conocimiento del mismo, y que quien más perjudicado resulta es el recurrente y que, por el contrario, la nulidad de la escritura de hipoteca no priva al acreedor hipotecario de ejecutar su derecho de crédito sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor.

IV. El Registrador, en su informe de defensa de la nota, argumentó lo siguiente: 1. Que es óbice para practicar la cancelación solicitada la presencia de un titular registral, cuyo derecho real inscrito se pretende cancelar, sin haber consentido tal cancelación, ni haber sido demandado en el procedimiento que ha originado el mandamiento cancelatorio (arts. 1, párrafo 31 y 38 de la Ley Hipotecaria, en cuanto plasman el principio de legitimación registral y su presunción legal de exactitud; art. 20 del mismo cuerpo legal, que refleja el principio de tracto sucesivo, y arts. 40 y 82 de la citada ley, que exigen dicho consentimiento o juicio declarativo contra aquéllos a quienes el asiento conceda algún derecho, así como los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 24 de la Constitución Española). 2. Que en cuanto a que el acreedor hipotecario no ha sido parte en el proceso criminal, «porque no ha querido», arguyendo su conocimiento de la suspensión del procedimiento judicial sumario, cabe alegar que de tal suspensión no ha habido constancia en el Registro. Que el acreedor hipotecario no fue parte en el procedimiento criminal porque no pudo. Que son de distinta naturaleza el procedimiento de ejecución hipotecaria y el penal y que el acreedor hipotecario no se muestra de acuerdo con la suspensión del procedimiento ejecutivo, como señala el recurrente, sino que se opone a la misma por considerarse ajeno a los hechos en que se funda la querrela criminal en que se basa dicha ejecución, sin que pueda equipararse la posición jurídica del demandado, parte en el proceso, con la de notificado *a posteriori* de un fallo ya recaído. 3. Que ni el recurrente ni el Tribunal Juzgador ponen en duda que el acreedor hipotecario está protegido por la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que el artículo 1.911 del Código Civil se limita a enunciar el principio de responsabilidad patrimonial universal que poco tiene que ver con el recurso. Al respecto cita las Resoluciones de 29 de enero de 1940, 11 de

agosto de 1960 y 11 de enero de 1993. Que ratificó el auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 10 de enero de 1991.

V. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón informó que el mandamiento de cancelación, cuya negativa se impugna por el recurrente, no lesionó el legítimo derecho del acreedor hipotecario, porque, aunque no fuera parte en el procedimiento, se debió única y exclusivamente a su pasiva actitud, sin que quede lesionado su legítimo derecho de defensa, pues, para que exista indefensión se exige que el interesado, a cuyo favor se alega dicho vicio, haya actuado con la debida diligencia en defensa de sus intereses, de modo que ni siquiera haya tenido conocimiento cuando menos extraprocesal de la existencia del litigio.

VI. El Presidente en funciones del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos contenidos en su informe y en la Resolución de esta Dirección General, de fecha 11 de enero de 1993.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que el acreedor hipotecario tuvo conocimiento en todo momento del procedimiento penal. Que pudo defender sus intereses. Que la calificación del Registrador vulnera el artículo 24 de la Constitución y que en el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia se habla de la *bona fides* de la entidad de crédito, olvidándose de la *bona fides* del recurrente quien, al amparo de las escrituras públicas, compró un piso libre de cargas y cuando procedió a la inscripción ya estaba hipotecado.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 8, 9, 22 y 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 20, 33, 38, 40, 79.3 y 82 de la Ley Hipotecaria, y 100 de su Reglamento, así como la Resolución de este Centro Directivo, de 11 de enero de 1993.

1. La única cuestión que se plantea en el presente recurso es la negativa del Registrador a cancelar una inscripción de hipoteca ordenada como consecuencia de un procedimiento penal en el que no ha sido parte el acreedor hipotecario.

2. El recurso no puede prosperar. Como ha dicho esta Dirección General, en supuesto casi idéntico al que es objeto de este recurso (cfr. Resolución de 11 de enero de 1993), y como hace notar el Auto presidencial, no sólo los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo y las reglas registrales que reflejan los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, exigen la presencia del titular del crédito hipotecario en el procedimiento para que la sentencia correspondiente pueda servir de título para la cancelación, sino que es la misma Constitución del Estado la que exige esa presencia, porque, de otro modo, se produciría la indefensión del titular registral, lo que en ningún caso debe ocurrir según el artículo 24 de la Constitución.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 15 de marzo de 2001.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

COMENTARIO

En la presente Resolución se resuelve sobre el recurso planteado contra la negativa del Registrador a practicar una cancelación de hipoteca en virtud de mandamiento judicial derivado de un procedimiento penal por estafa.

El Registrador de la Propiedad rechaza la cancelación, pues es necesario, conforme a los principios de legitimación registral y tracto sucesivo, que toda cancelación se practique con el consentimiento del titular registral, y, en este caso, el acreedor hipotecario ni siquiera intervino en el procedimiento del que se deriva el mandamiento de cancelación, cayendo en situación de indefensión, conforme a lo establecido en el artículo 24 CE.

Ante estos hechos, considero oportuno basar este comentario en los siguientes aspectos principales: Forma y requisitos para practicar el asiento de cancelación de una inscripción practicada en virtud de una escritura pública; en concreto, la necesidad del consentimiento cancelatorio del titular registral, o bien la resolución judicial firme que la ordene, en cuyo caso será necesaria la intervención del titular registral en el procedimiento correspondiente.

A) NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL
PARA PRACTICAR UNA CANCELACIÓN

El asiento de cancelación registral es aquel asiento negativo, cuya finalidad es extinguir un asiento anterior, dejándolo sin efecto, de una manera definitiva, con el fin de hacer coincidir lo que publica el Registro con la realidad extrarregistral, de donde se presume que el derecho cancelado ya se ha extinguido previamente.

Por lo tanto, y a través de este asiento, un derecho ya extinguido deja de tener o producir efectos frente a terceros, de una manera total, mediante la cancelación del asiento que lo publica. De este modo, la importancia de la cancelación registral se hace patente, pues es el punto y final de la vida o eficacia de un derecho inscrito frente a todos. Y por eso podemos decir que cuando se cancela un asiento, el titular del derecho que lo contiene lo pierde definitivamente *erga omnes*.

Las formas en que puede hacerse la cancelación son varias y diversas. Pero, centrándome en la necesidad o no de que conste el consentimiento del titular del derecho que se cancela, podemos distinguir tres tipos de cancelación: 1. Cancelación con el consentimiento de ese titular. 2. Cancelación sin consentimiento del titular. 3. Cancelación contra el consentimiento del titular registral.

La regla general es la primera de ellas, es decir, y según establece el artículo 82.1 LH, para cancelar un derecho inscrito en virtud de escritura pública (que es el caso que se analiza, pues la hipoteca que se pretende cancelar se inscribió en virtud de escritura pública), es necesario que conste en otra escritura pública o documento auténtico el consentimiento de su titular. Sólo si éste no quiere o no puede prestarlo, su consentimiento podrá exigirse en juicio ordinario (art. 82.1 y 3 LH), que sería la cancelación contra el consentimiento del titular registral. En cuanto a la cancelación sin su consentimiento, el artículo 82.2 LH establece que sólo podrá realizarse si la extinción del derecho inscrito se deduce de la Ley o del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, y hay que interpretar este precepto de manera restrin-

gida y estricta, pues sólo es para casos excepcionales que se encuentran regulados en el artículo 175 RH.

En principio, y según esta clasificación, para el derecho de hipoteca que se pretende cancelar sería necesario que el acreedor hipotecario (titular registral) prestase su consentimiento a ello en una escritura pública a tal efecto, constituyendo el negocio cancelatorio, o bien, que se ordenase dicha cancelación en sentencia contra la que no haya pendiente ningún recurso de casación.

En el primer caso, la necesidad de ese consentimiento «extra» del titular registral para cancelar viene exigiéndose desde la primera Ley Hipotecaria; de este modo, no basta para cancelar un asiento con la previa extinción del derecho inscrito, sino que se hace necesario el consentimiento del titular de ese derecho que muere, a diferencia de la inscripción que, para su práctica, basta con que se produzca el negocio jurídico válido de constitución o modificación de derechos reales, para que —tras ser calificado por el registrador— se extienda esa inscripción solicitada.

Hay que plantearse, entonces, cuál puede ser la razón que llevó al legislador a añadir este requisito especial para la cancelación. Probablemente, lo que haya inducido al legislador es el «miedo» a que pueda desinscribirse algo del Registro, con las importantes consecuencias que eso conlleva, sin la autorización del titular, que pierde definitivamente y frente a todos el derecho inscrito en el asiento que se cancela. El hecho de que se pudiera cancelar un asiento con base sólo en el negocio extintivo previo, sin intervención directa del titular, causó inquietud entre el legislador y la doctrina de la época (primera LH), por lo que se decidió requerir el nuevo consentimiento del titular para cancelar. Por lo tanto, creo que la razón última del consentimiento exigido por el artículo 82.1 LH, no es otra sino la excesiva protección que se pretende dar al titular registral como consecuencia de un desarrollo, a mi juicio extremo, del principio de legitimación, por el que se pretende que ningún acto relativo al derecho, del cual es titular, pueda llevarse a cabo sin su consentimiento o aprobación, ya que la cancelación implica un desprendimiento de derechos y no puede privarse al titular de un derecho suyo sin su consentimiento. Corroborando lo establecido en el artículo 82.1, se encuentran los artículos 174.2, y 179 RH (1) que, junto con el mismo, configuran la regla general de cómo debe llevarse a cabo una cancelación registral. En el mismo sentido, y como fundamento del propio artículo 82 LH, se encuentra el artículo 20 LH que, en cumplimiento del principio de tracto sucesivo, considera necesario que sea el último titular registral el que otorgue el nuevo acto dispositivo que se pretende inscribir. E, igualmente, el artículo 40 LH, considera imprescindible el consentimiento del titular registral o el juicio declarativo correspondiente para poder dejar

(1) Artículo 174.2 RH: «Será necesaria nueva escritura para la cancelación, con arreglo al párrafo primero del artículo 82 de la Ley, cuando, extinguido el derecho inscrito por voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción».

Artículo 179 RH: «Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria».

sin efecto el asiento erróneo, cuando la inexactitud se debiera a la nulidad del título que provocó el asiento, como es el caso [art. 40.d) LH] (2).

B) NECESIDAD DE CANCELAR EN VIRTUD DE SENTENCIA FIRME

Una vez justificada la necesidad de consentimiento del titular registral, para cancelar, pues supone una pérdida de derechos de forma definitiva frente a todos, por la oponibilidad, es lógico pensar que ese mismo consentimiento, o al menos conocimiento, debe exigirse cuando la cancelación se produce en virtud de mandamiento judicial, y que, en consecuencia, cuando ese mandamiento que ordena la cancelación se produce sin ni siquiera intervención del titular registral en el procedimiento, no debe resultar suficiente para cancelar por vulnerar los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo, pero también el principio constitucional de tutela judicial efectiva.

En efecto, si como es el caso que se comenta en esta Resolución, el título en virtud del cual debe practicarse la cancelación, es una Resolución judicial, ésta debe tratarse, en primer lugar, de una sentencia firme, tal y como señala el propio artículo 82.1 LH y confirma el 174.3 RH, y ha puesto de manifiesto innumerable jurisprudencia registral (3). Pero, además, esa jurisprudencia ha delimitado otros requisitos que debe tener la Resolución judicial para ser título válido de la cancelación: la sentencia ha de concretar con claridad los asientos que han de ser cancelados y ordenar dicha cancelación (RRDGRN de 26 de enero de 1900, 18 de julio de 1926, 28 de febrero de 1977 y STS de 28 de octubre de 1968); ha de dictarse por juez competente (RDGRN de 20 de octubre de 1899); y el titular registral tiene que haber sido parte y vencido en juicio (RDGRN de 28 de enero de 1916, 28 de febrero de 1977). Este último requisito no es sino la confirmación de todo lo dicho anteriormente para justificar la necesidad del consentimiento del titular registral. Es decir, es el requisito que debe exigirse para dar debido cumplimiento a los principios de legitimación registral, tracto sucesivo, y al principio de tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE, y que se concreta, en este caso, en la posibilidad de intervención y oposición del afectado. Pues, si no se otorga el consentimiento del titular en una nueva escritura pública, por lo menos tendrá que intervenir en el procedimiento que ordena la cancelación para no privársele de un derecho sin su anuencia.

Corroborar esta idea el artículo 40 LH, que para los casos en que deba solicitarse judicialmente la rectificación del registro, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda

(2) Artículo 40.d) LH: «La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:

d) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial».

(3) Véase, en este sentido, las RRDGRN de 20 de octubre de 1899, 26 de enero de 1900, 8 de junio de 1905, 27 de abril de 1907, 25 de marzo de 1930, 23 de octubre de 1960, 28 de febrero de 1977, 12 de noviembre de 1990 y 17 de septiembre de 1992.

algún derecho, e igualmente todos los preceptos citados anteriormente (20, 82 LH, 179 RH).

Hay que plantearse, ahora, si esto debe aplicarse y exigirse, igualmente, cuando la resolución judicial, que es título de la cancelación, sea un mandamiento cancelatorio en ejecución de una sentencia firme de un procedimiento penal, en el que se decreta, además de la condena por el delito correspondiente, la nulidad del título o negocio que dio causa al asiento cuya cancelación se ordena.

No se trata de ver, como bien dice la Resolución de 26 de abril de 2000, si el procedimiento penal puede dar lugar o no a la rectificación del Registro, o si conforme al artículo 40 LH, ésta sólo es posible por el declarativo correspondiente, si no de analizar el problema que se plantea cuando ese procedimiento penal no es seguido contra el titular registral (él no es el delincuente), pero las consecuencias civiles del delito determinan la nulidad del asiento, por lo que resulta afectado.

¿Debe y cómo intervenir ese titular registral en dicho procedimiento para salvaguardar los principios registrales y constitucionales? La respuesta, según lo que ya hemos explicado, es que sí debe intervenir, y puede hacerlo de dos formas: en cuanto perjudicado conforme a los artículos 109 y 110 LECr; o bien, como responsable civil, conforme al artículo 615 LECr (4). En este caso concreto, su intervención sería como perjudicado por ese delito de estafa, y como tal, según establece el artículo 783 LECr, podrá ejercitar la acción penal o civil derivada del delito, según lo establecido en el Título II, libro II, de esa misma Ley, pero, también, y sin perjuicio de lo que se acaba de indicar, al perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten, según

(4) Artículo 109 LECr: «En el acto de recibirse declaración al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, se instruirá el derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible.

Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante.

Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Juez procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente.

En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad».

Artículo 110 LECr: «Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante».

Artículo 615 LECr: «Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad, o en su defecto embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios».

establece el artículo 110 LECr, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella, y aunque no lo hicieran, siempre les quedaría el derecho a restitución o reparación acordado en sentencia firme, salvo que expresamente hubieran renunciado al mismo.

Por lo tanto, se ha de acreditar la intervención del titular registral en el procedimiento para que pueda, de este modo, oponerse, si así lo considera, y dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 24 CE, 20, 82 y 40.d) LH. Y si este requisito no se cumple, en principio, sería difícil declarar la nulidad del negocio jurídico afectado en el proceso penal, pero si se hiciera, como dice OCAÑA RODRÍGUEZ, «será imposible llevar a cabo los actos de ejecución impropios que implicaría la sentencia. El Registrador se negaría a practicar, con toda razón, cualquier rectificación en los libros del Registro» (5).

En consecuencia, cuando llega el mandamiento judicial de cancelación, según establece el artículo 100 RH, el Registrador debe limitar su calificación a examinar la competencia del Tribunal o Juzgado que lo expide, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se haya dictado, y a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Y, precisamente, teniendo en cuenta esto último, debe rechazar practicar la cancelación solicitada si no queda justificada la intervención del titular registral en ese procedimiento penal, pues así lo exigen los propios preceptos y normas hipotecarias, y confirma la jurisprudencia registral (6). Pues no se puede olvidar que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.3 LH), y sólo podrán ser rectificadas «si no media el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar concede algún derecho, bien la oportuna resolución judicial establecida contra todos ellos» (RDGRN de 30 de marzo de 2000).

Por tanto, para cancelar por mandamiento judicial derivado de un procedimiento penal es absolutamente imprescindible la intervención en el mismo del titular registral afectado por esa declaración de nulidad del título que dio lugar a la práctica del asiento que ahora se pretende cancelar, tal y como ha establecido una y otra vez la jurisprudencia registral (RRDGRN de 25 de

(5) OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 144.

(6) Véase las Resoluciones: RRDGRN de 30 de marzo de 2000, 4 de mayo de 2000 y 26 de abril de 2000.

Resolución de 30 de marzo de 2000: «Ha de señalarse con carácter previo que dentro del ámbito de la función calificadora del Registrador cuando de actos o documentos judiciales se trata, se incluye indubitadamente los obstáculos que surjan del Registro (cfr. arts. 18 LH y 100 RH), obstáculos que impiden la inscripción de aquellos documentos si no consta que en el procedimiento del que dimanen, el titular registral ha tenido la intervención que las leyes le confieren en defensa de sus derechos, y ello a fin de evitar que dicho titular sufra en el propio Registro las consecuencias de su indefensión procesal (cfr. arts. 24 CE, y 20 y 40 LH)».

Resolución de 4 de mayo de 2000: «...sin que pueda alegarse con ello que se desborda el ámbito de la calificación registral cuando de actos o documentos judiciales se trata, pues es inequívoca la inclusión en dicho ámbito de los obstáculos que surjan del Registro (cfr. arts. 18 LH y 100 RH), a fin de garantizar a los titulares registrales la efectividad en el ámbito registral del principio constitucional de la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 CE)», y en idénticos términos la Resolución de 26 de abril de 2000.

septiembre de 1980, 11 de enero de 1993, 15 de marzo de 1994, 30 de marzo de 2000 y 4 de mayo de 2000).

Hasta aquí, y por todo lo que he expuesto, no tengo nada que objetar a las conclusiones de la DGRN en esta Resolución. Comparto la necesidad de intervención o consentimiento del titular registral en la cancelación, pues ésta no es sino un verdadero acto de disposición para el que la doctrina y jurisprudencia ha exigido tradicionalmente la capacidad máxima de disposición para llevarlo a cabo (7).

Sin embargo, de los fundamentos de hecho de la Resolución no queda muy claro, a mi parecer, que el acreedor hipotecario (titular registral) no haya tenido la oportunidad de intervenir en el procedimiento, produciéndose una situación de indefensión para el mismo, y vulnerando los principios registrales que hemos repetido insistentemente.

Si se logra probar su no intervención, mejor dicho, la imposibilidad de su intervención, porque no fue ni siquiera notificado o no tuvo conocimiento de ese procedimiento, la conclusión de la DGRN me parece correcta. Ahora bien, si como dice el recurrente, no quiso intervenir, pero pudo hacerlo, creo que entonces no se contraviene ninguno de los principios explicados y, en consecuencia, si pudiendo oponerse y defender su derecho, no lo hizo, considero que se puede practicar la cancelación, pues su inactividad presupone su consentimiento a perder o disponer de su asiento, puesto que la finalidad de exigir su intervención no es otra que proteger a ese titular, y si él la rechaza creo que se ha cumplido lo establecido.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

(7) En este sentido, véase las Resoluciones: RRDGRN de 22 de septiembre de 1879, 19 de julio de 1922, 27 de septiembre de 1924, 25 de octubre de 1932, 22 de junio de 1936, 26 de octubre de 1964, 23 de mayo de 1964, 3 y 8 de junio de 1964 y 23 de febrero de 1966.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PERSONAS

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. ATAQUE AL PRESTIGIO PROFESIONAL. DAÑO MORAL. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 2002.)

Existe el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la noticia publicada.

Publicado en la primera página de un Diario la noticia: «Un niño pierde la movilidad de un brazo por supuesta negligencia médica», desarrollada luego en páginas interiores en forma de relato que hacía el padre del menor, atribuyendo al médico traumatólogo despreocupación en el tratamiento y deficiente atención, ya que «los puntos de sutura saltarían por el pus y los clavos estaban oxidados cuando se retiraron», el Juzgado de 1.^a Instancia, número 7, de Málaga, desestimó la demanda que contra el informador y el Diario interpuso el médico, siendo revocada parcialmente esa sentencia por la de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, que condenó a los demandados a publicar íntegramente la presente sentencia en el Diario, en domingo o festivo, anunciándose la publicación de la sentencia en la primera página e incluyendo la sentencia en la página 19, con iguales características tipográficas que la noticia cuestionada y a abonar solidariamente los demandados al médico la cantidad de 2.000.000 de pesetas en concepto de indemnización de daños morales causados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación, haciendo suya la tesis de la Audiencia de que el informador y el Diario actuaron con ligereza al publicar una noticia insuficientemente contrastada y de grave repercusión en el honor del afectado, sin intentar una búsqueda de la veracidad de la información, que pudo ser contrastada fácilmente.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. ATAQUE AL HONOR DE PERSONA PÚBLICA. (SENTENCIA 12 DE FEBRERO 2002.)

Estimada en parte por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Avila, la demanda de persona pública contra don M. P. A. y el sindicato correspondiente, a quienes se condenó a publicar a su costa en la prensa y radio donde emitieron en su día las declaraciones difamatorias la parte dispositiva de la sentencia y a pagar solidariamente al actor dos millones de pesetas, la Audiencia Provincial de Avila desestima el recurso de los demandados y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación, pues se declaró probado en la información practicada que en ningún momento el demandante y recurrido ha sido autor personal de hecho delictivo ni deshonoroso, mientras que lo comunicado en rueda de prensa por los demandados fue una actuación precipitada e irreflexiva que elevó un simple rumor a la categoría de hecho cierto y suficientemente contrastado, llegando a establecer calificaciones penales de notorio desvalor, lo que debería imponer al difusor una diligencia precisa que no se ha producido, llegando a la conclusión de que tal falsa información no es veraz y, por tanto, resulta atentatoria al honor del recurrido.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN
y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

EL SILENCIO COMO DECLARACION DE VOLUNTAD: INAPLICACION. (STS 4 DE MARZO DE 2002.)

En el caso de autos, el arrendatario había dejado de abonar la renta convenida, lo que hizo interponer la demanda al arrendador por incumplimiento de contrato, frente a la cual el primero alegó que quien incumplió el contrato fue la entidad actora, al no tener el local en las condiciones necesarias para el uso pactado.

El Juzgado de Primera Instancia entendió que existía un incumplimiento recíproco de las obligaciones asumidas por las partes, pues el arrendador no acreditó que la cosa arrendada estuviera en disposición de ser usada, ya que carecía tanto de licencia administrativa para el funcionamiento de la industria, como de contrato de luz y de obreros en su plantilla, además de no satisfacer el Impuesto de Actividades Económicas. A su vez, el demandado había dejado de satisfacer la renta sin acreditar que tuviera motivos para ello.

Ante el incumplimiento del demandado se había producido un aquietamiento de la entidad actora, la cual, hasta la presentación de la demanda, no había manifestado nada respecto a la falta de pago, no siendo acorde con la buena fe la reclamación, dos años después de finalizado el contrato, de las rentas insatisfechas.

El Juzgado llegó a la conclusión de que este silencio del actor, ante la actitud del demandado, equivalía a un consentimiento tácito respecto a la resolución del contrato.

Entiende el Tribunal Supremo que el cese en el pago no obedeció a un pretendido incumplimiento del arrendatario sino a una decisión unilateral que no requería una reacción inmediata o a corto plazo de la arrendadora, para evitar que se entendiese que ésta consentía, dado que disponía del plazo de prescripción de las acciones que le incumbían y respecto al cual no había realizado renuncia expresa de ninguna clase.

CARGA DE LA PRUEBA Y PRESCRIPCION EXTINTIVA. (STS DE 26 DE FEBRERO DE 2002.)

Es doctrina de esta Sala que el artículo 1.214 del Código Civil sólo puede alegarse en casación cuando, producido un vacío probatorio, se imputan sus consecuencias a la parte a quien no incumbe la carga de la prueba, y en este caso la sentencia impugnada declaró que «la fecha inicial en el cómputo del plazo anual de prescripción» era el mes de diciembre de 1988, con conocimiento por el demandante «de los efectos de las lesiones en su salud y capacidad laboral», hecho probado al que ha de estarse en casación, por lo que las consideraciones sobre la sentencia del Juzgado de lo Social devienen inoperantes, pero es que, además, lo determinante es que el lesionado conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, según el alta médica, salvo que consten secuelas susceptibles de curación, mejora o empeoramiento, lo que no es el caso. Por otra parte, se tiene que, opuesta la prescripción por los demandados fijando el *dies a quo* para el cómputo del plazo y siendo el demandante quien introdujo la sentencia del orden jurisdiccional social y alega una fecha posterior, a él incumbía la prueba de este extremo. No se aprecia, pues, desde la perspectiva del *onus probandi*, infracción alguna en la sentencia de apelación, según queda razonado, por todo lo cual parece también este motivo.

ASUNCION DE DEUDA CUMULATIVA. (STS DE 20 DE FEBRERO DE 2002.)

Se recurre en casación por infracción de la doctrina relativa a la asunción de deuda cumulativa, «puesto que la sentencia recurrida califica la asunción de deuda efectuada por la sociedad codemandada como cumulativa, no obstante, ser evidente su carácter liberatorio». Resalta la parte el carácter exclusivamente jurídico del motivo, más no es este el criterio de la Sala, ya que, para distinguir entre una asunción liberatoria de deuda, de otra cumulativa, es preciso apoyarse en que la sustitución del deudor se base en una clara y expresa extinción de la obligación anterior (ya que, en otro caso, la asunción de deuda sería cumulativa) y ello exige una fijación de los hechos que permita constatar la dicha extinción. En el caso, a este elemento fáctico, necesario sustento de la calificación, se llega mediante el análisis de la prueba documental y consiguiente interpretación del contrato. La sentencia de instancia, recurrida, refleja, en tal sentido, un inequívoco rechazo de la pretendida base fáctica justificativa de la asunción liberatoria, puesto que no atribuye a la frase «rompen todo tipo de contratos anteriores a la firma», dentro del contexto del caso, la eficacia que intenta darle la recurrente. Afirma, en este orden, que «del desistimiento del contrato no cabe deducir la renuncia a su liquidación ni el negado consentimiento a la liberación de la primitiva

deudora, cuya deuda garantizaba personalmente quién ostentaba la calidad de administrado».

La jurisprudencia a aplicar no es la citada, sino la que se deriva de la sentencia del TS, de 27 de noviembre de 1990, en la que la Sala distingue entre la novación extintiva y la modificativa, y señala que si no se constata con claridad la voluntad de extinguir la obligación, hay que estar a la existencia de una novación modificativa.

ACCION REIVINDICATORIA: DERECHO A POSEER DEL DEMANDADO.
(STS DE 13 DE MARZO DE 2002.)

El ejercicio de la acción reivindicatoria exige la prueba del dominio por el demandante; el demandado puede alegar y probar su derecho a poseer, que en el presente caso es, nada menos, que su derecho de propiedad que dice haber adquirido del propio demandante. No tiene sentido mantener que al ejercitar la acción reivindicatoria, el demandante tiene que incluir en su demanda, como petición principal, la nulidad del título que invoca el demandado. Ello, en primer lugar, porque no puede saber qué invoca el demandado hasta que conteste la demanda y, en segundo lugar, porque si niega todo derecho a poseer del demandado, ninguna petición de nulidad procede.

NULIDAD DEL CONTRATO DE OPCION DE COMPRA Y COMPRAVENTA.
(STS DE 19 DE JUNIO DE 2002.)

En la presente sentencia, la Sala estima que los referidos contratos de opción y compraventa fueron «inexistentes» por falta de consentimiento de dos de los dueños —en la referida cuota de los 2/6 del total—, sin perjuicio de la validez del contrato de arrendamiento originario como acto de administración mientras duró su plazo anual.

Y ello porque falta la prueba de que la madre estaba facultada para vender la parte del chalet que era propiedad de sus hijos, dos sextas partes del total, y no se ha de admitir que, por el hecho de que señora Martínez fuera dueña de la mitad, como cuota ganancial, de una sexta parte, como legataria y, además, de su cuota en usufructo, por la legítima, pudiera vender todo, porque, como no se había partido la herencia entre viuda y dos hijos, había una comunidad, y el artículo 1.068, *a contrario sensu*, señala que, hasta que no se haga la partición, no adquiere cada heredero la propiedad exclusiva de bienes porque el derecho de cada heredero no versa sobre un bien concreto hasta que no se le adjudica en el cuaderno particional, así pues, no se ha acreditado que la madre fuera mandataria de sus dos hijos, ni que éstos consintieran los dos contratos, y, desde luego, si tenían que refrendar la compraventa es que la vendedora no estaba autorizada para tal enajenación.

CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS: INAPLICABILIDAD. (STS 27 DE MAYO DE 2002.)

La cláusula *rebus sic stantibus*, para que pueda estimarse como sobreentendida en ciertos contratos, fundamentalmente en los de ejecución sucesiva

en los que por el transcurso del tiempo puedan variar las condiciones de hecho tenidas en cuenta para contratar, no está recogida en nuestro ordenamiento civil, aunque entiende que puede ser apreciada por los Tribunales, siempre que se den circunstancias determinadas para que se pueda pedir la revisión o resolución o hasta la suspensión de los contratos, a saber, que se trate de una alteración de los supuestos básicos del contrato, completamente extraordinaria, que origine una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones de las partes y que no pudieron prever al contratar. Extremos estos que no se cumplen en el contrato de autos, ya que se trata de un contrato que ha de concluirse en un plazo corto de tiempo, siendo este elemento de prestación en plazo breve una circunstancia elevada a fundamental del contrato, ya que el molde se ha de destinar a la construcción en serie de una determinada clase de vehículos de motor, y la pronta puesta en el mercado de gran número del mismo es connatural a esta forma de producción, por lo tanto hay que presumir que ese espacio de tiempo, dos meses, no puede acaecer una variación de los elementos básicos del contrato.

PROMESA DE COMPRAR Y VENDER Y PRECONTRATO: DISTINCION.
(STS DE 3 DE JUNIO DE 2002.)

La esencia de la promesa bilateral de compra y venta radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el precontrato, que contiene el proyecto o ley de bases del siguiente y que consiste estrictamente en quedar obligado a obligarse; que resulta plenamente diferenciable la promesa bilateral de compra y venta de un contrato definitivo de compraventa, extremo que depende de la voluntad de los interesados y de los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas relaciones, si bien la jurisprudencia ha distinguido siempre entre la promesa bilateral de vender y comprar y el contrato de compraventa, y que es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro la propia obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia —por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso— de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes demuestran su decidida voluntad —en todos los pormenores y detalles— de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no puede actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto su voluntad de presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido, el otro estará facultado a exigir el cumplimiento no de la promesa en sí, sino también del contrato definitivo al que aquella voluntad se determinó y para cuya realidad actual no existe ya obstáculo anterior.

COMPETENCIA DESLEAL: LICITUD. (STS DE 30 DE MAYO DE 2002.)

Se cuestiona la licitud o ilicitud de la venta de libros de texto en grandes centros comerciales por su precio fijo, pero obsequiando a los compradores con un 25 por 100 del total de la compra en puntos canjeables dentro del mismo centro por artículos o productos distintos de los propios libros de texto.

Doctrina.—La práctica comercial en cuestión no constituye competencia desleal ni fraude de ley y por tanto no vulnera ni el artículo 33 de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, o el Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre Precio de venta al público de libros, ni los artículos 8 y 15 de la Ley de Competencia Desleal en relación con los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil y 9 LGPDCU. Y ello porque: A) La Ley del Libro y el Real Decreto del 90, pese a la exigencia de precio fijo, no eliminan por completo el principio de libre competencia, siempre que dicho precio se flexibilice sobre factores diferentes de sí mismo. B) Tal previsión normativa de la libre competencia sobre factores diferentes del precio concuerda con la licitud de los obsequios o prácticas comerciales análogas, según el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, cuando las ventajas a obtener se desvinculen de cualquier compromiso ulterior, así como con las posibilidades que abre el artículo 9 LGPDCU. C) En las campañas cuestionadas el precio del libro tenía que desembolsarse íntegramente y la ventaja generada por su adquisición era únicamente un obsequio materializable en un objeto concreto de dicho establecimiento cuyo precio coincidiera con el valor del obsequio o al que se aplicara dicho valor. D) El artículo 6.4 del Código Civil no es aplicable a una actividad ajustada a la Ley de Competencia Desleal en relación con el Real Decreto 484/1990, pues en tal caso ninguna norma se elude desde otra, y, en definitiva, dicha actividad no supone más que el legítimo ejercicio de un derecho.

ARBITRAJE: LA NO EXPRESION DE CUMPLIR EL LAUDO NO ES FORMULA SACRAMENTAL. (STS DE 23 DE MAYO DE 2002.)

Se plantea la cuestión de la necesidad de expresar en la cláusula arbitral la obligación de cumplir la decisión —laudo— de los árbitros.

El artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje, refiriéndose a la forma del contrato o de la cláusula arbitral, exige como elemento esencial de forma, que es atinente al fondo que expresa la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución... a la decisión de uno o más árbitros; pero añade algo más: así como expresar la obligación de cumplir tal decisión. Se había discutido, en tiempos pasados, si era una fórmula sacramental exigible como elemento esencial; actualmente no se discute; no es elemento, es una redundancia de la ley, lo exigible es la voluntad inequívoca que comprende la obligación de cumplir el laudo. La frase «obligación de cumplir tal decisión» no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento.

ASUNCION DE DEUDA. (STS DE 31 DE MAYO DE 2002.)

La parte recurrente alega que no prestó su consentimiento para asumir la deuda que reflejan las facturas reclamadas.

Al rubricar las facturas bajo la palabra enterado, hay que entenderlo como que tuvo conocimiento fundado de la ejecución de los trabajos, sin que sus importes hubieran sido expresamente impugnados. Quedar enterado significa estar informado y participar y quedar al corriente de lo que de esta manera se comunica y acepta al no constar reserva ni objeción alguna, y ésta fue la fórmula que se utilizó en otras facturas que la recurrente abonó sin plantear problema alguno.

De este modo se produjo efectiva asunción de deuda, cambiando el deudor, y así lo expresan las propias facturas al hacer constar que anulan las emitidas a ISA, habiendo aceptado el acreedor la mutación del sujeto pasivo, que es quien queda obligado al pago que de esta forma le fue transmitido, de conformidad con el artículo 1.205 del Código Civil, lo que ocasiona que el deudor originario queda desvinculado de su obligación de pago, conforme resulta doctrina jurisprudencial reiterada.

USURPACION DE TERRENO: EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS.
(STS DE 25 DE FEBRERO DE 2002.)

Existe una relación de causalidad entre acción (usurpación del terreno) y daño (imposibilidad de ejecutar en aquella parte la obra de construcción de la nave número 25 del proyecto). El motivo es aceptable, pues no hay duda de que la usurpación del terreno reivindicado impide, hasta su restitución, construir. Esa restitución fue pedida por la actora reivindicante a los demandados en acto de conciliación, y éstos no se avinieron. No puede entonces obligarse a aquella parte a que actúe como si el terreno no fuese suyo. Si proyecta una construcción, a lo que tiene perfecto derecho, el daño ocasionado por la usurpación se materializa, antes es abstracto, indeterminado.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

DONACION DE COSAS MUEBLES.—EL MANDATO TIENE POR EXCLUSIVO OBJETO INTERVENIR Y PERCIBIR LAS CANTIDADES CONVENIDAS COMO JUSTIPRECIO DE LOS BIENES AFECTADOS. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Existe inaplicación del artículo 621 del Código Civil, del que resulta que la donación se rige por sus reglas y por las disposiciones generales de los contratos —arts. 1.254 y sigs.— y obligaciones —1.068 y sigs.—, a cuyas normas hay que acudir para suplir, interpretar o llenar las lagunas o contradicciones existentes en materia de donaciones. La aparente contradicción entre los artículos 623 y 629 requiere aquella llamada a la regulación general, máxime cuando nos encontramos ante una donación obligacional y no real. Lo expuesto conduce a la concordancia entre el artículo 623 que exige, para la perfección de la donación, que el donante conozca la aceptación del donatario, y el artículo 1.261, que exige para la existencia

del contrato consentimiento, objeto y causa. El primero de los requisitos nos conduce al artículo 1.262, que define el consentimiento por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En el supuesto que nos ocupa, la aceptación se ha producido de forma tácita por medio de los hechos concluyentes. La aceptación tácita es admitida por la doctrina jurisprudencial, recogida en sentencias de 15 de octubre de 1924 y 23 de mayo de 1987 —entre otras—. La aceptación tácita se produce a través de la conducta del donatario que se manifiesta en la actuación ante la Administración Pública para hacer efectivos sus derechos y mediante el abono procede a la realización de actos dispositivos sobre la cantidad recibida. Para no incurrir en una interpretación excesivamente lata de dicho artículo 623 que en él, efectivamente, no se exige la aceptación como presupuesto de la perfección, sino que el presupuesto fundamental recae sobre el conocimiento de aquélla por parte del donante.

La solemnidad del negocio jurídico de la donación requiere para su validez y eficacia de la concurrencia ineludible de una serie de requisitos, entre los que se encuentra el relativo a la aceptación del donatario, que se encuentra recogido de manera explícita en los artículos 618, 623, 629, 630, 632 y 633 del Código Civil, cuyo requisito es también exigencia de una constante doctrina jurisprudencial, la cual se inclina por la necesidad y conveniencia de que el mismo se haga constar de modo expreso para evitar cualquier género de incertidumbre al respecto, pero, también, confiere valor a la aceptación tácita, siempre y cuando se desprenda su existencia de actos inequívocos y concluyentes a fin de que el donante no tenga ninguna duda sobre su manifestación. Y es que como el presupuesto de la aceptación tiene naturaleza esencialmente fáctica, es indudable que su apreciación por el órgano jurisdiccional sea una consecuencia del resultado probatorio, por lo que, en principio, no cabe su discusión en casación.

RUINA. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se alude por la Sala a la aplicación indebida o errónea del artículo 1.591 del Código Civil, pues aún reconociendo el carácter de ruinógenos de los defectos que padece el edificio construido en virtud del proyecto del que es autor, y realizada la obra bajo su dirección facultativa —calificación de vicios como ruinógenos, que no se ha discutido en el juicio—, sin embargo, rechaza su condena a reparar los mencionados defectos por estimar que la responsabilidad de tales desperfectos —los producidos por revestimientos de fachadas, las filtraciones de agua en fachadas y cubiertas y las fisuras en tabiques y juntas en la unión de tabiques y elementos estructurales—, alegando al respecto la falta de fundamentación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y respecto a la sentencia de Segunda Instancia, entendiendo el haber incurrido en error al fundamentar su decisión en el informe pericial emitido en los autos. Así las cosas, resulta evidente que los desconchados en los revestimientos en las fachadas se han producido, de acuerdo con los respectivos informes técnicos, por la penetración de humedad

entre la base y el revestimiento, por algún punto de arista, junta o poro, y al decir de la parte recurrente, por achacar la sentencia recurrida a la dirección técnica el incumplimiento de dos elementos fundamentales del diseño constructivo, al decir de la Sala, concretamente: *a)* El diseño de la cubierta del edificio, cuya configuración arquitectónica carece de aleros, y *b)* La escasez de juntas del revoco en los paños de revestimiento de la fachada, por lo que entiende el juzgador de instancia que no puede atribuirse el defecto denunciado a fallos de ejecución, y sí la exclusiva responsabilidad del evento dañoso al arquitecto superior, por el contrario, la sentencia concluye rotundamente que el proyecto redactado se ajustaba a las normas técnicas de edificación, y contenían el suficiente grado de detalle para la ejecución correcta de la obra conforme a las reglas de la buena construcción. No obstante, es improcedente atribuir al director técnico superior la única y exclusiva responsabilidad de las tan repetidas fisuras producidas en los tabiques interiores de las viviendas, pues en el primitivo u original proyecto —del que manifiesta haberse producido cambios— estaba previsto la construcción de los tabiques interiores de las viviendas en el tradicional panderete de ladrillo hueco cerámico, y, sin embargo, los tabiques interiores eran de paneles de escayola. Pero, en realidad, de lo que se trata en este supuesto, no es la cuestión de la legalidad administrativa, sino lo que afecta a las grietas aparecidas en la tabiquería interior de las viviendas y que son, en sí mismas, atribuibles a la dirección técnica superior. Para su determinación, la sentencia recurrida tiene en cuenta dos supuestos de hechos que entiende acreditados en autos después de la valoración conjunta de la prueba: Uno. Que se proyectó originariamente que dichos tabiques interiores fueran, como hemos mencionado, de panderete de ladrillo hueco de cerámica, y que fueron sustituidos posteriormente por paneles de escayola, y Dos. Que tal modificación no fue acompañada con un nuevo estudio que corrigiera los excesos de limitación de flecha, apuntalamiento o reforzamiento de zonas conflictivas, ni con revestimiento de mallas o pinturas especiales, lo que hizo que no se modificara el proyecto en evitación de las grietas que, de forma generalizada, aparecieron en todas las viviendas en las que se efectuó esa sustitución, omisión esta que es, sin duda ninguna, atribuible, como se hizo en la sentencia recurrida, al arquitecto en su calidad de director técnico superior por afectar a la dirección de la obra.

NECESARIEDAD DE INCUMPLIMIENTO DOLOSO. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

El recurso de casación no prospera.

Presupuestos fácticos.—En cumplimiento de una previa opción de compra, mediante documento privado de fecha 17 de junio de 1992, don Xavier Odena Sulé vendió a don Ricart Rius Xarnera piso y plaza de garaje por precio total de doscientos veintiocho mil trescientos ochenta y cuatro euros y sesenta céntimos de euro, de los cuales el vendedor confiesa haber recibido, en el momento del otorgamiento de la opción de compra, la suma de treinta y siete mil quinientos sesenta y tres euros y veintiséis céntimos de euro, por los que le otorga formal carta de pago. En cuanto al resto de ciento noventa mil

ochocientos veintiún euros y treinta y cuatro céntimos de euro, se dice textualmente en documento privado que: «se hará efectivo por el comprador por todo el día 30 de septiembre próximo o antes de dicha fecha a su comodidad, y en el supuesto de que llegado el referido día no hubiera satisfecho el vendedor dicho resto de precio, deberá entregar al mismo dos letras de cambio, avaladas por entidad bancaria a instancias del citado comprador, y que éste creará y pondrá a disposición del vendedor debidamente aceptadas, por un importe la primera de ciento setenta y cuatro mil seiscientos veinticuatro euros y siete céntimos de euro, y la segunda por importe de veintidós mil quinientos treinta y siete euros y noventa y cinco céntimos de euro y con vencimiento ambas en fecha 30 de diciembre de 1992...». En el pacto tercero del referido documento privado, las partes estipularon lo siguiente: «La escritura pública de compraventa en favor del comprador o de la persona que éste designe, se podrá otorgar a partir del momento en que en virtud de pago del resto del precio o en su caso de las citadas cambiales a su vencimiento, el vendedor haya percibido la totalidad del citado precio. No obstante ello, las llaves del piso y posesión de éste y de la plaza de parking que se transmite serán puestos a disposición del comprador, el día 30 de septiembre próximo venidero, siempre y cuando se haya pagado el precio o entregado al vendedor las aludidas letras de cambio».

Doctrina de la Sentencia.—El objeto impugnatorio consiste en la alegación que hace el recurrente de que él no ha incurrido en una persistente negativa a pagar el precio de la compraventa, sino en una simple espera a que el vendedor le manifestara estar dispuesto a hacerle entrega del piso y plaza de garaje vendidos. Excluida la necesidad de un incumplimiento doloso, puede decretarse, conforme al artículo 1.504 del Código Civil, la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio por el comprador, pues se requiere que, por parte de dicho comprador, exista un incumplimiento inequívoco, objetivo y sin causa alguna que lo justifique, nada de lo cual ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues si bien el comprador no pagó el resto del precio de la venta en la fecha estipulada para ello, esa falta de puntual cumplimiento no es suficiente, por sí sola, para poder apreciar una inequívoca y pertinaz voluntad incumplidora, pues el comprador estaba dispuesto a pagar dicho resto del precio, si el vendedor no se lo hubiese impedido mediante su precipitada decisión de dar por resuelto el contrato, lo que realizó en un plazo de tan sólo veinte días desde la fecha señalada para el pago, sin manifestar siquiera la intención, por su parte, de haber cumplido temporáneamente el contrato mediante la entrega al comprador del piso y plaza de garaje vendidos. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta, también, que para que pueda declararse judicialmente bien hecha la resolución extrajudicial de un contrato se requiere petición expresa de la parte legitimada para ello, cuya petición no se ha producido en el presente supuesto litigioso por parte del vendedor demandado, no obstante lo cual la sentencia declara producida la resolución del contrato de compraventa litigioso con lo que incurrió en una ostensible incongruencia por *extra petita*, que, incluso puede ser apreciada de oficio.

El demandante-comprador —recurrente— aduce que el vendedor no le ha hecho el requerimiento resolutorio que preceptúa el artículo 1.504 del Código Civil, y es que para que pueda tener lugar la resolución de un contrato de

compraventa de inmuebles, al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, es requisito indispensable que el requerimiento resolutorio que dicho precepto prescribe, en cuanto declaración recepticia que es, llegue a conocimiento del comprador, debiendo tenerse por no hecho si tal conocimiento no llega a producirse, por causa que no sea imputable al propio comprador.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En relación con un accidente laboral ocurrido en el año 1982 en el que falleció el trabajador don Francisco Soria Luján, doña Gloria García Carretero, viuda del referido trabajador fallecido, en enero de 1990 promueve contra la entidad mercantil «Industrias Mediterráneas de la Piel, S. A.», y otros señores, juicio de menor cuantía.

Doctrina de la Sentencia.—Las coincidentes sentencias de la instancia consideran probado que el accidente laboral objeto de la litis ocurrió de la siguiente forma: **El día 25 de febrero de 1982, don Manuel Zorrilla Esbrí, ayudante del Jefe del Departamento de Mantenimiento de la entidad mercantil «Industrias Mediterráneas de la Piel, S. A.», indicó al encargado de los albañiles de dicha empresa que le enviara tres o cuatro de ellos, entre los que estaban don Ramón Luján Díaz, don Diego Miguel de Vega Gracia y don Francisco Soria Luján, para que procedieran a terminar de desguazar un bombo de curtidos, al cual los carpinteros de la empresa ya habían quitado los herrajes y parte del maderamen. Para la realización de dicha operación, el señor Zorrilla les dio instrucciones muy concretas, en el sentido de que el trabajo debían realizarlo, situados en el exterior del bombo, sin pasar nunca a su interior, procediendo a sacar mediante una palanca el extremo de una tabla, luego desde el lado opuesto el otro extremo y así sucesivamente, advirtiéndoles, además, que al quitar cada tabla podría producirse un movimiento de vaivén del bombo por descompensación de su peso. En este acontecer, mientras el señor de Vega iba a buscar un tractor, los otros dos operarios, haciendo caso omiso de las instrucciones recibidas, se introdujeron en el interior del bombo y don Francisco Soria Luján, con una maza, además, dio un golpe a una de las maderas, lo que originó el desplome de todo el fondo del bombo, que cayó encima del señor Soria Luján, quien sufrió gravísimas lesiones, como consecuencia de las cuales falleció.**

Con el detalle de estos hechos, la sentencia recurrida considera que la única causa del accidente con su letal resultado fue la culpa exclusiva del fallecido al desobedecer las instrucciones recibidas e introducirse en el interior del bombo, golpeando, además, con una maza, una de sus maderas. La tendencia jurisprudencial es la de la objetivación del daño y con las consecuencias que para la carga de la prueba implica esta posición y la necesidad de exigir del responsable del daño que observe una diligencia mucho mayor que la derivada de las normas básicas y Reglamento. Esta citada tendencia jurisprudencial hacia una cierta objetivación de la culpa extracontractual,

mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, de tal modo que sí aparece acreditado que en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado, *sino que el mismo fue debido a la culpa exclusiva de la víctima.*

FRAUDE DE ACREEDORES.—NO SE PUEDE ESTIMAR REALIZADA LA ENAJENACION SI EL DEUDOR EN EL MOMENTO DE LA VENTA TENIA UN PATRIMONIO SUPERIOR A SUS DEUDAS, NO HABIENDOSE ACREDITADO EL PROPOSITO DE PERJUDICAR A DICHOS ACREEDORES. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—En este supuesto, la presunción de fraude no se corresponde con la realidad comercial ni con las contraprestaciones derivadas del contrato de leasing. Estos especiales arrendamientos financieros generan unas cuotas que superan con exceso el precio de un alquiler normal, ya que engloban dos conceptos: *a)* la financiación de la compra de los objetos arrendados, y *b)* su amortización. Por ello, en el desenvolvimiento normal de una empresa nadie dejaría de pagar una parte reducida de cuotas pendientes, cuya satisfacción le permitiría acceder al dominio de los objetos arrendados utilizando la opción de compra inherente al último plazo; sólo al sobrevenir dificultades económicas impensables es cuando se podrían omitir los últimos pagos, renunciando a adquirir el bien.

ISABEL MORATILLA GALÁN

COMPRAVENTA. NULIDAD POR FALTA DE CAUSA. ES EQUIVALENTE A LA INEXISTENCIA DE LA ILICITUD DE LA CAUSA. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

En el Juzgado de Durango se estimó la demanda solicitando la declaración de nulidad de una compraventa por falta de causa, aunque la Audiencia Provincial de Vizcaya la revocó. Ahora la demandante interpone recurso de casación, que es confirmatorio de la sentencia inicial.

Los antecedentes son los siguientes:

«1.º ...Se postula en la demanda la declaración de inexistencia por nulidad absoluta del contrato de compraventa de la vivienda, sita en la calle San Pedro, número 25-2.º izda., escalera C, de la localidad de Amorebieta, suscrito por doña María Mercedes Dudagoitia y su hermano, hoy demandado, don Francisco María Dudagoitia Arteché, en fecha 12 de julio de 1985, ante el Notario don Gabriel Celia Gual, por no haber tenido ninguno de los contratantes intención de transmitir ni adquirir la vivienda de referencia, faltando el pago del precio.

2.º En el año 1981, tras contraer matrimonio los demandados, les cedió la actora, para que fijasen su domicilio conyugal, la citada vivienda, sin exigir ni percibir renta o merced alguna ante la precaria situación económica en que se encontraban.

3.º Que con posterioridad, pretendiendo contraer matrimonio con don José Angel Inchaurreaga Campo, simuló con su hermano la compraventa del inmueble, único que poseía, con la doble finalidad de sustraerse a lo dispuesto en el artículo 43 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya, de 30 de julio de 1959, de aplicación al presente caso, por cuanto el señor Inchaurreaga ostentaba vecindad civil foral, evitando de esta manera contribuir al caudal de su matrimonio con la aportación del inmueble y, de otro lado, que al privarse al señor Inchaurreaga de las facultades que como copropietario le correspondían, se garantizaba el uso y disfrute de los demandados al resultar ser los titulares aparentes de éste.

4.º Que tras la modificación del régimen económico de su matrimonio, comunicación foral, y su sustitución por el de separación de bienes en fecha 9 de febrero de 1989, María Mercedes Dudagoitia solicitó a los demandados suscribieran un documento en que se reconociese su propiedad, haciendo caso omiso dichos demandados quienes, por el contrario, inscribieron la vivienda a su nombre en el Registro de la Propiedad».

Por el Juzgado de Primera Instancia se estima la demanda y se declara nula por falta de causa la compraventa de la citada vivienda, ya que se ha demostrado cuanto se hace constar en el F. J. 3.º: «...La falta de causa de la transmisión. 1.º La directa relación parental. 2.º La fecha de la celebración del contrato el día anterior a la celebración del matrimonio de la actora. 3.º El hecho de que no tuviese acceso al Registro de la Propiedad sino transcurridos cinco años desde su otorgamiento, y 4.º Fundamentalmente, la falta de acreditación del pago del precio, habiendo inatendido los demandados al requerimiento efectuado a instancias de la parte actora, de exhibición de recibos, transferencias bancarias o cualquier documento para acreditar abonos realizados a la señora Dudagoitia, limitándose a manifestar la codemandada doña Ana Quintana Trigo el hecho inusual de pago en efectivo, que ha de analizarse desde la perspectiva de que obra acreditado en autos que los demandados carecían de trabajo en el momento de efectuarse la compra, así como de bienes inmuebles, teniendo su domicilio, precisamente, en la vivienda propiedad de la actora»; la Sala sentenciadora, cuya sentencia es objeto del recurso, estima que no procede dicha declaración de nulidad al aplicar la teoría de los propios actos por su carácter vinculante, ya que fue la propia actora la que produjo todo este proceso contractual, y ello unido a que la propia actora no puede ejercitar esta acción frente a la tercera perjudicada, cuyo carácter lo ostenta su cuñada la codemandada, doña Ana Quintana, según consta en el F. J. 3.º, ya transcrito.

En el PRIMER MOTIVO del recurso interpuesto por la citada demandante, se denuncia la infracción de la jurisprudencia aplicable al amparo del artículo 1.692.4 LEC, de la doctrina sobre la posibilidad de declaración de oficio de la nulidad contractual, cuando el contrato se base en actos nulos de pleno derecho o infractores de un precepto jurídico claro y terminante. Contenida en sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29-3-1932, 27-5-1949, 1-12-1964, en conexión con los artículos 1.275 y 6.4 del Código Civil, por inaplicación de tal doctrina y de dichos preceptos legales, al reconocer la sen-

tencia recurrida que la causa de la compraventa impugnada es ilícita por ser contraria al ordenamiento jurídico o a las normas que rigen la moral; subrayándose el F. J. 3.º de la sentencia recurrida, cuando declara que, «en este caso la causa existe si bien la misma deviene contraria al ordenamiento jurídico o a las normas que rigen la moral», y se añade que, en el presente caso, la compraventa impugnada busca, y consigue, vulnerar los derechos que al marido de mi mandante le correspondían sobre el bien transmitido, sustrayéndose de la obligación que le imponía el régimen de Comunicación Foral de Bienes, aplicable en la fecha en que contrajo matrimonio, de tener que aportar dicho inmueble al caudal matrimonial, soslayando, de esta manera, la aplicación del artículo 43 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya, de 30 de julio de 1959, modificada por Ley de 18 de marzo de 1988, aprobada por el Parlamento Vasco; asimismo aduce que, por tanto, está probado y reconocido en las sentencias dictadas en ambas instancias, que el motivo determinante de la compraventa es contravenir el precepto legal que obliga a aportar el caudal matrimonial todos los bienes que posean cada uno de los cónyuges, y que es preciso conectar la doctrina jurisprudencial invocada con lo preceptuado en el artículo 6.4 de la Ley Sustantiva Civil, ya que, mi mandante, basándose en su derecho a disponer de sus propios bienes, realiza la venta del único bien inmueble que constituye su patrimonio, realizándose dicha venta un día antes de contraer nupcias, consiguiendo evitar aportarlo a su caudal matrimonial, vulnerando lo preceptuado imperativamente en el régimen matrimonial que le resultaba de aplicación. Si no se declarase la nulidad de la compraventa impugnada, se legitimaría el fraude de ley buscado...

El motivo se acoge en la idea de que, aún aceptando que la causa del contrato sea existente, según la Sala sentenciadora, sin embargo, ésta es ilícita y esa ilicitud produce, sin más, la nulidad del contrato, nulidad que puede, incluso, apreciarse de oficio, sin que tampoco sean aplicables las previsiones del artículo 1.302, en el sentido de que su sanción no juega en este supuesto, por cuanto se trata de una norma aplicable a la anulabilidad, y aquí hasta aceptando que el contrato vulnera la moral, como dice la Sala, se trata de un contrato nulo radicalmente o nulidad absoluta según el artículo 1.275 del Código Civil.

En los siguientes motivos se denuncia:

En el MOTIVO SEGUNDO, al amparo del artículo 1.692.4 LEC, la vulneración de la doctrina aplicable a la teoría de la inexistencia de la causa, por interpretación errónea de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, contenida en sentencias dictadas por la Sala Primera en fechas 30-6-1931, 8-2-1963 y de 23-5-1980, al entender la sentencia recurrida que la causa existe si bien la misma es ilícita.

En el MOTIVO TERCERO, la infracción de la jurisprudencia aplicable al principio general de los actos propios vinculantes, al amparo del artículo 1.692.4 LEC, por interpretación errónea de dicho principio, al estimar la sentencia recurrida que es de aplicación al presente caso el carácter vinculante de los propios actos reconocidos y consentidos, siendo tal aplicación contraria a la doctrina jurisprudencial que examina tal principio y que viene siendo aplicada por la Sala Primera T. S. en sentencias de 31-5-1963 y de 24-2-1986.

Ambos motivos se aceptan porque, se subraya que, cualquiera que haya sido la implicación de la actora en el proceso contractual llevado a cabo en los términos que han quedado transcritos, no puede prevalecer, ante la gra-

vedad de la simulación absoluta producida, la aplicada teoría de los actos propios que vinculan a su autor, por ser inequívocos en el sentido de crear o modificar una determinada relación jurídica, —sentencia de 24-4-2001— o una situación precedente de la que se produjeran efectos, que luego vienen a desconocerse en perjuicio de otro, siguiendo el brocardo de Ulpiano, *contra actuum proprio non venire ex post o venire contra proprium factum nulli concedetur*.

TERCERIA DE DOMINIO. SI LAS NUEVAS CAPITULACIONES SE OTORGARON DESPUES DE HABER SURGIDO LA DEUDA, LA ESPOSA NO ES TERCERA PERSONA A LOS EFECTOS DE ESTAR LEGITIMADA PARA EJERCITAR UNA TERCERIA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2001.)

La cuestión litigiosa se centra principalmente en si, por consecuencia de la escritura de liquidación de sociedad conyugal y modificación del régimen económico conyugal, otorgada por los esposos don Luis Llinas Puig y doña María Teresa del Cura Arauzo, en 26 de septiembre de 1979, la titularidad de los bienes embargados por deudas pendientes con la Tesorería de la Delegación de Hacienda de Madrid y relativas a liquidaciones de despachos de importación efectuadas en los ejercicios de 1974, 1975 y 1976 a cargo de la sociedad conyugal, correspondía o no exclusivamente a la demandante y procedía o no el alzamiento de la traba.

El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

Doña María Teresa del Cura Arauzo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que se desestima.

El motivo tercero del recurso —al amparo del art. 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de los arts. 1.373, 1.375 y 1.365 del Código Civil, en relación con el art. 6 del Código de Comercio, debido a que, según reprocha, en consideración a que el cónyuge no comerciante está excluido de las previsiones del Código de Comercio sobre la materia, es de aplicación al objeto del debate lo establecido en el art. 1.373 del Código Civil, y la traba del embargo no se ajusta a los requisitos dispuestos en el mismo, y, en consecuencia, los bienes deben entenderse libres de la anotación registral, y produce sus efectos el pacto de capitulaciones matrimoniales operado en virtud de la escritura pública notarial— se desestima porque el crédito en cuestión está expresamente reconocido en cuanto a su origen o causa, se refiere a liquidaciones de despachos de importación efectuados en los ejercicios de 1974, 1975 y 1976, sobre los que se siguió el correspondiente expediente administrativo en la Delegación de Hacienda, se contrae con cargo a la sociedad de gananciales y tiene fecha anterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales de 26 de septiembre de 1979, de manera que es de aplicación al caso del debate la posición jurisprudencial relativa a que, si las nuevas capitulaciones se otorgaron después de haber surgido la deuda, la esposa no es tercerista a efectos de estar legitimada para ejercitar una *tercería* de dominio (SSTS de 21 de junio de 1994 y 23 de octubre de 2001).

TERCERIA DE MEJOR DERECHO. NO PUEDE ALEGARSE COMO TITULO DE DOMINIO POR EL TERCERISTA UN DOCUMENTO PRIVADO DE VENTA SIN AUTENTICIDAD DE SU FECHA, BASANDOSE EN UNA ESCRITURA PUBLICA DE ADQUISICION DE LOS BIENES OTORGADA EN FAVOR DEL TRANSMITENTE. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Promociones y Contratas Las Merindades, S. A. (Procomesa) demandó, por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía, a la Tesorería General de la Seguridad Social y a Gravas Nofuentes, S. A., ejercitando tercería de dominio sobre los bienes embargados a esta última sociedad por la susodicha Tesorería General, por medio de la Unidad de Recaudación Ejecutiva de Miranda de Ebro, como consecuencia de deudas que mantenía con la Seguridad Social la entidad Gravas Nofuentes, S. A.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo su sentencia confirmada en grado de apelación por la Audiencia, contra cuya sentencia ha interpuesto el presente recurso de casación la actora-apelante.

El motivo primero, al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1.218 del Código Civil. En su fundamentación se alega que los bienes embargados no eran propiedad en la fecha del embargo (28 de septiembre de 1992) de Gravas Nofuentes, S. A., pues los había vendido con fecha 18 de abril de 1991 en documento público de 18 de abril de 1991 a Promociones, Servicios y Contratas, S. A. (Proserocosa), y esta última a la recurrente Procomesa, en virtud de documento privado de 3 de enero de 1992.

El motivo se desestima. Obviamente, la recurrente Procomesa yerra al citar como infringido el artículo 1.218 del Código Civil, pues el título que esgrime en apoyo de sus pretensiones es un mero documento privado, cuya fecha no se ha demostrado auténtica (art. 1.227 y sentencias de 31 de diciembre de 1996, 9 de junio de 1999 y las citadas en ellas).

Por otra parte, la recurrente Procomesa no plantea siquiera ni un argumento contrario a los razonamientos de la sentencia de primera instancia, aceptados íntegramente por las que se recurre, sobre el carácter instrumental de las sociedades Procomesa y Proserocosa, que hacen imposible distinguir la personalidad jurídica independiente de cada una de ellas y de la demandada Grava Nofuentes, S. A., basándose la instancia en documentación obrante en autos. Tampoco se ha combatido lo más mínimo la afirmación de la instancia de que el precio de las compraventas no se satisfizo. En fin, no se ha demostrado ningún error de derecho en la apreciación de las pruebas sobre la falta de título de la tercerista.

FIANZA: EL FIADOR SE CONVIERTE EN ACREEDOR DEL DEUDOR CUANDO PAGA POR EL, NO SE PUEDE CONSIDERAR QUE LO ES, DESDE QUE DICHO DEUDOR CONTRAJO LA DEUDA ESTA OBLIGADO CON EL FIADOR, POR LO QUE ESTE NO ESTA LEGITIMADO PARA RESCINDIR ENAJENACIONES, QUE DICE EN FRAUDE DE ACREEDORES, HECHAS POR EL DEUDOR EN UN TIEMPO MUY ANTERIOR AL PAGO. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2001).

Don Segundo Arranz Arranz y doña Engracia Martín Rodríguez, en su calidad de fiadores, demandaron a los deudores afianzados don Urbano Arranz Arranz y doña Eutiquia Arenas Vaquero, el pago de 16.851.498 pesetas más

intereses legales que habían satisfecho a la Caja Rural acreedora de los demandados, además de la rescisión por fraude de acreedores de los contratos que detallaban en la demanda, otorgados por éstos para situarse en estado de insolvencia.

La sentencia de primera instancia estimó la acción contra los demandados, desestimando la rescisoria. La Audiencia, en grado de apelación, revocó este último pronunciamiento, dando lugar a la rescisión.

Contra la sentencia de la Audiencia han interpuesto el presente recurso de casación don Urbano Arranz Arranz y doña Eutiquia Arenas Vaquero, y Exager, S. A., que adquirió los bienes enajenados.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia de Valladolid, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Don Urbano Arranz Arranz y doña Eutiquia Arenas Vaquero eran deudores a la Caja Rural por un préstamo que les concedió el 5 de junio de 1984, con vencimiento a 5 de marzo de 1985. El día 29 de julio de 1986 se procedió a la firma de otro, que extinguió el primero. Ambos figuran afianzados por personas con lazos parentales con los deudores, entre ellos don Segundo Arranz Arranz y doña Engracia Martín Rodríguez.

Al no satisfacerse el crédito, y al dejar de pagar los deudores como venían haciendo, la Caja acreedora amenazó a los fiadores don Segundo y doña Engracia con la vía judicial, los cuales, en evitación de ella, satisficieron las cantidades que reclaman en este juicio a los deudores desde diciembre de 1989.

Pero también solicitan «rescisión» de contratos, en apariencia onerosos, celebrados por los susodichos deudores entre 1985 a 1987, por fraude de acreedores. No solicitan la nulidad por inexistencia de los mismos o de algunos, sino que la simulación tiene para ellos la transcendencia que deriva de ser vehículo para el fraude de acreedores. Así las cosas, no tienen legitimación los actores para esta segunda acción, pues su cualidad de acreedores de los demandados no nace, por lo menos, hasta que no comienzan a pagar por ellos (diciembre de 1989). Es perfectamente incongruente que no se procurasen del estado de insolvencia de los deudores desde 1984, los afianzaron, y volvieron a hacerlo en el nuevo préstamo de 1986, y ahora quieren revisar sus actos de disposición desde 1985 a 1987.

Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la rescisión de los actos dispositivos por fraude de acreedores realizados con anterioridad al nacimiento del crédito cuando tienen por objeto el procurarse una futura insolvencia, pero ello requiere que se realicen cercanamente a aquel nacimiento (sentencias de 28 de mayo de 1977, 28 de noviembre de 1997, 31 de mayo de 1991, 16 de junio de 1999, entre otras). En el caso litigioso no constan acreditadas estas circunstancias, o sea, que en 1985, 1986 y 1987 se previese que los fiadores pagarían dos años después, ni mucho menos que los deudores se quedarían insolventes, pues la prueba ha revelado que se han pagado parte de sus múltiples deudas, y que la Caja afianzada estuvo recibiendo dinero de los deudores para satisfacer su deuda con ella durante más de dos años.

Aunque hipotéticamente tuviesen legitimación, no podría prosperar la rescisión porque no se ha demostrado la insolvencia de los deudores (arts. 1.294 y 1.111). Los mismos siguen siendo propietarios reales de los bienes que enajenaron a Exager, S. A., de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió, y a su vencimiento no puede quedarse como propietarios de los bienes si no pagan ha de ejecutarlos como cualquier acreedor. De lo con-

trario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio (sentencias de 26 de abril de 2001 y las que cita). Los actores han enfocado muy simplemente el tema de las relaciones deudores (prestarios) y Exager, S. A. (prestamista), pues lo han considerado como una enajenación ficticia, cuanto está probado en autos, además del documento privado que al efecto acompañaron con su demanda, que hubo un préstamo efectivo y que para garantizarlo se acudió a la enajenación con finalidad de garantía, que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido en las sentencias antecitadas, con limitaciones que en ellas constan, entre ellas la de la observancia de la prohibición del pacto comisorio. Ello indica que seguían teniendo bienes para responder de sus deudas, no se encontraban en estado de insolvencia, por lo que no se da la necesaria subsidiariedad que requiere el artículo 1.294 del Código Civil para que prospere la acción rescisoria.

Todo lo expuesto conduce a la confirmación del fallo estimatorio parcial de la demanda pronunciado por el Juez de 1.^a Instancia.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS. CENTRO DE ANALISIS DE SANGRE v/MEDICO QUE LOS HACE.—INCUMPLIMIENTO POR UNA DE LAS PARTES ANTES DEL PLAZO DE DURACION. NO HAY PACTO DE NO CONCURRENCIA O DE EXCLUSIVIDAD DEL MEDICO. (SENTENCIA DE 4 DICIEMBRE 2001.)

La cuestión esencial del presente litigio se remonta al contrato de prestación de servicios, de 3 de enero de 1990, por el que la entidad demandada y parte recurrida en casación, «Centro Médico de Rehabilitación, S. A.», como arrendataria de servicios (en terminología del art. 1.546 del Código Civil) o empleador, contrató con el médico don Luis Casanovas Rodríguez, demandante en la instancia y recurrente en casación, la prestación de servicios por éste, consistentes en recoger las muestras y entregar los resultados de los análisis de sangre que se extraía a los pacientes en aquel centro a cambio de un precio; todo ello en exclusiva para el centro: éste «*entregará todas las muestras durante el período de vigencia del contrato*»..., dice el pacto 7.º; la vigencia estaba prevista en cinco años desde la fecha indicada del contrato.

Tal como explica los hechos la sentencia de instancia, a principios de julio de 1993, el Centro Médico dejó de entregar al médico demandante, «*para su análisis, las muestras que obtenía de los pacientes que eran visitados en sus instalaciones, incumpliendo así la obligación nacida del contrato*...» A su vez, aquél había fundado, con otros médicos, en mayo de 1993, la «Clínica Castelldefels de Especialidades Médicas» dedicada, igualmente, a análisis clínicos.

La sentencia del Juzgado de 1.^a instancia, número 4, de Gavá, estimó esencialmente la demanda, cuya sentencia fue revocada, en grado de apelación, por la de la Audiencia Provincial, Sección 15.^a, de Barcelona, que la desestimó al entender que hubo un incumplimiento imputable al médico demandante, por lo que, aplicando el artículo 1.124 del Código Civil, desestimó la demanda.

El demandante ha formulado el presente recurso de casación al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1.255 y 1.281, primer párrafo, del Código Civil y solicita, en el escrito del recurso, que se confirme la sentencia de primera instancia.

El contrato de fecha 3 de enero de 1990, antes referido, tiene la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, que define, junto con el de

obra, el artículo 1.544 del Código Civil y se produjo el hecho, también mencionado, de que el empleador, la sociedad demandada, dejó de suministrar al empleado, el médico, el material, muestras de sangre, para que éste pudiese cumplir el servicio, por lo que dejó de percibir el precio pactado, que lo era en relación con los análisis efectuados. Lo cual constituye incumplimiento del contrato por parte de la sociedad empleadora demandada, «Centro Médico y de Rehabilitación, S. A.», como así reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial.

No se admite por esta Sala que la conducta del médico sea constitutiva de incumplimiento: no incumplió el contrato; no había, pudiendo haberlo, pacto de no concurrencia; se había previsto expresamente que el Centro entregara las muestras en «*exclusiva*» al médico demandante, y no se había previsto que éste practicara los análisis en exclusiva para este Centro. No se comparte por esta Sala la idea de que la actuación del médico, al fundar un establecimiento para análisis de sangre, infringiera «*frontalmente la buena fe*», como dice textualmente la sentencia de instancia; un profesional empleado, en contrato de prestación de servicios, no sufre una exclusividad u obligación de no concurrencia, si no se ha previsto en el contrato.

PODER DE REPRESENTACION. AUTOCONTRATO.—DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. SIMULACION ABSOLUTA. NO SE APRECIA. (SENTENCIA DE 29 NOVIEMBRE 2001.)

El 25 de junio de 1986, don Antonio Fernández Sánchez (demandante en la instancia y recurrido en casación) abandona el domicilio conyugal y a su esposa doña Josefa Fernández Valencia (demandada, junto con don José Baró Guardia, en la instancia y ambos recurrentes en casación) y a su hijo menor de edad; la sentencia de 3 de octubre de 1989 decreta la separación conyugal de ambos; en fecha 1 de octubre de 1990, aquél otorga poder de representación en escritura pública a favor de ésta, de la que son de destacar los siguientes párrafos: «*Que da y confiere poder a favor de doña M.ª Josefa Fernández Valencia, mayor de edad y de esta vecindad... para que con relación única y exclusiva a las dos fincas... libremente pueda... venderlas, retraerlas y permutarlas, pura o condicionalmente, con precios confesados, aplazados o pagados al contado, convenir en los aplazamientos, tiempos, intereses, condiciones y garantías...*»; y añade un párrafo: «*la apoderada podrá usar de las facultades que se le confieren, aun en el supuesto de que con ello incida en la figura jurídica del autocontrato, contrato consigo mismo o en la de contraposición de intereses, de tal manera que, si lo tiene a bien, podrá venderse a sí misma las fincas y cuota indivisa de finca, manifestando que el poderdante ya tiene recibido el precio con anterioridad*». Y, por último, proclama: «*El presente otorgamiento es irrevocable por su carácter de paccionado*».

En virtud de dicho poder de representación, la representante doña Josefa Fernández Valencia, en fecha de 4 de febrero de 1992, en escritura pública, vende las dos fincas a que se refiere aquel poder en los siguientes términos: «*Que don Antonio Fernández Sánchez, representado por doña Josefa Fernández Valencia, vende, libre de cargas y al corriente de sus obligaciones fiscales y comunitarias, a don José Baró Guardia y doña Josefa Fernández Valencia, que compran, por mitades indivisas, las dos siguientes fincas...*», en cuanto al precio, se hace constar: «*Dicha suma la señora Fernández Valencia declara haberla*

recibido su representado, antes de este acto y a su entera satisfacción de los compradores, por mitad, firmándoles carta de pago». Con fecha 1 de diciembre de 1992, se dicta sentencia de divorcio del matrimonio contraído por don Antonio Fernández Sánchez y doña Josefa Fernández Valencia.

La cuestión procesal se ha planteado del siguiente modo: tras todos los actos anteriores, a principios de 1994, don Antonio Fernández Sánchez formula demanda contra doña Josefa Fernández Valencia y don José Baró Guardia, en pretensión de que se declare la nulidad por simulación de la venta de las fincas. A cuya demanda se opusieron ambos demandados bajo una sola dirección y representación.

El Juzgado de 1.ª Instancia, número 20, de Barcelona, en sentencia de 4 de mayo de 1995, declaró válida la compraventa, expresando, como conclusión de sus razonamientos: *«al no haberse impugnado el expresado apoderamiento y reuniendo la escritura pública de venta otorgada por el actor (representado por la señora Fernández) y por los demandados el día 4 de febrero de 1992, los requisitos exigidos para su validez, procede desestimar la demanda»*.

Formulado recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 14.ª, de Barcelona, de 11 de junio de 1996, revocó la anterior y estimó la demanda, declarando la nulidad de la compraventa referida, esencialmente por considerar: *«1) El autocontrato no es admisible cuando hay conflicto de intereses o pueda haber perjuicio (sentencias del TS de 15-VI-1966, 14-V-1974, 10-V-1984 y 29-X-1991); en el supuesto de autos resultan totalmente identificados, el vendedor, la compradora que, además, confiesa en nombre del vendedor —su representado— haber recibido el precio, tal entramado de relaciones, evidentemente, diluye y viola el contenido estructural del artículo 1.261 del Código Civil; 2) Aparte la nulidad absoluta del contrato por inexistencia de sus premisas constitutivas, desde la perspectiva de la pretendida y simulada compraventa es de declarar, igualmente, su inexistencia y su simulación absoluta»*.

Frente a la anterior sentencia, los demandados han formulado el presente recurso de casación en cuatro motivos: el primero se basa en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el segundo en el número 4.º, siendo ambos relativos a los hechos en que se funda la sentencia de instancia; el tercero, sí se refiere al verdadero fondo jurídico del asunto, y el cuarto, a las costas procesales.

La *cuestión jurídica* que se plantea tiene como punto de partida el poder de representación, y como punto de llegada el contrato de compraventa.

El *poder de representación* tiene validez y eficacia indiscutida en autos, como no podía ser menos. Es un poder especial, en relación a un objeto (dos fincas y otra más) y para actos concretos, pero respecto a ambos extremos, es amplísimo y respecto a la compraventa —uno de los actos concretos— y a las dos fincas —referidas en el poder— tiene una expresa amplitud y concreción, frente a la cosa y al precio, y a este último hace referencia por dos veces: la primera cuando manifiesta el poderdante que *«ya tiene recibido el precio con anterioridad»*, y la segunda cuando apodera para vender *«con precios confesados»*. Como colofón, el poder es *«irrevocable por su carácter de paccionado»*.

El *contrato de compraventa*, objeto de la presente acción de nulidad, reúne los elementos del contrato que enumera el artículo 1.261 del Código Civil: el consentimiento, integrado por las declaraciones de voluntad coincidentes y contrapuestas de querer vender, hecha por la representante, y de querer comprar, hecha por los dos compradores; el objeto, consistente en las dos fincas a que se refiere específicamente el poder especial y el precio, que la represen-

tante declara haberlo recibido con anterioridad, «firmándoles carta de pago», con lo cual, por tercera vez, el vendedor declara haber recibido el precio; la causa, como función objetiva, tal como se desprende del artículo 1.274 del Código Civil concurre, independientemente de los móviles que, en el presente caso, derivan de las vicisitudes conyugales y judiciales que afectan al matrimonio de demandante y codemandada y que son intrascendentes jurídicamente, aunque explican la extensión de aquel poder y la celebración de la compraventa.

La *cuestión jurídica* analizada en el apartado anterior debe ser completada con las dos cuestiones que han servido a la Audiencia Provincial para, en su sentencia, desestimar la demanda y que son la autocontratación y la simulación.

El *autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo* es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación. La sentencia de esta Sala, de 12 de junio de 2001, recoge (en su Fundamento 2.º, párrafo 3.º) la doctrina jurisprudencial, que ahora se asume y ratifica, destacando que es válido el autocontrato en que hay una «previa licencia», lo que se reitera de nuevo. Dice así, literalmente, dicha sentencia: «...hipótesis de autocontrato, o contrato consigo mismo, en la modalidad más genuina (y tachada de más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (Resolución de 9 de febrero de 1946), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato, actuando a la vez como interesada y como representante de otra (sentencia de 5 de noviembre de 1956). La figura jurídica carece de una regulación general en nuestro derecho positivo, aunque se refieren a la misma diversos preceptos aislados (singularmente destacan el art. 1.459 del Código Civil y el 267 del Código de Comercio) y ha sido objeto de una importante atención, tanto por el Órgano directivo registral (entre otros, Resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930, 3 de noviembre de 1932, 23 de enero y 9 de marzo de 1943, 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946, 26 de septiembre de 1951, 9 de mayo de 1978, 1 de febrero de 1980, 29 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1997, 11 y 14 de mayo y 2 de diciembre de 1998), como por la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 7 de noviembre de 1947, 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958, 11 de junio, 14 y 27 de octubre de 1966, 30 de septiembre de 1968, 5 de febrero de 1969, 23 de mayo de 1977, 3 de noviembre de 1982, 8 de noviembre de 1989, 31 de enero y 29 de octubre de 1991, 24 de septiembre de 1994, 26 de febrero y 15 de marzo de 1996, 9 de junio de 1997, 20 de marzo de 1998, 12 de febrero de 1999, 28 de marzo de 2000 y 19 de febrero de 2001) quedando supeditada su validez, en sintonía con la finalidad de prevenir la colisión de intereses, a la existencia de un conflicto de éstos y la falta de la previa licencia o posterior asentimiento o ratificación del interesado, sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que, salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza. Este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la DGR y en la jurisprudencia de esta Sala. Así, Resoluciones de 23 de enero de 1943 (cuando el poderdante conceda al apoderado las facultades necesarias, con la vista puesta en el posible conflicto de

intereses, o cuando no pueda surgir éste al determinar el contenido del contrato); 4 de mayo de 1944 (exigir con todo rigor que conste la clara expresión de que se faculta al representante para que actúe con el doble carácter); 26 de septiembre de 1951 y 11 de diciembre de 1997 (facultades explícitas para celebrarlo, pues no basta la atribución genérica de poderes o facultades); 1 de febrero de 1980; 11 de mayo de 1998 (cuando esté expresamente autorizado para ello o esté autorizado para el acto específico donde existe la contraposición); 14 de mayo de 1998 (cuando el potencial perjudicado haya convenido o autorizado a su representante para contratar o actuar como representante múltiple), y 2 de diciembre de 1998 (la doctrina jurisprudencial es favorable a la validez de la figura si media la pertinente licencia del principal); y sentencias, entre otras, de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958, 14 y 27 de octubre de 1966 y 23 de mayo de 1977 (poder expreso o que de los términos en los que aparezca extendido el poder con el que el representante actúa, permitan calificarle de adecuado, suficiente o bastante para poder celebrar contratos consigo mismo), siendo de destacar la sentencia de 15 de marzo de 1996, que no sólo confirma la anterior doctrina general, sino que incluso se refiere a un caso en que se recogía una cláusula ("ejercitar las facultades anteriormente referidas, aunque incida en autocontratación") sensiblemente similar al supuesto de autos».

Por lo tanto, el autocontrato, en el presente caso, es válido.

La simulación no puede ser apreciada. Siendo la simulación el caso de inexistencia de causa del negocio jurídico, en la absoluta, o causa distinta de la declarada, en la relativa, por acuerdo de ambas partes, no se da aquí, en que el vendedor representado dice por dos veces (la tercera, por medio de su representante) que ha recibido el precio, y los compradores afirman haberlo pagado; con ello no se altera el *factum* declarado en la sentencia de la Audiencia Provincial, sino el concepto jurídico de simulación —*quaestio iuris*— que deduce erróneamente de unos hechos que no se discuten; por el contrario, se acepta lo que expresa la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia: «...la realidad del precio de la compraventa, puesto que éste (el actor, varias veces) reconoció en 1990 haberlo recibido, y esta confesión, hecha ante fedatario público, le vincula, con todos los efectos que le son propios, sin que pueda desconocerla: no puede alegar que fuere simulado en 1992 el precio que en 1990 reconoció fehacientemente haberlo recibido».

Por tanto, la compraventa de 4 de febrero de 1992, no es simulada.

ACTOS PROPIOS. DOCTRINA DE LA SALA. NO CONCURRE. SIMULACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS Y SU PRUEBA. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

El tema de la instancia versó sobre la simulación absoluta de los actos y negocios jurídicos, declarándose la inexistencia de simulación absoluta del contrato de compraventa del inmueble, sito en la calle Lope de Vega, número 6, de Madrid, otorgado por las partes en escritura pública el 25 de octubre de 1988 y, por el contrario, declarando la inexistencia por simulación absoluta de los contratos suscritos el 16 de octubre de 1989 y relativos a la vivienda número 6, 4.º B, de la calle Lope de Vega de Madrid; plaza de garaje número 3 y la vivienda situada en la planta tercera del edificio, escalera segunda, letra B, y escalera tercera, letra A, de la calle Apolonio Morales, número 3, de Madrid, y el hotel sito en la Avenida de Alfonso XIII, número 100, de Madrid.

Se apoya el motivo primero del recurso en que se encuentra en los autos un reconocimiento hecho por la demandada en un juicio de menor cuantía, seguido ante las mismas partes ante el Juzgado de Primera Instancia, número 23, de Madrid, bajo el número 359/91, sobre guarda y custodia de un hijo menor en que la actora, con el fin de acreditar la capacidad económica del demandado, solicitó, a efectos de fijación de alimentos del hijo de ambos, que se librase oficio al inquilino del piso 4.º dcha. de la calle de Lope de Vega, número 6, de Madrid, para que se informase al Juzgado de la cantidad que en concepto de alquiler abonaba mensualmente al señor Muñoz. Estima el recurrente que tal acto implica el reconocimiento de la propiedad en la persona del señor Muñoz, y entiende que la explicación no puede ser otra que la señora demandada conocía tal simulación, que había existido en el contrato de compraventa del inmueble y, por tanto, la nulidad radical del mismo.

Este Tribunal no puede acoger el motivo por las razones que se pasan a examinar. En primer lugar, porque confunde lamentablemente en su razonamiento las figuras de arrendador y de propietario, que pueden coincidir, y de hecho coinciden en numerosos casos de la vida real, en que lo normal, usual y corriente es que el arrendador sea el titular dominical, pero ello no es forzosa y necesariamente así. Se puede ser arrendador y no propietario, dueño y no arrendador. Arrendador puede serlo el usufructuario, el administrador y hasta el propio locatario cuando el subarriendo esté autorizado y pueda alcanzar eficacia. El arrendamiento constituye un acto de administración, en cuanto constituye un modo normal de explotar los bienes y obtener un rendimiento de ellos, bastando con que el arrendador tenga la capacidad de administrar. Señala el Código Civil en su artículo 1.548, que los padres o tutores, respecto a los bienes de menores o incapacitados, y los administradores de bienes ajenos no pueden darlos en arrendamiento si la duración excede de seis años. Precepto constreñido al arrendamiento de inmuebles y de duración superior a los seis años, entendiendo que excede de los actos de administración ordinaria, pero sólo alcanza a los administradores que carezcan de poder especial, equiparada tal limitación a los arrendamientos inscritos (art. 1.713.2.º del Código Civil). Así se ha repetido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala —sentencias, entre otras, de 18 de diciembre de 1973, 12 de noviembre de 1987 y 7 de marzo de 1996—.

TERCERA DE MEJOR DERECHO. CREDITO DOCUMENTADO EN ESCRITURA PUBLICA Y POLIZA DE CREDITO. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

La sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada revoca la de primera instancia y desestima la demanda en que Caja de Ahorros de Granada ejercita acción sobre tercería de mejor derecho frente a Banco Central Hispano Americano y don Ivón Gonzálbez Martínez y doña María de los Angeles Caracuel Ramos.

Afirma la sentencia recurrida, para fundamentar su fallo desestimatorio de la demanda, que «el crédito aducido por el actor tercerista se funda en la escritura de préstamo hipotecario otorgada el 28 de diciembre de 1990, escritura que no fue inscrita en el Registro de la Propiedad, según manifestación de la actora, porque el bien que se pretendía hipotecar no se encontraba inscrito a nombre de los propietarios; en consecuencia, con tales caracterís-

ticas ha de afirmarse que el crédito hipotecario en que funda su derecho el tercerista no llegó a constituirse, pues tal constitución sólo se produce en rigor en la fecha de la inscripción, en virtud del alcance que, sobre tal garantía real, determina la sanción de los artículos 1.875 de la Ley Hipotecaria (*sic*), y que no desvirtúa la preferencia que a tales créditos concede el artículo 1.923.3 del Código Civil, por lo tanto, cuando el crédito esgrimido por el ejecutante se protege por la medida cautelar judicial decretada en el juicio ejecutivo correspondiente, esto es, el embargo, no había nacido, o lo que es lo mismo, no se había constituido el crédito hipotecario en que se funda la acción del tercerista, sin que conste, aunque ello sería irrelevante que haya llegado a constituirse después»; añade más adelante que, «y como el crédito hipotecario no había nacido a la vida del derecho en su dimensión constitutiva, entendemos no existe concurrencia a dirimir».

Esta Sala no puede compartir esa fundamentación por dos razones: una, la Sala de instancia efectúa una lectura equivocada del escrito inicial de demanda, ya que la entidad actora no funda su derecho preferencial en el artículo 1.923.3.º del Código Civil, como con reiteración entiende la sentencia recurrida, sino en el artículo 1.924.3 del mismo Código. y así se dice en el Fundamento de Derecho V de la demanda, «la preferencia entre ambos debe decidirse por la aplicación directa del número 3 del artículo 1.924 del Código Civil, de acuerdo con la expuesta falta de privilegio y la certeza de ambos créditos». La otra razón es que la sentencia *a quo* no tiene en cuenta la naturaleza accesorio del derecho real de hipoteca, como derecho de garantía que es, respecto del crédito garantizado. Esta nota de accesoriedad determina que las vicisitudes que experimente el crédito garantizado repercuten directamente en el derecho de garantía, pero ese efecto no se produce en sentido inverso; de ahí que la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca sólo afecta a la constitución de este derecho, pero no se traduce en la inexistencia del crédito que se trataba de garantizar. Al no entenderlo así la sentencia, objeto de este recurso, se infringen los preceptos y jurisprudencia invocados en el motivo que, en consecuencia, ha de ser estimado.

Dice la sentencia de 30 de diciembre de 1998 que, «partiendo de la equiparación, a estos efectos, de las pólizas intervenidas por Corredor Colegiado de Comercio a las escrituras públicas, según la constante y uniforme doctrina de esta Sala, contempla dos supuestos diferenciados: a) cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo del otorgamiento de la póliza, en cuyo supuesto, para resolver cuestiones sobre preferencia de créditos, habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza, y b) cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, en cuyo caso la preferencia crediticia ha de venir referida, no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa posterior operación de determinación o concreción del saldo exigible.

En el supuesto aquí enjuiciado se enfrentan un préstamo constituido en escritura pública de fecha 28 de diciembre de 1990, y una póliza de crédito de fecha 29 de diciembre de 1990; por lo que es evidente que, de acuerdo con el artículo 1.924.3 del Código Civil, la preferencia juega a favor de la actora recurrente. Aún estimando que esa póliza de crédito es prórroga de otra anterior de 11 de agosto de 1990 que, a su vez, lo es de otra de 27 de noviembre

de 1989, es de tener en cuenta que la fecha de liquidación y fijación del saldo de esa póliza de crédito es la de 29 de agosto de 1991, posterior, por tanto, a la de la escritura pública en que se constituyó el contrato de préstamo. Por todo lo cual, en atención a la citada doctrina jurisprudencial, ha de estimarse la demanda, confirmando la sentencia de primera instancia en razón a lo dicho y a sus acertados fundamentos.

COMPRAVENTA-CONDICION SUSPENSIVA: SUBSISTENCIA DE LA CONDICION CONSISTENTE EN PARCELACION DE LOS TERRENOS POR PRORROGA TACITA DEL PLAZO INICIALMENTE FIJADO PARA SU CUMPLIMIENTO. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS Y DESAPARICION DE LA BASE DEL NEGOCIO: NO SE APRECIAN POR CAUSAR LA DEMORA ADMINISTRATIVA PERJUICIOS A AMBAS PARTES Y NO SOLAMENTE A UNA DE ELLAS. (SENTENCIA DE 28 DICIEMBRE DE 2001.)

El recurso de casación dimana de un juicio de menor cuantía promovido respecto de un contrato celebrado el 13 de agosto de 1986 entre las sociedades anónimas demandante y demandada. En dicho contrato, la actora vendía y la demandada compraba la parcela número 3, con lo edificado sobre ella, de las cuatro que componían el complejo industrial perteneciente a la actora, quien al celebrarse el contrato había iniciado el oportuno expediente de parcelación ante la Gerencia Municipal de Urbanismo. El precio se fijó en noventa y cinco millones de pesetas y en el contrato se insertó una cláusula supeditando «la validez y cumplimiento de la totalidad del presente documento» a que se autorizara el expediente de parcelación. Como quiera que al cabo de varios años, éste no había llegado a aprobarse y, sin embargo, la demandada disfrutaba de la parcela sin haber entregado más que veinte millones de pesetas, en la demanda se pedía, además de una cantidad equivalente a la renta de mercado por ese disfrute y otra más en concepto de recibos de luz y agua abonados por la actora, la resolución del contrato al amparo del artículo 1.454 del Código Civil o, subsidiariamente, su resolución por circunstancias sobrevenidas que habrían alterado la base del negocio o, subsidiariamente, la modificación del mismo contrato en virtud de tales circunstancias, conforme a la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, para que la cantidad de noventa y cinco millones de pesetas se adaptara a la «que en el momento en que se abone pudiera corresponder por aplicación de un interés de mercado a la misma, computable desde la fecha del indicado contrato y que se determinará en ejecución de la sentencia».

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró resuelto el contrato por haber transcurrido en exceso el plazo previsto para el cumplimiento de la condición consistente en que se aprobara el expediente de parcelación.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada y adherida la demandante a la impugnación para que fueran estimadas todas sus pretensiones, el Tribunal de segunda instancia, estimando el recurso inicial y desestimando la adhesión, revocó la sentencia apelada para, en su lugar, desestimar totalmente la demanda. En su fundamentación jurídica esta sentencia de apelación, tras interpretar el contrato y valorar detenidamente la prueba, especialmente en orden a la prórroga tácita y por tiempo indefinido del plazo inicialmente establecido para que se cumpliera la condición, entiende que este

cumplimiento sigue siendo posible, y por tanto el vínculo contractual debe subsistir hasta que tal cumplimiento se produzca o hasta que sobrevenga su imposibilidad; rechaza la tesis de la alteración sobrevenida de la base del negocio por faltar el elemento de su imprevisibilidad y haberse probado, en cambio, tanto la prórroga indefinida del plazo para el cumplimiento de la condición como la aceptación de la situación por la demandante *«durante más de siete años»*, no explicándose por tanto su pretensión resolutoria *«precisamente una vez cesadas las causas que originaron tal retraso»*; descarta, igualmente, modificar al alza el precio pactado por ser normal *«el continuo e incesante incremento de los precios del mercado inmobiliario»*, haber aceptado ambas partes durante un larguísimo tiempo la incertidumbre derivada de los avatares de la actuación administrativa, ser el contrato litigioso detracto único por más que el resto del precio se aplazara hasta el otorgamiento de la escritura pública y, en fin, quedar excluido el principio del precio justo; desestima asimismo la pretensión fundada en el enriquecimiento injusto de la demandada porque ésta empezó a disfrutar de la parcela en virtud de una justa causa constituida por la entrega de su posesión por mutuo acuerdo y, por último, rechaza el pedimento referido a los recibos de luz y agua por entender que el documento al respecto suscrito por las partes, el 6 de febrero de 1992, imponía a la actora una previa justificación y liquidación de gastos que ésta no había presentado.

Contra la sentencia de segunda instancia ha recurrido en casación la demandante.

Según la recurrente sería la propia sentencia impugnada la que *a sensu contrario* habría señalado su incongruencia al tener por no ejercitada la acción declarativa de ineficacia del contrato fundada en la imposibilidad de cumplimiento de la condición ni la acción de señalamiento de un término para ese cumplimiento.

Semejante planteamiento ha de ser sin embargo rechazado: en primer lugar, por ser constante jurisprudencia de esta Sala, cuya cita pormenorizada resulta superflua al ser harto reiterada y conocida que las sentencias totalmente desestimatorias, como es el caso, no pueden ser tachadas de incongruentes, ya que dan respuesta, aunque negativa, a todas las cuestiones planteadas, a no ser que alteren la causa de pedir o aprecien una excepción no articulada por el demandado ni apreciable de oficio; y en segundo lugar porque, siendo patente que nada pidió la actora, hoy recurrente, sobre el señalamiento de un plazo al amparo del artículo 1.128 del Código Civil, no lo es menos que la sentencia recurrida analiza pormenorizadamente si la condición pactada era o no de imposible cumplimiento, razonando textualmente al respecto, *«que la obtención de la autorización del expediente de parcelación puede aún tener lugar»* y, *«en tanto que ésta continúa siendo posible»*, las partes han de esperar a la llegada de la condición o a que sobrevenga su imposibilidad.

Lo sucedido, en realidad, es que la parte recurrente, para estructurar su argumentación demostrativa de la incongruencia, ha optado por transcribir el último párrafo del fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada, pero lo ha hecho sólo parcial o fragmentariamente y no en su integridad, sustituyendo por puntos suspensivos determinados pasajes que no convienen a su argumentación, como el relativo a la posibilidad de que aún tenga lugar la autorización del expediente de parcelación. Si a ello se une que en su Fundamento Jurídico quinto-1.º, la sentencia recurrida descarta que el contrato pueda resolverse por una alteración sobrevenida de la base del negocio en

forma de demora en el cumplimiento de la condición, analizando cuidadosamente lo pactado por las partes, destacando la incertidumbre como elemento característico de la condición, dando por probada la prórroga indefinida del plazo inicialmente pactado y declarando, en fin, que las causas que originaron el retraso han cesado ya, la artificiosidad del motivo examinado no viene sino a corroborarse ya que, dentro de lo que permite adivinar la oscuridad que preside su exposición argumental, la queja de la recurrente parece centrarse en una presunta falta de respuesta judicial a la alegada alteración sobrevenida de la base del negocio.

Basta con leer en su integridad la motivación de la sentencia recurrida dedicada a esta cuestión para que el desarrollo argumental del motivo se desvirtúe por completo, ya que en ningún momento dicha sentencia declara que la demandada sea propietaria de la parcela ni que adquiriera su posesión a título de dueño, sino que, ateniéndose muy ajustadamente a las cuestiones debatidas, se limita a analizar si el disfrute de la parcela por la demandada, a partir de un determinado momento posterior al contrato, respondía o no a una justa causa, y da una respuesta afirmativa, desestimando en consecuencia la acción de enriquecimiento, por existir una *«causa para tal uso»*, cual era la entrega de la posesión *«por mutuo acuerdo»* de las partes, reconocido por la propia actora y acreditado mediante la correspondencia entre ellas unida a los autos, *«novando con ello lo inicialmente estipulado al respecto en la cláusula sexta del documento suscrito en fecha 13 de agosto de 1986, no pudiendo considerarse, en modo alguno, abusivo o injusto aquello que corresponde por convenio»*.

Bien claro resulta, pues, que el convenio a que se refiere la sentencia recurrida no es el propio contrato de compraventa sino el que posteriormente lo novó, y precisamente para que, pese a la pendencia de la condición, la compradora entrase en posesión de la finca, como no menos patente resulta la tergiversación en que incurre el motivo.

Fundado el motivo tercero en infracción del artículo 1.258 del Código Civil, en relación con el artículo 1.6 del mismo Cuerpo legal y con la doctrina de esta Sala sobre la teoría de la desaparición de la base del negocio, y dotado el motivo cuarto de idéntico fundamento con la única modificación de sustituir la referencia a dicha doctrina por la relativa a la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, son muchas las razones que se acumulan para la común desestimación de ambos motivos.

En primer lugar, la parte recurrente rebate la declaración de la sentencia recurrida de haber cesado ya las causas que originaron el retraso del expediente de parcelación, pero no impugna tal declaración, eminentemente fáctica, por la única vía admisible según el régimen de la casación civil resultante de la LEC de 1881 tras su reforma por la Ley 10/92, la del error de derecho en la apreciación de la prueba con inexcusable cita como infringida de alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba.

En segundo lugar, ni la más mínima consideración dedica la recurrente a la impecable línea de razonamiento de la sentencia recurrida sobre la improcedencia de apreciar alteración sobrevenida de las circunstancias que presidieron la celebración del contrato a la vista de la posterior conducta de ambas partes contratantes y teniendo en cuenta la normalidad de los fuertes incrementos de los precios del mercado inmobiliario, de modo que ante semejante silencio, esta Sala no puede sino afirmar la absoluta corrección de esa línea argumental, especialmente si se atiende al dato de la entrega de la finca por mutuo acuerdo de las partes, posterior al contrato litigioso, o a la evidente

conciencia de ambas partes de que subsistía el vínculo contractual entre ellas hasta nada menos que siete años después de celebrado el contrato, signo inequívoco de que la demora en varios años nunca fue considerada por la vendedora hoy recurrente, hasta el momento de la interposición de la demanda, como circunstancia que eliminara la base del negocio o alterara extraordinariamente, en su exclusivo perjuicio, el equilibrio de las prestaciones.

Y en tercer lugar, a lo largo de la exposición argumental de estos motivos, la recurrente prescinde de algo tan elemental como el perjuicio que la demora en la tramitación administrativa del expediente de parcelación causaba también a la parte compradora, impedida a lo largo de los años para disponer de la finca comprada y, con ello, para beneficiarse en el momento que más le conviniera del mismo incremento de los precios que ahora quiere aprovechar la vendedora recurrente buscando la resolución del contrato o la revisión al alza del precio pactado.

Si a lo antedicho se une el rigor impuesto por la jurisprudencia de esta Sala para modificar lo pactado en virtud de circunstancias sobrevenidas, exigiendo que la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte «*aniquilado*» por darse una «*desproporción exorbitante*» y que las circunstancias sobrevenidas sean «*radicalmente imprevisibles*», todo lo cual entraña una excepcionalidad todavía más acusada en los contratos de tracto único (SSTS de 23-1-96 en recurso 650/93 y 15-11-00 en recurso 3270/95, con cita de otras muchas), así como la necesidad de que quien pretende la modificación de lo acordado pruebe todos esos requisitos «*en forma racionalmente conveniente y decisiva*» (STS de 7-11-00 en recurso 3618/95, también con cita de muchas otras), fácil será comprender que nada pueden estos dos motivos frente a una sentencia que, lejos de infringir, se ajusta por completo a la doctrina de la Sala invocada en ambos.

AUTOCONTRATACION. EXISTENCIA DE CONFLICTO DE INTERESES. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doña Navila Abdeslam Mohamed y don Mohamed Laarbi otorgaron, el día 1 de abril de 1987, un poder notarial a favor de su madre, la aquí demandada, para que en su nombre pudiera disponer, enajenar, gravar, adquirir y contratar, activa y pasivamente, respecto de toda clase de bienes muebles o inmuebles, de suerte que la apoderada ostentara la plena representación de los poderdantes sin traba, limitación ni excepción alguna, incluso en los casos en que se incurra en la figura jurídica de la autocontratación; en virtud de dicho apoderamiento, la demandada, doña Amina Amar Hammu, compró la finca número 9.492 del Registro de la Propiedad de Ceuta y que era propiedad de su otro hijo, don Manuel Laardi, para la actora en virtud de escritura otorgada el día 10 de abril de 1990, en la que tanto el vendedor como la compradora estuvieron representados por su madre en virtud del mentado poder; haciendo uso de este poder, la demandada adquirió, para sí misma, la expresada finca de su hija Navila, por escritura pública otorgada el día 16 de julio de 1991. En virtud de las facultades de sustitución previstas en el poder de 1 de abril de 1987, la apoderada, doña Amina, otorga nuevo poder el día 27 de agosto de 1991, a favor del otro codemandado, don Mohamed Abdeslam Hammu, en el que le faculta, aún cuando incida en la figura de la autocontratación, para vender a quien tenga a bien, o autovenderse, la finca

número 2.473 del Registro de la Propiedad de Ceuta, y ello por el precio que concierte, y en virtud de este nuevo poder, dicho codemandado, actuando en nombre y representación de la actora, compra para sí y su sociedad conyugal la expresada finca.

Igualmente se declara que, por la prueba pericial, se ha acreditado que la finca número 9.492 tenía un valor de mercado en el año 1991 de 97.180.268 pesetas, y que la finca número 2.473 tenía un valor de mercado en la misma fecha de 30.872.533 pesetas.

Igualmente resulta probado, según la sentencia del Juzgado, que doña Amina, actuando en nombre y representación de don Mohamed Laarbi, y doña Navila, actuando en su propio nombre, concertaron el día 2 de noviembre de 1988. un contrato privado de compraventa sobre la finca número 9.492.

El segundo motivo del recurso denuncia infracción del artículo 1.253 del Código Civil, al deducir la Sala de instancia la existencia de un conflicto de intereses partiendo de la diferencia entre el precio de venta que figura en las escrituras públicas y el valor real de los inmuebles pericialmente determinado, produciéndose por tanto un fraude, engaño o perjuicio en el patrimonio de la actora, perjuicio éste prohibido por la Ley.

Es reiterada, uniforme y conocida, por notoria, doctrina de esta Sala con relación a la prueba por medio de la llamada *presumptio hominis* o *presumptio facti*, la de que el juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio humano. Atendida esta doctrina jurisprudencial no puede afirmarse, como pretende la recurrente, que el Tribunal de instancia ha infringido el precepto que como tal se invoca en el motivo; su conclusión deductiva, partiendo de los precios que figuran en las escrituras públicas de venta y del valor de mercado de los bienes vendidos en la fecha en que lo fueron, es perfectamente lógica, dada la importante diferencia entre unos y otros que no puede sino repercutir en una minoración considerable del patrimonio de la actora al ser enajenados los bienes por el precio figurado en las escrituras públicas. No es aceptable el argumento del recurso de que la actora recibió el mismo precio que pagó por los inmuebles; es evidente que al adquirir aquellos bienes, el patrimonio de la compradora se incrementó en el valor real de los mismos, cualquiera que fuese el precio pagado al adquirirlos; a la inversa, su enajenación por un precio inferior al real produce una disminución de su patrimonio, que es lo que ha sucedido en este caso. Por ello se desestima el motivo.

El motivo quinto alega, igualmente, infracción del artículo 1.459.2.º del Código Civil, ya que, se dice, la poderdante autorizó de forma expresa a que la mandataria incurriera en la figura de la autocontratación, por lo que no se da posible colisión de intereses sino además porque revocó el apoderamiento cuando tuvo por conveniente.

Aunque la jurisprudencia admite la posibilidad de autocontratación, a pesar de existir contraposición de intereses, es necesario que, en todo caso, el ejercicio de esa facultad de autocontratación se ejercite dentro de los límites de la buena fe contractual que impone el artículo 1.258 del Código Civil, evitando todo ejercicio abusivo de la misma (art. 7.2 del Código Civil), abuso claro y manifiesto con que la recurrente ejerció la facultad concedida, habida cuenta no sólo de la desproporción existente entre el precio escriturado y el valor real

de los bienes, sino también por la circunstancia de no resultar probado que ese inferior precio fuese real y menos aún que ingresase en el patrimonio de la actora. A esto cabe añadir, en relación con la compra por el codemandado de la finca por él adquirida, que la facultad de autocontratación tiene carácter personalísimo que la mandataria no podía transferir a un tercero. Por todo ello, procede desestimar el motivo.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2002.)

Esta sentencia recoge la doctrina emanada del Tribunal Supremo en los siguientes términos:

La sentencia de 21 de mayo de 2001 hace una exposición detallada de la jurisprudencia recaída en torno a la doctrina de la vinculación por los actos propios, señalando que «esta Sala tiene declarado para la aplicación de la doctrina de los actos propios que es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2000, «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que se cree en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (sentencias de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico».

TERCERIA DE MEJOR DERECHO. COLISION DE UNA POLIZA DE «LEASING» Y OTRA DE CREDITO. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2002.)

El «quid» de la presente contienda judicial está constituido por determinar la preferencia de unos determinados títulos para determinar una prelación de créditos que desembocarían en el éxito o en el fracaso de la tercería de mejor derecho planteada.

Estos títulos plasmados en escritura pública son los siguientes: a) El alegado por la parte recurrida «B. B. V. Leasing, S. A.» y actora en la pretensión

de mejor derecho está constituido por un contrato de «leasing» o arrendamiento financiero, instrumentado en póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, de fecha 26 de septiembre de 1988, que al resultar impagado se reclamó el importe de la deuda que alcanzaba el montante de 10.794.037 pesetas en juicio ejecutivo, que terminó en sentencia firme favorable, de fecha 16 de julio de 1991. *b)* El alegado por la parte recurrente, «Credit Lyonnais España, S. A.» antes «Banco Comercial Español, S. A.» y demandada, está constituido por un contrato de apertura de crédito plasmado en póliza mercantil intervenida por fedatario público, de fecha 30 de junio de 1990 y con vencimiento el 30 de septiembre siguiente, certificándose, el 28 de agosto de 1990, un saldo deudor de 7.850.018 pesetas, cuyo impago hizo de que se promoviera juicio ejecutivo que terminó con sentencia firme favorable en noviembre de 1991.

Pues bien, antes de entrar a dilucidar la cuestión de la preferencia de ambos títulos, a efectos de la presunción de créditos pretendidos, es preciso traer a colación la doctrina jurisprudencial establecida sobre la presente cuestión.

La misma está constituida esencialmente por la sentencia de esta Sala, de fecha 6 de junio de 1996 que, a su vez, recoge la de las sentencias de 23 de enero de 1942, 16 de abril de 1955, 24 de enero de 1979, 21 de septiembre de 1984 y 4 de junio de 1989, y sobre todo la muy reciente de 8 de mayo de 2001, que sirve de epítome a dicha doctrina, y que dice lo siguiente: *a)* Que los créditos documentados mediante póliza de crédito, no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación de créditos, sino la de fijación fehaciente del saldo exigible, para lo que no basta su nacimiento, sino que precisa que el mismo sea exigible, por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras la exigibilidad, es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente, y *b)* Que no se debe dar preferencia al crédito que consta en escritura y que ha ido a la ejecución, en base a la mensura exclusiva de la fecha de las sentencias ejecutivas cuando los acreedores han embargado, por ello, un mismo bien del deudor.

Con la base antedicha, hay que proclamar, entonces, que la póliza que plasma el contrato de «leasing» es el que debe gozar de preferencia, en el presente caso, ya que dada la naturaleza, la deuda queda predeterminada con exactitud en su contenido, pudiéndose hablar perfectamente de una cantidad líquida exigible.

Cualidad de la que no goza el contrato de apertura de crédito que exige una liquidación, ya que en ella se parte de la base de una absoluta liquidez hasta que no se proceda al cierre definitivo de la cuenta.

Fijados dichos parámetros liquidatorios, no hay duda que cronológicamente tiene preferencia, por razón, la determinación de la liquidez definitiva, el titular-acreedor del contrato de «leasing».

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE VENTA POR CARGA —CONSORCIO CON EL PATRIMONIO FORESTAL DEL ESTADO— COMPENSACION CON ULTIMO PLAZO DEL PRECIO. CANCELACION DE CLAUSULA RESOLUTORIA EXPRESA EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Conviene señalar los hechos probados en la instancia que pueden circunscribirse así: 1.º) Los actores y ahora recurrentes en casación, el 30 de junio

de 1994 compraron a los demandados, doña Isabel de las Heras Lluch y don José Luis Fernández Sánchez, y adquirieron por mitad e iguales partes indivisas la finca rústica Valzehondillo y Barrueco, de 281 hectáreas, por el precio de veintidós millones de pesetas y que figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad por escritura pública otorgada ante el Notario de Cáceres, don Francisco García Domínguez.

2.º) La parte transmitente hizo constar que la finca carecía de cargas, gravámenes y limitaciones y libre de arrendatarios, inquilinos y ocupantes, y los compradores manifestaron su voluntad de prescindir de la información registral sobre estos extremos por tener conocimiento de la situación jurídica del inmueble, debiendo entenderse tal locución, como hace la sentencia recurrida en su fundamento jurídico primero, «que se refieren a cargas, gravámenes y limitaciones, conforme al título exhibido, folio 8, primero», de dicha escritura de compraventa.

3.º) El precio de venta fue de veintidós millones de pesetas, declarando los vendedores haber recibido dos millones de pesetas, por lo que otorgaron carta de pago. El resto (20 millones de pesetas) se haría efectivo en dos plazos, por importe cada uno de ellos de diez millones de pesetas a pagar el 30 de diciembre de 1994 y el 30 de junio de 1995.

4.º) En el contrato de compraventa figuraba una cláusula resolutoria expresa que recogía que «el impago de cualesquiera de los efectos citados a su vencimiento se configura como condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, procediéndose, en su caso, conforme determina el artículo 59 del Reglamento Hipotecario y siendo a cargo de la parte compradora todos los gastos y costas judiciales y extrajudiciales que se produzcan hasta que la Sociedad (sic) vendedora recupere la posesión de la finca transmitida».

5.º) Los actores hicieron efectivo el primer plazo del precio aplazado, pero antes del vencimiento del segundo y último, que era el 30 de junio de 1995, tuvieron conocimiento de un Consorcio con el extinguido Patrimonio Forestal del Estado y atribuido ahora a la Junta de Extremadura y dependiente de la Dirección General de Estructuras Agrarias y Servicio de Ordenación Forestal de la Conserjería de Agricultura y Comercio, en el referido Consorcio «Valrehondillo y Barrueca» y cuya cuenta de ingresos arrojaba un saldo deudor de 12.386.296 pesetas.

6.º) El referido Consorcio se firmó con el Patrimonio Forestal del Estado el 1 de febrero de 1963 por don Jose Luis Fernández Sánchez y don Juan Eloy Fernández Sánchez, y establecía que la duración del Consorcio sería el turno de la especie E. rostrata, y si a la terminación de dicho plazo, el Patrimonio Forestal del Estado no ha resarcido de todos los gastos efectuados a consecuencia de la realización de los trabajos y obras del Consorcio con la participación de los beneficios reportados al mismo, se prorrogará el Consorcio hasta que tal resarcimiento tenga lugar, bien con los beneficios antes indicados o bien mediante la entrega por el dueño del vuelo al Patrimonio de la cantidad que corresponda».

7.º) Don Antonio Miguel Camacho Martínez Vara del Rey, en su propio nombre y en el de su esposa y de don Antonio Cancho Jiménez y su esposa, compareció el 28 de junio de 1995 ante el Notario de Cáceres, don Valero Soler Marzo, requiriendo al fedatario para que se constituyera en el domicilio de los vendedores, señalando que en contra de lo consignado en la escritura, resulta que la finca está gravada con el Consorcio CC-3077 que afecta a 243.50

hectáreas de la finca, y que el principal aprovechamiento del inmueble, el cinegético, está sujeto a cesión y, en consecuencia con lo anterior, los compradores retendrán nueve millones novecientas cincuenta y cuatro mil cuatro pesetas, correspondientes al último plazo del precio de la finca, no haciendo por tanto efectiva la letra de cambio de vencimiento de 30 de junio de 1995 hasta que sea liberada de las cargas existentes, no obstante hacer ofrecimiento de pago de la diferencia que asciende a cuarenta y cinco mil novecientas noventa y seis pesetas y si en el plazo de un mes desde este requerimiento no se ha liberado la finca de las cargas existentes, se requiere a los vendedores para que cancelen la condición resolutoria pactada en la escritura con reserva de acciones judiciales en su caso.

8.º) Con fecha de 30 de junio tuvo entrada en el Banco Popular de Badajoz un escrito dirigido al director de la entidad por los compradores y demandantes en que hacían constar que por cheque bancario se hacía efectiva la suma de 45.996 pesetas, diferencia entre el importe de la letra y la carga que pesa sobre la finca.

9.º) La letra de cambio correspondiente al último plazo del precio fue protestada por falta de pago del efecto.

10.º) La demanda, origen de esta litis, se presentó en el Decanato de los Juzgados el 14 de noviembre de 1995.

La sentencia de primera instancia, confirmada absolutamente por la de apelación, recurrida en esta vía casacional, reconoce la existencia de un Consorcio concertado con el Patrimonio Forestal e igualmente una indisponibilidad del aprovechamiento cinegético y ello, pese a que en la escritura de compraventa se hacía constar que la finca se encontraba libre de arrendatarios, inquilinos y ocupantes y que carecía de cargas, gravámenes y limitaciones, cuando existía el referido Consorcio y la indisponibilidad de la caza, lo cual se califica en la instancia como un incumplimiento contractual de la vendedora, pero se niega la categoría de carga, sino de limitaciones que afectan al goce, disfrute y facultad de disposición, añadiendo además que la existencia del Consorcio impide que las superficies puedan acogerse a las ayudas contempladas por la Junta de Extremadura. Se reconoce asimismo que ello supone un incumplimiento contractual. Entiende el motivo que se inaplica el artículo 1.124 del Código Civil, así como el artículo 1.100 de dicho texto.

El motivo debe ser acogido. La compraventa concertada entre las partes presenta, en su carácter de contrato bilateral, conmutativo y oneroso, la reciprocidad de las obligaciones y por ello, ante el cumplimiento de la parte recurrente, que ha pagado su entrada y su primer plazo del precio de venta, y que omite el pago del segundo y último porque ha descubierto una carga en la cosa adquirida que se le ha ocultado por la vendedora, que en la escritura ha declarado que se encuentra libre de cargos y gravámenes y es determinante por ello de la aceptación y que supone un verdadero incumplimiento de la vendedora y asumido en la escritura era la entrega de la finca libre de toda clase de cargas y gravámenes. No ofrece duda que se trata de una carga la cesión del vuelo que se cree y el existente al Patrimonio Forestal del Estado —hoy Dirección General de Estructuras Agrarias del Servicio de Ordenación Forestal de la Conserjería de Agricultura y Comercio de la Junta de Extremadura—, Consorcio que se prorrogará hasta que tras la repoblación arborea pretendida —en este caso E.rastrata— no se hayan abonado todos los gastos, vinculando al propietario actual y no al que formalizó el contrato. No se trata

de un simple crédito, sino una carga o gravamen establecido con anterioridad a la transmisión de la finca. Se trata de un incumplimiento que reviste tal entidad que frustra las legítimas expectativas adversas —sentencias de 27 de octubre de 1981, 11 de octubre de 1982 y 7 de marzo de 1983—. Estamos en presencia de un contrato de carácter sinalagmático, el de compraventa que entroniza plenamente el principio que configura la *exceptio non adimpleti contractus*, creación jurisprudencial que encuentra su fundamento legal en los artículos 1.100 y 1.124 del Código Civil, que supone que si una de las partes pretende exigir a la otra el cumplimiento o la resolución del contrato de compraventa, podrá oponer la referida excepción —*ad exemplum*, sentencias de 16 de abril de 1991, 30 de octubre de 1992 y 5 de diciembre de 1997—.

Ello sin contar con la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 1.483,3 del Código Civil, dado que la acción que se ha ejercitado dentro del año a contar desde el día en que se descubriera la carga a efectos de reclamar la indemnización, pues ello se descubre a finales de julio de 1995, el 28 de junio, y la demanda se presenta el 14 de noviembre de dicho año.

Como, por otra parte, la recurrente ostentaba un crédito líquido y exigible, del importe del saldo deudor de la cuenta de ingresos-gastos con el consorcio que ascendía a 12.386.296 pesetas, cuya parte proporcional ascendía a 9.954.004, practicó una compensación ingresando un talón del Banco Popular en favor de los vendedores por importe de 45.996 pesetas.

Ello hace obligada la estimación de la demanda, que postula la condena a los demandados vendedores a cancelar la condición resolutoria que pesa sobre la finca, pues se trata del último plazo que se declara pagado por compensación, condenándose además a dichos demandados a satisfacer los daños y perjuicios ocasionados por la indisponibilidad del aprovechamiento cinegético de la finca, dejando sin efecto la pretensión reconventional estimada en parte en ambas instancias.

Las costas de primera instancia y de apelación corresponden a los demandados y reconvinentes.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

D) FAMILIA

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

MATRIMONIO, EFICACIA CIVIL DE LA SENTENCIA CANONICA DE NULIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2002.)

La eficacia civil de las resoluciones canónicas exigen su conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Solicitado por el marido se declarase la eficacia civil de la sentencia firme dictada por el Tribunal Eclesiástico de Madrid-Alcalá, declarando la nulidad de su matrimonio, el Juzgado de Primera Instancia, número 22, de Madrid, desestimó la demanda, sentencia que fue confiada por la de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, desestima el recurso de casación, pues una cosa es reconocer a la Iglesia católica las atribu-

ciones propias en materia matrimonial, y otra muy distinta dar eficacia incuestionable en el orden civil a las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, pues para este último supuesto será preciso, sin excepción alguna, que dicha resolución canónica sea conforme a las condiciones a que se refiere el artículo 954 de la LEC de 1881, ya que la cooperación del Estado con la Iglesia católica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos (sentencia del Tribunal Constitucional 66/1982, de 12 de diciembre). Y en el presente caso, la parte recurrida estuvo ausente-rebelde en el proceso canónico, como se desprende de la frase tajante de la sentencia canónica en la que se dice: «la esposa no compareció en ningún momento en el proceso». Lo que significa que la sentencia canónica que recaiga en el mismo no la puede efectuar a efectos civiles, puesto que la misma fue dictada en rebeldía (art. 954-2 LEC). Y no se puede obligar a nadie a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que la misma es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés.

DIVORCIO. RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2002.)

Los hechos son los siguientes:

Se formuló por don D. S. S., de nacionalidad hindú, demanda de divorcio en fecha 11 de noviembre de 1996, y recayó sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 3, de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 7 de marzo de 1997, constitutiva de divorcio con fundamento en la causa tercera del artículo 86 del Código Civil, sin especificar el tipo y subtipo de los varios que comprende dicha causa. Contra esta sentencia se ha formulado la presente demanda de revisión, basada en el motivo cuarto del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que se había obtenido mediante maquinación fraudulenta. La demanda la ha interpuesto la esposa doña H. D. S., de soltera D. M. K.

Son de destacar una serie de hechos, admitidos por las partes o probados documentalmente, anteriores a la demanda, entre la demanda y la sentencia y posteriores a ésta.

— *Predemanda.* No consta desavenencia alguna; tampoco se alega; se manifiesta, como simple manifestación sin acreditación ni concreción, por el marido (demandante del divorcio) que la esposa (demandante de revisión), tenía «la cultura y costumbres tradicionales de su raza» (sic); ambos son hindúes. No consta separación de hecho alguna; consta que en estancias que el esposo pasó en el Reino Unido, hubo entre marido y mujer correspondencia, conversaciones telefónicas e incluso convivencia en tal país; hubo asimismo convivencia en el domicilio conyugal en Las Palmas; también en estancias de la esposa en la India, desde donde igualmente hubo comunicación telefónica.

— *Demanda-sentencia.* En el período de duración del proceso, la esposa es declarada en rebeldía y se dicta sentencia que se notifica por edictos. No aparece en ningún momento que se hallara en domicilio desconocido; no aparece investigación alguna hecha por el órgano judicial.

— *Postsentencia.* Una vez dictada la sentencia de divorcio, consta la existencia de correspondencia amorosa, de claro carácter íntimo, entre los esposos,

pese a que el matrimonio se ha declarado disuelto; en toda la correspondencia se da por supuesto el matrimonio. La esposa sigue teniendo disponibilidad de la cuenta corriente, cuya titularidad correspondía al esposo. Consta que hubo convivencia en el domicilio conyugal de Las Palmas. Por último, aparece acreditado un deterioro de las relaciones conyugales, dos años y medio después de la sentencia de divorcio, y la esposa es expulsada del hogar conyugal.

Los fundamentos que llevan al Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, a estimar el recurso de revisión rescindiendo la sentencia del Juzgado, obedecen a las siguientes consideraciones, sobre la base de que hubo maquinación fraudulenta por el marido.

El artículo 1.796.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la revisión de una sentencia firme cuando *se hubiere ganado injustamente en virtud de ...maquinación fraudulenta*. No siempre es posible la prueba directa de la maquinación; pero la prueba indirecta es bastante para apreciarla, como ocurre en el presente caso. La maquinación aparece de toda una serie de actos que acreditan rotundamente que la esposa, como demandada en un proceso de divorcio, estuvo ajena al mismo, *antes, durante y después*: ni hubo incidencias que hicieran pensar en una futura crisis matrimonial, ni hubo el más mínimo esfuerzo por hallar en el proceso de divorcio el paradero de la esposa demandada, ni hubo conocimiento por la esposa de la sentencia constitutiva del divorcio hasta que interpuso la demanda de revisión.

En otras palabras: el esposo demandante del divorcio organiza el proceso, contra su esposa, sin que *antes* hubiera motivo, sin que *durante* el mismo se enterara y sin que *después* lo supiera; cuando obtiene la sentencia, no se la comunica, mantiene la convivencia conyugal hasta que un día la rechaza. El rechazo de la mujer propia es la definición de *repudio* que da el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. El organizar el proceso, como se ha expuesto, es la maquinación fraudulenta, según el concepto que siempre se ha desarrollado jurisprudencialmente: *evidencia de que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente ante el proceder malicioso y la resolución judicial* (sentencias de 9 de diciembre de 1999 y 14 de diciembre de 2000); la actuación judicial desconocida por la esposa, la puso *en una situación de franca indefensión a la parte, ahora recurrente, provocando con ello una ausencia total de tutela judicial efectiva, situación prosrita por el artículo 24.1 de la Constitución Española* (sentencia 23 de septiembre de 1998).

En relación con este derecho constitucional, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de reiterar la prudencia del empleo del emplazamiento edictal, destacando la subsidiariedad de éste y alertando la fácil posibilidad de la maquinación (sentencias 65/2000, de 13 de marzo; 232/2000, de 2 de octubre; 254/2000, de 30 de octubre; 268/2000, de 13 de noviembre; 42/2001, de 12 de febrero, y 77/2001, de 26 de marzo).

Por todo ello, pues, procede dar lugar a la revisión, aceptando, como no podía ser menos, el concepto restringido que debe darse a la misma, *por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza* (sentencias de 2 de febrero de 1999 y 3 de febrero de 1999), *criterio sumamente restrictivo, ya que en caso contrario el principio de seguridad jurídica, proclamado en el*

artículo 9.3 de la Constitución Española, quedaría totalmente enervado (sentencias de 12 de mayo de 1999 y 30 de octubre de 1999), *requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la instancia* (sentencia de 22 de septiembre de 1998 y 25 de junio de 1999), *sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta* (sentencias de 30 de junio de 1999 y 28 de septiembre de 1999).

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.
(SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2001.)

Es necesaria la intervención o citación de la viuda cuando no existe liquidación de la sociedad de gananciales ni partición hereditaria.

Extinguida la sociedad de gananciales por fallecimiento del marido y padre respectivo, sin haber producido su liquidación ni partición hereditaria, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, estima la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, y al no haber sido demandada la viuda declara no haber lugar al recurso de casación respecto a la sentencia de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia, número 1, de esta capital, desestimatoria de la demanda.

MATRIMONIO. VASECTOMIA. RESPONSABILIDAD MEDICA. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2001.)

A solicitud del matrimonio se practicó al marido una vasectomía, después de la cual, y a pesar del resultado negativo de dos análisis médicos que comprobaron la existencia de espermatozoides en el semen del marido (lo que indicaba que no debía mantener relaciones sexuales), el marido reanudó éstas con su esposa, engendrando un hijo, cuarto de su matrimonio.

El Juzgado número 1 de Primera Instancia de Plasencia desestimó la demanda del marido, que pretendía la indemnización por importe de 12.426.111 pesetas o la que fijase el Tribunal por daños y perjuicios materiales y morales. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres confirmó la sentencia del Juzgado, y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso de casación por el fundamento esencial consistente en estimar probado que no hubo falta de información al paciente por el médico.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

El valor actualizado del instrumento de trabajo privativo del marido es un crédito a favor de la sociedad conyugal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José de Asís Garrote, declara haber lugar en parte al recurso de casación

interpuesto contra la sentencia de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia, número 27, de esta capital, declarando que el valor actualizado de la venta de bienes propios de uno de los cónyuges que han de comprenderse en el pasivo del inventario, no es el correspondiente a la totalidad de los bienes enajenados, sino a la cuarta parte de los mismos, por pertenecer esos bienes, por iguales partes, a la recurrente y a sus tres hermanas, y que aunque la furgoneta, como instrumento de trabajo, ha de considerarse como bien privativo del marido, como su adquisición hay que entenderla hecha con fondos comunes, la sociedad conyugal es acreedora del cónyuge propietario por el valor del mismo.

BIENES GANANCIALES. ACTOS DEL MARIDO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2001.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de dicha ciudad, declarando en relación con la anterior redacción del artículo 1.413, párrafo segundo del Código Civil, que el tema de los actos realizados por el marido en fraude de su mujer es una cuestión de hecho sometida a la apreciación del Tribunal de Instancia, y que el acto de aportación no dineraria a una sociedad anónima no es acto de administración sino de disposición, constituyendo un negocio jurídico traslativo, como ya declaró la sentencia de 2 de abril de 1990.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. RESCISION POR LESION. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2001.)

La renuncia a la acción rescisoria ha de ser expresa y terminante.

Otorgada escritura pública de liquidación de sociedad de gananciales, la esposa formuló demanda por rescisión en lesión de más de la cuarta parte, siendo estimada la demanda por el Juzgado de 1.^a instancia, número 7, de Santa Cruz de Tenerife, cuya sentencia fue confirmada por la de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de dicha ciudad. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, declarando que la cláusula de la escritura, según la cual «ambos aceptan las adjudicaciones realizadas, sin que tengan que reclamarse nada entre sí por dicho concepto», no implica renuncia a la acción de rescisión por lesión.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. CARACTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE UN INMUEBLE. (SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El carácter privativo ha de constar de manera indudable para desvirtuar la presunción de ganancialidad.

Discutida la naturaleza privativa o ganancial de un inmueble que figura inscrito en el Registro de la Propiedad «para la sociedad de gananciales», el Tribu-

nal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Román García Varela, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Majadahonda, declarando que la presunción —al estar inscrita la vivienda para la sociedad de gananciales— dé veracidad de los asientos del Registro establecida en el artículo 38.1.º de la LH es una *praesumptio iuris* del tipo de las *iuris tantum*, que no se desvirtúa por la manifestación realizada por los cónyuges en el convenio regulador aprobado judicialmente de que «los cónyuges declaran no existir bienes en qué practicar la liquidación de gananciales».

SOCIEDAD DE GANANCIALES. BIENES PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La prueba en contra de la prevalencia confesoria del artículo 1.324 del Código Civil ha de ser eficaz y contundente.

Confesado por el marido vigente el matrimonio (luego se divorció) «con los efectos, consecuencias y limitaciones del artículo 1.324 en la escritura de capitulaciones matrimoniales que la finca litigiosa la había comprado la esposa, no con dinero del caudal común, pues el precio pagado procedía íntegramente de su caudal privativo», el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1, de dicha ciudad.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El documento privado, unido a la posesión material, es bastante para adquirir el dominio de la finca en exclusiva.

Convenido en documento privado complementario de la escritura pública de la misma fecha de liquidación de la sociedad de gananciales y partición hereditaria, la atribución de la titularidad de la finca litigiosa a uno de los firmantes del mismo, dicho título, unido a la posesión material, determina la adquisición del dominio en exclusiva, sin que obste la formalización en documento privado, pues rige en la materia la libertad de forma (arts. 1.060, 1.410, 1.809 y disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos). Por ello, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jesús Corbal Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1, de Collado Villalba.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2002.)

Es precisa la intervención del cónyuge supérstite o sus sucesores, no pudiendo practicarla por sí solo el contador partidor.

Declarada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, la nulidad de la escritura de partición hereditaria y liquidación de la sociedad de gananciales por haberse practicado esta última por el contador partidor sin intervención del cónyuge superviviente ni de los herederos de la fallecida primera esposa del causante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelante, reiterando la necesidad de que intervenga el cónyuge viudo del segundo matrimonio en la liquidación de la sociedad de gananciales y la exigencia de que, previamente a esta liquidación, se practique la del primer matrimonio con intervención de los herederos de la primera esposa del causante.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. BIENES PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2002.)

Declarado por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, el carácter privativo de la vivienda y plaza de garaje por estimar probado que los mismos fueron adquiridos por la fallecida, hija de los actores, cuando ésta se hallaba soltera, habiéndose pagado, en tales circunstancias personales, el precio de los mismos, y sin que se oponga a esta calificación el que a poco del matrimonio se elevara a público el documento privado de compraventa, sin hacerse en éste la indicación formal de ser privativos los inmuebles, ni el hecho de que en el Registro de la Propiedad se diga que los mismos tienen el carácter presuntamente ganancial, ni el hecho de que el entonces novio de la compradora hubiera aportado ayuda económica a la compra de los inmuebles, pues al no darse la condición, aún de casados, no existía sociedad de gananciales alguna, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación, haciendo suyos tales argumentos y basado en que cuando un negocio jurídico, como el contrato de compraventa, se perfecciona en un momento dado, la escritura pública que reproduce el mismo negocio jurídico no perfecciona uno nuevo sino que simplemente lo eleva a tal forma, que no es sino ratificación o reproducción del anterior.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. DISOLUCION. VIVIENDA FAMILIAR. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2002.)

Declarado el divorcio, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, reconoce el derecho a la división de la comunidad existente en la vivienda y plaza de garaje, ya sea de común acuerdo entre los cónyuges o incluso mediante subasta pública, dejando siempre a salvo el derecho al uso exclusivo de la vivienda conyugal que viene disfrutando la esposa demandada en virtud de decisión judicial en aplicación del Derecho Civil de Familia, gravamen que en cualquier caso se daría a conocer a los eventuales licitadores.

Comentario.—No aparece claro si la salvedad relativa al uso se ciñe exclusivamente a la vivienda o se extiende también a la plaza de garaje. Inclina a la primera interpretación literal la redacción de la sentencia y el principio de

que la propiedad se presume libre de cargas salvo prueba contraria. La solución pudiera depender de que la plaza de garaje constituya finca independiente o sea anejo de la vivienda.

COMUNIDAD DE GANANCIALES. NULIDAD DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES. BIENES PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2002.)

Estimado por el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Valencia, a instancia del actor, apelado y recurrente, el carácter privativo de un inmueble adquirido por el marido mediante donación onerosa efectuada por su ascendiente, al que en la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales, estableciendo el régimen de separación de bienes, se había atribuido carácter ganancial, y declarada, por tanto, la nulidad de dicha escritura y liquidación, la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Valencia revocó la sentencia del Juzgado desestimando la demanda. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara haber lugar al recurso de casación, dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado, por la consideración fundamental de que la carga o condición onerosa no puede desvirtuar el carácter esencial del negocio jurídico, que sigue siendo donación, y, por tanto, el bien es privativo del donatario.

El razonamiento es el siguiente: La Sala sentenciadora, en su Fundamento Jurídico segundo para aplicar el artículo 1.355 del Código Civil, expresa que, «...la donación instrumentada a favor del demandante en la Escritura de 10 de marzo de 1980, fue modal u onerosa, al haberse subrogado el donatario en el pago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda donada...», de lo cual deriva que esa donación modal u onerosa debe equipararse al negocio jurídico de carácter oneroso y, por lo tanto, habilita la modificación del carácter de los bienes en base al artículo 1.355, párrafo 1.º del Código Civil, que establece la posibilidad de que, por mutuo acuerdo, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga; tesis criticable al entender la Sala *a quo*, que el negocio transmisivo del padre del actor fue un negocio atributivo de carácter oneroso y que, por lo tanto, cabía al pacto modificativo del citado artículo 1.355, lo que no es de recibo, ya que la donación aunque sea modal o por causa onerosa sigue manteniendo el criterio de que se trata de un acto de carácter gratuito, debiendo, pues, reproducirse la jurisprudencia citada en el motivo, esto es, según la sentencia de 15-6-1995: «...*Existe la donación desde el momento en que aparece la transmisión de un bien gratuitamente, sin ánimo de lucro por parte del donante, y es correspondido por el ánimo de aceptarlo a título de liberalidad por el donatario, que es lo que constituye el imprescindible animus donandi exigido como necesario en esta clase de contratos. Cosa distinta es la motivación que haya podido inducir a donante y donatario a realizar el negocio jurídico, motivo que puede estar relacionado con la donación con cargas, llamada también donación modal, en la que se le impone al donatario la obligación de realizar algo o cumplir una contraprestación correlativa a la venta adquirida, y sin que por esto se pueda entender cambiada la naturaleza del negocio al que se añade esta carga...*»; y, sobre todo, la doctrina sentada en sentencia de 23-10-1995: «...no es posible excluir, en puridad técnica, de la

donación tanto remuneratoria como la de con causa onerosa, al ánimo de liberalidad que como elemento común priva en el concepto genérico del artículo 618 del Código Civil, cuando define la donación como un acto de liberalidad, por el cual, una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta; y ello es así porque el artículo 619 viene también a configurar como donación las otras dos modalidades, la llamada remuneratoria y la de causa onerosa, pues en rigor, aunque una y otra no respondan prístinamente, como la donación pura, a esa transferencia de una persona a otra, cuya causa responde en exclusiva a un ánimo de favorecer con una ventaja a quien como beneficiado no le unen con el beneficiante otros lazos salvo los internos del recóndito mundo de los sentimientos o de mera afectividad, o, por razones altruistas, no hay que olvidar que asimismo en la donación llamada remuneratoria, esa causa subsumible en la preexistencia de unos méritos del predonatario por servicios prestados al luego donante, en todo caso, también se gestan en una presuposición causal anidada en la propia intencionalidad del donante, sin trascendencia o relevancia jurídica al exterior, de tal forma que sea exigible la observancia de esa mera intencionalidad o sensación anímica con el nudo de su sujeción formal y por ello, el propio donante cuando la instituye como tal donación remuneratoria jurídicamente no está obligado a hacerlo, sino que, se reitera, puede que con tal donatum en el fondo está también impregnado de dicha finalidad de liberalidad o de favorecimiento; razón igualmente aplicable a las llamadas donaciones con causa onerosa, sobre todo, porque, según la propia referencia del segundo supuesto de ese artículo 619, el gravamen que se impone es inferior al valor de lo donado, luego en la parte de exceso debe estar también presente ese ánimo de liberalidad en cierto modo desdibujado pero existente al fin...».

Se subraya, pues, que en el litigio debe entenderse se trataba de una donación onerosa o, incluso, admitiendo la eventualidad de que el donatario, el actor, se subrogase en el pago del préstamo hipotecario que pesaba sobre la finca donada y, sin que existan pruebas en contrario —se cuestiona por la primera sentencia— al hablar de donación onerosa, el importe de ese gravamen, desde luego, sería inferior al del valor del bien donado (y, por eso, para resaltar el *animus donandi*, hasta en el punto 3.º de la escritura de donación de 10-3-80, los consortes donantes hacen constar que se estima el valor de lo donado, deducido el gravamen a que está afecto el piso de 715.000 ptas., en 850.000 ptas.) debiendo, por ello, al ser el negocio transmisivo precedente un título gratuito, no era posible el pacto conyugal de cambiar la naturaleza del bien discutido, habida cuenta lo dispuesto en el repetido artículo 1.355, referido a las adquisiciones a título oneroso, mientras perdura el tracto por lo cual habrá de concluirse en que, aparte del error irrelevante padecido por la recurrente, que el propio juzgador de primera instancia aprecia y que la Sala desmonta en el citado F. J. 2.º, prevalece la tesis del motivo, ya que, cualquiera que sea la declaración de voluntad plasmada al respecto, la misma no podía prevalecer —se repite— al referirse a un bien preadquirido a título gratuito (pacto, pues, inviable, salvo que los propios cónyuges, en méritos a su libertad contractual y dispositiva, integrasen su contenido con una posterior adquisición ganancial mediante el reintegro a costa del caudal común de ese *donatum inicial*, lo que, obvio es, no ha acontecido en autos).

Por último, y ante la evidencia de ese proceso adquisitivo del inmueble y la no aplicación del citado artículo 1.355 del Código Civil, es insostenible el argumento de la Sala *a quo* de que no ha acontecido error alguno de hecho o de derecho y, no inexcusable, para enervar esa calificación pactada en la

escritura de capitulaciones matrimoniales de 31-7-1991 (basado en circunstancias tan endeble como que el recurrente por ser arquitecto y estar asesorado le consta la realidad de la compra y no de la donación del citado inmueble, pese a que conste la repetida escritura de donación de 10-3-80, causante de esa incorporación al patrimonio del recurrente) porque, por lo expuesto, procede entender que lo ocurrido fue simplemente un error material en la relación de bienes del inventario, tal y como recoge el F. J. 2.º del Juzgado (que dice: «...el testigo señor Noguera Pérez, Oficial de Notaría, quien intervino en la redacción de la escritura de capitulaciones matrimoniales, afirma que la vivienda de la calle Callosa de Ensarriá iba en un grupo de bienes gananciales y que le aportaron los cónyuges la relación de bienes que había que adjudicar a cada esposo y que cometió un error de transcripción al reseñar el título de adquisición de dicho inmueble, haciendo constar por “compra” en vez de “donación” y que fue inducido a error por la relación de gananciales facilitada por los esposos...»).

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. RESCISION. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2001.)

La acción rescisoria tiene carácter subsidiario.

El Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, y confirma la del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de dicha ciudad.

A instancia del acreedor se solicitó la rescisión de las capitulaciones matrimoniales con liquidación de la sociedad de gananciales en las que se adjudicaba a la esposa los bienes inmuebles existentes en el matrimonio y dos turismos, sin que en el inventario se incluyesen las deudas de la sociedad, no constando que al realizarse el embargo, el marido dijese nada acerca de tal adjudicación ni señalase otros bienes.

El Juzgado desestimó la demanda, no así la Audiencia, que declaró la rescisión solicitada. El Tribunal Supremo recuerda que uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, requisito que no se da en este caso, pues la liquidación de la sociedad de gananciales no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, conservando los acreedores su derecho contra el cónyuge deudor mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, respondiendo también el cónyuge no deudor con los bienes que se hayan adjudicado.

REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL. MODIFICACION. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El cambio en el régimen económico-matrimonial no puede perjudicar a terceros.

El marido, bajo régimen ganancial, efectúa el 20 de enero de 1983, con dinero de este carácter, un depósito judicial para evitar un embargo de bienes.

Con fecha 29 de abril de 1983, ambos cónyuges convienen el régimen de separación de bienes y en escritura pública, de 27 de mayo de 1986, se adjudica a la esposa la mitad de dicho depósito. Esta pretende que se le devuelva dicha suma, lo que rechaza el Juzgado de 1.ª Instancia, número 9, de Madrid, estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, invocada por la parte demandada, sin entrar, por tanto, en el fondo del asunto. La Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso de la actora, rechazando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y entrando en el fondo absuelve a la parte demandada.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante, pues el sistema procesal español, regulador del recurso de apelación, es el de apelación plena, o sea, que el Tribunal de apelación se encuentra frente a la demanda de impugnación investido de las mismas facultades que el Juez de Primera Instancia y con los mismos poderes para la decisión como para la formación del material de cognición; por lo que si entiende que ha de ser desestimada la única excepción procesal que llevó al órgano de primer grado a dictar sentencia absolutoria tiene, no ya la facultad, sino el deber de entrar a conocer y resolver el fondo de la cuestión litigiosa. Y no habiendo probado la actora que las deudas gananciales que dieron lugar al embargo no respondían al ejercicio ordinario de la profesión de su marido —art. 1.365-2 del Código Civil— y que además eran deudas contraídas por su esposo sin su consentimiento expreso —art. 1.367 del Código Civil— o, en su caso, que no eran deudas de la sociedad de gananciales —art. 1.369 del Código Civil—, no puede permitirse que dicha cantidad o parte de ella quede desafectada para el fin por el que se constituyó.

Comentario.—En cuanto a la excepción reitera lo dispuesto en sentencias de 6 de julio de 1962, 22 de junio de 1983 y 11 de julio de 1990. Y en cuanto a la afirmación de que el cambio de régimen económico-matrimonial que suponga una disolución del sistema de gananciales por el de separación de bienes no puede perjudicar a terceros, entre otras, sentencias de 16 de febrero de 1986, 27 de junio de 1989, 24 de julio de 1991 y 24 de abril de 1992. Tal aseveración ha de entenderse dentro de lo probado en este procedimiento, pues si resultara que el tercero había conocido o podido conocer mediante una diligencia normal el cambio de régimen (lo que no sucede en este caso pues éste es posterior a la constitución del depósito) podría resultar afectado por el mismo.

UNION DE HECHO. RUPTURA UNILATERAL. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. ANALOGIA. ARTICULO 97 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2001.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz que había estimado en parte la del Juzgado de 1.ª Instancia, número 6, de Jerez de la Frontera, conforme a los fundamentos que se transcriben a continuación.

La cuestión traída ahora a la censura casacional deriva de una relación extramatrimonial entre las partes litigantes, luego rota por voluntad unilateral, y

esta Sala tiene ya proclamado en su sentencia de 22 de julio de 1993 y repetido en la de 16 de diciembre de 1996, que las llamadas «uniones de hecho» o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por esta Sala Primera del Tribunal Supremo —*ad exemplum* en sus sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993 y un largo etcétera—, sino por el propio Tribunal Constitucional —sentencias de 18 de enero y 8 de febrero de 1993, entre otras—.

Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del *concubinatus*, o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la *affectio maritalis*, si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a trocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría. El sistema de nuestra codificación civil, al igual que el de otros países latinos que siguieron el modelo francés, en que el Código de Napoleón se desentendió de los concubinos porque éstos se habían desentendido de la Ley, fue el de no ocuparse de estas uniones familiares de hecho, que si bien no previstas por el legislador, no se encontraban tampoco prohibidas y que resultaban por ello ajurídicas, pero no antijurídicas. Carentes de una normativa al respecto, producían una serie de efectos, tanto personales como patrimoniales con trascendencia jurídica en las parejas no casadas, cuyo presupuesto básico lo constituye la vida paraconyugal de la pareja heterosexual por tiempo indefinido y cuya relación de afectos, relaciones e intereses puede romperse por la voluntad unilateral de una parte. La terminología de la doctrina civilista ha sido variada: «parejas no casadas», «uniones extramatrimoniales», «uniones de hecho» o *more uxorio*, etc..., encontrando su reconocimiento, no como matrimonio, sino como familia. Nuestro texto constitucional proclama en su artículo 9.1 que los poderes públicos aseguran «la protección social, económica y jurídica de la familia», distinguiendo así la familia y el matrimonio.

Por ello, la ya citada sentencia de 21 de octubre de 1992, parte del reconocimiento de la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10 de la Constitución) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 de la Constitución). Pues bien, la ya mencionada sentencia de 22 de julio de 1993, proclamó, con expreso precedente en la anterior de 11 de diciembre de 1992, que tales uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes, y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico-matrimonial —sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 23 de julio de 1998 y 22 de enero de 2001—.

Más recientemente, por derivación de los principios constitucionales de nuestro Texto Fundamental, se han pronunciado diversas leyes de determinadas Comunidades Autónomas, como la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables, de Cataluña; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estatales no casadas, de Aragón; la Ley Foral, de 3 de julio de 2000, de Navarra, reguladora de parejas estables, y la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que aplican a estas uniones *more uxorio*, una específica normativa derivada de la matrimonial para impedir que una de las partes de la relación padezca perjuicios injustos.

Como ha puesto de relieve la reciente e importante sentencia de esta Sala, de 27 de marzo de 2001, precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomía es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones producida unilateralmente y con relación a la posible indemnización atribuible al conviviente más desprotegido.

Pues bien, en el caso traído ahora a la censura casacional aparecen con toda claridad unos hechos probados en la instancia, debiendo reputarse por tales, habida cuenta de la aceptación por la sentencia *a quo* de los Fundamentos de Derecho de la resolución de primer grado, excepto el IV, y los dos últimos párrafos del III, los siguientes: *a)* Entre las partes ha existido una convivencia plena, de hecho, pero con apariencia de matrimonio, consentida y querida por ambos, presentando el demandado, hoy recurrente, a la actora, como «mi esposa Mercedes» y en una serie de cartas del señor K. a la demandante, manifiesta su deseo de vivir juntos y se pronuncia sobre su relación como si de un matrimonio se tratase y donde le expresa su amor y el deseo de casarse con ella. *b)* En el año de 1974 inician ambos litigantes un idilio que se fue profundizando y que dio lugar, en 1976, a una convivencia entre ellos, fuerte y sólida, no sólo con la apariencia de matrimonio, sino que éste era el fin perseguido por ambos, pese a que hasta 1985 no hubiera sido posible la realización de tales nupcias. *c)* Ello continuó así hasta el 20 de noviembre de 1991, en que se rompe la convivencia de quince años, sin que conste otro motivo de tal ruptura que el desamor o falta de interés mutuo. *d)* Desde noviembre de 1991 a 1993 abonó el recurrente a la actora la suma mensual de setenta y cinco mil pesetas, y en los meses de julio y agosto siguientes le abonó la suma, también mensual, de cincuenta mil pesetas, o sea, que la suma total abonada alcanzaría la cantidad de un millón quinientas veinticinco mil pesetas.

En el escrito inicial y alegatorio de demanda se hacían por la mujer tres peticiones en orden de subsidiariedad, entre ellas para el supuesto de no estimarse la precedente. En primer lugar, una pensión por desequilibrio económico que condenara al demandado al pago de la cantidad de cien mil pesetas mensuales, anualmente revisables por las oscilaciones que sufre el Índice de Precios al Consumo. Tal petición no fue acogida por la resolución de primer grado en la instancia y recurrido tal fallo tan sólo por el demandado, devino firme tal rechazo, como consentido por las partes. La Sala *a quo*, en su sentencia en grado de apelación, acogió la segunda petición, subsidiaria de la precedente, la acción de enriquecimiento injusto, postulando la entrega a la actora de una cantidad que le compense satisfactoriamente de los trabajos, servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramatrimonial, siendo acogida tal petición en la sentencia recurrida que le otorgó la suma de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas.

El recurso de casación, como ha quedado consignado, se conforma en dos motivos. Por razones de lógica, debe alterarse el orden de su formulación y comenzar el examen por el segundo, nominado como tercero en el escrito de formalización del recurso, que estima la infracción del artículo 1.964 del Código Civil por parte de la sentencia impugnada. Parte el motivo de que la sentencia de la Audiencia empieza a contar la cuota mensual desde hace más de quince años antes del ejercicio de la acción y estima prescritas todas las cuotas mensuales anteriores a febrero de 1979, fecha a que se retrotraen los quince años.

El motivo parece porque se trata de una cuestión nueva, no planteada en la instancia y proscrita en casación, porque genera indefensión y vulnera frontalmente el principio de preclusión procesal —sentencias de 23 de mayo, 18 y 25 de junio y 20 de noviembre de 1990, 24 de enero, 3 de abril, 7 y 28 de octubre y 13 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo y 17 de julio de 2000, entre otras muchas.

El postpuesto motivo precedente señala que no concurren en el caso de autos dos de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento sin causa, ya que el presunto enriquecimiento del demandado no carece de «toda razón jurídica» y porque no ha quedado acreditado que haya producido empobrecimiento a la actora. Se añade que si durante quince años existió realmente un enriquecimiento del demandado y un empobrecimiento de la actora, fue consentido por ésta. Finalmente, se alude a la doctrina de los actos propios. El motivo no puede ser acogido.

Si bien es cierto que algunas resoluciones de esta Sala —*ad exemplum*, de 11 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 20 de octubre de 1994— aceptaron como fundamentador de la procedencia de una indemnización en los casos de ruptura de uniones de hecho la doctrina del enriquecimiento injusto, tomando en cuenta el aumento patrimonial para una parte frente a la otra con correlativo empobrecimiento, lo que en este caso ahora examinado encontraría incluso un expreso reconocimiento por el propio recurrente, como se recoge en el apartado *d*) del Fundamento Jurídico segundo de esta resolución *in fine*, con relación a los hechos declarados probados en la instancia. Más, en todo caso, no se incurre en incongruencia porque la petición del suplico haga referencia al enriquecimiento sin causa y se atienda por esta Sala de casación a otra diferente argumentación jurídica. Como tiene señalado la importante sentencia de este Tribunal, de 27 de marzo de 2001, en el ámbito de la aplicación del derecho al punto controvertido admite gran elasticidad sin incurrir por ello en el cambio de pretensión, conforme a los principios de *jure novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*. Específicamente, la sentencia de esta Sala, de 16 de diciembre de 1996, dictada precisamente con referencia al tema de las «uniones de hecho», ha recogido que el cambio de punto de vista jurídico no comporta, por regla general, vicio casacional, al no cambiar la *causa petendi*.

Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino, como destacó la referida sentencia más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy lábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante tal anomía, ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico a través de la aplicación analógica del Derecho y, precisamente, en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil, y así su artículo 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma

por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón. Por ello y con aplicación de la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala, de 16 de diciembre de 1996 y la tantas veces citada de 27 de marzo de 2001, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil a través de la analogía. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de *more uxorio* de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio, es de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio, como en el caso del recurso.

Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomalía general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el artículo 14 de la Constitución, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre.

UNION DE HECHO. RUPTURA UNILATERAL. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. ANALOGIA. ARTICULO 97 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2001.)

La aplicación de los principios del enriquecimiento injusto no excluye la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil.

Apreciado por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 8, de Móstoles, la existencia de un enriquecimiento sin causa, la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid entiende que no procede tal aplicación sino la de la analógica del artículo 97 del Código Civil. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y no haber lugar al interpuesto por el demandado, admitiendo la aplicación de los principios del enriquecimiento injusto sin excluir por ello la aplicación por analogía del artículo 97 del Código Civil, conforme se expone a continuación.

El primer motivo del recurso que se examina, amparado en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua, acusa la incongruencia de la sentencia y, por ello, la infracción del artículo 359 de la citada Ley. La demandante, en efecto, entre los pedimentos que configuraban el «suplico» de la demanda, incluyó el de «condenar al demandado al pago de una indemnización a doña L. A., de treinta millones de pesetas

(30.000.000) por los perjuicios derivados de una larga convivencia, dedicación a la familia durante más de veinte años y por la diferencia económica existente entre las partes, originada por la ruptura sentimental». Apoyó la actora la fundamentación jurídica de su petición, razonando sobre la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil. La sentencia de primera instancia, que no compartía dicha fundamentación jurídica, entendió, sin embargo, que «la realidad social nos muestra sin duda la existencia de las uniones no matrimoniales, por lo cual es evidente que los tribunales no pueden estar a espaldas de la misma, y es inexcusable, por tanto, dar una respuesta a los problemas planteados en aquellos supuestos como el presente, en que es innegable que una de las partes de dicha convivencia, doña L. A. ha resultado perjudicada por la ruptura. En este caso, y entendiéndose por el Juzgador que concurrían todos y cada uno de los requisitos que integran la figura del enriquecimiento sin causa, esto es: a) un enriquecimiento procurado a uno de los convivientes; b) un empobrecimiento sufrido por el otro conviviente; c) una relación de causalidad entre aquel enriquecimiento y este empobrecimiento, y d) la falta de causa justificada del enriquecimiento, por cuanto es evidente que doña L. ha sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas personales en aras de dispensar un mejor cuidado y atención a la familia, de lo cual, lógicamente, se ha beneficiado el demandado, condujeron a éste a fijar en favor de la actora una indemnización de diez millones de pesetas, en la que prudencialmente se estimaron los perjuicios. Empero, la sentencia de segunda instancia que explica que la única vía admitida por el Tribunal Supremo, «para conseguir una indemnización en las uniones de hecho», semejante a la pensión del artículo 97, es recurrir, si es el caso a la figura del enriquecimiento sin causa, pretendiendo una condena indemnizatoria», entiende que «no recurriendo la parte representada por doña L. de los A. A. G., a la figura del enriquecimiento sin causa con el fin de conseguir una condena indemnizatoria, sino a la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil», para lograr su propósito, «no procede entrar a resolver el fondo de tal petición por razones del principio dispositivo y rogación que rige en la materia», sin perjuicio del derecho que pueda asistir a la parte para ejercitar las acciones pertinentes ante el Juez competente y por los cauces procesales oportunos, recurriendo a la figura del enriquecimiento sin causa para obtener una condena indemnizatoria, siempre que el aumento patrimonial obtenido durante los años de convivencia se deba, al menos en parte, a la colaboración del compañero, mientras que el empobrecimiento de éste derive de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales y en la atención doméstica del mismo. La verdad es —señalados estos antecedentes— que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva al restringir los términos de sus pronunciamientos sobre la totalidad del litigio planteado, pues la reclamación del «suplico» permite acoger, con los datos de hecho que enumera, la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, sin necesidad de remitir al planteamiento de un nuevo pleito. Los poderes de oficio del Juez se manifiestan, precisamente, con mayor intensidad en el ámbito de la aplicación del Derecho al caso controvertido (que admite una gran elasticidad), sin incidir en cambio de pretensión (*iura novit curiae, da mihi factum, dabo tibi ius*). Con referencia, concretamente, a un supuesto de unión de hecho o convivencia *more uxorio*, la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1996, aclara que «el cambio del punto de vista jurídico, por regla general, no com-

porta causa casacional, ya que la elección de la norma aplicable es función propia del oficio de juzgar (*iura novit curiae*, conforme al conocido aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*). Se produce anulación cuando el cambio de normas aplicables en razón de lo pedido por las partes supone alteración de la *causa petendi* o mutación de la pretensión con reflejo consecuente en la defensa de la parte sorprendida y en la congruencia de la sentencia. No ha, por ello, de confundirse la variación de los fundamentos jurídicos, salvo en el caso señalado, con ningún quebrantamiento de forma, con independencia, desde luego, de que se aplique o interprete adecuadamente la norma a los hechos probados». Del caso tal, como aparece formulado, no se infiere el ejercicio de una acción determinada, con exclusión de otras, sino la fijación de una pretensión material, respecto de la que cabe una concurrencia normativa, muy lábil, por cierto, dada la ausencia de una regulación específica de las «parejas de hecho» y de los efectos económicos derivados de la convivencia, sobre cuya situación se han producido diversas líneas de interpretación jurisprudencial (lo que obliga a un examen muy preciso del caso resuelto para establecer similitudes) y diferentes opiniones doctrinales. En consecuencia, debe acogerse el motivo.

Las uniones de hecho o matrimonios de hecho carecen de regulación legal, con carácter general, aunque como tal realidad ajurídica, no prohibida por el Derecho, produce determinados efectos jurídicos. En sentido estricto, la convivencia *more uxorio* se basa en la heterosexualidad de la pareja y en la estabilidad de la situación, que suele tener duración indefinida. A diferencia del Derecho tradicional, anterior a la Codificación, el Derecho Civil actual se desentendió de la unión familiar de hecho, por lo que la jurisprudencia ha tenido que aplicar principios generales a los casos concretos para evitar que una de las partes sufra perjuicios injustos. No obstante, a la luz de los principios constitucionales (art. 9-2, art. 10-1.º, art. 14 y art. 39) se ha abierto paso la necesidad de su regulación, concretada ya en las leyes de algunas Comunidades Autónomas (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables, relativa a Cataluña, y Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas, referente a Aragón. Últimamente se suma a estas disposiciones la Ley Foral de 3 de julio de 2000, de Navarra, reguladora de las parejas estables. En general, esta situación de anomía se manifiesta, muy especialmente, al considerar los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de la convivencia, al modo matrimonial, que sucede por la voluntad unilateral de uno de los convivientes, en su proyección concreta a la justificación jurídica, en su caso, de la posible indemnización que quepa atribuir por tal razón al conviviente más desfavorecido, como consecuencia de la ruptura. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, aceptó como fundamento de la procedencia de la indemnización el principio de Derecho que veda el enriquecimiento injusto sin causa en perjuicio de otro. La sentencia citada, tras reproducir los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia en relación con el enriquecimiento injusto, razonaba, acomodando los dichos requisitos al caso, que «ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el señor... durante los años de convivencia con la señora... se debió, fundamentalmente, a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la señora... hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente

al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito *b)* de los antes enunciados, y que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la señora... y el beneficio reportado al señor... No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal *a quo*, porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones —en us relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.— en la forma que está probado lo vino realizando la señora... Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa; de todo lo cual se sigue el decaimiento del motivo estudiado». Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1994, recuerda que esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, «la protección social y jurídica de la familia a que se refiere el artículo 39-1 de la Constitución, no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho como reiteradamente ha dicho esta Sala en sentencias como, por ejemplo, de 18 de febrero de 1993, y el Tribunal Constitucional (sentencia de 19 de noviembre de 1990), aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, como la presente, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio, o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía». La doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto, con aplicación a estos casos, pese a algunas opiniones contrarias a su empleo, ha encontrado eco, no obstante, en la legislación autonómica: 1) la ley catalana citada, «primera» en la materia, reconoce el derecho a una compensación económica cuando cese la convivencia, en favor de aquel conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común, o para el otro conviviente, en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto (art. 13); 2) en términos semejantes se expresa la ley aragonesa al señalar, como efecto patrimonial, para determinados casos, en supuestos de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, el derecho a exigir una compensación económica por el conviviente perjudicado si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto (art. 7.º); 3) y, asimismo, la ley navarra establece que, en defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en la vida de los dos convivientes, aquél que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado en el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto (art. 5.5). A la luz, por tanto, de la doctrina citada, que ha tenido amplio reflejo en disposiciones legales de ámbito autonómico, según se ha explicado y, no obstante, el debate abierto en la doctrina científica acerca de tal Fundamento Jurídico en situaciones de laguna legislativa como la presente, no cabe contribuir a hacer más vulnerable el «principio de seguridad jurídica» que garantiza el artículo 9.3 de la Cons-

tutición Española. Procede, por ello, que se acoja, por infracción de jurisprudencia, el motivo segundo, alegado por la actora-recurrente (art. 1.692, número cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua) que se apoya en la expresada doctrina jurisprudencial.

Con todo, no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho. Ya la demandante había indicado, como razón de apoyo a su pretensión, la analogía del supuesto normativo con el contenido del artículo 97 del Código Civil (ruptura de la convivencia, desequilibrio económico en relación con la posición del otro, enriquecimiento de la situación anterior a la misma...). Se suele decir, sin demasiadas precisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no reconoce la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas sobre el matrimonio, y esto es cierto en tanto en cuanto afecta a reglas específicas del matrimonio, y muy especialmente a la sociedad legal de gananciales. Como explica la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1996, ya esta Sala «en sentencia de 22 de julio de 1993, proclamaba que las llamadas “uniones de hecho” o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida por los Tribunales, tanto de la jurisdicción ordinaria como “constitucional” (sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993, respecto de esta Sala, y las de 11 de diciembre de 1992, 18 de enero y 8 de febrero de 1993 del Tribunal Constitucional). La referida sentencia sentaba, como principios, los siguientes: 1.º Que las uniones matrimoniales y las uniones *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992); 2.º Que, como consecuencia de ello, no serán aplicables a esas uniones, normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía. El juego de la analogía radica en la similitud (“semejanza”, según el art. 4.º del Código Civil) entre el supuesto que ante el órgano judicial —o intérprete— se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o “identidad de razón”, cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del Derecho (sentencia de 12 de diciembre de 1980)». Por supuesto —añade la sentencia referida— «que debe rechazarse, como ya hizo la sentencia, parcialmente transcrita, la aplicación analógica de los regímenes económico-matrimoniales, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico, a no ser que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza». Termina la sentencia, tras decir que «sí puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la *ratio* normativa a la convivencia *more uxorio*», haciendo aplicación analógica de la cuestión debatida de un precepto incardinado en el régimen matrimonial. Medítese, en relación con la analogía solicitada en este caso, sobre la compensación no sólo en el artículo 97 del Código Civil, y su razón, trasladable a situaciones equivalentes, sino, también, en el contenido del artículo 1.438 del Código Civil, que respecto al régimen de separación de bienes (que, desde luego a

salvo pactos en contra, es el que rige, con carácter absoluto, para las uniones de hecho), dispone que «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará». Empero, más allá de la simple *analogía legis* y extrayendo razones del entramado jurídico del Ordenamiento, según una operación de auténtica *analogía iuris*, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998, colma las lagunas legales existentes en relación con las uniones de hecho, conforme al principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en el caso concreto sobre la prestación referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje asignado a la vivienda. Explicita, en este sentido, que se trata de una situación, «de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias, antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994, dice que las uniones de hecho pueden, en ocasiones, ser causa legítima de alguna reclamación, y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona; art. 14, principio de igualdad; art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio art. 96) y la Ley 29/1994, de 2 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (cuyo art. 16.1.b, entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado». Tal principio general, teniendo en cuenta las razones coincidentes que se aceptan en los preceptos ya señalados, se manifiesta, en cuanto al caso que se examina, en la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el Juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada. Todas las precedentes razones abonan lo ya dicho y justifican la decisión final.

El motivo tercero (art. 1.692-4.º) denuncia la inaplicación al caso, en relación con el uso de la vivienda familiar, del artículo 96 del Código Civil y artículo 4.1 del propio Código. Sobre este extremo, la sentencia recurrida, que declara no haber lugar a lo solicitado, razona que «dada la inexistencia del domicilio familiar, por venta del mismo, según se reconoce, no procede hacer atribución, ya que conforme a su concepto debe aplicarse, como se desprende del artículo 96 del Código Civil, exclusivamente a aquél que constituyó el centro de convivencia personal y doméstica de la familia, no siendo extensible por ello a cualquier otro que dispone y ocupe actualmente cualquiera de los litigantes; además, en el presente caso, la solicitante de tal medida tiene cubiertas las necesidades de alojamiento para sí y para los hijos, como implíci-

tamente se deduce al reconocer que éstos conviven actualmente con ella». Mas la referida sentencia no tiene en cuenta que la vivienda que constituía domicilio familiar antes de la ruptura de la convivencia entre el señor G. y la señora A., sita en la Urbanización Campodón, calle Pedraza C-927, de Villaviciosa de Odón (Madrid), fue vendida unilateralmente por el señor G., pese a ser requerido por el Juzgado de Primera Instancia, mediante auto de fecha 9 de diciembre de 1992, para que no efectuara actos de disposición sobre la misma. El domicilio familiar fue trasladado por el señor G., junto con sus hijos, a un chalet contiguo, y en concreto a la calle Pedraza, número 226, de Villaviciosa de Odón (Madrid), el cual pasó a ser domicilio familiar. En suma, debe ponderarse que el demandado cambió la situación de hecho existente al comienzo del pleito, pese a las advertencias judiciales, sin duda con el propósito de eludir las posibles consecuencias que se habían solicitado. Tal conducta no puede refrendarse jurídicamente, y, aunque imposibilita el cumplimiento *in natura* del pronunciamiento favorable —parcialmente— que procede, puede traducirse en un cumplimiento por equivalente mediante indemnización razonable. En consecuencia, se acoge el motivo con la trascendencia que se dirá.

La estimación de los motivos obliga a casar la sentencia recurrida, resolviendo conforme a los términos del debate (art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precedente). Se aceptan los hechos que se tienen por probados en la sentencia de primera instancia sobre la situación patrimonial de los convivientes y de sus consecuencias para la actora, lo que determina, según los pedimentos al respecto y teniendo en cuenta los razonamientos jurídicos efectuados, la condena del demandado a pagar quince millones de pesetas (15.000.000), en concepto de indemnización compensatoria por ruptura de la convivencia *more uxorio*. Asimismo, y en consideración de lo expuesto en el Fundamento Jurídico octavo, se estima que el uso y goce durante dos años de la vivienda familiar, que es la decisión procedente en este caso, en favor de la actora, ha devenido imposible, por lo que, en su lugar se condena al demandado a que pague a la actora, además, la cantidad de dos millones cuatrocientas mil pesetas (2.400.000), cantidad que prudentemente se calcula en concepto de alquiler por el uso de dos años de una vivienda adecuada a sus necesidades, y la de los hijos que con ella conviven. O sea, se condena al demandado al pago en total de diecisiete millones cuatrocientas mil pesetas (17.400.000). No se imponen las costas de ninguna de las instancias a los litigantes que deberán satisfacerse por cada uno las suyas, lo mismo que las del presente recurso.

FRANCISCO CASTRO LUCINI

2. DERECHO MERCANTIL

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

GRUPOS DE SOCIEDADES. EN CASO DE HECHOS ILICITOS NO PUNIBLES COMETIDOS A TRAVES DE PUBLICACION DE UNA SOCIEDAD FILIAL, PROCEDE EXTENDER A LA SOCIEDAD MATRIZ LA RESPONSABILIDAD DE LOS MISMOS DERIVADA, EN APLICACION DE LO PREVENIDO EN EL ARTICULO 22 DE LA LEY DE PRENSA E IMPRENTA. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2002.)

La nota informativa de la sociedad mercantil publicitaria, insertando los nombres y apellidos de las personas que ostentan los cargos de Presidente, Vicepresidente, Consejero-Delegado y Secretario, da cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, con la finalidad de que sea de público conocimiento el elenco de personas a quienes, en su caso, puedan ser exigidas las responsabilidades, sin duda rigurosas, que dicha norma establece. Estas, cuando se trata de actos ilícitos no punibles alcanzan, según el artículo 65.2, no sólo a los autores y directores, sino también a los editores e impresores, y, como establece el artículo 22, se extienden, en los casos de empresas con varias publicaciones, a la totalidad del patrimonio de las mismas las consecuencias derivadas de las infracciones cometidas por cualquiera de ellas.

En el caso a que el recurso se refiere, nos hallamos ante un grupo de empresas o sociedades de comunicación que editan diversas publicaciones, por lo que resulta aconsejable la aplicación del precepto últimamente mencionado, ya que aún cuando en condiciones normales ha de respetarse la independencia jurídica de las entidades que integran los grupos, pese a la unidad de dirección económica que a éstos caracteriza, no puede adoptarse la misma solución cuando se producen situaciones susceptibles de causar perjuicios injustificados, ya sea a los trabajadores de las empresas vinculadas, ya a sus acreedores, ya, como aquí sucede, a personas que nada tienen que ver con las mismas.

En lo relativo a los acreedores, doctrinalmente se propugna la imputación de responsabilidad a la sociedad dominante.

A) Anónimas

COMPUTO DE LA MAYORIA EN LA JUNTA, A EFECTOS DE CONSTITUCION Y VOTACION, CUANDO LA SOCIEDAD TIENE ACCIONES PROPIAS; ARTICULOS 79.2 Y 93 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Es conocida la existencia en el seno de la doctrina mercantilista de encontradas posiciones acerca de la determinación de la incidencia del mandato

contenido en el artículo 79.2 de la Ley de Sociedades Anónimas en la configuración de la mayoría a que el artículo 93 de la misma se refiere, sin llegar a concretarla con la necesaria precisión. Partiendo del artículo 79.2 de la Ley, la decisión del tema objeto de controversia impone una primera afirmación: En tanto la sociedad haga caso omiso de lo dispuesto en los artículos 75 y 76 y mantenga en su poder un 28 por 100 de sus acciones propias, los socios mayoritarios, que solamente son titulares del 41 por 100 del capital social, nunca podrán aprobar por sí mismos un acuerdo si concurren a las juntas los accionistas minoritarios (31 por 100) y votan en contra de la adopción del mismo.

En segundo término ha de afirmarse que las juntas se han constituido válidamente, ya que al hallarse presente el 72 por 100 del capital social se superaban ostensiblemente los porcentajes exigidos por los artículos 102 y 103 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Finalmente, los acuerdos adoptados han de calificarse nulos, por cuanto pese a la mencionada constitución válida de las juntas, no ha llegado a obtenerse la mayoría de votos que exige el artículo 93 de la Ley, que no es otra, según se ha razonado, que la mayoría absoluta del capital social, es decir, la mitad más una de la totalidad de las acciones que lo integran, sin excluir las acciones que mantiene en su poder la sociedad.

ACCION INDIVIDUAL DEL ARTICULO 135 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. PRESCRIPCION (ART. 260.4.º). (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2002.)

La acción contractual de responsabilidad contra los administradores prescribe a los cuatro años, y no al año. Así lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia al aplicar e interpretar los actuales artículos 127 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1962 y 16 de junio de 1994), y así lo establece expresamente el artículo 949 del Código de Comercio. Concorre la causa legal de disolución prevista en el artículo 260-4.º de la Ley de Sociedades Anónimas, que configura como tal las pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, infracción legal que ya, de por sí, entraña que los administradores respondan solidariamente de las obligaciones sociales por no convocar la junta en el plazo de dos meses para que adoptara el acuerdo de disolución, y ello en aplicación de lo establecido en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1999), razón que corrobora la aplicación del plazo de cuatro años.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES COMPRENDE EL TIEMPO QUE PERMANEZCAN EN EL CARGO Y TERMINA CON SU CESE, ACREDITADO EN EL REGISTRO MERCANTIL. LA RENOVACION DE UNAS LETRAS POR OTRAS ANTERIORES NO SUPONE NOVACION DE LA OBLIGACION PRIMITIVA. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2002.)

Es de tener en cuenta la doctrina de esta Sala, recogida en la sentencia de 13 de abril de 2000, según la cual, «desligadas por el artículo 123.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, las cualidades de accionista y administrador de la socie-

dad, la pérdida de la primera no conlleva la de la segunda, y la pérdida de esta última sólo puede producirse por expiración del plazo por el que se hizo el nombramiento o del máximo legalmente permitido, por separación según los artículos 126 y 131 de la Ley, o por renuncia al cargo; y en cualquiera de estos supuestos, la circunstancia tanto la del nombramiento y aceptación como la de cese ha de consignarse en el Registro Mercantil, como disponen los artículos 138 y 147 de su Reglamento, en garantía de terceros que hayan de confiar en su contenido hasta los extremos que señala el artículo 42.2 de dicho Reglamento, tanto para lo que aparezca inscrito como para la omisión de hacerlo o para rectificar el asiento cuando su contenido haya variado». En consecuencia, el momento a tener en cuenta para determinar la extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es el de la inscripción en el Registro Mercantil de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas. Por todo ello, siendo la deuda reclamada posterior al cese de los administradores, no puede exigírseles responsabilidad alguna por la misma.

La sentencia de esta Sala, de 23 de mayo de 1916, afirma que «la dicción genérica con que se usan en el comercio las frases “prórroga” y “renovación” no siempre equivalen a la voluntad de novar, modificar y sustituir compromisos preexistentes, ya que toda espera o “aplazamiento” si algo significa como ponderativa de un espacio de tiempo mayor, es el medio de facilitar con menos apremio una deuda contraída, no el propósito de crear, cuando terminantemente no se dice, una nueva obligación distinta de la primordial, que en Derecho tampoco es dable presumir»; la sentencia de 2 de julio de 1917 dice que: «la prórroga y renovación de los contratos mercantiles no siempre es equivalente a la extinción de las obligaciones primitivas. Las diversas prórrogas de un crédito no crean convenciones que sustituyan a la primera cuando se limitan a aplazamientos de pago y reducción de crédito, por entregas parciales, pero dejando subsistente y sin restricción en parte alguna de lo pactado»; y la sentencia de 26 de abril de 1955, afirma rotundamente que, «como según jurisprudencia (sentencias de 9 de mayo de 1934 y 30 de diciembre de 1935, entre otras) no existe novación subsistiendo la obligación primitiva cuando se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórrogas o pagos fraccionados». Más recientemente, la sentencia de 12 de diciembre de 1984, dice que: «en los supuestos de renovación de una letra de cambio, sustituyéndola por otra nueva, hay que distinguir entre el crédito cambiario y el crédito causal, pues si bien éste puede prorrogarse en cuanto a la fecha de su vencimiento, constituyendo una renovación simplemente modificativa respecto a una de sus condiciones principales, cuando la modificación del vencimiento se lleva a una nueva letra de cambio, no hay novación en sentido técnico, porque no se pueden novar las obligaciones de una letra sin crear otra distinta, naciendo la obligación del aceptante en esta segunda letra con ella, aunque se funden en un pacto causal que será distinto al que dio origen la primera letra».

En consecuencia, no tienen aplicación al caso las normas relativas a la novación de las obligaciones.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2002.)

La sociedad anónima, por el hecho de su inscripción en el Registro Mercantil, adquiere personalidad jurídica (art. 7 de la Ley de Sociedades Anóni-

mas), personalidad jurídica distinta de la que ostentan las personas, físicas o jurídicas, socios de la misma, razón por la cual dispone el artículo 1 de dicha Ley que los socios «no responden personalmente de las deudas sociales», falta de responsabilidad que se extiende a los administradores de la sociedad (veáanse sentencias de esta Sala, de 13 de mayo de 1995, 31 de mayo de 1997 y 15 de abril de 2000); la responsabilidad de los administradores que establecen los artículos 133 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas no se impone simplemente por su condición de administrador, sea socio o no, sino del incumplimiento por aquéllos de las obligaciones que en el ejercicio de su cargo les impone la ley; tal responsabilidad no puede ser exigida a los administradores sino mediante el ejercicio de las acciones reguladas en los artículos 134 y 135 de la repetida Ley.

LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN EL SUPUESTO DE NO CONVOCAR JUNTA GENERAL, CUANDO CONCURRA CAUSA DE RESOLUCION, ES INDEPENDIENTE DE QUE EXISTA O NO CULPA EN LAS OPERACIONES DE LAS QUE NACEN LAS DEUDAS SOCIALES DEL ADMINISTRADOR. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

La responsabilidad exigida es la nacida e impuesta a los administradores en el número 5 del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece que responderán solidariamente los administradores de las deudas sociales cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución por concurrir la causa 4.ª del artículo 260 de la citada Ley. Causa que puede considerarse suficiente, por sí sola, para hacer efectiva la responsabilidad del administrador (sentencias de esta Sala de 3 y 26 de octubre de 2001), conducta del administrador que, en términos de la sentencia de 20 de julio de 2001, genera una responsabilidad cuasi-objetiva, o que se produce *ipso facto*, como se sostiene en las sentencias de 30 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, la obligación del administrador de satisfacer las deudas sociales conjunta y solidariamente con la sociedad anónima, en cuanto no necesita acreditarse la existencia de culpa del administrador, como sería preciso en el supuesto contemplado en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues basta que se acredite la condición de administrador, que la sociedad esté incurso en la causa de disolución número 4 del artículo 260 de la citada Ley, y que el administrador haya incumplido la obligación de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que responda solidariamente con la sociedad que administra de las deudas sociales.

NULIDAD DE CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS, CONVALIDANTE DE OTRA ANTERIOR, CUANDO PREVIAMENTE FUE IMPUGNADA JUDICIALMENTE LA CONVOCATORIA DE DICHA JUNTA ANTERIOR QUE SE PRETENDE CONVALIDAR. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 2002.)

Ya la sentencia de esta Sala, de 26 de enero de 1993, destacó que «las vulneraciones habidas no pueden convalidarse por los acuerdos adoptados en una junta posterior, que expresamente ratifica los acuerdos adoptados en

otra, que están impugnados, mediante presentación incluso de demanda judicial por los demandantes-recorridos que ni asistieron ni prestaron su conformidad a la supuesta junta convalidante. Más bien es esta actuación subsiguiente la que no se compadece con el respeto debido al planteamiento judicial de la cuestión, pues sabido es que en relación con el objeto del proceso carecen de eficacia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzca el demandado o un tercero en el estado de los hechos, o de las personas, o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda, conforme al principio *ut lite pendente nihil innovetur*».

Por su parte, la más reciente sentencia de 20 de octubre de 1998, precisamente en interpretación del artículo 115.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha señalado que tal precepto «debe ser interpretado en el sentido de que esta ratificación surtirá sus efectos cuando se haya producido antes de la interposición de la demanda judicial impugnatoria de los acuerdos tachados de nulos, pues, de no sostenerse esta interpretación, bastaría con que, una vez iniciado el proceso, se convocase una nueva junta en la que se subsanasen los defectos concurrentes, para dejar sin contenido la demanda formulada, lo que entra en patente contradicción con el principio procesal de la *perpetuatio iurisdictionis* que obliga a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de interposición de la demanda».

La referida sentencia de 20 de octubre de 1998 examina igualmente el precepto 115.3 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, señalando que el citado artículo preceptúa: «No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, pero lo que no establece, ni expresa, ni tácitamente, es que iniciado ya un proceso de impugnación de un determinado acuerdo social, pueda la sociedad afectada, por su propia y exclusiva iniciativa, en junta posterior, ratificar o tratar de convalidar el aludido acuerdo que está siendo objeto de impugnación en el referido proceso ya en tramitación, pues ello entrañaría una clara y unilateral violación del principio *ut lite pendente nihil innovetur*, con la consiguiente y grave conculcación de la seguridad jurídica por la que todo proceso ha de estar presidido. Iniciado ya un proceso de impugnación de un acuerdo social, la única posibilidad procesal que cabe, y así lo establece expresamente el párrafo segundo del citado apartado 3 del artículo 115 de la referida Ley, es la de que, a petición de parte, como es obvio, y siempre en el momento procesal oportuno (que no puede ser otro que el de la comparecencia que rotulan los arts. 691 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pueda el Juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que fuera posible la eliminación de la misma».

Si bien no procederá la impugnación de los acuerdos sociales sustituidos válidamente por otros, ello no acontece cuando se haya producido tras la interposición de la demanda impugnatoria de los precedentes acuerdos.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.—PRESCRIPCION DE LA ACCION: PLAZO.—EXISTENCIA DE LA OBLIGACION QUE SE DEMANDA, BIEN SE FUNDAMENTE EN ACTUACION CULPOSA DEL ADMINISTRADOR O EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE CONVOCAR A JUNTA PARA DISOLVER LA SOCIEDAD.—DESDE LA LEY DE

SOCIEDADES ANONIMAS DE 1989, NO SE EXIGE NEGLIGENCIA GRAVE EN LOS ADMINISTRADORES PARA RESPONDER POR SUS ACTOS. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2002.)

Se tiene reconocido en sentencias de esta Sala, entre otras la de 20 de julio de 2001, que el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad a los administradores y gerentes de compañías es el de cuatro años, según dispone el artículo 949 del Código de Comercio, y más si la acción que se ejercita es la amparada en el número 5 del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto que la obligación se impone a los administradores *ex lege*, según se deduce de la propia redacción del precepto y de la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, la de 12 de noviembre y 11 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio y 26 de octubre de 2001, por lo que en forma alguna sería de aplicación la establecida para los supuestos de culpa extracontractual.

En la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, ciertamente se exigía, para que los administradores respondieran frente a la sociedad, socios o terceros, que los daños ocasionados fueran debidos a negligencia, y que ésta fuera «grave», pero no así a hechos realizados durante la vigencia de la Ley de 22 de diciembre de 1989, ya que de acuerdo a la nueva normativa, basta, como dice el número 1 del artículo 133, que se hayan realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

PLAZO DE PRESCRIPCION PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN VIRTUD DEL ARTICULO 262.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS: NO EXIGE NINGUNA RELACION CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA FALTA DE ACUERDO SOCIAL DE DISOLUCION. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2002.)

La doctrina de esta Sala es la de que la responsabilidad de los administradores sociales contemplada en el artículo 260.5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, no está sujeta al plazo de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.968-21 del Código Civil (sentencia de 26 de octubre de 2001 y las que cita).

B) Limitadas

SOCIEDAD CONSTITUIDA EN ESCRITURA PUBLICA PERO NO INSCRITA EN EL REGISTRO MERCANTIL; IMPROCEDENCIA DE DISOLUCION PARCIAL AL AMPARO DE LA LEY DE 1953. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2002.)

La remisión del artículo 6 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, tras su reforma de 1989, a lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas, Texto refundido del mismo año, era en relación a *los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción y a la nulidad de las sociedades de responsabilidad limitada*, cuestiones del todo ajenas a la disolución parcial con exclusión de un socio planteada en el litigio, máxime cuando, de un lado, la Sección 4.ª del Capítulo II de la Ley de Socie-

dades Anónimas regula la nulidad de la sociedad *una vez inscrita* y, de otro, la disolución de la sociedad en formación contemplada en el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas conlleva la restitución de sus aportaciones al socio que la inste previa liquidación del patrimonio social.

La relación del artículo 31 con el 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 y la comparación entre la redacción de este último anterior a la reforma de 1989 y la posterior, revela que la disolución parcial de la sociedad de responsabilidad limitada sólo podía referirse a la que tuviera ya personalidad jurídica por haberse inscrito en el Registro Mercantil, ya que la exclusión del socio tenía que constar a su vez en instrumento público y ser inscrita en el Registro Mercantil, lo que conllevaba la propia adopción de un acuerdo social ajustado a las previsiones de los artículos 14 y 17 de la propia Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, según declaró ya esta Sala en sentencia de 4 de marzo de 1993, citando como precedente la de 6 de julio de 1991.

Para comprobar la infracción de dicho artículo 31, basta considerar que su aplicación por la sentencia recurrida como vía para que la sociedad, *sin más dilaciones pueda inscribirse en el Registro Mercantil*, daría lugar a la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada total y absolutamente distinta de la constituida en la correspondiente escritura pública en aspectos tan esenciales como el capital social, la suscripción de participaciones y los órganos de la sociedad, siendo bien ilustrativo al respecto que la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 haya deslindado la exclusión de los socios de las causas de disolución (arts. 98 y 99, de un lado, y art. 104, de otro), previendo además un remedio específico para la falta de inscripción en su artículo 15.

E) OTRAS FORMAS SOCIETARIAS

INTEGRADAS DOS SOCIEDADES EN UNA UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, SE PRODUCE SOLIDARIDAD OBLIGACIONAL POR LAS DEUDAS CONTRAIDAS POR CUALQUIERA DE ELLAS. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 2002.)

III. TITULOS VALORES

A) Letra de cambio

LA RENOVACION DE UNAS LETRAS POR OTRAS ANTERIORES NO SUPONE NOVACION DE LA OBLIGACION PRIMITIVA. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2002.)

La sentencia de esta Sala, de 23 de mayo de 1916, afirma que «la dicción genérica con que se usan en el comercio las frases “prórroga” y “renovación”, no siempre equivalen a la voluntad de novar, modificar y sustituir compromisos preexistentes, ya que toda “espera o aplazamiento”, si algo significa como

ponderativa de un espacio de tiempo mayor, es el medio de facilitar con menos apremio una deuda contraída, no el propósito de crear, cuando terminantemente no se dice, una nueva obligación distinta de la primordial, que en Derecho tampoco es dable presumir»; la sentencia de 2 de julio de 1917, dice que «la prórroga y renovación de los contratos mercantiles no siempre es equivalente a la extinción de las obligaciones primitivas. Las diversas prórrogas de un crédito no crean convenciones que sustituyan a la primera cuando se limitan a aplazamientos de pago y reducción de crédito, por entregas parciales, pero dejando subsistente y sin restricción en parte alguna de lo pactado»; y la sentencia de 26 de abril de 1955, afirma rotundamente que «como según jurisprudencia (sentencias de 9 de mayo de 1934 y 30 de diciembre de 1935, entre otras) no existe novación, subsistiendo la obligación primitiva cuando se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórrogas o pagos fraccionados». Más recientemente, la sentencia de 12 de diciembre de 1984 dice que, «en los supuestos de renovación de una letra de cambio, sustituyéndola por otra nueva, hay que distinguir entre el crédito cambiario y el crédito causal, pues si bien éste puede prorrogarse en cuanto a la fecha de su vencimiento, constituyendo una renovación simplemente modificativa respecto a una de sus condiciones principales, cuando la modificación del vencimiento se lleva a una nueva letra de cambio no hay novación en sentido técnico, porque no se pueden novar las obligaciones de una letra sin crear otra distinta, naciendo la obligación del aceptante en esta segunda letra con ella, aunque se funden en un pacto causal que será distinto al que dio origen la primera letra».

En consecuencia, no tienen aplicación al caso las normas relativas a la novación de las obligaciones.

AVAL NO INCORPORADO A LA LETRA.—RECLAMACION AL AVALISTA EN EL MISMO JUICIO DECLARATIVO QUE AL ACEPTANTE, EL IMPORTE DE LA LETRA.—LA ENTIDAD TENEDORA DE LA LETRA CONTRA EL AVALISTA NO PUEDE EJERCITAR CON EXITO LA ACCION CAMBIARIA POR CARECER DE LA MISMA, Y, SI EJERCITA LA EXTRACAMBIARIA, HA DE PROBAR LA REALIDAD DEL DEBITO EXTRACAMBIARIO EN ATENCION AL CARACTER ACCESORIO DEL AVAL. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2002.)

Teniendo en cuenta que pese a la admisión de los avales de letras de cambio en documento separado en el artículo 31 de la Ley Uniforme de Ginebra, mediante reserva de los Estados firmantes, España no hizo uso de esa reserva, lo que ha dado lugar que esta clase de avales no produzcan efectos cambiarios y en este sentido se ha recogido en el párrafo último del artículo 36 de la Ley Cambiaria y del Cheque al sancionar que «no producirá efectos cambiarios el aval en documento separado», normativa que priva al tomador de la letra del ejercicio de la acción cambiaria contra el avalista para el cobro del importe de la letra, que no tiene otra acción contra el avalista que la extracambiaria, y en este supuesto es indudable que, debido al carácter accesorio del aval, que no es otra cosa que un afianzamiento mercantil de carácter solidario, para exigir su cumplido pago ha de acreditar, conforme al artículo 1.214 del Código Civil, la realidad de la obligación que se avala, que es la extracambiaria, en cuanto que el aval de la obligación cambiaria, en nuestro Ordenamiento jurídico, sólo puede hacerse en la misma letra.

B) Cheque

APLICACION DEL ARTICULO 156.2 DE LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE.
(SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 2002.)

La posible responsabilidad contractual por culpa en que hubiera podido, en principio, incurrir la entidad bancaria, queda totalmente difuminada, ya que surge una patente, manifiesta, ostensible e inexcusable existencia de una conducta culposa por parte del perjudicado titular de la cuenta corriente, por la confianza concedida a su empleado.

IV. CONTRATOS

POLIZAS DE AFIANZAMIENTO MERCANTIL. SIGNIFICADO DE LA EXPRESION «EN LA CUENTA BANCARIA». (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2002.)

La voluntad de las partes ha sido la de constituir garantía sobre la totalidad de las operaciones que se instrumentan entre el banco y X. X. X., sin que la mención en la cuenta de esta entidad se concrete sólo en la número N.N.N., única existente a su favor cuando se concertaron las dos pólizas de afianzamiento mercantil, sino que se integra en un marco más amplio y general; en efecto, la expresión «en la cuenta de X. X. X.» no cabe interpretarla con el significado de un soporte contable exclusivo y excluyente, pues su alcance comprende el cómputo de todas las operaciones desarrolladas entre el banco y su cliente, independientemente de que pudiesen ser reconducidas a una única cuenta, como se hacía en épocas anteriores, en que en ella figuraban todos los asientos de cargo y abono relativo a las actividades mantenidas con el banco, o como sucede actualmente, en que suele facilitarse el desarrollo y conocimiento de dichas operaciones mediante la apertura de cuentas diferentes para cada una de ellas.

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS**A) Quiebras**

LA POSIBILIDAD PROCESAL CONCEDIDA POR EL ARTICULO 885 DEL CODIGO DE COMERCIO EXIGE, POR PARTE DEL COMERCIANTE QUE ACCIONA A SU AMPARO, LA PRUEBA DE LOS REQUISITOS QUE EL PRECEPTO SEÑALA E, IGUALMENTE, LA EXISTENCIA DEL PERJUICIO CUYA REPARACION SE PRETENDA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 2002.)

En sentencia de 3 de octubre de 1901, se establece que es indispensable haber obtenido la revocación de la declaración de quiebra para poder ejercer la acción indemnizatoria que concede el artículo 885 del Código de Comercio contra los acreedores que hubiesen solicitado aquélla con malicia, falsedad o injusticia manifiestas, circunstancias éstas que, según han dispuesto las sen-

tencias de 17 de octubre de 1933, 24 de febrero de 1934 y 12 de noviembre de 1985, han de ser probadas por el quebrado en cuanto que son presupuesto de la pretensión por la que se acciona, además de tener que probar los perjuicios cuya reparación reclame, todo ello en perfecta correspondencia con lo prevenido en el artículo 1.214 del Código Civil.

RETROACCION DE LA QUIEBRA: IMPROCEDENTE NULIDAD DE COMPRAVENTA POR NO PERJUDICAR INTERESES DEL CONJUNTO DE ACREEDORES. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2002.)

En cuanto al grado de ineficacia de los actos del deudor dentro del período de retroacción, la doctrina de esta Sala es decididamente rigorista al decantarse por una nulidad radical o de pleno derecho (sentencias de 2 de diciembre de 1999, 22 de mayo y 14 de junio de 2000, y 8 de febrero de 2001), en la que el adquirente directo del quebrado no resulta protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque la inscripción no convalidaría el acto nulo según el artículo 33 de la misma Ley (sentencias de 2 de diciembre de 1999 y 22 de mayo de 2002), no siendo pacífica, en cambio, la posición de esta Sala en torno a la protección del subadquirente cuando se dan los requisitos de este último precepto, ya que mientras para la sentencia de 22 de mayo de 2000, tampoco se daría tal protección, para la de 14 de junio de 2000 sí habría que respetar la adquisición del subadquirente como tercero hipotecario.

Ahora bien, ese rigor jurisprudencial no está exento de matices, porque el propio fundamento del régimen jurídico de protección de la masa de la quiebra determina que no pueda ni deba prescindirse por completo del efectivo perjuicio causado para, excepcionalmente, mantener la validez de los actos que, realizados dentro del período de retroacción, sin embargo no afecten o no sean contrarios a los intereses de los acreedores (sentencia de 20 de septiembre de 1993), criterio que explícitamente se respeta, bien es cierto que subrayando su excepcionalidad, por las sentencias anteriormente citadas.

Otro dato que sí es relevante para decidir la nulidad de la enajenación dentro del período de retroacción de la quiebra es el de la falta de perjuicio para la masa de la quiebra, dada la adquisición de la finca e instalaciones por su valor de mercado, la inclusión en el precio de las obligaciones garantizadas con varias hipotecas anteriores sobre la finca, el efectivo cumplimiento de tales obligaciones por la adquirente, poco tiempo después de la compra y, en fin, las importantes mejoras llevadas a cabo por ésta en la finca y sus instalaciones, todo ello unido a las facultades que habrían tenido los acreedores hipotecarios para ejecutar separadamente sus créditos sobre la finca al margen de la quiebra o la conservación de su preferencia dentro de la quiebra.

En trance, por tanto, esta Sala de pronunciarse sobre si el caso examinado se encuentra o no dentro de esos supuestos excepcionales en que la transmisión dentro del período de retroacción ha de conservar su validez por no haber causado perjuicio a los intereses de los acreedores en su conjunto, con arreglo a la jurisprudencia ya reseñada, ha de concluirse que sí lo está, porque junto con todas las circunstancias mencionadas, no pueden dejar de valorarse otras de importante significación, como son el que se instara la quiebra por un acreedor con base en letras de cambio libradas después de haberse constituido la última hipoteca que gravaba la finca antes de la compraventa, el que dicho acreedor no promoviera juicio ejecutivo por dos de esas cambiales hasta

mucho tiempo después de su vencimiento y el que lo hiciera tiempo después, también, de haberse celebrado la compraventa, haberse inscrito la adquisición a favor de la compradora y haber cancelado ésta tres de las cuatro hipotecas, precisamente las que garantizaban mayores obligaciones, de suerte que cuando dicho acreedor instó en la quiebra la ampliación del período de retroacción a una fecha anterior a la compraventa con base en el impago de las letras, ya estaba en condiciones de haber conocido cabalmente la muy saneada situación de los bienes, merced a las inversiones y los pagos hechos por la compradora. En suma, en este caso parece poco menos que evidente que la ejecución separada por alguno de los acreedores hipotecarios habría podido causar al conjunto de acreedores más perjuicios que la compraventa cuya nulidad se pide.

LEGITIMACION PARA EJERCER LA ACCION DE NULIDAD EN LA RETROACCION DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2002.)

Hay que traer a colación lo dispuesto en el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece con carácter exclusivo la legitimación para pedir la nulidad de los actos efectuados por el quebrado en el período de retroacción de la quiebra (legitimación que reside en los síndicos).

RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

FARIAS BATLLE, MERCEDES: *La irregularidad de la sociedad de capital (Aspectos societarios y registrales)*. Editorial Comares, Granada, 2001. Un tomo de 376 págs.

Contando con los conocidos precedentes de GIRÓN TENA o MENÉNDEZ, realiza el presente estudio un desarrollo completo y sistemático de la sociedad irregular, tanto desde el punto de vista interno como externo, o respecto de terceros, destacando el tratamiento registral de la misma; enfoque lógico si se tiene en cuenta que la característica básica de la sociedad irregular es su falta de inscripción en el Registro Mercantil.

Existen diversos tratados sobre el tema, teniendo éste especial interés por la especialización de su autora, FARIAS BATLLE, en cuanto que esta reelaboración de su tesis doctoral no es su único trabajo en materia de irregularidad de sociedades; así como por su sistemático y global tratamiento, partiendo de la aparición de la sociedad irregular y de su distinción de la sociedad en formación hasta llegar a su disolución, pasando por su régimen intermedio, en un estudio circular, como manifiesta la propia autora.

Se trata, en todo caso, de un tema de mucha actualidad, más aún tras la RDGRN 22-4-2000, que impide la inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad a favor de una sociedad en formación (doctrina claramente aplicable a la sociedad irregular), no obstante su personalidad jurídica.

Una vez centrado el objeto de estudio en el preámbulo, se dedica una primera parte a la caracterización general de la sociedad irregular; una segunda a su ámbito externo (representación y responsabilidad social) y una tercera a su ámbito interno (operaciones societarias internas), que culmina con la disolución de la sociedad.

En el preámbulo, destacada la importancia y novedad legislativa de la cuestión (tras la reforma del art. 21 del Código de Comercio, y los nuevos 15 y 16 LSA, influenciados por la doctrina alemana), se centra el objeto de estudio en la sociedad irregular de capital —englobando por tanto a la SA, a la SRL y a la sociedad comanditaria por acciones, dadas las remisiones de los artículos 11 LSRL y 152 del Código de Comercio, respectivamente— constituida en escritura pública y por fundación simultánea, lo que excluye a la fundación sucesiva, posible en la SA, pero incompatible con la irregularidad.

Se excluyen del tratado, dado su distinto régimen jurídico, las SA en liquidación por falta de adaptación al TRLSA (denominadas impropriamente «*sociedades irregulares sobrevenidas*» por la doctrina), sin perjuicio de su proximidad, en cuanto que ambas actúan al margen del Registro.

Ya en la primera parte, titulada «Caracterización de la sociedad de capital irregular», se pone de manifiesto la distinción respecto de la sociedad en formación más allá del criterio puramente subjetivo de la voluntad rebelde a la inscripción (presumida en nuestro ordenamiento por el transcurso de un

año desde la fecha de la escritura de constitución), apuntando la posibilidad de que, transcurrido dicho plazo, la sociedad siga considerándose como en formación si no realiza actividades externas de desarrollo del objeto social, de acuerdo con el artículo 16.2 LSA.

Realiza la autora un estudio comparado e histórico de la sociedad irregular hasta llegar al régimen actualmente aplicable en nuestra legislación, que destaca por su originalidad frente a otros ordenamientos, que no establecen término para el paso de en formación a irregular ni tampoco permiten la posterior inscripción de la sociedad una vez considerada irregular.

Se defiende como conclusión un concepto amplio de sociedad en formación, interpretando conjuntamente los artículos 15 y 16 LSA, que permiten entender que, a falta de inscripción, la sociedad debe considerarse en formación, a menos que devenga irregular por la concurrencia de dos requisitos: voluntad de no inscribir (presunta, con carácter *iuris tantum*, tras un año) y actuación externa *nomen societatis*.

A continuación se centra en la caracterización general de la sociedad de capital irregular, definida sintética y descriptivamente como sociedad mercantil externa y manifiesta no inscrita. Desarrollando dicho concepto, se parte del carácter de contractual que tiene la sociedad antes de la inscripción, configurándola como un tránsito de la sociedad personalista a la capitalista y distinguiendo entre un ámbito interno (regido por la autonomía de la voluntad de los arts. 1.091, 1.255 ó 1.258 del Código Civil y requiriendo el consentimiento unánime de los socios para las modificaciones esenciales) y un ámbito externo (donde impera la protección al tercero y el régimen legal del art. 16 LSA).

Se apunta, a continuación, el carácter transitorio, aunque indefinido, de la irregularidad, recalcando la posible inscripción en cualquier momento, con la «regularización» de la sociedad, a diferencia del Derecho alemán o italiano. Se vuelve a describir como sociedad manifiesta, al requerir que la sociedad irregular haya iniciado o continúe sus actividades sociales externas (más allá de los actos estrictamente necesarios para solicitar su inscripción); requisito lógico si se piensa que la construcción dogmática de la irregularidad societaria nace como medio de defensa para los terceros que contratan con una sociedad no inscrita como consecuencia precisamente de tal actuación externa.

Dentro de sus caracteres se desarrolla también su identidad con la sociedad en formación (también con la sociedad finalmente inscrita), con la que sólo presenta diferencias en su régimen jurídico respecto de terceros, pero no diferencias contractuales o internas, con lo que la autora propone de *lege ferenda* un tratamiento más unitario y sistemático de ambas situaciones, valorando una posible sanción de cierre registral.

Dentro también de su caracterización general, se estudia la relación de género y especie que presentan respectivamente la sociedad irregular y la sociedad de capital irregular, rigiéndose ésta por las normas generales de la primera y por sus normas específicas, es decir, por el artículo 16 LSA.

Ante la discusión dogmática de si la irregularidad supone o una conversión o una novación de la sociedad de capital que recoge la escritura; la autora —coherente con la tesis anterior de relación de género y especie— se decanta por la novación, al sustituir la sociedad irregular de capital (que se acerca a una sociedad personalista) a una verdadera sociedad de capital (SA, SRL o comanditaria por acciones), sin el régimen de responsabilidad limitada que conlleva y que sólo puede conferir la inscripción.

Por último y dentro de su configuración general, se marcan las diferencias fundamentales entre la sociedad irregular de capital y la sociedad personalista; tanto en el ámbito interno (pactos recogidos en la escritura), como en la posibilidad de convertirse en sociedad de capital sin necesidad de transformación y en la mayor importancia del capital social (que cumple no sólo una función organizativa sino también de garantía).

En el segundo capítulo de la primera parte, titulado «Presupuestos del régimen jurídico de la sociedad de capital irregular», se parte del reconocimiento de la personalidad jurídica genérica a dicha sociedad sin perjuicio de su falta de inscripción en el Registro Mercantil, inscripción que sigue siendo constitutiva pero sólo para adquirir la personalidad jurídica específica (de SA, SRL o sociedad comanditaria por acciones), todo ello conforme a los artículos 7, 15 y 16 LSA y 11 LSRL, y a la doctrina innovadora de los autores alemanes y de GRÓN TENA. Se recalca que la personalidad jurídica de la sociedad en formación y de la sociedad irregular viene a ser la misma, sin perjuicio de su régimen jurídico distinto, y que el régimen de irregular tiene carácter retroactivo e incompatible con el de la sociedad en formación.

Dentro de los presupuestos o requisitos para la aplicación del régimen de la sociedad en formación se distingue entre la regla general del artículo 15.1 LSA, denominada por la autora como «sociedad de capital de formación interna» (en la que responden quienes concluyan los actos en nombre de la sociedad, pero sin autorización específica, aparte de los actos indispensables para la inscripción) y la regla especial, con pacto expreso, del artículo 15.2 LSA, denominada como «sociedad de formación externa» (en la que sí responde el patrimonio social, también en formación).

Iniciadas las operaciones sociales externas y verificada la voluntad de no inscribir, el régimen hace tránsito hacia la sociedad irregular con carácter retroactivo, perdiendo transcendencia la voluntad de los socios fundadores que, en todo caso, responderán personal y subsidiariamente de las deudas sociales (por la remisión del art. 16 LSA al régimen de la sociedad civil o de la regular colectiva) contraídas tanto antes como después de la irregularidad y aunque la sociedad llegue a inscribirse; todo ello sin perjuicio de la facultad de instar unilateralmente la disolución de la sociedad por parte de cualquier socio.

Tratada en general la cuestión de la personalidad jurídica, se centra en el estudio de la relación entre la sociedad irregular y el Registro Mercantil, partiendo de la duda de si el régimen de la sociedad irregular es sólo aplicable para proteger a los terceros de buena fe (por lo que a quien conociera la irregularidad le sería aplicable el régimen de responsabilidad limitada), o también a los terceros de mala fe, lo que obliga a estudiar la oponibilidad dentro de los efectos de la publicidad material.

Se parte de la distinción entre la oponibilidad relativa o de lo inscrito (que si se realiza por el tercero se trata más bien de invocabilidad y requiere buena fe o desconocimiento de la realidad por su parte) y la oponibilidad general o de lo no inscrito (que requiere prueba de la mala fe o conocimiento extrarregistral).

Centrándose en el caso de la sociedad irregular como supuesto de publicidad de hecho y partiendo del carácter constitutivo de la inscripción (que, citando a PAU PEDRÓN, impide la oponibilidad extrarregistral en términos absolutos) se llega a la válida conclusión de que el régimen del artículo 16 LSA es aplicable a todo trance, tanto si el tercero es de buena como de mala fe,

dado que la responsabilidad limitada, como *hecho primario*, va ligada en todo caso a la inscripción en el Registro Mercantil.

En la segunda parte del libro desarrolla la autora el ámbito externo de la sociedad irregular, tratando de los *hechos secundarios* (posteriores a la constitución); la representación y la responsabilidad social.

En lo referente a la representación social, en el capítulo tercero se trata de manera introductoria sobre la teoría general de la representación, distinguiendo entre la representación legal, voluntaria y orgánica o necesaria; distinguiendo entre sociedades personalistas (regidas por sus socios conforme a los arts. 1.695 del Código Civil y 129 del Código de Comercio) y sociedades de capital (regidas por un órgano específico); de manera quizá demasiado extensa en relación con la materia objeto de estudio, pero debido seguramente a su origen como tesis doctoral.

Se centra, a continuación, en la representación de la sociedad en formación, apuntando que su objeto social consiste en «la realización de los actos jurídicamente necesarios para lograr la inscripción» (entendidos por ALONSO UREBA como actos indispensables), para los cuales se entiende que existe una suerte de representación legal, y distinguiendo de nuevo entre las dos reglas del artículo 15 LSA.

La regla general, recogida en el artículo 15.1 LSA, viene a ser la negación de una verdadera representación y la consecuente responsabilidad (extracontractual, como se fundamenta acertadamente) de los llamados actuantes; salvo que se sometan los actos a la condición suspensiva de la posterior inscripción y asunción por parte de la sociedad (supuesto que no plantea mayores cuestiones que el juego de la condición) y salvo siempre los actos indispensables para la inscripción. Se distingue claramente entre la figura del *falsus procurator* y el representante aparente, y se niega la existencia de un apoderamiento general tácito por el hecho de que la fecha de comienzo de las operaciones sociales coincida con la fecha de la escritura de constitución.

Dentro también de la regla general se estudia la cuestión de la ratificación por parte de la sociedad ya inscrita, regulada en el artículo 15.3 LSA en relación con el propio 1.259 del Código Civil, concluyendo que sólo libera a los actuantes de responsabilidad si se realiza dentro de los tres meses siguientes a la inscripción, que es competencia del órgano de administración y no sólo de la Junta, y que debe realizarse de forma expresa.

La regla especial, contenida en el artículo 15.2 LSA, se denomina representación voluntaria de la sociedad en formación (dejando a un lado la representación legal para realizar los actos necesarios para la inscripción) y puede darse tanto a favor de los que serán administradores como a favor de mandatarios extraños, rigiéndose por las normas generales de los poderes.

De nuevo se centra en la sociedad irregular y se destaca la extensión legal de la representación (dado que la sociedad queda obligada en más casos que cuando está en formación, prescindiendo de la apariencia de representación) y la distorsionadora superposición de regímenes en la materia, dado que a partir del artículo 16 LSA cabe distinguir entre el pactado contractualmente por los socios (órgano de administración) y el legal, es decir, el propio de la sociedad colectiva o civil (socios gestores); concluyendo que la situación de representación (voluntaria) aparente sólo beneficiará a los terceros de buena fe, mientras que el régimen legal es aplicable en todo caso.

Tratada la representación, el capítulo cuarto se adentra en la responsabilidad social, cuestión básica en el artículo 16 LSA, que como norma sancio-

nadora aplica el régimen subjetivo de la sociedad civil o de la regular colectiva (sociedad colectiva irregular, concreta la autora dogmáticamente). Se matiza que la apariencia creada es distinta según se trate directamente de una sociedad colectiva irregular o de una sociedad de capital irregular (a la que se aplica el régimen de la colectiva irregular como sanción) y parece concluirse que en la sociedad colectiva ordinaria, la deuda y la responsabilidad (partiendo de la clásica distinción de BRINZ) recaen sobre la sociedad y sobre el socio (subsidiariamente), mientras que en la sociedad irregular de capital la deuda es de la sociedad y la responsabilidad de la sociedad y (subsidiariamente) de los socios, como *nuevo centro de imputación*.

Se estudia especialmente la responsabilidad del socio no consciente de la irregularidad (quien no participa activamente en las operaciones), apuntando la tesis (mayoritaria) de tratamiento igualitario con el socio «consciente» y las tesis de exoneración o de responsabilidad limitada, valorando los intereses en juego y la dicción literal de la ley (que no distingue) y concluyendo que son responsables pero hasta el límite de su aportación prometida (lo que es muy discutible de *lege lata* y aunque se aleguen criterios de equidad).

También se trata separadamente la responsabilidad del administrador no socio, ex artículo 120 del Código de Comercio (que con la doctrina mayoritaria debe entenderse como solidaria y no sustitutiva de la responsabilidad social), defendiendo su aplicabilidad aunque forme parte del régimen de la colectiva irregular y no estrictamente de la sociedad de capital irregular.

La tercera y última parte del tratado se dedica a las operaciones societarias internas, en concreto a la modificación subjetiva de la sociedad y la disolución, dada su trascendencia al incidir en el régimen de responsabilidad.

La modificación subjetiva se trata en el capítulo quinto, partiendo de la intransmisibilidad de las acciones o participaciones antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (arts. 62 LSA y 28 LSRL), matizada por la tesis más flexible de autores como GIRÓN, que admiten la transmisión subjetiva de la condición contractual de fundador. Sustituyendo la tesis anterior, se propone configurar la modificación subjetiva como un supuesto de novación extintiva o «refundación» de la sociedad, manteniendo en todo caso la inexistencia de acciones hasta la inscripción y la plena aplicabilidad de los artículos 62 LSA y 28 LSRL, así como la identidad entre socio y fundador.

En cuanto al resto de las modificaciones de la sociedad (mal llamadas subjetivas, puesto que en realidad se habla de modificaciones del contrato social u objetivas), se mantiene el carácter de especie de la sociedad de capital irregular y la aplicación interna de lo pactado entre los socios (no del régimen de la sociedad colectiva general) para la adopción de acuerdos sociales ordinarios, así como la necesidad del consentimiento unánime de los socios para las modificaciones esenciales (modificación de estatutos, que sería una «refundación» objetiva).

Volviendo a la modificación estrictamente subjetiva, se tratan separadamente los efectos frente a tercero derivados del cambio de socio, confirmando la tesis de la novación y protegiendo en todo caso al tercero, en cuanto que dicha transmisión no puede liberar de responsabilidad al socio saliente.

El capítulo sexto se dedica a la disolución, como operación interna de trascendencia y posible última fase de la vida de la sociedad irregular (dado que cabe también su inscripción y regularización *sine die*).

Se centra en el estudio de la acción de disolución de que goza cada socio conforme al artículo 16 LSA y que provoca diversas controversias doctrinales

y concluye, partiendo de la unidad sistemática de los artículos 15 y 16 LSA, que dicha acción existe en cualquier sociedad antes de su inscripción al concurrir las circunstancias de retraso excesivo o mutuo desistimiento del contrato, sin entrar en la distinción entre sociedad en formación e irregular que en esta materia divide a la doctrina. En concreto se trata de su naturaleza jurídica como causa (matizando que es más bien «forma» de disolución) de origen legal y por ello (al deber cumplir determinados requisitos) se excluye configurarla como un supuesto de desistimiento *ad nutum*. Se entiende también que es una causa de disolución específica, distinta de la denuncia de los artículos 1.705 del Código Civil o 224 del Código de Comercio, dado su distinto ámbito de aplicación y los distintos intereses en juego.

Se admite la disolución por la causa del artículo 16 LSA, tanto para la sociedad en formación (cumplidos los requisitos que se establecen) como para la sociedad irregular, entendiendo que en el primer caso se tutela el interés del socio en que la sociedad realice el fin social, y en el segundo la voluntad electora del tipo social (entendiendo con buen criterio que los socios causantes de la irregularidad o socios conscientes no pueden ir contra sus propios actos, solicitando la disolución por una causa que les es imputable).

Por último se afirma que la disolución es total y no parcial (sin perjuicio de una posible renovación del consentimiento por los socios restantes), lo que es coherente con la configuración de dicha disolución como causal y no como desistimiento *ad nutum* o plenamente voluntario.

Como conclusión se puede señalar que el presente libro expone con profundidad, y desde un punto de vista no sólo dogmático, la situación y régimen jurídico de la sociedad irregular de capital, utilizando una sistematización que en general permite una mejor comprensión de la materia, sin que se pueda negar su origen como tesis doctoral.

RAFAEL CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS
Registrador de la Propiedad

MANRIQUE DE LARA MORALES, JULIO: *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 568 págs.

Para incurrir en mora, no basta con que el obligado se retrase en el cumplimiento de su obligación, sino que se precisa además el requerimiento del acreedor. Tan sólo el artículo 1.100 del Código Civil y algún otro suelto se ocupan de este punto.

Con tan escasos mimbres legales, el autor de este libro ha conseguido hacer un completo cesto donde se desarrolla con gran amplitud toda la doctrina aplicable a la materia de la mora y sus consecuencias en las obligaciones de hacer. Precisamente esta especial clase de obligaciones han adquirido una creciente importancia en las relaciones contractuales de nuestro tiempo. En efecto, el sistema económico actual se basa principalmente en el llamado sector de servicios y su entramado gira alrededor de las relaciones entre consumidores y usuarios y quienes les proporcionan las prestaciones necesarias por vía de dichas obligaciones de hacer.

Así lo resalta el autor en la introducción del libro, que ha escrito sobre la base de su Tesis Doctoral, avalada ésta por las máximas calificaciones, según

nos dice el que fuera Presidente del Tribunal juzgador. Aquí se hace una exposición, tanto de la legislación española como de la comparada, y se recoge un amplio estudio doctrinal y jurisprudencial, previa una teoría general de las obligaciones de hacer.

El libro se divide en tres partes, siendo la primera la que expone estas generalidades de las obligaciones de hacer, punto inicial de la investigación. En ella se contempla el concepto de esta especial clase de obligaciones a partir del Derecho Romano, con su evolución posterior en el Derecho intermedio, destacando la regulación en las Partidas, para pasar a la etapa de la precodificación, con los antecedentes francés e italiano que influyeron en nuestro Código Civil. A la hora de distinguir la obligación de dar de la de hacer, la doctrina adopta dos posturas: la negativista define la obligación de hacer por exclusión respecto a la de dar, mientras que la positivista le da sustantividad propia, definiéndola como aquella cuya prestación consista en la ejecución de un comportamiento o una conducta tan amplia y lícita como el Derecho permita.

Cuestión principal, a efectos de su cumplimiento, es distinguir entre la obligación fungible y la no fungible; en el primer caso, el acreedor podría obtener el cumplimiento *in natura*, aunque el deudor no coopere, mientras que en la obligación no fungible el cumplimiento sólo puede realizarlo el deudor y si éste no cumple, únicamente podrá obtenerse un cumplimiento equivalente, suplido por la indemnización de daños y perjuicios. Sobre la base de estas distinciones, el autor estudia los criterios generales aceptados por el ordenamiento español, según el prisma de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, comparándolos con las soluciones que al efecto existen en Italia y Francia para hacer efectivas por coerción las obligaciones de hacer.

Otro punto al que el autor concede especial atención, dentro de esta primera parte del libro, es la distinción, dentro de las obligaciones de hacer, entre aquellas que sólo se fijan en los medios a emplear y las que además y sobre todo requieren un resultado patente y positivo. En las obligaciones de medios o de actividad, la prestación supone una conducta diligente del deudor que, aunque se dirija a conseguir un resultado, éste no se incluye necesariamente en el contenido de la obligación; basta con que se preste la diligencia necesaria que sea normalmente suficiente. En las obligaciones de resultado, el deudor está obligado, expresa y finalmente, a conseguir el resultado pactado, que es parte esencial de la prestación. El sistema de responsabilidad y la carga de la prueba son las principales repercusiones de la distinción, tal como lo explica el autor.

El segundo capítulo del libro se titula «La mora del deudor, concepto, presupuestos y requisitos», y entra en el tema central de la tesis. Se abordan, en primer lugar, la noción básica que se va a estudiar, que es precisamente la mora del deudor. La doctrina tradicional consideraba que la *mora debitoris* era una situación de simple retraso en el cumplimiento de la obligación, cualificada por determinados presupuestos y efectos con el resultado especial de agravar la responsabilidad del deudor. Otros autores entienden que se caracteriza por un retraso culpable en el cumplimiento de la obligación. El presupuesto básico para que se origine la mora es, precisamente, el incumplimiento de la obligación, noción que el autor analiza para pasar a estudiar los requisitos que han de concurrir para considerar al deudor constituido en situación de mora y que son el carácter positivo de la obligación y su exigibilidad, la liquidez de la deuda, la imputabilidad del incumplimiento al deudor y la necesidad de interpelar o intimar a ese deudor. Sólo se da la mora automática en los supuestos del

segundo párrafo del artículo 1.100, que son cuando la ley o la propia obligación así lo establezcan y cuando la interpelación resulte excluida por la misma naturaleza o circunstancias en que la obligación se contrajo. El doctorando hace un análisis completo de estos supuestos.

En el tercer capítulo del libro titulado «Aspectos específicos de la mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer», que es el más amplio de la obra, pues ocupa casi 300 páginas, se analizan las cuestiones relativas al cómputo del tiempo de cumplir la obligación, que servirá para determinar las consecuencias que se han de derivar del retraso en el cumplimiento, según sea la obligación pura o sujeta a plazo. Una cuestión especial puede darse en aquellas obligaciones cuyo cumplimiento no sea inmediato, en las que cabe que el deudor no caiga en mora, si ésta ya ha iniciado la ejecución de la prestación, siempre que medie buena fe y de acuerdo con los usos normales del negocio. Se examinan las consecuencias de la mora según se trate de obligaciones de hacer de la clase de medios o las de resultado. El autor consigue una exhaustiva exposición en el ámbito de nuestro ordenamiento y también en los sistemas francés, anglosajón y germánico.

Al final del libro se trata de la cláusula penal moratoria que suele darse en los contratos creadores de las obligaciones de hacer y que puede ser un medio eficaz para señalar la cuantía de la indemnización. Otro tema que también se aborda es el referente a la cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación, que puede tener una gran importancia práctica, sobre todo con el fin de que el deudor pueda liberarse de la obligación a través del cumplimiento y, por último, la posibilidad de consignar en estas obligaciones, punto escasamente regulado, pero que el autor trata de construir hábilmente.

Repetimos que resulta sorprendente que con tal carencia de preceptos legales, reguladores del tema, el autor haya conseguido una tesis seria y bien articulada en la que se elabora una doctrina tan completa sobre los supuestos y efectos de la mora cuando el deudor se retrasa en el cumplimiento de las obligaciones de hacer.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

GALINDO DORADO, RAQUEL: *Los auditores ante el principio de empresa en funcionamiento: teoría y práctica*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 310 págs.

Estamos en una época en la que algunas empresas, con mayor frecuencia que la deseable, pasan por períodos de crisis motivadas por dificultades económicas u otras causas de índole financiera. Claro que lo normal es que la insolvencia no se presente de pronto sino que suele estar precedida de un estadio previo de circunstancias adversas, tanto jurídicas como financieras, que podría calificarse de «preinsolvencia».

El fenómeno es universal y en el Derecho comparado se intenta la prevención de estas insolvencias mediante el tratamiento en sede consursal de las dificultades empresariales y la implantación de un sistema de alarma que descansa sobre la verificación y posterior emisión por la auditoría de cuentas sobre si se han cumplido o no los presupuestos de una empresa en correcto funcionamiento.

En España se creó, en 1983, el Registro de Economistas Auditores; a partir de 1984 se vienen impartiendo cursos de formación de auditores en el Instituto Universitario de Administración de Empresas de la Universidad Autónoma de Madrid, y en 1985 se celebró en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander un curso sobre «Contabilidad y Auditoría en España ante la CEE». Una de las participantes, RAQUEL GALINDO DORADO, con dilatada experiencia profesional en este campo y que profesa en la citada Universidad Autónoma, ha llevado a cabo una escrupulosa labor de investigación en varios Registros Mercantiles, y como resultado de sus trabajos ha redactado su Tesis Doctoral, que se nos ofrece en este libro.

Como se anuncia en su título, el trabajo tiene una doble faceta, en cuanto se inicia con una parte teórica, y se concluye con la aplicación práctica de los principios, según el resultado del trabajo estadístico llevado a cabo.

En la primera parte se hace, pues, un análisis histórico y doctrinal de la teoría del principio de empresa en funcionamiento, recogiendo en el capítulo I las aportaciones anglosajonas sobre el particular. Se concluye que este principio designa una determinada forma de realizar el cálculo y que hay una clara divergencia entre la práctica contable y la teoría acerca del principio, pues mientras esa práctica contable es coherente y está bien definida, la teoría es notablemente confusa. En el capítulo II se analizan las aportaciones teóricas de los autores españoles, no numerosas, pero sí de calidad y amplio contenido, que siguen en general las doctrinas anglosajonas, pero con características propias que suponen un claro valor añadido.

En el capítulo III se analizan las definiciones que del principio de empresa en funcionamiento se dan en las normas legales y pronunciamientos profesionales, destacando la ambigüedad conceptual que se da en las vertientes teóricas, epistemológica y en relación con los demás principios.

En el capítulo IV se estudia el funcionamiento del principio en las normas contables que se formula como la hipótesis básica para la elaboración de los estados contables. En cuanto a las normas de la auditoría, se analizan las conocidas actualmente y se pone en relación el principio con los mercados financieros y la demanda social llamada «gap de expectación».

Y esta primera parte termina con el capítulo V del libro donde se estudia el comportamiento del auditor en la aplicación del principio desde el punto de vista teórico del modelo racional de ese comportamiento, apoyándose en las aportaciones teóricas más destacadas de la doctrina anglosajona y española, y se define lo que sería un sistema de anticipación del fracaso empresarial al servicio de los mercados financieros y el papel que en tal sistema puede desempeñar el auditor.

La segunda parte de la tesis es, como se ha dicho, un estudio empírico del comportamiento en España de la auditoría respecto del principio de empresa en funcionamiento, comprendiendo los capítulos VI a VIII. En el primero de éstos se describen los criterios seguidos para la selección de la muestra de empresa, objeto de estudio, y de los procedimientos utilizados para la obtención de los datos contables. Se elabora una base de datos financiero-contables a partir de los estudios financieros de las empresas de la muestra depositados en el Registro Mercantil.

En el capítulo VII se hace un análisis del alcance y contenido de las opiniones manifestadas por los auditores en sus informes, de donde se deducen las conclusiones respecto al comportamiento del auditor español a la aplicación de las normas de la Auditoría.

Y en el capítulo VIII se recogen los modelos de predicción de quiebra más conocidos, aplicándoles a la muestra elegida de empresas con el propósito de contrastar su eficacia como instrumento para la predicción del fracaso empresarial, presentándolos la autora como herramientas útiles para que el auditor aplique mejor el principio de empresa en funcionamiento.

Como final, la autora incluye en el capítulo IX las conclusiones de su investigación, que se orientan principalmente a explicar el comportamiento de los auditores españoles en su aplicación del principio de empresa en funcionamiento respecto de las empresas que constituyen la muestra investigada. Los datos obtenidos deben interpretarse de acuerdo con las teorías adoptadas o en uso y con el verdadero contenido de la demanda social de anticipar el fracaso empresarial para los mercados financieros.

Junto a estas conclusiones, la autora añade algunos interrogantes acerca del futuro de la aplicación del básico principio de empresa en funcionamiento que se ha estudiado, presentados desde la perspectiva de la auditoría y que entrañan unas propuestas para ser debatidas en su ámbito profesional.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 385 págs.

Se trata de un tema bastante interesante y de gran interés jurídico-práctico en la actualidad, como lo son todos los relativos a las figuras civiles con una proyección, que podríamos calificar de urbanística.

La obra comienza con un estudio preliminar que da paso al grueso del estudio, el cual se divide en dos partes. La primera parte dedicada al derecho de superficie, y la segunda parte, que se refiere a los derechos de sobreedificación y subedificación, como previamente había quedado reflejado en el subtítulo de la monografía.

El referido capítulo preliminar aborda la disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria y sus límites en nuestro ordenamiento jurídico-privado, partiendo del análisis del artículo 350 del Código Civil, referido a la extensión vertical del dominio y a la regla *superficies solo cedit* contenida en el artículo 358 del mismo cuerpo normativo, el carácter dispositivo o imperativo de ambos preceptos y la posibilidad de su derogación. Finaliza analizando el tema de la servidumbre como medio para construir en finca ajena, reteniendo la propiedad de lo construido como el caso de las casas empotradas.

La primera parte de la monografía, dedicada al derecho de superficie, se subdivide en tres capítulos que finalizan con una recapitulación y conclusiones. El primero de ellos, como no podría ser de otra forma, se refiere a la regulación y las clases de derecho de superficie para construir, exponiendo los problemas de la legislación civil, concretamente de los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil; la regulación de la Ley del Suelo (de 1956, de 1976, de 1992 y la de 1998), y por último se refiere a la regulación del derecho de superficie en la legislación hipotecaria.

Posteriormente, el capítulo segundo se refiere a la caracterización del derecho de propiedad sobre lo construido que obtiene el titular del derecho

de superficie, y lo hace desde el punto de vista de nuestro ordenamiento como derogación del principio de accesión, repasando el estudio doctrinal y jurisprudencial al respecto, y, a su vez, comparándolo con el planteamiento del problema que se realiza en el sistema francés en base a la construcción de la disociación horizontal de la propiedad inmobiliaria. Como punto interesante que destacar, pone su atención en la obligación de efectuar la construcción y el plazo para su cumplimiento, abordándolo desde la perspectiva urbanística, teniendo en cuenta el artículo 289-1.º de la Ley del Suelo, la autonomía de la voluntad de las partes, y del artículo 16-1.º, c) del Reglamento Hipotecario.

El capítulo tercero de esta parte, y bajo la rúbrica de la búsqueda de las limitaciones de la disociación del dominio que articula el derecho de superficie, se refiere al objeto, la duración y las limitaciones formales, donde se hace referencia al carácter constitutivo de la inscripción registral y las menciones de la inscripción. El grueso del capítulo lo constituye, sin duda, el importante punto de la duración del derecho, donde expone las distintas posiciones doctrinales en torno a la perpetuidad o no del derecho, y cuál es la duración en otros ordenamientos (italiano, francés y alemán).

Con un gran equilibrio expositivo, la segunda parte de la monografía, dedicada a los derechos de sobreedificación y subedificación, también se subdivide en tres capítulos. El primero de ellos titulado «Los efectos de los derechos de sobreedificación y subedificación», analiza la disociación perpetua de la propiedad inmobiliaria que producen, pero desde el punto de vista de las figuras que la articulan, como es la propiedad horizontal y el artículo 398.4 del Código Civil. Posteriormente se detiene en examinar los límites de dicha disociación perpetua, en base a la necesaria formación de una comunidad sobre el suelo a fin de su mantenimiento a perpetuidad.

El capítulo segundo aborda un tema de importancia técnico-jurídica, como es el analizar la naturaleza jurídica de los derechos examinados.

Por último, el capítulo tercero, al igual que ocurría con el derecho de superficie, se centra en determinar la búsqueda de las limitaciones de los derechos de sobre y subedificación, analizando cuestiones como la duración de los derechos (analizando el plazo de ejercicio y el anulado art. 16-2.º del Reglamento Hipotecario), la ausencia de limitaciones formales, pues la inscripción no es de carácter constitutivo, y las menciones que debe contener el acuerdo creador de estos derechos, como el número de plantas a construir, las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas o al menos los criterios para su determinación, y las normas del régimen de comunidad, y la parte más práctica referida al objeto sobre el que se pueden constituir estos derechos, sobre o bajo finca edificada, en edificio meramente proyectado, o sobre o bajo fincas sin edificar.

La obra será imprescindible para los profesionales vinculados al estudio y a la práctica de temas de gran actualidad como son estas figuras civiles de proyección urbanística.

Por eso creemos que este es un libro importante, por el que felicitamos a su autora.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

IGLESIA MONJE, ISABEL DE LA: *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2002. Un tomo de 461 págs.

La rapidez de las comunicaciones que caracteriza a la época actual, hace que las relaciones comerciales, al ser más fáciles, exijan una regulación cada vez más uniforme para superar la fragmentaria de los distintos países. La norma de tinte internacional, que antes se aplicaba casi excepcionalmente porque se partía de la base de conceder grandes miramientos a los ordenamientos internos, es ya, en los tiempos que corren, la pauta a la que se acude más generalmente. Ahí tenemos ya toda una serie de Reglamentos, Directivas y Recomendaciones de la Unión Europea que van conformando, poco a poco, un uniforme entramado jurídico al que se conoce sin rebozo como Derecho europeo.

Una de las figuras que más se prestan a la necesidad de uniformar criterios es el Derecho de obligaciones y, dentro de él, el contrato de compraventa como paradigma de intercambio de bienes y servicios entre partes de distintas nacionalidades. Y como este comercio internacional va *in crescendo*, es ya hora de sustituir, no paulatinamente sino con urgencia, los viejos y particulares preceptos que en nuestros Códigos se ocupaban de la evicción por saneamiento por otras normas, más uniformes y expeditivas, que acudan a solucionar estos problemas con mejores auspicios de éxito.

Por eso se nos dice en la introducción de este libro, que todos los países y organismos internacionales que prestan su atención al comercio internacional buscan una tendencia unificadora de la legislación aplicable al contrato de compraventa, realizando esfuerzos importantes que han culminado con la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, ratificada por España el 17 de julio de 1990.

La autora de este libro es MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, Profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, que tiene en su haber varias obras, entre ellas su Tesis Doctoral sobre el derecho de superficie, editada por el Centro de Estudios Registrales, y a la que nuestros lectores conocen por ser colaboradora habitual de esta Revista.

El libro se centra en el estudio de la parte que el citado Convenio Internacional de Viena dedica a la compraventa de mercaderías, y en especial a estudiar las obligaciones del vendedor, donde se enuncia el principio de conformidad material de las mercaderías regulando, junto a la obligación primaria de entregar la cosa, la especial de hacerlo según las condiciones establecidas en el contrato y de acuerdo con las normas que se especifican en el artículo 35 del Convenio.

Varias son las Directivas comunitarias que se han ocupado de estas materias que la autora recoge, como la de 1985, de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos; la de 1992, relativa a la seguridad general de los productos, y la última, por ahora, que es la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre la venta y la garantía de los bienes de consumo. Estas disposiciones ponen de creciente actualidad el principio de conformidad que ha vuelto a resurgir con gran importancia, al ser el punto central que se contempla.

La autora examina el Convenio de Viena y las normas comunitarias, haciendo un estudio comparativo de las modernas normas con nuestro ordena-

miento jurídico interno, plasmado en el Código Civil y el de Comercio, con lo que intenta observar las posibilidades de las normas que de un modo u otro se nos van a imponer o incorporar.

En el capítulo introductorio se hace un análisis de la progresiva y creciente necesidad de la unificación legislativa de la compraventa internacional de mercaderías, estudiando las relaciones de la falta de conformidad con la autonomía de la voluntad, los usos y las prácticas negociales en la compraventa internacional, para lo que acude a las reglas de interpretación y la integración de las posibles lagunas que se pueden obtener aplicando las reglas de la Convención.

En el capítulo primero se trata de la configuración jurídica del principio de conformidad material de las mercaderías, considerando la no conformidad como presupuesto básico para que surja la garantía legal del vendedor; a tal efecto se aceptan como criterios determinantes de esa no conformidad, los defectos de calidad, tipo y forma, que son los propuestos por la Convención, contemplando también los casos de inconformidad que pueden nacer de la cantidad, el tiempo y la entrega incorrecta.

El comportamiento del comprador ante la falta de conformidad material es el objeto del segundo capítulo del libro, donde se contempla el momento inicial del examen que éste debe hacer de la mercadería, con la consiguiente comunicación de esa disconformidad y sus motivos al vendedor, salvo que existan causas razonables que excusen de tal comunicación.

En el capítulo tercero se acude a que el vendedor pueda rehacer el principio de conformidad material de las mercaderías mediante la subsanación de los defectos advertidos, siempre que fuera posible, antes de la fecha límite de la entrega, exponiendo al efecto el tiempo, el lugar y el modo de subsanar. El capítulo se completa con el estudio de la subsanación en el Código Civil en el de Comercio y en la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, tal como lo disponen los principios de UNIDROIT y el futuro Código Europeo de los Contratos.

El libro termina con unas bien redactadas conclusiones, donde la autora condensa la doctrina expuesta, resumiéndola al decir que con el principio de conformidad se introduce la regulación de unas normas de conducta o de comportamiento a seguir por las partes contratantes, en cada caso concreto, que las protege frente a la otra, equilibrando las consecuencias de su actuación concreta. Se trata, dice, de una regulación eficaz en la valoración del esquema de intereses e imputaciones de ambas partes, realizado bajo criterios generales y abstractos que, desde luego, consigue la autorregulación de las partes y en todo caso la actuación de los Tribunales en caso de falta de acuerdo. Supone una resolución ágil de problemas prácticos que nos aproxima al progreso que supone este principio de la conformidad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GASPAR LERA, SILVIA: *La acción de petición de herencia*. Colección Técnica, Derecho Civil. Editorial Aranzadi, 2001. Un tomo de 203 págs.

La acción de petición de herencia, o *hereditatis petitio*, por la que el heredero persigue la recuperación de los bienes hereditarios en base al reconocimiento de su título sucesorio, ya era en el Derecho romano una acción espe-

cífica, creada para resolver la reclamación conjunta por el heredero de los bienes hereditarios en cuanto caudal relicto y contra quien discute su condición de tal.

Pues bien, este medio procesal, del que dispone el heredero para reclamar los bienes hereditarios de quien los posee indebidamente arrogándose la condición de sucesor del causante, se ha caracterizado por la ausencia a través del tiempo, con la salvedad de las Partidas, de una regulación no ya sólo rigurosa sino específica. En la actualidad sirven de muestra los únicos tres preceptos del Código Civil que hacen referencia a la institución, a saber: artículos 192, 1.016 y 1.021.

Así las cosas, se revela como tarea compleja el estudio de la citada acción, todo en ella es cuestionable: concepto, objeto, naturaleza, legitimación, prescripción... Sin embargo, la dificultad no ha hecho desistir en el empeño a la profesora SILVIA GASPÁR, que con la monografía: «La acción de petición de herencia» hace un examen exhaustivo de la misma.

La autora, con rigor, sistemática, sentido común y en base al único material existente: derecho histórico, jurisprudencia y opiniones doctrinales, ha estructurado la investigación en cuatro partes perfectamente delimitadas y a su vez conexas, en las que manifiesta su criterio debidamente fundamentado sobre las interrogantes del tema.

Respecto de la naturaleza personal o real de la acción, es cierto que su trascendencia en la praxis es escasa, dado que la Jurisprudencia, con independencia de la misma, ha declarado reiteradamente que la acción se extingue en todo caso por el transcurso de treinta años sin que su titular lo hubiera ejercitado, y en lo que respecta a la competencia judicial por razón del territorio, según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, será competente el juez del último domicilio del causante.

Pese a ello, el lector agradece el estudio de la naturaleza de la acción porque las aportaciones que se suscriben en el libro, necesariamente inmediatas al estudio de aquella, como el carácter no universal del objeto, la calificación de la acción como de condena o no declarativa, su naturaleza variable, diferenciación con la reivindicatoria, conducen a un mejor entendimiento de la institución.

El conocimiento de la autora del derecho de sucesiones se revela en el análisis que hace de la legitimación activa y pasiva de la acción. Partiendo de que la legitimación activa en la acción de petición de herencia corresponde, en términos generales al heredero, examina el tema atendiendo a los diferentes matices de la institución hereditaria (condicionada, a plazo) y a la situación del instituido en la herencia (heredero fiduciario o fideicomisario, coheredero, legitimario). Para ello estudia con detenimiento cuestiones como el momento de la delación o vocación efectiva de la sucesión y la naturaleza germánica de la comunidad hereditaria.

En particular, es objeto de análisis la figura del legitimario que, como bien dice la autora, sólo en su condición de heredero (la atribución de la legítima puede ser a título de herencia, de donación o de legado) está legitimado activamente en el ejercicio de la acción. Si bien el legitimario ya cuenta con acciones específicas ante la lesión cuantitativa o cualitativa de la legítima, por lo que la profesora GASPÁR considera con buen criterio que en estos supuestos son suficientes y preferentes las respectivas acciones, si bien para la reclamación de los bienes hereditarios que excedan de la porción legitimaria será procedente el ejercicio de la acción de petición de herencia.

Con especial acierto, la monografía trata la figura del administrador que carece de la condición de heredero, cuya legitimación activa depende del modo de su provisión, así si ha sido nombrado convencionalmente por los integrantes de la comunidad hereditaria requerirá mandato expreso de éstos; si el nombramiento fuera judicial se considera legitimado en base al artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y si es nombrado por el causante, se estará a lo indicado por éste.

El estudio del poseedor de los bienes hereditarios, legitimado pasivamente en la acción de petición de herencia, es objeto de especial atención, y en particular se responde a los interrogantes sobre quiénes pueden ser demandados cuando al tiempo de la demanda, *el possessor pro herede* (posesión alegando título de heredero) y *el possessor pro possessore* (posesión sin alegar título alguno) han dejado de poseer los bienes hereditarios reclamados, bien porque los han transmitido a título singular o universal a un tercero o porque han fallecido y han sucedido en ellos sus herederos.

Así las cosas, son varios los sujetos legitimados pasivamente:

— De una parte, los ex-poseedores *pro herede* o *pro possessore* (y en la misma medida sus herederos) de los bienes hereditarios, siempre que en la desposesión medie una contraprestación que permita el mecanismo de la subrogación: transmisión a título oneroso, indemnización por motivo de la destrucción, pérdida o deterioro de las cosas de la herencia, o por expropiación forzosa de los inmuebles hereditarios...

— De otra, los compradores de la herencia, en la consideración de que si bien no adquieren, en virtud de dicha compra, la condición de heredero, sí devienen titulares de la universalidad de bienes que es la herencia, al poseerla como un todo a pesar de no ser herederos.

El análisis detenido de la prescripción o ineficacia de la acción del *verus heres* y la correlativa usucapción por el demandado de los bienes, completado por el estudio de los aspectos procedimentales de la acción de petición de herencia, traslada al lector al no menos interesante campo del derecho real-procesal civil.

Así son abordadas en la monografía:

— Cuestiones de naturaleza procesal que carecen de mención específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y de los que la doctrina no se ha ocupado con suficiente detalle, como: competencia del órgano para conocer la demanda y procedimiento, aspectos procedimentales referentes al órgano judicial y al procedimiento que exige su eficaz ejercicio, extremos de la prueba, eficacia de la cosa juzgada.

— Interesantes planteamientos que han preocupado tradicionalmente a la doctrina sobre el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia sobre el cómputo del plazo y la ineficacia en la acción de petición de herencia por causas ajenas a la prescripción. Siendo de particular interés el tratamiento del tema de la usucapción del poseedor *pro herede* o *pro possessore*, de la que la profesora GASPÁR se decanta hacia su eficacia, y los presupuestos determinantes de la misma.

Y para completar la obra, la autora estudia los efectos de la sentencia favorable al *verus heres*, fundamentalmente la restitución de los bienes hereditarios y los temas correlativos a la misma: frutos, gastos, acciones, actos

de disposición y actos de administración de los bienes hereditarios. Para ello es objeto de análisis: la liquidación de la posesión; los artículos 464 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria en tema de irreivindicabilidad; y las normas de arrendamiento para determinar el mantenimiento o extinción de los arrendamientos formalizados por el poseedor vencido sobre los bienes hereditarios.

En definitiva, estamos ante una monografía de fácil lectura y contenido riguroso que no sólo aporta los criterios bien fundados de su autora, sino que también acerca al lector a los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales tanto tradicionales como innovadores de las diferentes categorías jurídicas conexas con la institución en estudio, en el deseo, conseguido en mi opinión, de dar una visión completa de la acción de petición de herencia.

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO: *La finca y sus modificaciones*. Editorial Lex Nova, Valladolid. 2002. Un tomo de 378 págs.

La aproximación y estudio de cualquier texto —ya sea en forma de libro, artículo, dictamen o simple recensión— de don FRANCISCO no sólo resulta enriquecedor por sus aportaciones, su perspectiva, sus amplios conocimientos del fondo del tema a tratar..., sino que, además, en cuanto a la forma, es atrayente en principio y complaciente al final por la utilización del lenguaje claro, sencillo y de fácil lectura. Si a todo ello unimos el tema escogido sobre el que el autor es un verdadero maestro —por sus conocimientos teóricos y prácticos— el resultado es una excelente obra aconsejable por múltiples razones.

El subtítulo de la obra (Estudio jurisprudencial) puede inducir a error, pues puede creerse que se trata simplemente de una recopilación de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y de la llamada jurisprudencia menor, que sin duda goza de gran consideración en el ámbito jurídico, Resoluciones de la DGRN, conexiones por los temas a tratar cuyo punto común es la finca. Sin embargo, tal conclusión no es correcta, pues los vastos conocimientos del autor no sólo se reflejan en cada comentario y análisis de cada una de la jurisprudencia expuesta sino sobre todo en el hilo conductor de las cuestiones a analizar.

La aproximación a la finca desde la perspectiva jurisprudencial es, sin duda, un tema importante y necesario pues, recordemos que como fuente del derecho directa juega un papel trascendental y primordial en aquellos casos en que no aportan soluciones las otras fuentes, poniéndose de manifiesto su relevancia en la aplicación práctica del Derecho. Y nadie mejor que un Registrador y un profesional de la talla de FRANCISCO CORRAL para llevar a término dicho trabajo.

El autor nos presenta un amplio y completo estudio de la finca, empezando por su concepto, la registración de las modificaciones fundiarias, la declaración de obra nueva y el exceso de cabida, con la expresión del contenido de las sentencias que han analizado todos los problemas a lo largo de la historia.

La obra se desarrolla en cinco partes muy diferenciadas en cuanto al contenido, precedidas de una introducción que no tiene desperdicio. En ella se abordan temas en los que el autor es un excelente maestro, y que son claves para entrar de lleno en el estudio de la materia. Los asuntos tratados versan

sobre la publicidad inmobiliaria en el Registro, cuyo principal efecto es el de facilitar la cognoscibilidad de todos los datos jurídicos relativos a la finca; la finca como base de la publicidad registral y el principio de especialidad como pilar del sistema registral español; y por último, al ser un estudio jurisprudencial, aborda el tema de la interpretación de las normas desde dicha perspectiva donde resulta clave la doctrina contenida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuyo valor doctrinal y orientador es indudable.

En la primera parte, el autor afronta el tema de la *finca* en sí, y nos presenta los distintos conceptos de la finca desde el ámbito jurídico donde se contemplan diversos aspectos o facetas distinguiendo entre funcional, catastral y registral. Seguidamente acomete el análisis de la finca en la jurisprudencia, exponiendo cómo, desde el punto de vista registral, no es frecuente que se defina la finca como verdadera base del Registro por el TS, de ahí precisamente la necesidad de acudir a las Resoluciones a fin de fijar el concepto de finca. En esta línea no podía faltar el estudio de las diferentes clases de fincas: rústicas y urbanas, continuas y discontinuas, matriz y dependientes, y dentro de este subgrupo, el análisis necesario de la propiedad horizontal, de las urbanizaciones o conjuntos inmobiliarios, del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y de las plazas de aparcamiento. Sin olvidar el tema de las fincas especiales como el agua, las concesiones administrativas, las explotaciones industriales, la medianería y el aprovechamiento urbanístico. No podía finalizarse el examen de la finca sin hacerse referencia a la perspectiva catastral de la finca que, en este caso, se realiza desde la normativa vigente y sus antecedentes.

La segunda parte del libro se centra en las *modificaciones fundiarias y su registración*. El autor expone la necesidad de mitigar la tendencia que imperó antaño de considerar estos actos —agrupación, agregación, división y segregación— como datos de mero hecho, sólo constatables en el Registro a efectos descriptivos y poco más, y, fundamenta como el triple prisma de la publicidad registral —noticia, efectividad y legalidad—, que han hecho mella en las disposiciones legales y en la jurisprudencia, configura la naturaleza, requisitos y efectos de las inscripciones de las modificaciones fundiarias señaladas. Analiza los cuatro tipos de modificaciones de la finca con idéntico esquema, lo cual hace posible un estudio muy sencillo de temas que muchas veces no lo son tanto. Así comienza su exposición, detallando el concepto y los caracteres de cada figura, a fin de adentrarse en el estudio de los requisitos personales, los referentes a las fincas, los formales, continuando con el reflejo registral de cada modificación y los efectos jurídicos que conllevan. Lo más interesante resulta el examen de cada requisito, pues se hace desde la perspectiva jurisprudencial entresacando los casos generales y los especiales que se dan en la práctica cotidiana.

La parte tercera hace referencia a una transformación de la finca: *la declaración* de obra nueva, negocio jurídico dirigido a configurar plenamente el objeto del derecho real de la edificación. Como institución jurídica de gran relevancia práctica, el autor aborda su estudio desde un esquema clásico, así parte de su naturaleza jurídica, de los elementos personales, reales, formales, y de la necesidad de la constatación de ciertos requisitos señalados por la legislación urbanística —edificación en suelo no urbanizable, cuestiones transitorias, certificación técnica y licencia de obras, exigencia de estos requisitos en poblaciones menores de 25.000 habitantes, división de finca que puede

encubrir obra sin licencia... Sin olvidar adentrarse en un tema de gran actualidad, como es el de la cesión de solar a cambio de futuras construcciones.

Tanto la segunda como la tercera parte constituyen el punto central de la obra de indudable interés práctico.

En la cuarta parte, el autor se refiere al *exceso de cabida*, a su constancia registral, al papel concordante que juega el catastro en este tipo de problemas, y al análisis de la jurisprudencia registral de esta cuestión.

Finaliza el autor el libro con un *resumen crítico* en el cual se formulan sus impresiones en relación con las cuestiones más sobresalientes que han sido tratadas a lo largo del libro, como si las modificaciones son de hecho o de derecho, el trascendente asunto de la construcción como derecho, el alcance y significado de la normativa sobre fragmentación de fincas, y la doctrina del Tribunal Supremo en torno a las modificaciones de fincas y declaraciones de obra nueva.

Un excelente trabajo que va dirigido no sólo a los estudiosos y/o profesionales del Derecho, a quienes aportará amplios conocimientos, sino que por su simplicidad y actualidad puede utilizarse por cualquier alumno de cuarto curso de la Facultad, que se enfrenta por primera vez al estudio de la propiedad y derechos reales y, sobre todo, de su acceso al Registro de la Propiedad. En cualquier caso, el interés del texto no es puramente teórico, sino que tiene gran trascendencia en la práctica por el minucioso examen que se realiza de los problemas y principalmente por el análisis fundamentado de las soluciones que aporta nuestra jurisprudencia.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 195 (Julio-Agosto 2002)

«El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás... hasta la aparición de la Ley 6/98 (y III)», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 11 (sin sumario).

«La desmesurada interpretación del Supremo sobre el principio de publicidad de los planes. Su muy discutible acomodo a la doctrina del Constitucional», por JORGE L. GONZÁLEZ ALONSO, pág. 19.

SUMARIO: I. BREVE RESEÑA DE ANTECEDENTES, SIGNIFICADO Y CONSECUENTES DE UNA SENTENCIA: 1. UN PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL QUE NO APLICA, SINO QUE CREA DERECHO. 2. LAS POSIBLES SECUELAS.—II. UNA SENTENCIA QUE NO RESPETA EL MARCO COMPETENCIAL FIJADO POR EL CONSTITUCIONAL PARA LA LEGISLACION ESTATAL Y AUTONOMICA: 1. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE ANDALUCÍA. 2. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE PRECEPTOS REGULADORES DEL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD NORMATIVA.—III. LA CURIOSA FASCINACION DEL SUPREMO TRAS LA LECTURA DEL ARTICULO 70.2 DE LA LEY REGULADORA DEL RÉGIMEN LOCAL: 1. CARÁCTER INTERPRETATIVO Y APLICACIÓN RETROACTIVA. 2. LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 70.2: A) *Interpretación evolutiva*. B) *Interpretación gramatical y sistemática*.—IV. UNA SENTENCIA EN APARIENCIA GARANTE DE LA SEGURIDAD JURIDICA QUE ENERVA OTROS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES: 1. DE NUEVO SOBRE LA NATURALEZA DE LOS PLANES: A) *PUBLICIDAD VERSUS PUBLICACIÓN*. 2. EL RESPETO A LA TELEOLOGÍA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.—V. LAS CONCLUSIONES Y ALGUNA CONSIDERACION FINAL.

«La Junta de Compensación y otras figuras jurídicas afines: Estudio comparativo», por CARMEN ESTHER FALCÓN PÉREZ, pág. 47 (sin sumario).

«Aprobación por Ley de las Directrices de Ordenación de Canarias», por LUIS FAJARDO SPÍNOLA, pág. 71.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. RÉGIMEN JURIDICO.—2. EXPLICACION DE ESTA REGULACION.—3. SUPUESTOS SIMILARES.—4. CUESTIONES QUE PLANTEA ESTA NOVEDOSA REGULACION.—5. NATURALEZA JURIDICA DE LAS DIRECTRICES DE ORDENACION: 5.1. EN ATENCIÓN A SU FUNCIÓN Y CONTENIDO. 5.2. EN ATENCIÓN A SU CARÁCTER FORMAL. 5.3. POSICIÓN DE

LAS DIRECTRICES EN EL SISTEMA DE FUENTES. 5.4. POSICIÓN DE LAS DIRECTRICES EN EL SISTEMA DE PLANEAMIENTO.—6. EFECTOS DE LA APROBACION DE LAS DIRECTRICES.—7. REVISION Y MODIFICACION.—8. CONCLUSIONES.

«La valoración de las empresas en la vigente Ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones como consecuencia de su expropiación urbanística: Problemática y conceptos específicos a indemnizar», por FERNANDO GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, pág. 133.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: APROXIMACION AL CONCEPTO DE EMPRESA REFERIDO A LAS VALORACIONES URBANISTICAS.—II. SURGIMIENTO Y EVOLUCION DE LA VALORACION URBANISTICA DE LAS EMPRESAS: SU REGULACION TACITA Y PARCIAL POR EL LEGISLADOR URBANISTICO Y SU REMISION NORMATIVA.—III. ENCUADRE DE LA VALORACION URBANISTICA DE LAS EMPRESAS EN LA VIGENTE LEY DEL SUELO 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES: EL ARTICULO 31 DE LA LEY. SU CONSIDERACION JURIDICA COMO MEJORA NO PERMANENTE.—IV. LA VALORACION URBANISTICA DE LAS EMPRESAS: CLASES DE EMPRESAS A VALORAR, NORMATIVA ESPECIFICA APLICABLE Y DETERMINACION DE LOS CONCEPTOS Y ELEMENTOS A INDEMNIZAR TANTO POR CESE COMO POR TRASLADO DE LA EMPRESA.—V. CONCLUSIONES.

«Responsabilidad penal de la empresa en los delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente», por SILVINA BACIGALUPO, pág. 167 (sin sumario).

ACTUALIDAD CIVIL

Número 26 (2002)

«Competencia estatutaria en la regulación de los despachos colectivos: el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía», por ASCENSIÓN LECIÑENA IBARRA, pág. 855.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. LA RESERVA DE LEY DEL ARTICULO 36 DE LA CE Y LA AUTONOMIA NORMATIVA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES.—III. EL ARTICULO 28 DEL ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA COMO EJEMPLO DE EXTRALIMITACION ESTATUTARIA: 1. COMPOSICIÓN PERSONAL DEL DESPACHO COLECTIVO. 2. LA INTERVENCIÓN COLEGIAL EN LA FASE CONSTITUTIVA. 3. TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES O ACCIONES DE UNA SOCIEDAD DE EJERCICIO. 4. PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA. 5. EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA A TRAVÉS DE UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL. 6. RESPONSABILIDAD CIVIL.—IV. EN PARTICULAR, RESPONSABILIDAD Y EJERCICIO COLECTIVO DE LA ABOGACIA: EL ARTICULO 28.7 DEL ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA: 1. DEUDAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE UN SOCIO DE OBLIGACIONES CONTRAÍDAS EN SU EJERCICIO PROFESIONAL: A) *Responsabilidad personal del abogado*. B) *Responsabilidad social de la*

sociedad. C) Responsabilidad social de los socios no actuantes. 2. DEUDAS CONTRAÍDAS POR EL GERENTE EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y DENTRO DEL ÁMBITO DEL OBJETO SOCIAL. 3. DEUDAS DERIVADAS DE LA ACTUACIÓN DE TERCEROS EMPLEADOS DE LA SOCIEDAD. 4. DEUDAS DERIVADAS DEL COMPORTAMIENTO DEL LETRADO QUE LESIONA DERECHOS E INTERESES DE TERCEROS SIN EXISTIR EN ELLO VIOLACIÓN DE DEBERES Y OBLIGACIONES ASUMIDAS CONTRACTUALMENTE.

Número 27 (2002)

«Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado Civil durante el año 2001», por JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 901.

SUMARIO: I. NOTA EXPLICATIVA.—II. ORGANIZACION DEL REGISTRO CIVIL Y DISPOSICIONES VIGENTES.—III. ANOTACIONES.—IV. NOTAS MARGINALES.—V. PUBLICIDAD FORMAL.—VI. LIBRO DE FAMILIA.—VII. REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA TERRITORIAL.—VIII. LA CALIFICACION REGISTRAL Y SUS RECURSOS.—IX. TRASLADO DE INSCRIPCIONES.—X. EL NOMBRE PROPIO.—XI. ATRIBUCION DE APELLIDOS.—XII. EXTENSION DE LOS ASIENTOS.—XIII. INSCRIPCION DE NACIMIENTO DENTRO DE PLAZO.—XIV. INSCRIPCION DE LA FILIACION DENTRO DE PLAZO.—XV. INSCRIPCION DE LA FILIACION FUERA DE PLAZO.—XVI. INSCRIPCIONES MARGINALES A LA DE NACIMIENTO.—XVII. ADQUISICION ORIGINARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—XVIII. CONSOLIDACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—XIX. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCION.—XX. ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE LAS DECLARACIONES VOLUNTARIAS SOBRE NACIONALIDAD.—XXI. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—XXII. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD.—XXIII. PRUEBA DE LA NACIONALIDAD.—XXIV. LA VECINDAD CIVIL Y EL REGISTRO.—XXV. LA INSCRIPCION FUERA DE PLAZO DE NACIMIENTO.—XXVI. CAMBIO DE NOMBRE Y APELLIDOS.—XXVII. LA INSCRIPCION DE MATRIMONIOS RELIGIOSOS.—XXVIII. EL EXPEDIENTE PREVIO PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL.—XXIX. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.—XXX. OTROS MATRIMONIOS ESPECIALES.—XXXI. DISPENSAS MATRIMONIALES.—XXXII. INSCRIPCION DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SOBRE MATRIMONIO.—XXXIII. LA INSCRIPCION DE DEFUNCION CUANDO EL CADAVER HA DESAPARECIDO O HA SIDO INHUMADO.—XXXIV. EXPEDIENTES EN GENERAL.—XXXV. RECURSOS EN MATERIA DE EXPEDIENTES.—XXXVI. LA RECTIFICACION DEL REGISTRO.

Número 28 (2002)

«La intervención voluntaria de terceros en la LEC de 2000», por M.^a JESÚS MOLINA CABALLERO, pág. 947.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INTERVENCION VOLUNTARIA DE TERCEROS BAJO LA LEC DE 1881: 1. LA INTERVENCIÓN PRINCIPAL. 2. LA INTERVENCIÓN ADHESIVA: A) *La intervención adhesiva litisconsorcial*. B) *La intervención adhesiva simple*.—III. LA NUEVA REGULACION DE LA INTERVENCION DE TERCEROS TRAS LA LEC DE 2000: 1. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA: EL ARTÍCULO 13 DE LA LEC. 2. EL CONCEPTO DE TERCERO: SUJETOS ORIGINARIAMENTE NO DEMANDANTES NI DEMANDADOS: A) *El tercero y los litisconsortes preteridos*. B) *El tercero y el litisconsorcio cuasi necesario*. C) *El tercero y la intervención adhesiva simple*. D) *El tercero y la llamada intervención principal*.—IV. PRESUPUESTO DE LA INTERVENCION: EL INTERES DIRECTO Y LEGITIMO.—V. EL CARACTER DE PARTE Y SUS POSIBILIDADES PROCESALES: 1. PARTE INTERVINIENTE Y ALEGACIONES. 2. PARTE INTERVINIENTE Y GRATUIDAD DE LA JUSTICIA. 3. INTERVINIENTE Y COSTAS PROCESALES.

Número 29 (2002)

«La garantía del crédito por los gastos comunitarios del artículo 9.1.e) de la LPH: ¿un supuesto de hipoteca legal tácita?», por JUAN IGNACIO REALES ESPINA, pág. 979.

SUMARIO: I. GARANTIAS ESTABLECIDAS PARA EL ASEGURAMIENTO DE LA OBLIGACION DEL PAGO DE LOS GASTOS COMUNITARIOS.—II. NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR AL PAGO DE LOS GASTOS COMUNES.—III. NATURALEZA JURIDICA DE LA AFECCION REAL CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 9.1.e) DE LA LPH.—IV. UNA GARANTIA NO SOMETIDA A PUBLICIDAD REGISTRAL.—V. EL PARRAFO CUARTO DEL ARTICULO 9.1.e) DE LA LPH: LA OBLIGACION DE DECLARAR ESTAR AL CORRIENTE DE LOS GASTOS DE COMUNIDAD.—VI. SUJETO OBLIGADO AL PAGO DE LOS GASTOS COMUNITARIOS.

Número 30 (2002)

«Responsabilidad por vicios y defectos constructivos tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación», por EMILIO ROUANET MOTA, pág. 997.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA VIGENCIA DEL ARTICULO 1.591 Y SU AMBITO DE APLICACION.—III. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS Y DEFECTOS CONSTRUCTIVOS.—IV. REQUISITOS PARA QUE SE GENERE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS Y DEFECTOS CONSTRUCTIVOS: 1. EL CONCEPTO DE EDIFICIO. 2. EL CONCEPTO DE RUINA. 3. LOS PLAZOS DE GARANTÍA Y EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDADES. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS Y DEFECTOS CONSTRUCTIVOS.—VI. EL CARACTER DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS Y DEFECTOS CONSTRUCTIVOS: SOLIDARIDAD IM-

PROPIA O DEVENIDA.—VII. SU COMPATIBILIDAD CON LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Número 31 (2002)

«El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», por OCTAVIO TOBAS GÁLVEZ, pág. 1009.

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE CONTROL ABSTRACTO DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. PLANTEAMIENTO. 2. MECANISMO PROCESAL: LAS ACCIONES COLECTIVAS. 3. MECANISMO DE INFORMACIÓN: EL DEBER DE INFORMACIÓN Y CONTROL IMPUESTO A DETERMINADOS PROFESIONALES.—II. MECANISMO DE PUBLICIDAD, EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. CONCEPTO. 2. CARACTERÍSTICAS GENERALES. 3. OBJETO DEL REGISTRO: A) *Planteamiento*. B) *Objeto de inscripción*. C) *Objeto de anotación preventiva*. D) *Objeto de asiento de cancelación*. 4. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO: A) *Configuración del Registro*. B) *Actuación profesional del Registrador*. C) *Los Libros del Registro*: a) El Libro Diario de Presentación; b) El Libro de Depósito de Condiciones Generales; c) El índice de Profesionales. D) *El sistema de folio personal*. 5. CONSECUENCIAS DE LA INSCRIPCIÓN: A) *Incorporación de las condiciones generales depositadas*. B) *Efectos de la inscripción*: a) Planteamiento; b) La prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación; c) Vinculación para Jueces y Tribunales; d) Obligaciones impuestas a Notarios y Registradores. 6. PUBLICIDAD DEL REGISTRO: A) *Información sobre el contenido del Registro*: a) Cuestiones generales; b) Publicidad formal; c) Publicidad instrumental; d) Publicidad continuada. B) *Publicación*. 7. EL DICTAMEN DE CONCILIACIÓN: A) *Planteamiento*. B) *El dictamen previo al ejercicio de las acciones colectivas*: a) Cuestiones generales; b) El dictamen no vinculante; c) El dictamen vinculante; d) Cuestión común a ambos. C) *El dictamen calificativo*.

Número 32 (2002)

«Estudio del ámbito de aplicación y competencia en cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial a la luz de la nueva LEC», por JOSÉ ANTONIO SÁNCER PELEGRINA, pág. 1049.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN (ART. 806): 1. SOCIEDAD DE GANANCIALES. 2. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. 3. RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN. 4. SUPUESTOS DE CONVIVENCIA DE HECHO.—III. COMPETENCIA (ART. 807): 1. ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA LIQUIDACIÓN EN LOS CASOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 2. OTRAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DISTINTAS DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO.

Número 33 (2002)

«Notas acerca del sistema de responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ámbito de la sociedad de gananciales», por NURIA HERNÁNDEZ RUEDA, pág. 1065.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL CONSENTIMIENTO, LA OPOSICION Y LA REVOCACION DEL CONYUGE NO COMERCIANTE: ARTICULOS 6 A 10 DEL CODIGO DE COMERCIO.—III. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA: LAS RESULTAS DEL ARTICULO 6 DEL CODIGO DE COMERCIO.—IV. RESPONSABILIDAD GENERAL DE LOS BIENES GANANCIALES: ARTICULOS 6, 7 Y 8 DEL CODIGO DE COMERCIO.—V. RESPONSABILIDAD AMPLIADA A LOS BIENES PRIVATIVOS DEL CONYUGE DEL COMERCIANTE: ARTICULO 9 DEL CODIGO DE COMERCIO.—VI. BIBLIOGRAFIA.

Número 34 (2002)

«Análisis de la formación de inventario y de la liquidación como fases del nuevo proceso liquidatorio de los regímenes económico-matrimoniales», por JOSÉ ANTONIO SÁNCER PELEGRINA, pág. 1107.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. SOLICITUD DE INVENTARIO (ART. 808): 1. POSIBILIDAD DE INTERESAR LA FORMACIÓN DE INVENTARIO ANTES DE LA DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. 2. LEGITIMACIÓN PARA INTERESAR LA FORMACIÓN DE INVENTARIO. 3. FORMA EN LA QUE HA DE LLEVARSE A CABO LA SOLICITUD DE INVENTARIO. 4. APORTACIÓN DE DOCUMENTOS QUE JUSTIFIQUEN LAS PARTIDAS. 5. PAPEL DE LOS ACREEDORES EN LA FASE DE FORMACIÓN DE INVENTARIO.—III. FORMACION DE INVENTARIO (ART. 809): 1. COMPARECENCIA SEÑALADA A LOS EFECTOS DE FORMAR EL INVENTARIO. 2. SUJECCIÓN DEL TRÁMITE DE FORMACIÓN DE INVENTARIO A LA LEGISLACIÓN CIVIL PARA EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE QUE SE TRATE. 3. SOLUCIÓN A LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN LA COMPARECENCIA. 4. TIENE O NO VALOR DE COSA JUZGADA LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL JUICIO VERBAL. 5. PAPEL QUE JUEGAN LOS ACREEDORES.—IV. LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL (ART. 810): ANALISIS DE LOS DIVERSOS APARTADOS.—V. LIQUIDACION DEL REGIMEN DE PARTICIPACION (ART. 811).—VI. BIBLIOGRAFIA.

Número 35 (2002)

«El derecho de labrar y poseer: propuestas para su reforma (1)», por MARTA CARBALLO FIDALGO, pág. 1133.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: 1. ORIGEN Y DESARROLLO CONSUETUDINARIO DE LA MEJORA DE LABRAR Y POSEER. 2. LA COMPILACIÓN DE 1963.—II. EL DERECHO DE LABRAR Y POSEER EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES 2. VÍAS DE CONSTITUCIÓN: A) *El pacto*. B) *El*

testamento. 3. ELEMENTOS PERSONALES. 4. ELEMENTOS REALES. 5. EFECTOS DEL PACTO: A) *La mejora tácita y el pago de las legítimas de los no mejorados*. B) *La adquisición de la explotación*: a) Pacto sin entrega; b) Pacto con entrega. 6. INEFICACIA DE LA MEJORA PACTADA: A) *Causas legales de ineficacia*. B) *La premoriencia del mejorado*. 7. LA INTERPRETACIÓN DE LA MEJORA. EL ARTÍCULO 133 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA. 8. CONCLUSIÓN.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO Número 151 (Julio-Diciembre 2001)

- «Perspectivas del Derecho común, romano, canónico, al filo del siglo XXI», por A. GARCÍA Y GARCÍA, págs. 509-525.
- «Algunas reflexiones en torno a la inculturación del Derecho canónico», por C. SALINAS ARANEDA, págs. 527-555.
- «Laicos y oficios eclesiásticos», por M.^a E. OLMOS ORTEGA, págs. 557-575.
- «Los movimientos eclesiales en los albores del siglo XXI», por JUAN J. ETXEBERRÍA, págs. 577-616.
- «La repercusión en el sistema matrimonial canónico de la utilización indiscriminada de los medios audiovisuales desde la perspectiva del canon 1095, 2.º y 3.º», por L. ALVAREZ PRIETO, pág. 617-645.
- «El matrimonio contraído por miedo (can. 1103): comentario a la Respuesta de la Comisión de Intérpretes de 23-IV-1987», por A. FUENTES CALERO, págs. 647-697.
- «Financiación de la Iglesia», por J. GOTI ORDENANA, págs. 699-748.
- «Conferencia Episcopal Italiana: Decreto General sobre disposiciones para la tutela del derecho a la buena fama y a la intimidad, 20 de octubre de 1999. Texto y comentario», por JOSÉ L. MORRAS ETAYO, págs. 751-778.
- «El bien público en las causas matrimoniales canónicas», por A. SOLS LUCÍA, págs. 779-799.
- «Inmatriculación en el Registro de la Propiedad de los bienes de la Iglesia», por A. PALOS ESTAÚN, págs. 801-814.
- «La tributación del matrimonio y de la pareja estable de hecho en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», por JOSÉ M. CASADO LORENZO, págs. 815-818.
- «La protección del factor religioso en el nuevo Código Penal español», por A. LIÑÁN GARCÍA, págs. 819-830.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Números 1 y 2 (2001)

«El punto final (¿?) de un largo debate: los crímenes internacionales», por CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 11.

SUMARIO: I. EL CRIMEN INTERNACIONAL.—II. DE LA EDULCORACION DEL CONCEPTO MISMO (...): A) EL TEXTO DE AGOSTO DE 2000. B) EL PROYECTO DE ARTÍCULOS DEFINITIVO (2001). C) ¿SIN UN PROCEDIMIENTO DE CONTROL?—III. A LA SUAVIZACION DE SUS CONSECUENCIAS MAS DIRECTAS: A) CONSECUENCIAS (DIRECTAS E INDIRECTAS). B) DEL PROYECTO EN PRIMERA LECTURA (1996). C) AL TEXTO DE AGOSTO (2000). D) Y, EN FIN, AL PROYECTO DEFINITIVO DE ARTÍCULOS (2001).—IV. ¿ENTONCES?: A) CONCLUSIONES, PUES, DE LA RECONVERSIÓN. B) ¿HA MERECIDO LA PENA?

«Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)», por SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ, pág. 49.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL SISTEMA Y SUS EXIGENCIAS.—III. EL EJEMPLO DE LA FILIACION: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LECTURA ACTUAL DEL ARTÍCULO 9.4 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO INTERREGIONAL.—IV. EL EJEMPLO DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARTÍCULO 9.8 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. OTROS EJEMPLOS Y OTRAS DISTORSIONES: 1. ALIMENTOS. 2. EL FRAUDE A LA LEY EN DERECHO INTERREGIONAL.—VI. OTRA PERSPECTIVA: LAS EXIGENCIAS DE LA PLURILEGISLACION PARA EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VII. CONCLUSIONES.

«La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho interregional y el Derecho Civil vasco: análisis en clave funcional», por JUAN JOSÉ ALVAREZ RUBIO, pág. 75.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTRUCTURA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERREGIONAL: 1. LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES. 2. EL ARTÍCULO 149.1.8 CE: RECAPITULACIÓN DE LAS OPCIONES INTERPRETATIVAS EN PRESENCIA: A) *Calificación de un ordenamiento como civil foral o especial*. B) *Las nociones conservación, modificación y desarrollo*. C) *Paridad entre ordenamientos civiles y exigencia de certeza o seguridad jurídica*.—III. LA VECINDAD CIVIL COMO CONEXION GENERAL DEL SISTEMA: 1. DOBLE ALCANCE DE LA NOCIÓN VECINDAD CIVIL. 2. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS: ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. COMPETENCIA AUTONÓMICA PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE VIGENCIA ESPACIAL DEL ORDENAMIENTO FORAL.—IV. PROYECCION DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO: 1. SOLUCIONES NORMATIVAS CONTENIDAS EN LA LEY 3/1992, DE DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO. 2. LA REGULACIÓN PARCIAL DEL DERECHO CONSUETUDINARIO GUIPUZCOANO: LA LEY 1/1999.—V. PERSPECTIVAS DEL FUTURO: EL ANTEPROYECTO DEL

DERECHO CIVIL DEL PAIS VASCO: 1. ITER DE ELABORACIÓN DE LA NORMA. 2. ESTRUCTURA Y LÍNEAS BÁSICAS DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO. 3. RESPUESTA AUTONÓMICA A LA EXIGENCIA DE REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES INTER-LOCALES.

«La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar y del acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la parte XI: nuevos riesgos de la codificación del Derecho internacional», por CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS, pág. 105.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. UN PROCESO CODIFICADOR INESTABLE Y CAMBIANTE.—III. LA POSICION ESPAÑOLA EN LA TERCERA CONFERENCIA Y SUS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS.—IV. LA POSICION DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—V. EL PROCESO DE RATIFICACION POR ESPAÑA.—VI. CONCLUSIONES.

«Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden», por ANTONIO REMIRO BROTONS, pág. 125.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA COOPERACION A PARTIR DE LA IGUALDAD SOBERANA, LA BUENA FE Y LA CONFIANZA RECIPROCA DE LOS ESTADOS.—III. ACTOS TERRORISTAS Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.—IV. ¿AMENAZA A LA PAZ O ALGO MAS?: EL CASO LOCKERBIE.—V. EL CASO SUDAN.—VI. LA SITUACION DE AFGANISTAN ANTES DEL 11 DE SEPTIEMBRE.—VII. 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001, ¿LEGITIMA DEFENSA?—VIII. RETORNO A LA AUTOTUTELA.—IX. EL PAPEL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: 1. SOLUCIONES POLÍTICAS PARA EL CONFLICTO CIVIL AFGANO. 2. PODER LEGISLATIVO CONTRA TERRORISMO.—X. EL BARBARO QUE LOS CIVILIZADOS LLEVAN DENTRO.—XI. DEVALUACION DE LA LIBERTAD Y DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.—XII. UNA LINEA ROJA QUE NO SE DEBE FRANQUEAR.—XIII. NUESTRO TERRORISMO, NUESTROS TERRORISTAS.—XIV. REFLEXION FINAL: MAS UNILATERALISMO.

«La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional», por RAFAEL CALDUCH CERVERA, pág. 173.

SUMARIO: I. ANALISIS DEL TERRORISMO INTERNACIONAL: 1. TENDENCIAS GENERALES DEL TERRORISMO INTERNACIONAL: A) *Evolución de los actos terroristas.* B) *Características operativas de las organizaciones terroristas.* C) *La distribución geopolítica del terrorismo internacional.* D) *El grado de victimización provocado por el terrorismo internacional.* 2. CONCEPTUALIZACIÓN POLÍTICA DEL TERRORISMO: A) *El terrorismo es una estrategia de relación política.* B) *Es una estrategia que combina la violencia y las amenazas de violencia.* C) *Es una estrategia practicada por grupos organizados.* D) *Es una estrategia violenta destinada a inducir un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante.* E) *La finalidad última de la estrategia terrorista es la satisfacción de ciertas demandas o reivindicaciones.*

ciones que no son, necesariamente, políticas.—II. LA RESPUESTA INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: 1. LAS CONCEPCIONES DOMINANTES DE LA POLÍTICA ANTITERRORISTA. 2. POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO.—III. LOS ATENTADOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE: 1. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS DE LOS ATENTADOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE CON LAS FORMAS PRECEDENTES DEL TERRORISMO INTERNACIONAL. 2. EFECTOS DIRECTOS DE LOS ATENTADOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL ANTITERRORISTA.

«El recurso al artículo quinto del tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces», por ANTONIO FRANCISCO FERNÁNDEZ TOMÁS, pág. 205.

SUMARIO: I. EL ARTICULO 5 DEL TRATADO DEL ATLANTICO NORTE, FUNDAMENTO CONVENCIONAL DE LA LEGITIMA DEFENSA COLECTIVA ENTRE LAS PARTES: 1. LA AMPLIACIÓN CONCEPTUAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA. 2. LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO QUINTO. 3. SOBRE EL CARÁCTER COLECTIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVISTA EN EL TAN.—II. CRONICA DE UNA PUESTA EN MARCHA ANUNCIADA: 1. ¿LEGÍTIMA DEFENSA O GESTIÓN DE CRISIS? 2. EL FRUSTRADO PROTAGONISMO DE LA OTAN. 3. ¿LA OTAN YA NO ES EL NUEVO SISTEMA DE SEGURIDAD GLOBAL?—III. REFLEXIÓN FINAL.

«La Resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad, autorizando la fuerza internacional de asistencia para la seguridad de Afganistán: ¿un paso más en el debilitamiento de las Naciones Unidas?», por JORGE CARDONA LLORENS, pág. 227.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS ACONTECIMIENTOS DESDE EL 14 DE NOVIEMBRE DE 2001 HASTA EL 10 DE ENERO DE 2002.—III. LA FIAS: LA NORMALIZACION DE LO EXCEPCIONAL.—IV. CACTERISTICAS DE LA FIAS: 1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIAS Y DE SUS INSTRUMENTOS DE CREACIÓN. 2. LA AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE LA FUERZA ARMADA. 3. LA FINANCIACIÓN DE LA FIAS.—V. CONCLUSIONES.

«Los atentados del 11 de septiembre, la operación “libertad duradera” y el derecho de legítima defensa», por JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA, pág. 247.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS ACCIONES NORTEAMERICANAS A LA LUZ DEL CONCEPTO DE LEGITIMA DEFENSA INDIVIDUAL: 1. EL CONCEPTO DE ATAQUE ARMADO: LA INTENSIDAD Y LA ACTUALIDAD DE LA ACCIÓN TERRORISTA. 2. LA CARACTERIZACIÓN DEL ATAQUE ARMADO: LA ATRIBUCIÓN Y LA AGRESIÓN INDIRECTA. 3. LOS REQUISITOS IMPLÍCITOS: NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.—III. EL C. S. ANTE LA ALEGACION DEFENSIVA: 1. LA TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN AL C. S. EN RELACIÓN CON LAS OPERACIONES ARMADAS. 2. ¿UN RECONOCIMIENTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA? EL ANÁLISIS DE LAS ACCIONES ARMADAS. 3. LAS «MEDIDAS NECESARIAS» DEL C. S. Y LA PROVISIONALIDAD Y SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DEFENSIVA.—IV. APRECIACIONES FINALES.

«La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001», por CONSUELO RAMÓN CHORNET, pág. 273.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INTERPRETACION DE LOS HECHOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001.—III. SOBRE LA ADECUACION Y LEGITIMIDAD DE LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL. 1. LEGITIMA DEFENSA Y GUERRA JUSTA. LA OPERACIÓN LIBERTAD DURADERA. 2. SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL.

«La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “opa hostil” al derecho de la comunidad internacional?», por JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ, pág. 289.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LOS ACTOS TERRORISTAS DEL 11-S: 1. EL «MARCO JURÍDICO GLOBAL» PARA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: A) *Los tratados universales relativos al terrorismo*. B) *Fundamento jurídico-internacional de la calificación de los actos del 11-S como «actos terroristas»*. 2. EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS: TERRORISMO Y AMENAZA A LA PAZ.—III. EL ANÁLISIS DE LA RESPUESTA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: 1. ¿UN «PODER LEGISLATIVO» PARA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO? 2. EL RECURSO A LA FUERZA (EN LEGÍTIMA DEFENSA): LA «MUERTE» DE LA ACCIÓN INSTITUCIONAL: A) *La legítima defensa y las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001)*. B) *La legítima defensa y la «imposible» acción institucional*. C) *La legítima defensa tras la Resolución 1378 (2001)*.—IV. CONCLUSION.

ANUARIO DA FACULDADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Número 5 (2001)

«La incidencia de la sociedad de la información o sociedad de la vigilancia en los derechos fundamentales: una transformación de su régimen de ejercicio y protección», por ANA ABA CATOIRA, pág. 13 (sin sumario).

«El avance sectorial, la fragmentación del orden jurídico y sus riesgos: ¿está a salvo la unidad del Derecho internacional?», por MONTSERRAT ABAD CASTELOS, pág. 35.

SUMARIO: I. PRIMER ACERCAMIENTO A LA PARCELACION EXPANSIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL.—II. SEGUNDA MUESTRA DEL FRACCIONAMIENTO EXISTENTE: LA DESCOMPOSICION PROGRESIVA DE SECTORES EN MULTIPLES SUBSECTORES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.—III. INTRODUCCION A LA PRINCIPAL VERTIENTE DE RIESGO DE LA FRAGMENTACION.—IV. LOS FACTORES QUE AMENAZAN LA UNIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SU ESTADIO DE FORMACION: 1. EL DECLIVE DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. 2. LA FALTA DE COORDINACIÓN EN SEDE CODIFICADORA.—V. LA UNIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL EN JAQUE EN SU FASE DE APLICACION: LAS

IMPLICACIONES NEGATIVAS DE LA PROLIFERACION DE JURISDICCIONES.—VI. A MODO DE CONCLUSION: EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO ES UN SISTEMA JURIDICO PECULIAR, PERO UNITARIO: 1. LA APUESTA DOCTRINAL POR LA UNIDAD. 2. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL (AUN CON SU HETEROGENEIDAD ACTUAL) CONFIERE UNIDAD A SU ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3. LA FRAGMENTACIÓN, AL IGUAL QUE LA GLOBALIZACIÓN, CONSTITUYE UN FENÓMENO TÍPICAMENTE CONTEMPORÁNEO. 4. UN ALEGATO FINAL A FAVOR DE LA UNIDAD.

«La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional», por HILDA AGUILAR GRIEDER, pág. 57.

SUMARIO: I. LITIGIOS MULTIPARTITOS Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: PLANTEAMIENTO.—II. PLURALIDAD DE CONTROVERSIAS Y ARBITRAJE MULTIPARTITO.—III. TIPOLOGIA DEL ARBITRAJE MULTIPARTITO: SITUACIONES TÍPICAS: 1. SÓLO ALGUNO DE LOS CONTRATOS POSEE CLÁUSULAS ARBITRALES. 2. TODOS LOS CONTRATOS POSEEN CLÁUSULAS ARBITRALES: A) *Alternativas posibles*. B) *Valoración*.—IV. CONTROVERSIDAD ÚNICA Y ARBITRAJE MULTIPARTITO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. SITUACIONES JURÍDICAS, PARADIGMÁTICAS.—V. CONCLUSIONES.

«Una defensa de la fórmula de Radbruch», por ROBERT ALEX, pág. 75 (sin sumario).

«Furor de mandar, dura policía o control das actividades de lecer e a ordenanza ambiental de ruidos de A Coruña de 17 de xuno de 1997», por CARLOS ALBERTO AMOEDO SOUTO, pág. 97.

SUMARIO: 1. PLANTEXAMENTO.—2. ESCULCANDO OS TORILES: OS COMPROMISOS POLITICOS DO CONTROL DAS ACTIVIDADES RECREATIVAS E DOS ESPECTACULOS PUBLICOS.—3. TERCIO DE VARAS: A PECULIAR DINAMICA XURIDICA DO BLOCO NORMATIVO TRADICIONALMENTE REGULADOR DO SECTOR DAS ACTIVIDADES RECREATIVAS E DOS ESPECTACULOS PUBLICOS: 3.1. A OSCILANTE XURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL SUPREMO E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE A LEGALIDADE DAS SANCIONS IMPOSTAS AO ABEIRO DO REAL DECRETO 2816/1982. 3.2. A SEGURIDADE CIDADÁ DA LOPSC COMO TÍTULO ESTATAL QUE PRESTA COBERTURA NORMATIVA ÁS INFRACCIÓNS EN MATERIA DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS E ACTIVIDADES RECREATIVAS. 3.3. A LEXISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. EN ESPECIAL, A FALTA DE LEXISLACIÓN PROPIA NA COMUNIDADE AUTONÓMICA GALEGA.—4. TERCIO DE BANDERILLAS: A EXPANSION DOS TITULOS XURIDICOS E APERTURA DE ALTERNATIVAS NA ESTRATEXIA DE INTERVENCION POLITICO-ADMINISTRATIVA: 4.1. OS TÍTULOS FORMAIS DE HABILITACIÓN DO INTERVENCIONISMO LOCAL. 4.2. OS TÍTULOS MATERIAIS ESPECÍFICOS DO INTERVENCIONISMO LOCAL. 4.3. OS TÍTULOS MATERIAIS CONEXOS.—5. TOREO CON MULETA: AS OPCIONS REGULADORAS DA ORDENANZA AMBIENTAL DE A CORUÑA 5.1. ENFOQUE PREVENTIVO OU DE ALTO INTERVENCIONISMO, CON ALTA DISCRECIONARIEDADE NO DESEÑO DAS POTESADES ADMINISTRATIVAS. 5.2. A PROBLEMÁTICA OPCIÓN POR UNHA INTENSA POTESADE SANCIONADORA.—6. A SORTE DO ESTOQUE, OU REFLEXION FINAL.

«La protección de datos de carácter personal en el Derecho comunitario», por DOMINGO BELLO JANEIRO, pág. 133.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL DERECHO A LA INTIMIDAD.—II. ANALISIS DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: II.1. ANTECEDENTES. II.2. APROXIMACIÓN A LA DIRECTIVA. II.3. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA. II.4. ANEXO: II.4.1. *La Directiva 97/66/CE*. II.4.2. *Otra normativa comunitaria*.—III. REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL: III.1. EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN. III.2. BREVE ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—IV. CONCLUSIONES.

«Legislación penal especial en materia de delitos de alteración de precios», por SANTIAGO B. BRAGE CENDÁN, pág. 157 (sin sumario).

«Contratación telefónica y electrónica con condiciones generales», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, pág. 183.

SUMARIO: I. MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACION TELEFONICA Y ELECTRONICA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL: I.1. INTRODUCCIÓN. EL CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO COMUNITARIO Y ESPAÑOL. I.2. LEY APLICABLE Y COMPETENCIA JUDICIAL.—II. LA CONTRATACION TELEFONICA Y ELECTRONICA.—III. LOS CONTRATOS SOMETIDOS AL REAL DECRETO 1906/1999.—IV. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION: EL DEBER DE INFORMACION PREVIA Y LA CONFIRMACION DOCUMENTAL DE LA CONTRATACION EFECTUADA EN EL REAL DECRETO 1906/1999: IV.1. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PREVIA A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO. IV.2. PLAZO PARA FACILITAR LA INFORMACIÓN.—V. EL DERECHO DE RESOLUCION EN EL REAL DECRETO 1906/1999.—VI. LA ATRIBUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL REAL DECRETO 1906/1999.—BIBLIOGRAFIA BASICA SOBRE COMERCIO ELECTRONICO.

«Historiografía sobre instituciones jurídicas de los pueblos del norte peninsular: Galicia», por EDUARDO CEBREIROS ALVAREZ, pág. 229 (sin sumario).

«La venta de herencia en el Código Civil español», por RAFAEL COLINA GAREA, pág. 243 (sin sumario).

«Sobre los límites de la postestad jurisdiccional de los magistrados romanos», por JOSÉ MARÍA COMA, pág. 269 (sin sumario).

«Libertad de imprenta en México: Hacia una Ley Federal de Comunicación Social», por JUAN GERREIRO GALGUERA, pág. 289.

SUMARIO: I. LAS LIBERTADES DE EXPRESION E INFORMACION EN LA CONSTITUCION MEXICANA DE 1917: a) LOS ARTÍCULOS 6 Y 7; b) ANTECEDENTES: LA CONSTITUCIÓN DE 1857; c) LAS REFORMAS DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES.—II. DESARROLLO LEGAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SUS LIMITES: a) LEGISLACIÓN VIGENTE: LA LEY DE IMPRENTA DE 1917 Y EL CÓDIGO PENAL; b) LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN

VIGENTE: VIDA PRIVADA, MORAL PÚBLICA Y PAZ PÚBLICA.—III. INICIATIVA DE LA LEY FEDERAL DE COMUNICACION SOCIAL: a) CREACIÓN, FUNCIÓN Y AVATARES DE SU PROCESO; b) CONTENIDO DE LA INICIATIVA; c) CONFLICTOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

«La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea», por ANGELA FIGUERUELO, pág. 315 (sin sumario).

«La acción edictal de calumnia al cuádruplo», por JULIO G. CAMINAS, pág. 343.

SUMARIO: 1. PROBLEMÁTICA DEL CONTENIDO DE LA BASE TEXTUAL. 2. ELEMENTOS DE LA SITUACIÓN JURÍDICA SANCIONADA: a) CALUMNIAE CAUSA NEGOTIUM FACERE VEL NON FACERE; b) PECUNIAM ACCIPERE; c) EL ACTO DE DISPOSICIÓN EN FAVOR DEL CALUMNIATOR.—3. LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA ACCIÓN EDICTAL AL CUÁDRUPLO.—4. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN EDICTAL AL CUÁDRUPLO.—5. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN PARA PRIVAR AL CALUMNIATOR DEL LUCRUM RECIBIDO.—6. CONCURRENCIA DE ACCIONES.—7. LA ACCIÓN POSTANUAL *IN SIMPLUM*.—8. RELACIÓN CON LA *LEX REMMIA DE CALUMNIATORIBUS*.

«Notas sobre la nulidad relativa del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, pág. 367 (sin sumario).

«La intervención del Notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego», por MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ, pág. 373.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO: 1. PRELIMINARES. 2. RESTRICCIONES A LA ACTUACIÓN NOTARIAL DENTRO DEL DISTRITO: 2.1. *Planteamiento*. 2.2. *El término municipal*. 2.3. *El denominado «régimen de zonas»*. 3. AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL MÁS ALLÁ DEL DISTRITO: 3.1. *Planteamiento*. 3.2. *Prolongación de la competencia territorial por razones de urgencia*. 3.3. *Habilitaciones*. 4. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA: 4.1. *Planteamiento*. 4.2. *Actuación notarial fuera del distrito*. 4.3. *Actuación «invasora» dentro del propio distrito*.—III. FUNCIONES DEL NOTARIO: 1. IDEAS PREVIAS. 2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TESTADORES. 3. EL JUICIO SOBRE LA CAPACIDAD DE LOS TESTADORES. 4. EL REQUERIMIENTO DE TESTIGOS. 5. LA REDACCIÓN DEL TESTAMENTO. 6. LA LECTURA DEL TESTAMENTO. 7. LA AUTORIZACIÓN DEL TESTAMENTO. 8. LA UNIDAD DE ACTO. 9. LA APERTURA DE LA SUCESIÓN Y LA COPIA DEL TESTAMENTO.—IV. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PRESUPUESTOS. 3. NATURALEZA JURÍDICA.

«Derrida y el nombre de la mujer. Raíces deconstructivas del feminismo, los estudios del género y Feminist Law», por RAÚL MADRID RAMÍREZ, pág. 403 (sin sumario).

«La etapa de previsión social en España», por JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, pág. 431.

SUMARIO: I. EL FOMENTO DEL ASEGURAMIENTO VOLUNTARIO FRENTE A RIESGOS PROFESIONALES Y COMUNES.—II. LA PROGRESIVA IMPLANTACION DE LOS SEGUROS SOCIALES: A) RELATIVOS A RIESGOS PROFESIONALES. B) RELATIVOS A RIESGOS COMUNES. C) NO BASADOS EN EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL. D) EL SEGURO NACIONAL DE DESEMPLEO.—III. LOS INTENTOS DE UNIFICACION DE LOS SEGUROS SOCIALES.

«Los núcleos rurales en la Ley del Suelo de Galicia», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 443.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PECULIARIDAD DE LA LEGISLACION DEL SUELO DE GALICIA.—III. EL SUELO DE NUCLEO RURAL EN LA LSG: 1. DEFINICIÓN. 2. RÉGIMEN JURÍDICO.—IV. REFLEXION FINAL.

«Un aspecto de la actividad escolástica medieval y su regulación universitaria en Europa: Las *quaestiones disputatae*», por EMMA MONTANOS FERRIN, pág. 455 (sin sumario).

«El nuevo milenio ante el reto del Derecho comparado en las universidades españolas», por GLORIA M. MORÁN, pág. 491.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DERECHO COMPARADO COMO RAMA DEL SABER JURIDICO Y SU INTERES POR LA DOCTRINA JURIDICA ESPAÑOLA.—2. EL DERECHO COMPARADO EN LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS Y SU DIFERENTE CONSIDERACION EN OTROS PAISES.—3. OBSERVACIONES FINALES.

«La doctrina medieval de la *donatio mortis causa* y su recepción en la Corona de Aragón», por JUAN ALFREDO OBARRIO, pág. 521 (sin sumario).

«Las servidumbres en el régimen instaurado por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal», por ANGELES PÉREZ VEGA, pág. 535.

SUMARIO: I. LAS SERVIDUMBRES COMO ELEMENTO COMUN EN EL REGIMEN DE LA PROPIEDAD DE LAS CASAS DIVIDIDAS POR PISOS.—2. LA INCOMODIDAD DE SOPORTAR EL ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE SOBRE UN PISO O LOCAL PRIVATIVO COMO OBLIGACION DEL PROPIETARIO DE COLABORAR CON LA COMUNIDAD.—3. LAS ESPECIALIDADES QUE PRESENTA EL ESTABLECIMIENTO DE SERVIDUMBRES REQUERIDAS PARA LA CREACION DE SERVICIOS COMUNES DE INTERES GENERAL: A) CARÁCTER IMPRESCINDIBLE DE LA SERVIDUMBRE. B) SERVIDUMBRES REQUERIDAS PARA LA CREACIÓN DE SERVICIOS COMUNES DE INTERÉS GENERAL. C) TIPOS DE SERVIDUMBRES QUE PUEDEN ESTABLECERSE. D) OBLIGACIÓN DE LA COMUNIDAD DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

«Los procedimientos civiles ordinarios con especialidades procesales», por AGUSTÍN JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN, pág. 557 (sin sumario).

«La *depositio pecuniae*: evolución y efectos», por BERNARDO PERINÁN, pág. 573.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CUESTIONES TERMINOLOGICAS.—III. ANTECEDENTES HISTORICOS.—IV. EL DESARROLLO DE LA FIGURA EN EL DERECHO ROMANO CLASICO: SUS PRIMERAS MANIFESTACIONES EN LAS FUENTES.—V. SU CONSOLIDACION Y LA GENERALIZACION JURISPRUDENCIAL DE SU EMPLEO.—VI. LAS INTERVENCIONES IMPERIALES DESDE LOS SEVEROS HASTA DIOCLECIANO: LA EVOLUCION DEL SISTEMA.—VII. CONCLUSIONES.

«Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías», por JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA, pág. 599.

SUMARIO: I. MERCADO UNICO Y PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. PRINCIPIOS DE LA POLITICA AMBIENTAL COMUNITARIA: A) PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN. B) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD. C) LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DE LA POLÍTICA AMBIENTAL COMUNITARIA. EN ESPECIAL EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: 1. *Principio de cautela y principio de prevención*. 2. *Principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma*. 3. *Principio de quien contamina paga*.—III. LIBRE CIRCULACION DE MERCANCIAS Y MEDIO AMBIENTE: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: A) CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL CRITERIO DE INDISTINTA APLICABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: 1. *Indistinta aplicabilidad*. 2. *Principio de proporcionalidad*: a) Utilidad; b) Necesidad; c) La proporcionalidad en sentido estricto. B) LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCIAS Y MEDIDAS NACIONALES EN MATERIA DE RESIDUOS: 1. *Sentencia de 7 de febrero de 1985, Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. 2. *Sentencia de 20 de abril de 1988, Comisión/Reino de Dinamarca*. 3. *Sentencia de 13 de julio de 1989, Enichem Base y otros/Comune di Cinisello Balsamo*. 4. *Sentencia de 9 de julio de 1992, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. 5. *Sentencia de 25 de junio de 1998, Dusseldorp*. 6. *Sentencia de 23 de mayo de 2000, Entreprenorforeningens Affalds/Miljøsektion vs. København Kommune*. C) LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCIAS Y COMERCIALIZACIÓN DE ESPECÍMENES DE FLORA Y FAUNA: 1. *Sentencia de 23 de mayo de 1990, Proceso penal contra Gourmetterte Van den Burg*. 2. *Sentencia de 13 de julio de 1994, Comisión de las Comunidades Europea/República Federal Alemana*. 3. *Sentencia de 16 de junio de 1998, Proceso penal contra Ditlev Bluhme*. D) COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y MEDIO AMBIENTE: SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1998, GIANNI BETTATI/SAFETY HI-TECH SRL. E) RESTRICCIONES NACIONALES AL TRÁFICO AÉREO Y CONTAMINACIÓN ACÚSTICA: SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1998, AHERWAGGON GMBH.—IV. CONCLUSIONES.

FOLIO REAL (Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial)

Número 6 (Octubre 2001)

- «El nuevo enfoque del inicio del procedimiento registral. La nueva regulación de la presentación de títulos en el Reglamento General de los Registros Públicos», por MARCO ANTONIO PACORA BAZALAR, pág. 13.
- «El procedimiento registral en el nuevo Reglamento General de los Registros Públicos», por MARCO A. BECERRA SOSAYA, pág. 53.
- «El recurso de apelación en el nuevo Reglamento General de los Registros Públicos», por WALTER POMA MORALES, pág. 77.
- «Los temas más destacables en el novísimo Reglamento del Registro de Sociedades: constancias y certificaciones», por RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS, pág. 87.
- «Apuntes sobre el Reglamento del Registro de Sociedades y sus aspectos generales», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA, pág. 121.
- «Pasado, presente y futuro del notariado», por BENITO ARRUNADA, pág. 135.
- «El derecho de posesión de predios rurales y su acceso al Registro», por EDUARDO J. MEZA FLORES, pág. 155.
- «Apuntes sobre el Registro de Aeronaves a cinco años de su incorporación a la SUNARP», por OLIVER AMES CANDIOTTI, pág. 201.

Número 7 (Febrero 2002)

- «Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la Ley 24.241», por LUIS MOISSET DE ESPANÉS y MARÍA DEL PILAR HIRUELA, pág. 11.
- «La implantación del sistema registral en países en desarrollo», por BENITO ARRUÑADA, pág. 33.
- «El escribano, la obligación de inscribir y la prioridad registral (Responsabilidad y sanciones disciplinarias)», por LUIS MOISSET DE ESPANÉS, pág. 49.
- «Hacia un Registro de Inscripción obligatoria. Modificación del artículo 949 del Código Civil», por MANUEL F. SORIA ALARCÓN, pág. 61.
- «Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad», por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, pág. 101.
- «El pago indebido y quien lo recibe de mala fe», por FELIPE OSTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, pág. 117.

«Aproximación al razonamiento jurídico en el ámbito del Registro. Posibilidades de las teorías de la argumentación en la función calificadora», por PEDRO P. GRANDEZ CASTRO, pág. 129.

Número 8 (Junio 2002)

«Acerca de la extinción de las inscripciones», por PEDRO ALAMO HIDALGO, pág. 11.

«La calificación e inscripción de resoluciones judiciales en el Sistema Registral peruano», por EDUARDO J. MEZA FLORES, pág. 47.

«La duplicidad de partidas en el Sistema Registral peruano», por MANUEL A. MALLQUI LUZQUINOS, pág. 115.

«Algunas precisiones sobre la caducidad de los embargos», por VÍCTOR RAÚL MOSQUERA NEIRA, pág. 135.

«Apuntes sobre minería en el área registral minera de los Registros Públicos», por VÍCTOR JAVIER PERALTA ARANA, pág. 161.

ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMA

Número 29 (2000)

«Funciones y límites de las Fuerzas de Policía en el Estado de Derecho», por JAMES BERNARD, pág. 17.

«La reforestación en Panamá. Beneficios e incentivos fiscales», por VANESSA CAMPOS ALVARADO, pág. 47.

«Ley y Normas de Calidad Ambiental como medio de defensa y control del ambiente», por VIRGILIO LUQUE, pág. 101.

«El Derecho de la niñez, la adolescencia y el ambiente», por ROSALBA MOLINA ALVAREZ, pág. 117.

«El Contrato de Compromiso en la Legislación Vigente en Panamá», por ABDIEL ALGIS ABREGO, pág. 129.

«Responsabilidad Civil en la construcción», por ERNESTO NICOLAU ESCOBAR, pág. 151.

«Derechos del cónyuge viudo en La Sucesión», por BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO, pág. 189.

«El hecho dañoso, el daño y la relación de causalidad en la Responsabilidad Civil derivada de actuaciones del Registro Público», por JUAN O. VAN EPS, pág. 207.

- «La Constitución y su interpretación», por RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO, pág. 239.
- «Importancia y trascendencia de las últimas reformas a la Constitución de 1972», por ARMANDO MUÑOZ PINZÓN, pág. 267.
- «Mujer, matrimonio y relaciones familiares», por ANGELA RUSSO, pág. 283.
- «Causas de inejecución del laudo, según la Convención de Nueva York de 1957», por ADRIÁN CUEVAS, pág. 335.
- «La doctrina de la calificación en el Derecho Internacional Privado», por GILBERTO BOUTIN, pág. 345.
- «El marco jurídico de la prueba en el proceso laboral», por CECILIO CEDALISE RIQUELME, pág. 359.
- «Conflictos de competencia», por MARGARITA IBETH CENTELLA, pág. 399.
- «Las clases de huelga en la Legislación panameña», por OSCAR VARGAS VELARDE, pág. 425.
- «El proceso abreviado en la Legislación Laboral panameña», por ABEL AUGUSTO ZAMORANO, pág. 473.
- «*Responsa prudentium*. Fuente transformadora y elemento de integración del Derecho Romano», por GRACIANO PEREIRA, pág. 483.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 204 (Enero 2002)

- «El nuevo “Anteproyecto Gandolfi” para la unificación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, pág. 9.
- «Acuerdos verticales y Derecho de la competencia: Comentarios al Reglamento (CE) número 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», por MARÍA TERESA ORTUÑO BAEZA, pág. 15.
- «La evolución del derecho a la libertad de circulación de personas y trabajadores: la incompleta culminación de Amsterdam», por AMPARO BALLESTER PASTOR, pág. 45.
- «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas restringe la aplicación de la jurisprudencia “Keck y Mithouard” a la publicidad: la sentencia Gourmet International Products», por LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, pág. 71.
- «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-388/95, sobre la obligación del embotellado del vino de origen», por INIGO IGARTÚA ARREGUI y MIGUEL ROVIRA, pág. 81.

- «El proceso de armonización fiscal en la Unión Europea. Las perspectivas actuales», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 89.
- «Sexta Directiva IVA. Arrendamiento y alquiler de bienes inmuebles. Exenciones. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 3 de febrero de 2000», por LUIS DOCAVO ALBERTI, pág. 99.
- «Devolución de lo indebido tributario en el Derecho Comparado: Francia», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 105.

Número 205 (Febrero 2002)

- «La aplicación del Derecho Comunitario ambiental en España», por MAR CAMPINS ERITJA, pág. 9.
- «El principio europeo de confianza legítima y su incorporación al Ordenamiento Jurídico español», por FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, pág. 29.
- «Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: *nihil novura sub sole*», por JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES, pág. 55.
- «Las Directivas europeas sobre contratación pública: Ambito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por JOSÉ M. GIMENO FELIÚ, pág. 61.
- «El control de la inactividad de la Administración española a la luz de la normativa europea», por MARCOS GÓMEZ PUENTE, pág. 77.
- «El Derecho Administrativo de las Instituciones Comunitarias», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 93.
- «De nuevo sobre el efecto directo de las Directivas», por ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, pág. 115.
- «Las Directivas comunitarias de "sectores excluidos" y la Ley 48/98, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación», por BELÉN NOGUERA DE LA MUELA, pág. 121.

Número 206 (Marzo 2002)

- «Solvencia de las regiones europeas desde la perspectiva de las agencias de rating», por BERNARDINO BENITO LÓPEZ y otros, pág. 21.
- «La independencia de los auditores en la Unión Europea», por LEANDRO CAIBLANO CALVO y LUIS ANGEL CASTRILLO LARA, pág. 33.
- «La problemática del análisis de la información financiera en Europa», por JOSÉ ANTONIO LAÍNEZ GADEA y SUSANA CALLAO GASTÓN, pág. 51.

- «La auditoría del sector público y las organizaciones de control externo en la Unión Europea», por ANTONIO LÓPEZ DÍAZ, pág. 69.
- «La auditoría de cuentas en España: situación actual y perspectivas de futuro a través de la posible reforma de la Ley de Auditoría de Cuentas», por ANTONIO MARTÍNEZ ARIAS y JULITA GARCÍA DÍEZ, pág. 83.
- «Nuevos ámbitos para los auditores europeos. La certificación WebTrust», por JOSÉ MANUEL PRADO LORENZO e ISABEL GONZÁLEZ BRAVO, pág. 99.
- «La Unión Europea acepta las normas internacionales de contabilidad», por JORGE IBA PEREDA, pág. 119.

Número 207 (Abril 2002)

- «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su renuncia a regular la competencia de los Tribunales Comunitario y de Derechos Humanos: ¿Virtud o defecto?», por PABLO RUIZ-JARABO, pág. 9.
- «La ampliación a los países del Este: un nuevo desafío para la Unión Europea», por EVA CARRASCO MORALES, pág. 25.
- «La política de visados de la Unión Europea», por CONCHA APRELL LASAGABASTER, pág. 39.
- «La aplicación del Derecho ambiental de la Unión Europea en España: Perspectivas de evolución y desafíos del *ius commune* ambiental europeo», por JESÚS JORDANO FRAGA, pág. 45.
- «El paquete ferroviario 2001: Nuevas vías para el ferrocarril de la Unión Europea», por RODOLFO RAMOS MELERO, pág. 67.
- «Un paso más en la protección del consumidor: contratación electrónica y conformidad y garantía», por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 73.
- «Coherencia e integración entre economía y ecología ante el cumplimiento del acervo comunitario en materia de aguas», por VICTORIANO SIERRA LUDWIG, pág. 83.
- «Nuevas perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», por JAVIER AVILÉS GARCÍA, pág. 99.
- «Medio ambiente y competencia en el Derecho de la Unión Europea. En busca del adecuado punto de equilibrio», por TOMÁS PRIETO ALVAREZ, pág. 119.