

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVIII • Mayo-Junio 2002 • Núm. 671

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 Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan 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.

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS	
«La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ	831
«La función económica de los sistemas registrales», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ	875
«Nociones básicas en torno a la cofianza», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	901
«Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central», por SERGIO NASARRE AZNAR y OTMAR STÖCKER	915
«El retracto legal en el Código Civil», por JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA	949
DICTAMENES Y NOTAS	
«Unas notas sobre el concepto de la “mercantilidad”», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO	1001
«El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento», por ADOLFO LUCAS ESTEVE	1011
«Las garantías del derecho de crédito y la reforma del Código Civil del Perú de 1984», por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS	1041
ACTUALIDAD JURIDICA	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1069
JURISPRUDENCIA	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1075
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORENTE	1081

	<i>Págs.</i>
B) Resoluciones comentadas, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1088
 III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por ISABEL MORATILLA GALÁN e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1131
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1148
f) Responsabilidad civil, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL, JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	1155
2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	1170

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«El concepto de relevancia jurídica», de ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1183
«La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», de CELESTINO SALGADO CARRERO y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1185
«La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar», de VÍCTOR-MANUEL GARRIDO DE PALMA y otros, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUÓN.....	1188
«La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución», de IRENE NADAL GÓMEZ, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUÓN	1190
«Textos básicos de Derecho Privado Europeo (Edición española de E. ARROYO I AMAYUELAS)», de R. SCHULZE y R. ZIMMERMANN, por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	1192
«El invernadero almeriense (Aspectos jurídicos y socioeconómicos de un milagro verde)», de JOSÉ DAMIÁN TÉLLEZ DE PERALTA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1199

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1205
---	------

ESTUDIOS

La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL ARTICULO 1.473 DEL CODIGO CIVIL:

1. EL TEXTO LEGAL. PRECISIONES. 2. LA *RATIO LEGIS* DEL ARTICULO 1.473. 3. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD POR TRADICIÓN Y ATRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD POR PREFERENCIA ADQUISITIVA EX ARTICULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LOS PRECEDENTES INMEDIATOS DEL REGIMEN DEL CODIGO CIVIL SOBRE DOBLE VENTA:

1. RECEPCIÓN DEL PROYECTO DE 1851 EN EL RÉGIMEN DE LA DOBLE VENTA DEL ARTICULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Normas del Proyecto de 1851 de las que procede el texto del artículo 1.473 del Código Civil.* B) *La distinción en el Proyecto de 1851 entre venta a un solo comprador y doble venta.* C) *Conclusión.* 2. LA INFLUENCIA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 EN EL RÉGIMEN DEL ARTICULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL: A) *El «derecho antiguo» y la regla de prioridad en la inscripción.* B) *La buena fe en la Ley Hipotecaria de 1861.*—IV. LAS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES DE REGIMEN EN EL CODIGO CIVIL SOBRE VENTA DOBLE Y VENTA SINGULAR.—V. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA DOBLE VENTA:

1. LA DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO. 2. SUJETOS Y OBJETO DE LA DOBLE VENTA: A) *Venta a diferentes compradores.* B) *El vendedor ha de ser dueño de la cosa vendida o titular del derecho que es objeto de venta.* C) *Identidad del objeto.* 3. EL REQUISITO DE VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS ENTRE EL VENDEDOR Y LOS DIFERENTES COMPRADORES. 4. INCIDENCIA DEL CONTRATO DE PROMESA DE VENTA EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. LOS CRITERIOS DE PREFERENCIA Y LA BUENA FE DEL COMPRADOR PREFERIDO:

1. LA COEXISTENCIA DE TÍTULOS ADQUISITIVOS COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE PREFERENCIA. 2. LA BUENA FE DEL COMPRADOR: A) *La noción de buena fe en el artículo 1.473 del Código Civil.* B) *Los artículos 433 y 1.950 del Código Civil.* C) *Momento en que ha de existir buena fe.* D) *La presunción de buena fe.* 3. CRITERIO DE PREFERENCIA BASADO EN LA PRIORIDAD DE LA POSESIÓN: A) *La tendencia a sustituir en el texto del artículo 1.473 el término «posesión» por el de «tradición».* B) *La equiparación de la tradición instrumental a la posesión elimina la aplicación de la preferencia adquisitiva basada en la antigüedad del título.* 4. CRITERIO DE PREFERENCIA BASADO EN LA PRIORIDAD DE LA INSCRIPCIÓN: A) *Cuestiones que plantea la adquisición del dominio por la prioridad de la inscripción.* B) *La adquisición de*

quien primero inscribe procede del titular del dominio. C) La inscripción registral. D) La buena fe del comprador, no mencionada en el artículo 1.473.II del Código Civil. 5. CRITERIO DE PREFERENCIA BASADO EN LA ANTIGÜEDAD DEL TÍTULO.— VII. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

En este estudio se trata principalmente de describir y aclarar, si es posible, algunos de los problemas de interpretación que suscita el régimen de la doble venta del artículo 1.473 de nuestro Código Civil. Pero, como es obvio, cualquier intento en esta dirección se encuentra ante la realidad evidente de una dualidad de principios normativos en la adquisición de la propiedad en virtud del contrato de compraventa: los que configuran el régimen de las situaciones de doble venta del artículo 1.473 y los que informan, en términos de gran generalidad, el sistema de adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales en el artículo 609 del propio Código.

El hecho de que en la doctrina científica se mantenga viva la controversia sobre la diversa significación de ambos preceptos es un signo claro de las dificultades de entrar llanamente en la interpretación del básico texto legal de la doble venta sin tener a la vista las consecuencias de la interpretación de este precepto sobre el sistema de transmisión de la propiedad enunciado en el artículo 609.

Las innegables zonas de confluencia entre estos dos ámbitos normativos no priva de virtualidad a los criterios que han servido para vertebrar una regulación de la doble venta que, sin duda, recorta el ámbito de aplicación del régimen de adquisición de la propiedad fundado en la doctrina clásica del título y el modo de adquirir.

Algunos autores tratan de atenuar la fuerte tensión que supone la presencia en el Código Civil del artículo 1.473 y el sistema de adquisición de la propiedad que acoge el artículo 609, y a tal fin se propone una suerte de interpretación con la que se sustentan criterios que permitirían mantener cierta armonía entre los dos indicados preceptos fundamentales y otros concordantes en el marco de un sistema común (1). Este intento guarda continuidad con un modo de proceder extendido en la doctrina: el artículo 609 se nos muestra como marco general en el que se definen las coordenadas propias de un sistema; el artículo 1.473 se menciona como una peculiaridad que no se ajusta plenamente al esquema clásico, como una *excepción* o *desviación* del sistema gene-

(1) Notable, en este sentido, es el reciente estudio de GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», en *Anuario de Derecho Civil*, LIV, Fasc. I, enero-marzo de 2001, pág. 5 y sigs., y, en particular, sobre la doble venta, págs. 180-210.

ral (2). No cabe excluir la hipótesis, en mi opinión, de que lo que en realidad se ha producido con la introducción del régimen de la doble venta en el Código Civil es una *modificación* de la doctrina del título y el modo.

II. EL ARTICULO 1.473 DEL CODIGO CIVIL

1. EL TEXTO LEGAL. PRECISIONES

El texto del artículo 1.473 y su distribución en tres párrafos es fiel reproducción del artículo 1.500 del Anteproyecto de Código de 1882-1888, con la única variante de suprimir la referencia que éste hace a que sean *dos o más* los diferentes compradores (3). Su contenido, como veremos, procede de los preceptos que a la doble venta dedicaba el Proyecto de 1851, con la diversa significación que tiene la toma de posesión de la cosa mueble en un sistema de transmisión consensual, como el del Código francés, que sirve de pauta al Proyecto isabelino, y el que tiene, como *tradición*, en el sistema acogido por el Código Civil. De estos precedentes trataré más adelante.

El artículo 1.473 dispone:

(1) Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

(2) Advierte MONTÉS PENADÉS, V., *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* (coord. Mario Clemente Meoro), 2.ª ed., Valencia, 2001, págs. 76-77: «el problema de la admisión de la teoría del título y el modo, y de su implantación como sistema general de adquisición derivativa de los derechos reales, no está exento de problemas en nuestro Derecho». Se producen «*excepciones o desviaciones* en el sistema general de transmisión», entre las que se incluye «los conflictos que trata de resolver el artículo 1.473 del Código Civil», que «*no reciben como criterio de solución la teoría del título y el modo*».

(3) El artículo 1.500 del Anteproyecto dice:

«Si una misma cosa se hubiere vendido a dos o más diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.»

Sobre la correspondencia de este artículo con los de los Códigos portugués y mejicano, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 1965, págs. 543-544. Por lo demás si, como se apunta en este texto, la cosa o derecho se vende más de dos veces (venta múltiple), «aunque no sea exacto hablar de “doble venta”... se suscita una problemática sustancialmente idéntica a la “doble venta” *stricto sensu*», como indica RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 9.

(II) *Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.*

(III) *Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.*

Los tres supuestos que se encuadran en el artículo tienen como nota común la situación de conflictividad que surge entre los posibles titulares del dominio de la cosa vendida; y a los tres supuestos responde el precepto legal con la misma finalidad de dar en cada caso solución al conflicto planteado.

Lo que de común hay en cualquiera de los supuestos indicados es la *contradicción* que se produce en la realidad jurídica cuando dos contratos de compraventa, celebrados por una misma persona con diferentes compradores, han generado desde su perfección títulos adquisitivos igualmente válidos para adquirir la cosa vendida. Y la común finalidad que se propone el legislador es dar solución al conflicto atribuyendo la propiedad a uno de los compradores mediante un orden de criterios de preferencia, siempre que el comprador, a quien la preferencia favorezca, haya procedido de buena fe, esto es, por decirlo concisamente, con desconocimiento del título adquisitivo del comprador excluido.

El orden de preferencia que establece el precepto es diferente según se trate de bienes muebles o inmuebles.

Tratándose de *cosa mueble* el criterio de preferencia es el de prioridad en la posesión de la cosa con buena fe. Tratándose de un *bien inmueble* se enuncian tres criterios de preferencia, según el siguiente orden de prelación: la prioridad en la inscripción registral; en su defecto, la prioridad en la adquisición de la posesión con buena fe; y por último, la presentación del título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

En la doctrina se han hecho algunas observaciones que conviene tener en cuenta.

Aunque el precepto no lo diga expresamente, no hay razón que excluya la posibilidad de aplicar a la doble venta de *cosa mueble* el criterio de preferencia que aparece como subsidiario, en último lugar, para resolver el conflicto adquisitivo en la *doble venta inmobiliaria*. También, en la doble venta de bien mueble en que ninguno de los compradores haya tomado posesión de la cosa con buena fe la atribución de la propiedad se debe dar al comprador que tenga título de fecha más antigua. La doble venta puede darse con independencia de que se haya tomado o no posesión por alguno de los compradores.

Es claro que la doble venta, inmobiliaria o mobiliaria, se puede referir a un supuesto de notable simplicidad como es el de conflicto de títulos adquisitivos.

En todo caso, el comprador preferido, en cualquiera de los supuestos, ha de actuar con *buena fe*. Aunque este requisito no se menciona al referirse el precepto al criterio de prioridad en la inscripción, una reiteradísima jurisprudencia, por las razones que veremos, ha mantenido que para prevalecer la adquisición a favor de quien primero inscribe es necesaria la buena fe. Lo que como opinión común se acoge en la doctrina.

Sin duda, el más fuerte contraste que cabe apreciar en el artículo 1.473 respecto al tratamiento tradicional de la doble venta en la doctrina del título y el modo es la primacía de la inscripción registral sobre la posesión como criterio de solución del conflicto en la doble venta inmobiliaria. Lo que explica que la doctrina científica haya dedicado una mayor atención a este supuesto, que es, por otra parte, en el orden práctico, el supuesto de litigiosidad dominante.

2. LA «RATIO LEGIS» DEL ARTÍCULO 1.473

El correcto entendimiento de la norma del artículo 1.473 del Código Civil puede quedar velado si no se sitúa en primerísimo plano la *situación de conflicto* cuya solución constituye la *ratio legis* de la misma, distinta de la que inspira la adquisición del dominio en una *venta singular*. La atribución del dominio en caso de conflicto entre dos títulos de venta válidos, pero de eficacia incierta hasta que se resuelva a favor de uno de los compradores por la prioridad en la inscripción, en la posesión o en el título, nos está indicando la existencia de una diferencia fundamental con el proceso de adquisición de la propiedad que se inicia con la perfección del contrato de compraventa y se concluye con el hecho simplicísimo del cumplimiento de la obligación de dar del vendedor mediante la entrega de la cosa vendida (arts. 609 y 1.095 del Código Civil).

Ciertamente, la norma que nos propone que por la entrega o tradición en una *venta singular* se adquiere el dominio (art. 609), es completamente ajena a la finalidad de zanjar el conflicto adquisitivo de la doble venta, porque aquí no se trata simplemente de transmitir la propiedad a un comprador sino de reconocer la virtualidad transmisiva de uno de los títulos adquisitivos y, correlativamente, rechazar la del otro. La colisión de títulos se elimina no por el mero hecho de la entrega a un comprador, sino por el hecho de ser uno de los compradores el que, con buena fe, antes haya inscrito su título en el Registro o antes haya tomado posesión de la cosa vendida o, faltando ésta, presente título de fecha más antigua (art. 1.473).

El régimen legal específico de la doble venta del artículo 1.473 del Código Civil es, evidentemente, muy distinto del régimen general de transmisión de la propiedad enunciado en el artículo 609 del Código Civil.

Con referencia a la doble venta inmobiliaria, parece claro que el artículo 1.473 de nuestro Código responde a la explicación de la doble venta inmobiliaria que nos ofrece la Ley Hipotecaria de 1861 en su Exposición de Motivos. Dice así: «Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción» (4).

En este conocido pasaje de la Ley Hipotecaria de 1861 se puede reconocer un signo claro del origen de las dificultades en que se debate el intento de establecer la coexistencia del sistema de adquisición mediante contrato y tradición para toda clase de bienes, muebles e inmuebles, con el principio de prioridad de la inscripción con buena fe en la doble venta inmobiliaria, que relega la eficacia de la tradición a la adquisición de una propiedad vulnerable, no *erga omnes*, claudicante frente al comprador que inscribe.

Nos encontramos así ante la discutida distinción entre propiedad *inter partes* y *frente a tercero*.

Con acierto se ha afirmado que «parece un absurdo llamar propiedad a lo que sólo despliega efectos *inter partes*» (5). Cuando la Ley Hipotecaria de 1861 trata de conciliar la subsistencia entre las partes contratantes del «derecho antiguo», conservando sólo su eficacia *inter partes*, con la innovación de que conste inscrito en el Registro el dominio y los demás derechos reales para que se consideren constituidos o traspasados «respecto a todos», el valor de la tradición queda menguado, determinando la adquisición de una curiosa forma de «propiedad relativa» (6). Con el régimen de la doble venta, ese intento de conciliación queda frustrado porque la finalidad del artículo 1.473 del Código Civil es precisamente evitar la relatividad de dos titularidades incompatibles sobre unos mismos bienes.

(4) *Ley Hipotecaria. Reglamento General para su Ejecución e Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro*, Edición oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861, pág. 19.

(5) MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, I, 1998, pág. 57.

(6) Se utiliza la expresión «propiedad relativa» en el sentido en que la adopta la doctrina italiana: la tiene el primer adquirente y la conserva el vendedor respecto a terceros. Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, pág. 88.

El intento de proyectar sobre la problemática de la doble venta el esquema del *proceso de transmisión mediante título y modo, válido para explicar la adquisición del dominio en una venta singular, llevaría a considerar la inscripción, a imagen de la tradición, como un simple modo de adquirir. No hay en la doble venta un modo de adquirir inferior (tradición) a otro prevalente (inscripción)* (7), cuya función quedaría reducida a servir al comprador que inscribe a que su título de adquisición sea preferido para obtener la propiedad. Se empobrecería el valor de la inscripción si se tratase de explicar simplemente a semejanza de la tradición, cuya función, como modo de adquirir, se reduce hoy a convertir al comprador en propietario frente al vendedor. Más allá de esta relación entre causante y causahabiente de la transmisión, la inscripción tiene la virtualidad de convertir al comprador en propietario frente a todos (8). Lo que se traduce prácticamente en que su derecho de dominio goce en el orden jurídico de un fuerte grado de publicidad que lo hace invulnerable frente a cualquier título no inscrito (art. 32 LH). Aunque el dominio se adquiera en principio antes de acceder el título al Registro, por ser la inscripción declarativa, la posibilidad de una ulterior venta por el mismo vendedor, que determinaría la inanidad de la primera venta, convierte la preferencia del artículo 1.473.II en un imperativo práctico para proceder a la inscripción, lo que importa especialmente cuando se trata de la venta inmobiliaria, que es el supuesto de litigiosidad sobre doble venta dominante en la práctica.

Aunque se entienda que en las dos ventas entre las que surge el conflicto se ha producido sucesivamente la transmisión de la propiedad, el precepto atiende exclusivamente a la finalidad de atribuir el dominio al comprador cuyo título adquisitivo sea prevalente según las reglas de preferencia. Del tenor literal de la norma se desprende que lo que importa determinar es no cuándo el transmitente deja de ser propietario sino, en cuanto se hace patente

(7) Como hace medio siglo proponía NÚÑEZ LAGOS, R., «El Registro de la Propiedad español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXII (1949), pág. 159, n. 12: «El artículo 1.473 del Código Civil vigente, en caso de doble venta de un mismo inmueble a diferentes personas, establece que “la propiedad pertenecerá al adquirente” que antes haya inscrito en el Registro. Es un precepto atributivo de propiedad. La inscripción en este caso es *modo* de adquirir el dominio (“por ley”, art. 609) *in loco traditione*». Es la propia naturaleza de la inscripción, en cuanto trasciende por su eficacia el valor de la tradición, lo que excluye su consideración como un simple modo de adquirir, más que el dato normativo, puesto de relieve por RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., pág. 146, de no ser enunciada la inscripción entre los modos de adquirir del artículo 609 del Código Civil.

(8) Entienden DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, 6.^a ed., Madrid, 1989, pág. 314, que cuando en las ventas inmobiliarias la prioridad se da a la inscripción registral, ello indica «que con anterioridad ha existido tradición (en cualquiera de sus formas), pues el Registro lo que hace es publicar la mutación jurídico-real, ocurrida en la realidad civil con arreglo a la teoría del título y el modo».

el conflicto, a quién se ha de atribuir la propiedad entre los dos posibles adquirentes. En este sentido es significativo el modo de expresarse del texto legal en los tres supuestos: «*la propiedad se transferirá*» (párrafo primero); «*la propiedad pertenecerá*» (párrafo segundo); «*pertenecerá la propiedad*» (párrafo tercero).

3. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD POR TRADICIÓN Y ATRIBUCIÓN
DE LA PROPIEDAD POR PREFERENCIA ADQUISITIVA EX ARTÍCULO 1.473
DEL CÓDIGO CIVIL

La incompatibilidad de títulos adquisitivos, igualmente válidos sobre unos mismos bienes en los supuestos del artículo 1.473, no supone derogación del régimen de adquisición de la propiedad del artículo 609, porque ésta se limita a regular el proceso de transmisión del dominio en una *venta singular* por la unión de *título* («contrato de finalidad traslativa») y *modo* («tradición»).

La idea de consumación del contrato por tradición, que en una venta singular atribuye la propiedad al comprador, no se debe introducir en el ámbito de aplicación del artículo 1.473, desfigurando la peculiar problemática de la doble venta, en la que la solución del conflicto adquisitivo en ningún caso opera sobre la premisa de que alguna de las ventas no haya sido consumada por tradición. Ni siquiera cuando la solución del conflicto se determina por la prioridad en la toma de posesión con buena fe se puede mantener, según entiendo, que el precepto del artículo 1.473 «ha funcionado de la mano de los artículos 609 y 1.095.2 del Código Civil» (9). En tal caso, la solución viene dada por el propio artículo 1.473, que atribuye la propiedad «a quien de buena fe sea primero en la posesión», esto es, a quien reúne dos requisitos —prioridad en la posesión y buena fe— de los que no hay vestigio en los artículos 609 y 1.095 del Código Civil.

Cuando no hay conflicto adquisitivo no hay, lógicamente, situación de doble venta. Por ello, parece carente de sentido la afirmación de que para que proceda aplicar el artículo 1.473 se requiere que al celebrarse la segunda venta no se haya consumado la primera (10). Si por *consumación* se entiende la firme transferencia del dominio al comprador, no hay conflicto. Si consumada *definitivamente* la venta de una cosa a favor de un comprador, el mismo vendedor, que ha dejado de ser dueño, vende la misma cosa a otro, que contrata sabiendo que es ajena y sin base para impugnar la firme titularidad del nuevo propietario, no habrá en tal caso venta doble, sino *dos ventas*

(9) RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., págs. 116-117.

(10) Sobre el estado actual de la doctrina en el sentido apuntado, cfr., CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000, págs. 155-157.

singulares: a) una, que por virtud de la tradición, transmite al comprador el dominio de la cosa; b) otra que, por ser la cosa ajena, no transmitirá, en principio, el dominio al comprador y que, en cualquier caso, se resolverá fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.473.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia y un sector de la doctrina propone como *presupuesto de aplicación del artículo 1.473* la premisa de que al celebrar la segunda venta no se haya consumado la primera, se entiende generalmente por venta consumada la que se produce mediante tradición (11), a lo que se anuda como consecuencia que la posteriormente celebrada lo es de cosa ajena (12), que se deja fuera del ámbito del artículo 1.473 (13).

El planteamiento con el que se trata de mantener en su integridad el valor traslativo de la *tradición* en la doble venta sucesiva, hasta que se produce la decadencia del título del adquirente cuando entra en conflicto con la adquisición del comprador que primero inscribe, resta claridad a la explicación del problema de la doble venta, que se resuelve con los mismos criterios de preferencia tanto en un ordenamiento que adopta como sistema general de transmisión del dominio la adquisición *mediante tradición* como en un ordenamiento en que la tradición no existe y la transmisión del dominio se produce *por virtud del solo consentimiento* contractual. Que la atribución de la propiedad por preferencia adquisitiva en virtud del artículo 1.473 del Código Civil y la adquisición «por consecuencia de ciertos contratos mediante tradición», conforme al artículo 609 del Código Civil, son cuestiones diversas que se puede apreciar en el hecho de que un idéntico régimen de doble venta pueda coexistir en el ámbito de sistemas de transmisión de la propiedad tan heterogéneos como el de nuestro Código Civil y el del Proyecto de 1851.

Sin embargo, el hecho de acoger en el Código Civil como sistema general de transmisión del dominio la doctrina del título y el modo, inducirá a algunos autores a involucrar la tradición en la interpretación del artículo 1.473

(11) Correctamente, en mi opinión, entiende PETIT SEGURA, M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, que «pertenece la propiedad definitivamente a quien “mejor” consume su compraventa», hasta que se produce la adquisición plena (mediante la tradición), pero «además definitiva e inatacable... de la cosa en virtud de la posesión material o la inscripción, respectivamente, para muebles o para inmuebles» (pág. 105).

(12) Cfr. CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pág. 155, n. 10, con amplia referencia de doctrina y jurisprudencia.

(13) Entiende RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., pág. 51, que nada impide la existencia del conflicto de la doble venta «cuando el primer comprador haya recibido ya la entrega con eventual valor traditorio, es decir, cuando un segundo comprador perfeccione su contrato válido de compraventa sobre la misma cosa o derecho con el mismo vendedor, que ya es... un *non dominus*. Ello, y el hecho de que este último contrato sea diáfananamente una venta de cosa ajena, no empece en absoluto la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil».

del Código Civil. Y así se dice, a propósito de la doble venta inmobiliaria, que nuestra Ley Hipotecaria «pudo haber adoptado la postura radical de no reconocer validez a la transmisión sin inscripción; en lugar de ello optó por determinar que sin ésta no tendrá validez la transferencia frente a terceros, *pero sí la tendrá entre las partes si la tradición se ha realizado*. Tal fue la postura de la Ley Hipotecaria de 1861, confirmada por el artículo 1.473 del Código Civil para el caso de la doble venta sucesiva» (14).

En coherencia con el valor asignado a la *tradición* como determinante de una primera transmisión, se llegará por algunos autores a la conclusión de que, al haber perdido el vendedor la propiedad, la atribución del dominio al segundo comprador, que inscribe, será una adquisición *a non domino* (15).

El que se admita la posibilidad de que la propiedad se adquiera mediante tradición por un primer comprador y que, por aplicación del artículo 1.473.II, la adquiera luego un segundo comprador que con buena fe inscriba su título en el Registro no puede, lógicamente, conducir a la conclusión de que este segundo comprador adquiere *a non domino*. Para llegar a esta conclusión se utiliza la idea de tradición en el sentido de que su efecto típico «consiste en que la atribución del derecho al adquirente implica, correlativamente, la pérdida del mismo derecho en el transmitente. Sin este doble efecto correlativo, aunque medie entrega de la cosa, no hay propiamente hablando tradición. La entrega no significa tradición y, consiguientemente, el efecto de la entrega no puede ser el de la adquisición del derecho, sino simplemente de la posesión de la cosa» (16). No se tiene en cuenta que, en la doble venta inmobiliaria,

(14) ALVAREZ SUÁREZ, U., *El problema de la justa causa en la tradición*, Madrid, 1945, págs. 130-131.

(15) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, pág. 162, al tratar de la eficacia ofensiva de la inscripción proponen, en términos generales, para la explicación de la doble venta y «para todos los casos de adquisición *a non domino*» el siguiente esquema: «a) *Secundus* vende su finca a *Primus*, y posteriormente (cuando, pues, ya no es propietario) vuelve a venderla a *Tertius*, quien se adelanta a inscribir su adquisición». Se entiende que, como consecuencia de la tradición, el vendedor ha transmitido el dominio, y que, «cuando, pues, ya no es propietario» vuelve a vender, el segundo comprador que inscribe adquiere *a non domino*. Se trata de una opinión muy extendida. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Inscripción y tradición», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, pág. 15: «...cuando el segundo adquirente entra en la posesión real de la finca, sin que antes la haya tenido el primero, se produce una adquisición *a non domino*»; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 606 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, vol. 1.º, 1.ª ed., Jaén, 1978, pág. 290, al referirse a las «ventas sucesivas de un inmueble hechas a distintos compradores por quien aparece como dueño del mismo, aunque deje de serlo como consecuencia de la primera venta» (subrayado por mí); RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, pág. 51.

(16) Cfr. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39, julio-septiembre de

cuando el primer comprador entra en posesión de la finca, pero no inscribe, no adquiere la propiedad, que según el Registro sigue correspondiendo al vendedor cuando procede a realizar la segunda venta. Si **A**, propietario con título inscrito, vende una finca a **B**, que toma posesión pero no inscribe, y luego **A** vende la finca a **C**, que de buena fe procede a su inscripción, la propiedad corresponderá sin duda a este segundo comprador. Esta segunda venta es la que pone fin al conflicto, que es la finalidad a que responde el artículo 1.473.II del Código Civil, al decir que la propiedad *pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*. Advierte a este respecto GARCÍA GARCÍA: «Luego, si *pertenece* a ese adquirente, es que no se trata de venta de cosa ajena, pues sabido es que si se vende una cosa ajena, no hay transferencia de propiedad». Más adelante el mismo autor advierte que para evitar la reducción al absurdo sólo es posible interpretar el artículo 1.473.2 del Código Civil en el sentido de que «*la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida y deriva del dueño (adquisición a domino), a diferencia de los supuestos de "venta de cosa ajena" y de "venta sin objeto o sin legitimación"*» (17).

Es obvio que en el ejemplo apuntado, **C** no adquiere de **B** (primer comprador) sino de **A** (*verus dominus*), no sólo porque **B** y **C** no son partes en una misma relación jurídica, sino también porque **B**, por el hecho de su posesión, no ha adquirido la propiedad *erga omnes*. La segunda venta, como indica GARCÍA GARCÍA, «*es la única que tiene efectos reales plenos erga omnes, mientras que la primera venta, no inscrita, tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación de cantidad contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron*».

En cuanto a la adquisición de la propiedad mediante *tradición*, se deberá plantear más adelante la cuestión de si el criterio de preferencia adquisitiva a que se refiere el artículo 1.473 del Código Civil cuando habla de *posesión* es equiparable a la *tradición* en cualquiera de sus formas.

Aunque en la doctrina se ha generalizado, al tratar del artículo 1.473.I, y III.1, la tendencia a emplear el término *tradición* en sentido equivalente al de *posesión*, que es el utilizado en el texto legal, parece mejor ser fiel a la letra del precepto, por las razones que explicaré más adelante, aunque una especialmente importante conviene dejar aquí apuntada. La tradición ha perdido

2001, pág. 80, n. 32, que acoge el punto de vista que exponía en mi estudio «Modos de adquirir», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ed. Seix, XVI, pág. 575.

(17) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, pág. 81; en el mismo sentido, últimamente, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.³, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, pág. 56: «Aunque se haya consumado la primera venta, si el segundo comprador ha inscrito es aplicable el artículo 1.473.II». También CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, cit., págs. 155-156.

hoy la función de publicidad que tuvo en su origen. A este respecto se ha dicho: «La tradición, que es hoy un residuo histórico, un elemento del proceso que ha perdido todo significado, tuvo, en su origen, una finalidad publicitaria. La *traditio* suponía una entrega de posesión que permitía a la comunidad conocer al verdadero propietario. Con el tiempo se inicia una evolución que va espiritualizando y desmaterializando el acto de la *traditio*, eliminando con ello su eficacia publicitaria. Sin embargo, el legislador español no se atreve a eliminar el requisito —simbólico y arcaico— de la *traditio*, dando el salto que sí se atrevió a dar el artículo 711 Code». El mismo autor concluye: «en el caso de la doble venta, se genera una grave incertidumbre social sobre la propiedad. Las formas espiritualizadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, *el Registro*; en segundo lugar, *la posesión material*» (18).

III. LOS PRECEDENTES INMEDIATOS DEL REGIMEN DEL CODIGO CIVIL SOBRE DOBLE VENTA

1. RECEPCIÓN DEL PROYECTO DE 1851 EN EL RÉGIMEN DE LA DOBLE VENTA DEL CÓDIGO CIVIL

A) *Normas del Proyecto de 1851 de las que procede el texto del artículo 1.473 del Código Civil*

El artículo 1.396 del Proyecto, dentro del Título dedicado al contrato de compra y venta, y en el Capítulo que versa «De las obligaciones del vendedor», dispone: «*Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982*» (Libro III, Título VII, Capítulo IV, Sección II, que lleva la rúbrica «De la entrega de la cosa vendida»).

El artículo 982 del Proyecto dispone: «*Cuando por diversos contratos se halla uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuera mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda según lo dispuesto en la Sección 3.^a, capítulo 3 de este Título*».

(18) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 606», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez y otros, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pág. 1536.

Y el artículo 1.859, situado en el Título XX del Libro III del Proyecto, establece lo siguiente: «*Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título*».

Sabido es que el Proyecto de 1851 sigue el sistema francés de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento. En este sentido es muy claro el artículo 981, párrafo primero, del Proyecto, que dice: «*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1.859 y siguientes del Título 20, Libro 3 de este Código*». En este sistema, la entrega de la cosa no tiene significado de tradición, puesto que la transferencia de la propiedad se produce desde la perfección del contrato. Los artículos 982 y 1.859 son normas de carácter excepcional. Tanto la entrega de la cosa o transmisión de la posesión, tratándose de bienes muebles, como la inscripción registral, tratándose de bienes inmuebles, sirven de clave para resolver el problema de adquisición de la propiedad que plantea la doble venta.

B) *La distinción en el Proyecto de 1851 entre venta a un solo comprador y doble venta*

Al comentar GARCÍA GOYENA el artículo 981, donde se formula la regla fundamental de transmisión de la propiedad sin necesidad de entrega de la cosa, dice lo siguiente: «*La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado a entregarla*». Sin embargo, al comentar el artículo 982, el autor de las *Concordancias* justifica la necesidad de la entrega de la cosa mueble para convertirse en propietario en caso de doble venta, y *explica la diferencia que, para adquirir la propiedad existe, entre el caso de que haya un solo comprador o que haya dos*. Por su claridad y su proximidad lógica al régimen de la doble venta en nuestro Código Civil, me parece oportuno transcribir el comentario.

«*Cuando no hay más que un solo comprador de la cosa mueble, rige de lleno lo dispuesto en el artículo. Yo compro un caballo: adquiero desde luego su propiedad sin necesidad de entrega, y si perece sin culpa del vendedor, parece para mí que soy su dueño*». Y se refiere, seguidamente, al supuesto en que haya otro comprador: «*Pero otro compró el mismo caballo después que yo, y le fue entregado*». Y en este punto precisa el significado de la entrega: «*El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior (art. 981): esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas*

muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas, cuando ya están en manos de terceros...». Concluye GARCÍA GOYENA su comentario al artículo 982, justificando la diversidad de régimen de los bienes muebles y los inmuebles: «En los *inmuebles* el comprador puede asegurarse acudiendo al Registro público; en los muebles le falta este recurso. La legislación romana y la de partidas, por no reconocer el registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles: nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce» (19).

El valor que se atribuye a la inscripción en el Proyecto, se explica con claridad por CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de bienes inmuebles, es consiguiente que en el registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción». El principio de eficacia de la inscripción frente a terceros, según indica ANTÓN DE LUZURIAGA, tiene en el Proyecto de 1851 «*aplicación exacta*» en el precepto sobre la doble venta (art. 1.859), precedente del artículo 1.473.II del Código Civil (20).

C) *Conclusión*

De la comparación del artículo 1.473 del Código Civil, con sus precedentes del Proyecto isabelino, se puede extraer una importante conclusión, y es que tanto en un sistema de transmisión de la propiedad por el solo consentimiento, que es el sistema acogido en el Proyecto, como en un sistema de transmisión de la propiedad por título y modo, que es el sistema adoptado por nuestro Código Civil, el hecho de la prioridad en el tiempo de la toma de posesión o de la inscripción en el Registro, cumplen una misma función, esto es, proporcionar un criterio de preferencia para resolver un conflicto de adquisiciones.

Se ha tratado en la doctrina de situar el supuesto de doble venta del artículo 1.473 del Código Civil en un punto intermedio entre la fase de perfección del contrato de la primera venta y la de su consumación, mediante tradición, por cuya virtud se adquiere la propiedad conforme a los artículos 609 y 1.095 del Código Civil: «*Va a ser en el intermedio entre una y otra cuando van a surgir las hipótesis que regula el artículo 1.473 del Código*

(19) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, Madrid, 1852, págs. 11, 12, 13.

(20) ANTÓN DE LUZURIAGA, C., «Comentario a las Disposiciones Generales del Libro III, Títulos XIX y XX (arts. 1.787-1.889, y Disposiciones Transitorias)», en GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, IV, págs. 212 y 225.

Civil» (se cita, en este sentido, la STS de 3 de octubre de 1963), llegándose a afirmar de modo categórico que el régimen de la doble venta del artículo 1.473 del Código Civil es «una consecuencia inevitable» del sistema transmisivo acogido por nuestro Código y que lleva a distinguir en el proceso de transmisión un momento *perfectivo* y un momento *consumativo* en la transmisión de la propiedad (21). En el sistema del Proyecto isabelino se utilizan, para resolver los problemas de doble venta de una misma cosa a diferentes compradores, las mismas reglas de preferencia que se utilizan en nuestro Código Civil. Y en dicho Proyecto no existe esa distinción entre el momento de perfección del contrato y el momento de consumación.

Cuando más adelante tratemos de los requisitos que configuran el supuesto de la doble venta, tendremos ocasión de comprobar el valor argumental de las consideraciones anteriores, en las que se apoya la proposición, que en este estudio se mantiene, de que no constituye un requisito del supuesto de doble venta el hecho de que la primera venta no haya sido consumada.

2. LA INFLUENCIA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 EN EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL

A) *El «derecho antiguo» y la regla de prioridad en la inscripción*

La Ley Hipotecaria de 1861, en distintos pasajes de la Exposición de Motivos, deja claro que no sigue el sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento que había acogido el Proyecto de 1851, y que mantiene el *Derecho antiguo*, esto es, la doctrina del título y el modo en el sistema de transmisión del dominio no sólo de bienes muebles (que, obviamente, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley) sino también sobre *bienes inmuebles*. Sin embargo, respecto a éstos (los bienes inmuebles) sólo subsistirá el Derecho antiguo en cuanto que no afecte a los terceros que hayan inscrito su título en el Registro.

El principio fundamental de protección de los terceros se enuncia con una formulación negativa en el artículo 23 de la Ley (precedente del vigente art. 32 de la LH): «*Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero*». En el campo de aplicación de este artículo encaja el supuesto de hecho de la doble venta

(21) GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1.473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, T. XIX (arts. 1.445 a 1.451), Madrid, 1980, págs. 247, 250 y, posteriormente, en igual sentido, en «Comentario al artículo 1.473», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz Ares y otros, T. II, Madrid, 1991, págs. 930-931.

inmobiliaria, tal y como se regula en el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código Civil. Por otra parte, la doble venta es expresamente mencionada en el texto articulado para proteger al adquirente que antes haya inscrito su derecho. En este sentido, el artículo 36 establece lo siguiente: «*Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley*». Y en relación con este precepto, el artículo 38 dispone: «*En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: ...4.ª Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita*».

La Exposición de Motivos explica la razón de ser de esta protección del Registro a la venta inscrita frente a la que no lo está. Dice así: «Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. *Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio*. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así lo establece también el proyecto de Código Civil, ordenando que *cundo el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título*» (22).

Según esta explicación, la Ley Hipotecaria opta por aplicar la prioridad de la inscripción como regla específica de solución del conflicto de doble venta, en armonía con el valor reconocido a la inscripción como regla general de eficacia frente a terceros. La Ley Hipotecaria, como quedó apuntado, rectifica la orientación del Proyecto de 1851, que en el sistema de transmisión del dominio, desviándose del antiguo Derecho castellano, pretendía introducir el principio de transmisión por el solo consentimiento. Sin embargo, en orden a la eficacia de la transmisión frente a terceros mantiene, como expresamente indica la Exposición de Motivos, el valor que reconocía a la inscripción el Proyecto isabelino.

B) *La buena fe en la Ley Hipotecaria de 1861*

Ni en el artículo 1.859 del Proyecto de 1851 ni en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 hay una referencia explícita a la necesidad de que el comprador que primero inscribe ha de actuar con *buena fe*, esto es, con desconocimiento de los actos y contratos de aquellos que, antes que él, han

(22) *Ley Hipotecaria*, Ed. Oficial, cit., pág. 37.

adquirido legítimamente el derecho. También el artículo 1.473 de nuestro Código Civil guarda silencio sobre la necesidad de la buena fe del comprador cuando la preferencia está determinada por la prioridad de la inscripción (art. 1.473.II), en contraste con la mención expresa que de la buena fe se hace cuando la preferencia se funda en la toma de posesión o en la antigüedad del título (art. 1.473.I y III) (23).

En la doctrina se ha planteado la cuestión de si en este punto se puede apreciar la continuidad entre la interpretación que una reiteradísima jurisprudencia ha dado al artículo 1.473 del Código Civil y la orientación seguida por la Ley Hipotecaria.

Conocida es la interpretación de la jurisprudencia sobre el artículo 1.473.II del Código Civil en el sentido de que la preferencia por la prioridad en la inscripción sólo se puede mantener si existe buena fe del comprador. Y esta interpretación no se aparta, en mi opinión, de la orientación que sigue la Ley Hipotecaria (24). Dice la Exposición de Motivos que la comisión no ha creído que, con arreglo a *principios de justicia*, «cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción debe ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; *buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla...*».

Y más adelante, cuando se refiere al principio adoptado en el Código Civil francés de que «la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes, como a un tercero, por el mero consentimiento», dice: no corresponde a la comisión «apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes», pero «lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y *produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento*» (25).

Que también la Ley Hipotecaria de 1861 requería buena fe para la preferencia del comprador que inscribe es la opinión que recientemente mantiene GORDILLO, en base no sólo a este último pasaje de la Exposición de Motivos,

(23) Ese silencio del artículo 1.473.II del Código Civil provocó durante algunos años una jurisprudencia en que sobre la simple base de la prioridad registral se daba preferencia al comprador que carecía de clara buena fe o que había actuado con mala fe «flagrante», como pone de relieve RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., pág. 59, n. 112, que cita, en este sentido, las SSTs 14-4-1898, 3-6-1899, 17-2-1911, 24-11-1914, 21-3-1928, 29-11-1928 y 14-3-1936.

(24) Otra interpretación mantiene RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., pág. 59.

(25) *Ed. Oficial*, cit., págs. 18-19.

sino también «más inequívocamente aún» por el testimonio de GÓMEZ DE LA SERNA, para quien «no hay un solo artículo en la Ley (Hipotecaria) que favorezca al adquirente de mala fe» (26).

IV. LAS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES DE RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE VENTA DOBLE Y VENTA SINGULAR

Me he referido anteriormente a la diferencia existente entre la transmisión de la propiedad por tradición, que se produce en una venta singular en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, y la atribución de la propiedad por aplicación de alguno de los criterios de preferencia que establece para la doble venta el artículo 1.473 del Código Civil.

Antes de entrar en el análisis del supuesto que determina el conflicto de doble venta y de los criterios establecidos por el legislador para darle solución, me parece conveniente precisar algunas de las diferencias de régimen existentes entre la adquisición de la propiedad en una venta singular y en una doble venta.

El régimen de la doble venta altera el sistema de la transmisión de la propiedad enunciado en el artículo 609 del Código Civil. Me referiré aquí sólo a dos aspectos fundamentales:

- a) la exigencia de la buena fe que en la doble venta ha de concurrir en el comprador a quien se atribuye la propiedad por su prioridad en la inscripción, en la posesión o en el título de adquisición;
- b) la confusión creada en la doctrina al introducir en el problema de la doble venta la referencia a la prioridad en la *tradición* en sustitución de la prioridad en la *posesión*, que es el término empleado en el texto del artículo 1.473 del Código Civil.

El proceder de buena fe que ha de concurrir en el comprador a quien se atribuye la propiedad al aplicar el criterio de preferencia que sea procedente conforme al régimen de la doble venta, es una exigencia que sólo tiene sentido cuando la atribución del dominio se convierte en conflicto entre dos compradores con títulos de adquisición igualmente válidos. Huelga la exigencia de buena fe cuando, no existiendo conflicto, se trata simplemente de adquirir el dominio en una venta singular.

En este sentido es completamente claro PETIT SEGURA cuando afirma: «La característica distintiva del tratamiento de la adquisición en la *venta simple*

(26) GORDILLO CAÑAS, A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad*, cit., págs. 203-204.

respecto de la *doble venta* radica en la exigencia del requisito de la buena fe en esta última» (27).

La exigencia de buena fe requerida para adquirir el dominio por el artículo 1.473 del Código Civil excluye la aplicación del sistema de adquisición mediante tradición que se formula en el artículo 609 del Código Civil. A este respecto, apreciaba ESPÍN CÁNOVAS en el año 1945, la existencia de una *incompatibilidad* del requisito de la buena fe establecido en el régimen de la doble venta, con el sistema del artículo 609 del Código Civil: «¿Hasta qué punto modifica este requisito de la buena fe el sistema del Código? El precepto se refiere, indudablemente, al caso que sea el segundo comprador el primero en la posesión; pero entonces exige que lo sea de buena fe. Es indudable que este requisito es incompatible y excepciona el sistema del artículo 609 del Código Civil, de forma que si el segundo comprador es el primero en la posesión, adquiriría la propiedad por efecto del artículo 609, pero si falta el requisito de la buena fe no adquiere» (28).

Este alejamiento del régimen del artículo 609 del Código Civil de transmisión de la propiedad, que se produce cuando se trata no de una venta simple sino de una doble venta, ha pasado inadvertido a quienes explican el criterio de prioridad en la *posesión* del artículo 1.473 del Código Civil como si se tratase de una cuestión de prioridad en la *tradición*. Con esta supuesta equivalencia de términos se altera el sentido del precepto dedicado a la doble venta y se crea con ello, según entiendo, una confusión doctrinal de graves consecuencias prácticas.

Con la referencia a la *tradición* en la explicación del régimen de la doble venta se introduce el planteamiento (en mi opinión, ajeno a los autores del texto del art. 1.473 de nuestro Código Civil) de si pueden considerarse como formas de prioridad en la posesión determinadas clases de tradición que no implican una toma de posesión real. Y surge así, entre otros, el problema del valor que ha de atribuirse a la tradición instrumental cuando el comprador, que no ha tomado posesión, ha documentado su contrato en escritura pública. Frente a este planteamiento, es necesario deslindar el significado de la escritura pública como tradición (instrumental), suficiente para transmitir la propiedad en una venta singular, del nulo valor de la tradición como criterio de la preferencia adquisitiva que la ley atribuye a la *posesión* en una venta doble.

En cuanto atañe al valor de la escritura pública como tradición instrumental, en los términos del artículo 1.462 del Código Civil, parece obvio que el otorgamiento de escritura pública, equivalente a la entrega, es suficiente para transmitir la propiedad, aunque el vendedor, propietario de la cosa vendida,

(27) PETIT SEGURA, *La doble venta*, cit., pág. 123.

(28) ESPÍN CÁNOVAS, D., «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, XXIX (1945), núm. 339, pág. 356.

no tenga la posesión de la cosa en el instante de la venta. En este sentido, en el documentado estudio publicado recientemente por GARCÍA-BERNARDO LANDETA sobre el tema, se afianza, con una convincente argumentación, la tesis de que la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil es «un modo especial destinado a la adquisición de la propiedad, aunque el transmitente no sea poseedor y, en este aspecto, es una tradición no posesoria admitida en nuestro Código Civil y que tiene una regulación legal, cuyos efectos jurídicos derivan directamente de la misma, de la facultad de disposición insita en el derecho de propiedad» (29).

Sin embargo, la tradición instrumental, por cuya virtud se transmite la propiedad en una *venta singular*, aunque el vendedor no sea poseedor, no es idónea para servir en una *doble venta* como criterio de preferencia porque mediante la escritura pública, con independencia de su valor traditorio, *no se puede tomar posesión* (30).

Si se admitiera que en una doble venta la *tradición* instrumental puede equipararse, como criterio de preferencia, a la prioridad en la *posesión* se vendría a suplantarse el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1.473, que atribuye el derecho de adquisición entre dos acreedores de dominio «a quien presente título de fecha más antigua».

En efecto, conforme al artículo 1.473, en defecto de inscripción y de posesión, «*pertenecerá la propiedad*» al comprador con título de fecha más antigua. Por *título* se entiende, comúnmente, en sentido material, el contrato de compraventa en que se funda la transmisión del dominio, con independencia de la forma en que se haya perfeccionado el contrato. El título existe tanto si éste se perfecciona verbalmente o por escrito, en documento privado o en escritura pública. Por tanto, el hecho de que un segundo comprador haya documentado el contrato en escritura pública, existiendo un primer comprador que pruebe que su título es de fecha anterior, aunque su contrato se haya otorgado en forma verbal o en documento privado, no hace prevalecer el derecho de adquisición a favor del segundo comprador, con título de fecha posterior, por el hecho de figurar documentado su contrato en escritura pública, basándose en el valor traditorio que a la escritura pública, como tradición instrumental, le confiere el artículo 1.462 del Código Civil.

Por esta vía, el criterio de preferencia de antigüedad del título (art. 1.473.III, 2) en defecto de inscripción y de posesión, quedaría eclipsado.

(29) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2001, págs. 117-118.

(30) Indica GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *Escritura pública*, cit., pág. 111. que «la función que la escritura desempeña para la transmisión de la propiedad no la desempeña para la transmisión de la posesión, pues ésta requiere la cesión a otro de la cosa y es necesario que sea poseedor quien la ceda».

sado por el criterio de preferencia de quien primero haya tomado posesión (art. 1.473.I y III.1) al intentar homologar con la posesión la tradición instrumental inherente al otorgamiento del contrato en escritura pública (art. 1.462.II del Código Civil). El título de fecha más antigua juega como criterio de preferencia en defecto de *posesión*, no en defecto de *tradición*. En el ejemplo apuntado, no habiendo tomado *posesión* el segundo comprador, no podrá prevalecer frente al derecho de adquisición preferente del primero, con título de fecha más antigua, aunque su contrato no esté documentado en escritura pública.

V. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA DOBLE VENTA

1. LA DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

La finalidad a que responde el artículo 1.473 del Código Civil, como se ha expuesto, es dar solución al problema de atribución de la propiedad que se produce en las tres situaciones que describe el precepto: el otorgamiento de dos contratos de compraventa sobre una misma cosa por el mismo vendedor a diferentes compradores. Está implícito en el supuesto de la norma que el vendedor ha de ser dueño de la cosa vendida y que los dos contratos celebrados con diferentes compradores son válidos y eficaces, esto es, tienen virtualidad para producir la transmisión de la propiedad de la cosa doblemente vendida. Surge así una *incompatibilidad* entre los respectivos títulos adquisitivos de ambos compradores, dado que la propiedad sólo puede corresponder a uno de ellos. La solución, que no puede ser la que para una venta singular ofrece el artículo 609 del Código Civil, viene determinada por el criterio de preferencia que sea procedente aplicar, según lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código Civil.

Es amplia y, en ciertos aspectos, controvertida la interpretación realizada en la doctrina y en la jurisprudencia sobre los sujetos y objeto de la doble venta y sobre la aplicación de los criterios de preferencia en relación con la validez y eficacia de los contratos que determinan el conflicto.

2. SUJETOS Y OBJETO DE LA DOBLE VENTA

A) *Venta a diferentes compradores*

Aunque el texto legal habla de «*diferentes compradores*», no se excluye la posibilidad de que la cosa sea vendida a más de dos personas. En este sentido, el artículo 1.500 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, que es el precedente más cercano del artículo 1.473, decía: «Si una cosa se

hubiere vendido a *dos o más diferentes* compradores...». La supresión de esta referencia a *dos o más diferentes* compradores parece que responde a una mera corrección de estilo. La referencia a más de dos personas se mantiene en el vigente artículo 1.096, párrafo 3.º del Código Civil, que al tratar de la obligación de dar cosa determinada dispone: «Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a *dos o más personas diversas*, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega». La venta a *más de dos personas* se rige por el artículo 1.473 del Código Civil, según la opinión común (31). Por concisión me refiero en adelante sólo a la venta doble.

El requisito de que la venta se haga a *diferentes compradores* implica, lógicamente, que sus títulos de adquisición son incompatibles. No hay, por tanto, doble venta si los varios compradores comparten la misma posición contractual, como cuando, por ejemplo, su propósito práctico es adquirir la cosa vendida en condominio.

Por lo demás, el que se hable de diferentes compradores no excluye la posibilidad de que el régimen del artículo 1.473 del Código Civil se extienda por analogía a determinados supuestos en el que el problema de transmisión de la propiedad se plantea entre quienes su título de adquisición tiene por causa la existencia de otros contratos de finalidad traslativa de carácter oneroso (32).

B) *El vendedor ha de ser dueño de la cosa o titular del derecho que es objeto de venta*

Aunque el precepto no lo diga, es necesaria la preexistencia del derecho del vendedor de la cosa doblemente vendida para que se pueda producir la transmisión de la propiedad.

Lo lógico es que la norma se refiera, como indica ALBALADEJO, a la «venta por el *vendedor dueño*», como ha advertido la jurisprudencia «y se desprende

(31) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, 7.ª ed, Barcelona, 1982, pág. 80; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, 2.ª ed, II, 3.º, Barcelona, 1986, pág. 54; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2.ª ed, Madrid, 1983, pág. 660; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2.º, Barcelona, 1963, pág. 179.

(32) La Compilación de Derecho Civil de Navarra dispone que lo establecido para la doble venta «se aplicará también a la permuta, adjudicación en pago y otros contratos traslativos a título oneroso» (Ley 566, párrafo 3.º). Con referencia al artículo 1.473 del Código Civil, su aplicación analógica se plantea por el Tribunal Supremo en un conflicto de permuta y ulterior venta (sentencia de 13 de noviembre de 1956). Y se aplica en ciertos casos. Así, manteniendo la propiedad adquirida en ejercicio de un derecho de tanteo frente al contrato de compraventa de la misma finca celebrado con un tercero en fecha posterior (sentencia de 21 de octubre de 1961). Sobre el tema, cfr. MOLINA GARCÍA, A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, págs. 39-43.

de la propia regulación que tal artículo establece, ya que si se tratase de que hubiese sido vendida por vendedores diferentes, el conflicto sobre la transmisión de su propiedad debería haber sido resuelto, en principio, según a qué vendedor hubiese correspondido el poder disponer de ella» (33).

Siendo claro que el *vendedor ha de ser único*, pues sería absurdo que la venta hecha por el no dueño prevaleciera sobre la hecha por el dueño (aparte de los casos en que proceda la adquisición *a non domino*) (34), ello no implica necesariamente que la doble venta se deba llevar a cabo personalmente por el mismo sujeto. En la práctica, la doble venta de la misma cosa se realiza con frecuencia por el propietario y por persona distinta. Así ocurre cuando el causante de una sucesión *mortis causa* vende a una persona y el sucesor a otra; o cuando la misma cosa se vende a diferentes compradores por el propietario de la misma y su representante.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de abril de 1993, aplica el artículo 1.473.II, en el siguiente supuesto: venta de una cosa en documento privado a un primer comprador, seguida de venta posterior en pública subasta que en nombre del vendedor fallecido otorga el Juez competente en procedimiento de apremio a favor de la entidad bancaria acreedora (acreedora del vendedor) que elevó a escritura pública la venta judicial e inscribió en el Registro de la Propiedad la titularidad de la finca adjudicada.

En la sentencia de 3 de marzo de 1994, el Tribunal Supremo atribuye la preferencia a una primera venta realizada por el representante de una sociedad anónima que actúa con poder revocado, aunque con desconocimiento de la revocación, frente a la venta realizada posteriormente por la misma sociedad, fundándose la preferencia de la primera venta no sólo en el hecho de que es de fecha anterior sino también en que el comprador había tomado posesión e inscrito su titularidad en el Registro.

Según lo expuesto, es obvio que la propiedad que adquiere el comprador que de buena fe es primero en la inscripción, en la posesión o en el título, procede en todo caso del vendedor dueño. El comprador preferido, en aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, adquiere en todo caso *a domino* (35). Y no cabe entender que cuando el vendedor ha realizado una prime-

(33) ALBALADEJO, M., «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Revista de Derecho Privado*, 1976, noviembre, pág. 887.

(34) Cfr. ALBALADEJO, «Pluralidad», pág. 887. Según la STS de 9 de noviembre de 1980, no hay doble venta cuando los compradores compran a distintas personas que figuraban como dueñas y tenían inscrita su titularidad.

(35) En este sentido, con referencia a la doble venta inmobiliaria, es especialmente clara la argumentación de GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, cit., págs. 80-82. También, CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, cit., págs. 157-158, aunque subordinando la adquisición *a domino* a que no se haya consumado la otra venta.

ra venta y ésta se ha consumado por tradición, la segunda venta es de *cosa ajena* porque el vendedor ha dejado de ser dueño. Esta explicación sería lógica, desde la perspectiva del artículo 609 del Código Civil, si la expresión «doble venta» fuese equivalente a la sucesión de dos ventas singulares en que el cumplimiento de la primera es premisa excluyente de la eficacia de la ulterior. El artículo 1.473 del Código Civil se refiere *no a una venta subsiguiente a otra en la que ya se ha producido la transmisión de la propiedad*, sino a *dos ventas igualmente válidas, precisamente cuando la transmisión de la propiedad se convierte en problema*, en cuyo caso la propiedad se transferirá al comprador que sea primero, no en la tradición sino en la inscripción, en la posesión o en el título.

C) *Identidad del objeto*

Para que proceda la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil es necesario que la doble venta recaiga en «una misma cosa».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de abril de 1994, excluye la aplicación del precepto con referencia a una segunda venta otorgada en escritura pública e inscrita en el Registro cuando consta expresamente en la escritura que no entran en la venta determinadas parcelas que fueron segregadas de la finca y vendidas con anterioridad en documento privado. Un supuesto semejante resuelve la sentencia de 23 de octubre de 1965, que rechaza la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil a la venta sucesiva a diferentes compradores de tres parcelas distintas de una misma finca (36).

Estima que existe doble venta la sentencia de 12 de mayo de 1983, frente a la pretensión del segundo comprador de que la cosa era distinta a la vendida previamente, cuando por el informe pericial se demuestra, a pesar de las alteraciones ficticias de linderos y cabida, la identidad de la finca.

La doble venta se puede referir también a derechos de los que el vendedor sea titular, como la nuda propiedad (STS de 17 de diciembre de 1984), un derecho hereditario (STS de 24 de enero de 1957) e incluso un derecho de crédito, si bien en este caso se habrán de tener en cuenta las reglas particulares sobre transmisión de créditos, que excluyen en parte el régimen del artículo 1.473 (37).

(36) Cfr. MOLINA GARCÍA, *La doble venta*, cit., pág. 57.

(37) Sobre el tema, cfr. RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., págs. 13 y 195 y sigs.

3. EL REQUISITO DE VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS
ENTRE EL VENDEDOR Y LOS DIFERENTES COMPRADORES

Conviene la doctrina en considerar que la aplicación del artículo 1.473 supone la validez de los dos contratos de venta en conflicto. Si uno de ellos es nulo, prevalecerá, como es obvio, el que sea válido. Estaríamos entonces no ante un doble contrato sino ante un único contrato de compraventa y, por tanto, la atribución de la propiedad se producirá a favor del comprador único. En este caso no entra en juego el artículo 1.473.

Ambos contratos han de ser, además de *válidos, eficaces*, esto es, dotados de la virtualidad inherente a la finalidad traslativa propia del contrato de compraventa, lo que comporta que uno y otro comprador puedan exigir su cumplimiento específico, es decir, la adquisición de la propiedad de la cosa o la adquisición de la titularidad del derecho objeto de la venta.

Cualquier estipulación o acto jurídico que excluyera la eficacia final típica de alguno de los contratos realizados eliminaría el conflicto adquisitivo cuya solución constituye, precisamente, como vimos, la razón de ser del artículo 1.473 del Código Civil.

Por tanto, es necesario *para que exista conflicto de doble venta* que por ninguno de los contratantes se excluya la eficacia final a la que, como propósito práctico, tiende cada contrato desde el momento en que se perfecciona, como puede ocurrir si a la compraventa se agrega el pacto de arras o de retroventa.

El contrato de compraventa con pacto de arras es, sin duda, un contrato perfecto, que deja abierta a los dos contratantes, vendedor y comprador, la posibilidad de un desistimiento legítimo en los términos que establece el artículo 1.454 del Código Civil. El vendedor puede vender de nuevo la misma cosa a otro comprador, aunque respetando la eficacia inicial de la primera venta, al devolver al primer comprador las arras duplicadas. En este caso, aunque se hayan perfeccionado dos contratos de compraventa por el mismo vendedor sobre una misma cosa, no se producirá el supuesto de doble venta del artículo 1.473 (puesto que no se crea un conflicto de adquisición de la propiedad).

En el caso de retracto convencional, el vendedor se reserva «*el derecho de recuperar la cosa vendida con la obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado*» (art. 1.507 del Código Civil). La celebración de una segunda venta con otra persona se puede realizar *antes* o *después* del ejercicio del retracto, siempre, lógicamente, que el retracto se ejercite dentro de plazo (art. 1.508 del Código Civil) y cumpla las condiciones que establece el artículo 1.518 (art. 1.509 del Código Civil). Si el retracto se ejercita *antes* de la segunda venta es claro que no habrá lugar a la aplicación del artículo 1.473, puesto que no habrá, en tal caso, un ver-

dadero conflicto de doble venta sino dos contratos sucesivos de compraventa cuyos efectos típicos o propios se producen en diferentes períodos de tiempo. Si el ejercicio del retracto *tiene lugar después* de la segunda venta, cabe que se produzca la recuperación del dominio por el vendedor retrayente dentro del plazo del ejercicio del retracto. Cabe también que el vendedor haya transmitido el derecho de retracto a un segundo comprador.

En estos casos se excluye la eficacia final de uno de los contratos. Aunque *se hayan perfeccionado dos contratos válidos* de venta por el mismo vendedor *sobre una misma cosa*, se ha eliminado la virtualidad traslativa de uno de ellos. No hay, por tanto, en estos casos, conflicto de doble venta.

El conflicto de doble venta existirá sólo cuando **como consecuencia de la validez y eficacia de ambos contratos sobre la misma cosa entre un primer y un segundo comprador se produzca una incompatibilidad de títulos adquisitivos que sólo se pueda resolver atribuyendo la propiedad a uno de los compradores, de acuerdo con los criterios de preferencia que establece el artículo 1.473.**

4. INCIDENCIA DEL CONTRATO DE PROMESA DE VENTA EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL

El contrato de promesa de venta, regulado en el artículo 1.451 del Código Civil, ha dado lugar a una viva controversia doctrinal y a una jurisprudencia contradictoria. La cuestión que importa tratar aquí es si la llamada promesa de venta u opción de compra se configura como un contrato *perfecto* que, en conflicto con un contrato de compraventa ordinaria, puede dar lugar al supuesto de doble venta del artículo 1.473 del Código Civil.

En otro lugar he tratado de las dificultades que han contribuido a desconocer en la promesa de venta su configuración como un contrato perfecto de compraventa, cuya particularidad consiste fundamentalmente en la facultad unilateral del beneficiario de la promesa para exigir su cumplimiento específico (38). Me limito aquí a poner de relieve que entre los dos planteamientos que principalmente se han adoptado en la doctrina para explicar su propia función práctica, sin confusión posible con otras figuras negociales, sólo cabe mantener, lógicamente, el que permite reconocer su existencia como contrato válido y eficaz, sin más diferencia con el de compraventa ordinaria que la de quedar circunscrita la exigibilidad de su cumplimiento recíproco a la voluntad a uno de los contratantes (beneficiario de la promesa u optante).

(38) «La función negocial de la promesa de venta», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, pág. 303 y sigs.

La asimilación del contrato de promesa de venta al de opción de compra se propone por MANRESA en 1919, y es seguida por otros autores. Por mi parte, decía en 1969: «Los términos “promesa” y “opción” no designan dos categorías contractuales diferentes, sino sólo dos posiciones jurídicas encontradas en el seno de una misma relación contractual. En la jurisprudencia se ha intentado vanamente, en más de una ocasión, hallar diferencias reales tras esta dualidad de términos. Hoy es frecuente utilizar como sinónimas ambas denominaciones» (39).

También en la jurisprudencia es frecuente la equiparación entre promesa de venta y opción de compra. Así, por ejemplo, en sentencias de 7 de febrero de 1945, 25 de marzo de 1947, 14 de abril de 1956, 13 de julio de 1983, 22 de febrero de 1984 y 9 de febrero de 1985.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 1985, caracteriza el contrato de promesa de venta en estos términos: «El contrato debatido que se llama de “promesa de venta” está enmarcado en la normativa del artículo 1.451 del Código Civil, existiendo en el mismo la conformidad de las partes en cuanto a la cosa y el precio con constancia de datos que acreditan la verdadera intención de los contratantes en el sentido de que a lo que se **comprometen no es simplemente a celebrar un nuevo contrato** sobre las bases de aquél, sino a **cumplimentar el contrato de compraventa perfecto** pendiente sólo de la obtención en el plazo de ocho años de una autorización administrativa».

Sigue esta última sentencia la doctrina legal que se inicia con la muy conocida de 1 de julio de 1950. En esta sentencia, el Tribunal Supremo declara que, «dejando aparte las discusiones doctrinales sobre las modalidades que puede revestir este contrato de promesa de venta y si debe ser considerado solamente como contrato preparatorio o precontrato, es incuestionable que la dicha convención al reunir los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, es por su naturaleza un contrato consensual y bilateral con vida y entidad propias». El supuesto que da lugar al litigio resuelto por la sentencia comentada es un contrato porque reúne los requisitos que para la existencia de un negocio jurídico de esta clase exige el artículo 1.261. Con esta calificación, la jurisprudencia se

(39) Cfr. MANRESA NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, X, 3.^a ed., Madrid, 1919, pág. 68 y sigs.; GAYOSO ARIAS, R., «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», en *Revista de Derecho Privado*, 1927, pág. 193 y sigs. Fundamental en esta corriente de opinión es el estudio de FEDERICO DE CASTRO, F., «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 1133 y sigs. Significativa es la afirmación de Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, pág. 220: «La semejanza que existe entre los supuestos de hecho del contrato de opción y de promesa de contrato —y más aún entre contrato de opción de compra y promesa unilateral de venta— es tal que desde el primer momento se ha suscitado la duda en punto a si estamos o no frente a la misma figura jurídica». Sobre el tema ha tratado con amplitud mi libro *El contrato. Estructura, formación y eficacia*, Valencia, 1997, pág. 181 y sigs.

aleja de las contradicciones latentes en la teoría del precontrato. La consideración del supuesto de hecho como un *contrato perfecto*, cuyo cumplimiento no requiere la prestación de un nuevo consentimiento contractual, permite apreciar los dos efectos principales que se derivan del contrato de promesa de venta: 1) la vinculación del promitente al cumplimiento de lo prometido; 2) la facultad del beneficiario de la promesa para exigir el cumplimiento de las obligaciones recíprocas propias de toda compraventa.

Con la sentencia de 1 de julio de 1950, el Tribunal Supremo abandona la doctrina mantenida en la sentencia de 11 de octubre de 1943, en la que afirma que para nuestro Derecho se debe acoger «como más racional y fundada», la concepción de la promesa bilateral de comprar y vender como un contrato preparatorio o *precontrato*, como también, con técnica más moderna pero menos acertada se le designa, que tiene por objeto la **futura celebración** de un contrato de compraventa y cuyos efectos no pueden coincidir en absoluto con los de una venta actual y definitiva».

Según la fundada doctrina de la sentencia de 1 de julio de 1950, con el contrato de promesa de venta se trata **no de celebrar otro contrato en el futuro**, sino de completar la eficacia inicial de un **contrato perfecto de compraventa**, llevando a cabo el cumplimiento recíproco del contrato.

En definitiva, configurado el contrato de promesa u opción de compra como un contrato perfecto de compraventa, puede el vendedor realizar una segunda venta con otro comprador antes de que la primera alcance su cumplimiento definitivo. Se dará, en este caso, el supuesto contemplado en el artículo 1.473 (40).

VI. LOS CRITERIOS DE PREFERENCIA Y LA BUENA FE DEL COMPRADOR PREFERIDO

1. LA COEXISTENCIA DE TÍTULOS ADQUISITIVOS COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE PREFERENCIA

El punto de partida adecuado para ofrecer una explicación lógica de la aplicación de los criterios de preferencia y del necesario proceder de buena

(40) La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1956, configura el derecho de opción como si se tratase de una oferta vinculante que, obviamente, requiere la aceptación del contratante destinatario de la oferta, sin la cual «no hay contrato» (arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil). Sobre la diferencia entre el contrato incompleto, para cuya perfección se requiere la conjunción de una oferta vinculante y su aceptación, y el contrato de promesa de venta, que es un contrato formado o perfecto desde que existe consentimiento de ambos contratantes sobre la cosa y la causa de la obligación que se establezca (art. 1.261 del Código Civil), cfr. mi estudio «La perfección de los contratos»,

fe del comprador a quien se reconoce su derecho de propiedad por el artículo 1.473, es determinar el momento en que nace objetivamente la figura jurídica de la doble venta.

La doble venta surge por la coexistencia de dos títulos adquisitivos del dominio a favor de diferentes compradores, antes de que ninguno de ellos haya adquirido la propiedad, que se atribuirá al comprador en quien concurra el criterio de preferencia que sea procedente aplicar conforme al artículo 1.473. Esto es tan obvio que parece innecesario recordarlo. Sin embargo, esta tan elemental idea ha quedado con frecuencia oscurecida quizá por una atención desmedida a la complejidad de otros aspectos del problema a que responde la norma del artículo 1.473.

Algunos ejemplos pueden contribuir a precisar, con la necesaria claridad, el planteamiento apuntado que, según entiendo, conviene adoptar.

Si **A** vende a **B** en documento privado, y luego vende a **C**, también en documento privado, y uno de ellos toma posesión de buena fe, siendo la cosa mueble, la propiedad pertenecerá indudablemente a quien haya tomado posesión. El comprador preferido adquiere *a domino* conforme al artículo 1.473. A la misma solución se llegará, tratándose de un bien inmueble. Si **A** vende primero a **B** en documento privado y luego a **C** en documento privado, y cualquiera de ellos eleva a escritura pública el título adquisitivo y lo inscribe en el Registro, será éste, por virtud de la inscripción, quien adquirirá la propiedad *a domino* por aplicación del artículo 1.473.II.

Diversamente, si cuando **A** vende a **B**, primer comprador, éste ha tomado posesión de la cosa mueble, habrá adquirido la propiedad *a domino* por aplicación del artículo 609. Si después **A**, *ex dominus*, vende la misma cosa mueble a **C**, se habrá producido la venta de una cosa ajena. Aquí no entra en juego el artículo 1.473. Igualmente, si **A** vende a **B**, primer comprador, un bien inmueble, y éste, documentando su título en escritura pública, inscribe en el Registro, adquirirá obviamente la propiedad. Si se produjere una ulterior venta de **A**, *ex dominus*, a **C**, estaríamos también ante una venta de cosa ajena, y **C** no podría oponer su título no inscrito al título inscrito del propietario, primer comprador (art. 32 LH). Tampoco, en este caso, entra en juego el artículo 1.473.

Según lo expuesto, para la aplicación del artículo 1.473 es necesario que, produciéndose dos ventas sucesivas de una misma cosa a diferentes compradores, ninguno de ellos haya adquirido la propiedad de la cosa vendida. O en otros términos, es necesario que no exista separación entre la situación inicial de coexistencia de los títulos adquisitivos generados por la doble venta y la

en la obra colectiva *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pág. 1071 y sigs., y en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y Contratos*, 2.ª ed., Valencia, 1993, pág. 101 y sigs., esp. pág. 127.

situación ulterior manifiesta en el hecho de que alguno de los compradores, con títulos de adquisición igualmente válidos, haya realizado alguno de los actos a los que, según el criterio de preferencia que proceda aplicar, la ley asocia la transmisión de la propiedad, a fin de resolver el conflicto latente en la inicial situación de coexistencia de los dos títulos adquisitivos creados por sendos contratos de compraventa.

Parece claro que el régimen de la doble venta sólo es aplicable cuando se da una situación de incompatibilidad para adquirir la propiedad alguno de los compradores, cuando ninguno de ellos lo es por el solo título que proporciona el contrato. El régimen del artículo 1.473 del Código Civil no difiere del adoptado en el Proyecto de 1851, en el que sería propietario, tratándose de una venta singular, el primer comprador sólo por virtud del contrato, pero no lo será sólo por la perfección del contrato cuando hay doble venta, en cuyo caso la propiedad es atribuida al comprador que primero tome posesión de la cosa, si fuere mueble, o inscriba su título en el Registro de la Propiedad, si fuera inmueble. Este punto quedó completamente claro al exponer los precedentes del artículo 1.473 del Código Civil.

Con estas precisiones, acaso se pueda comprender la tesis, no exenta de confusión en los términos en que aparece formulada, de que, como declara la STS de 25 de marzo de 1994, con cita de las de 7 de abril de 1971, 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992 y 8 de marzo de 1993, «la doble venta, que contempla el artículo 1.473 del Código Civil, requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía..., pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta sino una venta de cosa ajena o inexistencia de segunda enajenación por falta de objeto. Y este es el supuesto ahora debatido; en que, según los hechos probados, la venta a favor de la recurrida se perfeccionó y consumó en 1979 y sólo más de cinco años después (en 1984), tuvo lugar la adjudicación en procedimiento de apremio del mismo inmueble a la actual recurrente».

Por el relato de los hechos, si tuvo lugar un procedimiento de apremio del mismo inmueble y consiguiente adjudicación del mismo al recurrente, ello parece indicar que el mismo vendedor, después de la primera venta, seguía figurando en el Registro como titular inscrito, por lo que aunque hiciera entrega al primer comprador de la finca, no cabe mantener que se había producido con eficacia plena la transmisión de la propiedad, por lo que se ha de entender que el mismo vendedor seguía siendo propietario según el Registro. No cabe, por tanto, hablar de consumación a favor del primer comprador, ni es lógico afirmar que la adjudicación al recurrente es una venta de cosa ajena. Comparto la opinión de MIGUEL GONZÁLEZ de que no puede aceptarse

la doctrina de esta sentencia (41). Hay doble venta, a mi entender, en el supuesto de la sentencia comentada.

Si con la expresión «*venta consumada*» se quiere significar la firme adquisición de la propiedad por uno de los compradores, se daría la premisa de que la realización de una venta ulterior, cuando el vendedor ha perdido *definitivamente* su condición de dueño, es una venta de cosa ajena, y no procede, lógicamente, la aplicación del régimen de la doble venta.

Diversamente, si por *consumación* se entiende la venta a la que ha seguido la toma de posesión de un bien inmueble, que, sin embargo, se mantiene inscrito en el Registro a favor del vendedor, no es dudoso que deba prevalecer, conforme al artículo 1.473.II, la adquisición de la propiedad por un segundo comprador que de buena fe proceda a inscribir su título en el Registro, o adquiera, como en el caso de la sentencia de 25 de marzo de 1994, confiando en la inscripción del titular contra el que se dirige un procedimiento de apremio.

2. LA BUENA FE DEL COMPRADOR

A) *La noción de buena fe en el artículo 1.473 del Código Civil*

El proceder de buena fe del comprador, consistente, según opinión común en la actual doctrina, en la actitud subjetiva de *desconocimiento o ignorancia* de una venta anterior de la misma cosa a otro, dota de virtualidad a los criterios de preferencia aplicables para la solución del conflicto de a quién

(41) MIQUEL GONZÁLEZ, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 56. A mi modo de ver, no se expone con suficiente claridad en la sentencia, aunque parece desprenderse del relato de los hechos en el fundamento primero, que cuando se procedió a la venta de la finca a la actora, por escritura pública otorgada en 1979, se había producido previamente, en el año 1974, una primera venta a los tres compradores contra los que se dirige el procedimiento administrativo de apremio, cuyo resultado fue la adjudicación de la finca al Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, subsistiendo, al parecer, la inscripción registral de la titularidad de la finca a nombre del vendedor. Si en realidad no hubo doble venta, ello se podría atribuir quizá a la redacción no muy precisa de los antecedentes de hecho de la sentencia. Ni la primera ni la segunda venta se inscribieron antes de iniciarse el procedimiento de apremio, lo que podría explicar que la sentencia, en el Fundamento tercero, declare que no es admisible discutir que «la entrega de la cosa a la entidad recurrida (actora) cuando en la fecha del contrato adquisitivo por la misma de la parcela debatida *causó en toda su plenitud de efectos la "tradición instrumental" reconocida en el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil...*». En mi opinión, como indiqué, y como trataré de explicar más adelante, la llamada «*tradición instrumental*» no puede servir en un conflicto de doble venta como *posesión* sin mutilar el artículo 1.473.II, eliminando el criterio de preferencia de antigüedad del título.

corresponderá la propiedad. En la exigencia del proceder de buena fe reside la principal característica del régimen de la doble venta, como subrayan con trazo firme algunos autores (42).

Se trata, evidentemente, de una actitud subjetiva, pero la buena fe del comprador preferido, como indica RUBIO GARRIDO, «por lo general, se apoyará en una situación fáctica que le haya inducido inequívocamente al estado intelectual descrito, consistente en la posesión corporal de que (aún) gozaba el doble vendedor o, en su caso, en la titularidad registral que (aún) éste ostentaba sobre el inmueble (doblemente) vendido», lo que tiene como corolario que «no aparecerá verosímil la buena fe del comprador cuando la posesión corporal de la cosa estaba en un sujeto distinto del (doble) vendedor (por ejemplo, por un primer comprador), o cuando la titularidad registral depone en provecho de un sujeto distinto del (doble) vendedor». El mismo autor advierte que esa situación fáctica no implica necesariamente la buena fe del comprador, ofreciendo tan sólo una presunción *iuris tantum*, enunciada por los artículos 448 del Código Civil y 38 LH (43).

La exigencia de buena fe se toma por el Código Civil del Proyecto de 1851 (art. 981), y ello es un dato especialmente significativo de la autonomía del régimen de la doble venta en el sistema del Código Civil, que, estableciendo por vía de principio la *necesidad de la tradición* para adquirir la propiedad (art. 609 del Código Civil), incorpora esta exigencia al texto del artículo 1.473 tomándola de un sistema, como el del Proyecto de 1851, en el que el requisito de *la tradición no existe*.

B) *Los artículos 433 y 1.950 del Código Civil*

Se suele citar como dato normativo al que responde la noción de buena fe en la doble venta la definición que del poseedor de buena fe ofrecen los artículos 433 y 1.954 del Código Civil.

Según el artículo 433, «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su *título o modo de adquirir* exista vicio que lo invalide». Sin embargo, parece conveniente precisar que esa actitud de ignorancia se debe referir sólo al *título*, pues si un segundo comprador ignora la existencia del título adquisitivo generado por una primera venta procede de buena fe a efectos del

(42) Entre otros, ALBALADEJO, *Pluralidad*, cit., pág. 889: «La especialidad fundamental que viene a establecer el artículo 1.473 es la de exigir buena fe»; PETIT SEGURA, *La doble venta*, cit., pág. 266: «La característica distintiva del tratamiento de la adquisición en la venta simple, respecto de la doble venta, radica en la exigencia de la buena fe en esta última»; MOLINA GARCÍA, *La doble venta*, cit., pág. 285.

(43) RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., págs. 74-75.

artículo 1.473, sin que importe que luego conozca que su *modo de adquirir* podría implicar la existencia de un vicio por el hecho de saber, *después* de celebrado su contrato, que existe una primera venta sobre la misma cosa con otro comprador que excluiría su buena fe inicial cuando se propone tomar posesión o inscribir.

El hecho de que la buena fe se refiera, en el artículo 433 del Código Civil, al *título o modo de adquirir*, parece determinado por el propósito del legislador de que al adoptar en el Código la teoría del título y el modo, se debía modificar el texto que sirve de precedente al artículo 433 del Código Civil en el Proyecto de 1851, que en su artículo 428 dice: «Se considera poseedor de buena fe al que lo es en virtud de un *título traslativo de propiedad* cuyos vicios ignora» (44).

En cuanto a la correlación de los artículos 433 y 1.950 del Código, contribuye a aclarar la noción de buena fe exigible al comprador, en cuanto el artículo 1.950 del Código Civil se refiere precisamente a la creencia del poseedor de buena fe en la titularidad y capacidad de disponer del transmitente. Aunque, como es obvio, la buena fe que el artículo 1.473 requiere del comprador se circunscribe al momento de adquisición del *título* por virtud del contrato, sin que se extienda, a efectos de aplicar el criterio de preferencia al momento de adquirir la posesión (como sí se requiere, a efectos de prescripción, en el art. 1.951 en relación con el art. 435 del Código Civil).

C) *Momento en que ha de existir buena fe*

Con particular referencia al *momento* en que ha de existir buena fe por parte del comprador, conviene la doctrina en que el *desconocimiento* de haberse realizado anteriormente la venta de la misma cosa a otro, o la *creencia* de que el vendedor es dueño de ella y puede transmitir el dominio, es exigible sólo al celebrar el contrato con el (doble) vendedor. Conocer la existencia de una venta anterior *después* de celebrado el contrato y *antes* de proceder a tomar posesión o inscribir, no destruye la buena fe inicial: *mala fides superveniens non nocet*. Es claro que en el caso de que el comprador de mala fe entre en posesión de la cosa vendida anteriormente a otro, no adquirirá la propiedad. Aunque la mala fe no se propaga al sucesor *mortis causa*, no se podrá beneficiar éste de su posesión (art. 442).

(44) Sobre el tema de la referencia de la buena fe en el artículo 433 del Código Civil al título y el modo, trato más ampliamente en otros estudios: «Posesión», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XX, Barcelona, 1993, pág. 1 y sigs., esp. pág. 20; «Sobre el concepto» y las «clases de posesión», en el *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VII, Madrid, 1992, pág. 315 y sigs.

En cuanto a si la buena fe debe persistir después del momento en que su existencia coincide con la declaración de voluntad por cuya virtud se crea mediante el contrato el título adquisitivo, entiendo que en el marco de la doble venta del artículo 1.473 no es exigible más allá de ese momento. En este sentido, me parece aceptable la idea que GARCÍA GARCÍA mantiene sobre este punto: «es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se celebra el contrato, que es cuando el adquirente sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para cerrar o no el contrato, que atenerse a un momento posterior como el de la tradición, caso de que no coincida con aquél, pues éste responde a un momento ulterior en que ya no tiene remedio la actitud intelectual plasmada en la firma del contrato» (45).

D) *La presunción de buena fe*

La buena fe se presume, lo que constituye un principio general de Derecho en nuestro ordenamiento. Como expresión del mismo dispone el artículo 434 del Código Civil: «La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba». La valoración de la buena fe es cuestión de hecho sometida a la apreciación de los Tribunales que, lógicamente, habrán de apoyar su valoración en datos objetivos, aunque entre esos datos no cuenta el hecho de que se haya desplegado una especial diligencia para comprobar la titularidad del vendedor o la inexistencia de una venta anterior. En este sentido, cabe considerar desmesurada la afirmación de la sentencia del Tribunal Supremo de que el comprador «no puede omitir circunstancia ni diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente».

Aunque referida a la doble venta inmobiliaria, en la que rige el principio general de presunción de buena fe, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 1988, contiene una declaración de considerable interés para cualquier supuesto de doble venta: «Desde luego hay que partir siempre de la existencia de buena fe del segundo comprador, que en este caso ha sido probada, declarada por dicha Sala y no descalificada en los precedentes motivos del recurso, y que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es la protección del tercero hipotecario para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca com-

(45) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., II, pág. 351.

prada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello, y en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria...».

3. CRITERIO DE PREFERENCIA BASADO EN LA PRIORIDAD DE LA POSESIÓN

A) *La tendencia a sustituir en el texto del artículo 1.473, el término «posesión» por el de «tradición»*

El artículo 1.473 dice que la propiedad se transferirá «a la persona que primero *haya tomado posesión* de ella con buena fe, si fuere mueble» (párr. 1.º), y que si la cosa fuere inmueble, en defecto de inscripción, «*pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión*» (párr. 3.º).

La referencia a la toma de posesión procede, como se vio, del Proyecto de 1851. Cuando la referencia se incorpora al texto del artículo 1.473 del Código Civil, el sistema general de transmisión de la propiedad que se acoge en el Código (art. 609) requiere que, además del contrato de finalidad traslativa por el que se crea el *título* de adquisición, tenga lugar la *tradición*. Y, como quedó expuesto, se considera procedente, tratándose en la doble venta de un problema de transmisión de la propiedad, proyectar sobre este singular problema la norma básica reguladora del sistema, y así se entiende que, también en la doble venta, ha de operar la exigencia de la tradición.

El cambio del sistema de transmisión del dominio por el solo contrato, adoptado en el Proyecto de 1851, al sistema de transmisión mediante tradición, acogido por el Código Civil, será el punto de partida de una interpretación del artículo 1.473 del Código Civil en que la preferencia adquisitiva determinada por la *prioridad* en la *posesión*, a que se refiere literalmente el precepto de la doble venta, se traduce en una preferencia determinada por la *prioridad en la tradición*.

Se establece así, generalizándose, una equivalencia entre *posesión* y *tradición* en la exégesis del artículo 1.473 del Código Civil, introduciéndose con la referencia a la *tradición*, como sinónima de *posesión*, la idea de que cualquiera de las varias formas de tradición que utilice alguno de los compradores en la doble venta puede ser idónea como criterio de preferencia para resolver el problema de transmisión de la propiedad. En particular, se utiliza esta corrección del texto legal para la doble venta inmobiliaria.

Este planteamiento, mantenido por algunos autores, ha sido acogido en ocasiones por la jurisprudencia.

Dice MANRESA: «Las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, las hemos considerado como equivalentes a las de la tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1.462 al 1.464, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1.473. Así, en nuestra opinión... vendida una finca a **A** en escritura pública, y después a **B**, aunque se incaute materialmente éste del inmueble, la propiedad pertenece a **A**, primero en la tradición, con arreglo al artículo 1.462, puesto que a partir del otorgamiento de la escritura que envuelve la entrega de la cosa, el vendedor carecía ya de la facultad de disponer de ella. Sin embargo..., fuerza es reconocer que el artículo 1.473, literalmente interpretado, no es eso lo que dice. La posesión es sólo una de las formas de la tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a la que parece aludir el artículo» (46).

Se refiere ALBALADEJO a la opinión de que «a falta de inscripción, el artículo 1.473 se orienta —como se deduce de su párrafo 3.º— a dar preferencia a la toma de posesión efectiva sobre el otorgamiento de la escritura (que sería una toma de posesión instrumental), lo que implica no admitir en el caso en estudio (aunque sí en el de que el otorgamiento vaya seguido de inscripción en el Registro) que dicho otorgamiento equivalga a la entrega o toma de posesión». Y frente a dicha opinión, afirma: «Pero tal opinión me parece desacertada, y hay que rechazarla, no sólo porque la Ley no excluye ninguna clase de posesión, sino porque es, por lo menos hoy, el sentir del Tribunal Supremo, que en la reciente sentencia de 19 de noviembre de 1975 lo presupone, y en la de 5 de noviembre de 1973 ha declarado, a efectos del artículo 1.473, que, aunque no se haya inscrito la venta, la tradición instrumental del artículo 1.462 constituye una entrega de posesión material para que la cosa pase a ser propiedad del comprador que recibió dicha posesión instrumental» (47).

En sentido contrario, mantiene PUIG BRUTAU que «sólo cabe referirse a la posesión de que habla este artículo a base de concebirla como efectiva posesión real o de hecho» y que «la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil sólo puede tener eficacia a base de la inscripción de la escritura en el Registro» (48).

(46) MANRESA NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, X, Vol. 1.º, 6.ª ed., revisada por J. M.^a Bloch, Madrid, 1969, págs. 264-265.

(47) ALBALADEJO, *Pluralidad*, cit., págs. 888-889. Los autores que cita, de opinión coincidente con la propia, son MANRESA y Díez-PICAZO y GULLÓN (nota 16). En el texto añade que «la misma orientación siguen las sentencias más antiguas de 23 de mayo de 1955 y 30 de enero de 1960».

(48) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2, Barcelona, 1956, pág. 189.

Este mismo criterio sostienen CASTÁN (49), MOLINA GARCÍA (50), ALBACAR (51), GARCÍA CANTERO (52) y GORDILLO (53).

En algunas sentencias recientes pueden encontrarse declaraciones favorables al valor de la escritura pública del artículo 1.462.2.º del Código Civil, como la de 4 de marzo de 1988, que afirma que la escritura pública de compraventa «tuvo la virtualidad de servir de *ficta possessio* para y a favor del actor, al configurar su otorgamiento la simbólica entrega material del inmueble transmitido», aunque la decisión se funda en que «habiendo inscripción y dando por supuesto la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil, jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral» (F.J. 10).

La sentencia de 25 de marzo de 1994, en términos categóricos (F.J. IV), rechaza el motivo tercero del recurso, que denuncia la infracción, entre otros,

(49) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, Común y Foral*, IV, 15.ª ed., revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, Madrid, 1993, pág. 120, estima «que no es posible prescindir de la letra y del sentido del artículo 1.473, el cual... se refiere a la posesión real, dando preferencia a ésta sobre el título y, por consiguiente, a la entrega real sobre la entrega fingida».

(50) MOLINA GARCÍA, *La doble venta*, cit., pág. 218 y sigs., que hace una exposición extensa y precisa de la doctrina del Tribunal Supremo que relega el valor de la tradición instrumental ante el hecho de la posesión: a) «la presunción de la tradición *ficta* tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada» (sentencia de 22 de marzo de 1930); b) ante el otorgamiento de dos compraventas en escritura pública, una en 1917 y otra en 1919, prevaleció la segunda, al haber entrado la sociedad que compró posteriormente «en la posesión real y efectiva» de las fincas (sentencia de 9 de junio de 1955); c) no hay violación de los artículos 1.462.2.º y 1.473 del Código Civil (ni se llega a crear propiamente la situación de doble venta que plantea el recurrente), porque «cuando, como ocurre en el caso presente, se consigna en el contrato privado, de modo expreso, que el vendedor transfiere la propiedad al comprador y también expresamente que el mismo vendedor recibe en arrendamiento la cosa vendida pagando por ello merced al nuevo propietario» (sentencia de 12 de abril de 1957); d) se desestima la infracción de los artículos 1.462 y 1.464 del Código Civil, alegada por el recurrente, funda su pretensión en el otorgamiento de escritura pública de los derechos que fueron objeto de venta, atribuyendo la propiedad al actor en base a su *prioridad posesoria*, subrayando la sentencia que «la tradición *ficta* debe ceder ante la posesión real de la cosa» (sentencia de 17 de noviembre de 1959).

(51) ALBACAR LÓPEZ, J. L., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, V, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 221, quien afirma que la doctrina científica se inclina hoy por una orientación «que sólo atribuye operatividad a efectos de adquirir el dominio de la cosa vendida a la tradición o entrega real», poniendo de relieve que la posesión ficta debe ceder ante la posesión real de la cosa (sentencia de 17 de noviembre de 1956), toda vez que la tradición instrumental es una presunción *iuris tantum*, que no implica necesariamente el transferimiento de la posesión, combatible cuando no concuerde con la realidad (sentencia de 19 de noviembre de 1975).

(52) GARCÍA CANTERO, «Comentario al artículo 1.473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 255.

(53) GORDILLO, *La inscripción en el Registro*, cit., págs. 190 y 192.

de los artículos 1.473.2 y 1.462.2 del Código Civil, «en cuanto (dice el recurrente) la posesión real que exige el artículo 1.473 para acreditar la transmisión no puede suplirse por la *traditio ficta* del artículo 1.462.2 del Código Civil, ya que la primera tenencia del terreno inmueble, que se vende dos veces, es la tenencia real o posesión real, lo que hace que no exista transmisión real del bien por la escritura de 1979, pues el artículo 1.473 exige una posesión real». El criterio que manifiesta este motivo —dice la sentencia— se estima por esta Sala erróneo: «En primer lugar, porque el artículo 1.473 se refiere únicamente a la “posesión”, sin añadir real; en segundo lugar, porque el artículo 1.462.2 no hace distinciones ni salvedades, y es obvio que **la tradición instrumental transmite la posesión “real”, siempre que no se pruebe lo contrario, prueba no obtenida en esta litis. Posesión la aludida, la que deriva de la tradición instrumental, suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria** y para demandar de desahucio al ocupante material de inmueble, como se deduce de las sentencias de 24 de mayo de 1941, 10 de diciembre de 1945 y otras. **En todo caso, posesión real no es equivalente a posesión o detentación material, como se ve en varias relaciones jurídicas contractuales** (arrendamiento, depósito, precario, etc.). Todo ello aun prescindiendo de que, como ya se dijo, el artículo 1.473 del Código Civil no es aplicable al caso litigioso ahora *sub iudice*. Lo equivocado del motivo se corrobora con las distinciones que respecto de la posesión se hacen en los artículos 430, 431 y 432 del Código Civil, que ponen de relieve la ambigüedad de la que el recurso llama «posesión real». Por último, también conduce a la desestimación de este motivo la distinción, que parece ignorarse, entre transmisión del dominio en documento privado y transmisión en documento o escritura pública; de modo que, como se deduce de las sentencias de 25 abril 1949 y 14 junio 1946, y otras, *es sólo la transmisión mediante escritura pública la que transfiere el dominio y la acción real sin necesidad de justificar la entrega material de la cosa vendida, no así cuando la base de la enajenación es un documento privado*».

El criterio mantenido en esta sentencia, cuya crítica es, para nuestro tema, innecesaria, conduce a una conclusión contraria al designio legislativo manifestado en el texto del artículo 1.473.

B) *La equiparación de la tradición instrumental a la posesión elimina la aplicación de la preferencia adquisitiva basada en la antigüedad del título*

En defecto de inscripción y de posesión, la propiedad pertenecerá «a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe», según dispone el inciso final del párrafo tercero del artículo 1.473.

Quedó apuntado que, según la opinión común, el término *título* se emplea aquí en sentido material, equivalente al *contrato* de compraventa, en el que reside la concorde voluntad de los contratantes de transmitir el dominio.

El precepto no exige que el título se perfeccione en una *forma* determinada, ya que la compraventa es un contrato consensual, por lo que el título será válido tanto si el consentimiento contractual se exterioriza en forma verbal o en forma escrita, y, en este caso, tanto vale el documento privado como el público.

Supuesto que la primera venta, la de fecha más antigua, se haya celebrado verbalmente o en documento privado, y la segunda venta, es decir, la de fecha más moderna, se haya otorgado en escritura pública, si se mantiene que la escritura pública equivale en principio a la entrega o tradición, conforme al artículo 1.462.2.º del Código Civil, siempre resultará preferente el título de fecha más moderna, por estar incorporada la tradición a la escritura pública. En cuyo caso, faltando en rigor la *posesión*, prevalecerá siempre el criterio de preferencia de la *tradición* que, por hipótesis, conlleva el otorgamiento del título en escritura pública (*tradición instrumental*). De tal suerte, la llamada *traditio ficta* prevalecería, como si se tratara de verdadera posesión, sobre el contrato de fecha más antigua. Con esta argumentación se arruinan las posibilidades de aplicar el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1.473.

La interpretación que se mantiene en la sentencia citada, y que admiten algunos autores, contradice el criterio del legislador. Por eso, ante un problema de doble venta, no se debe considerar la referencia a la *posesión* equivalente a la de *tradición*.

Con particular referencia a la tradición instrumental se debe separar el significado de la escritura pública como *título* y su posible valor como *tradición*, admisible como medio de transmisión del dominio en una venta singular.

Siempre que se pueda probar la mayor antigüedad del título de una primera venta, celebrada verbalmente o en documento privado, será preferente sobre la más moderna, aunque ésta figure en escritura pública.

La tendencia generalizada a hablar de *tradición* en lugar de *posesión* en la exégesis del artículo 1.473 del Código Civil puede conducir a resultados contrarios al designio legislativo que inspira este precepto, como el que acabo de exponer.

En rigor, aunque en términos generales la posesión se puede considerar como una forma de tradición, no siempre ocurre así, como he puesto de relieve en otro lugar (54).

(54) Cfr. A este respecto, en mi estudio *Posesión*, cit., trato de la distinción y conexiones entre detentación, posesión y propiedad, y de las varias funciones que cumple la posesión en otras relaciones jurídicas, distintas de la asignada en el artículo 1.473; muy en particular, en materia de sucesión hereditaria y en materia de usucapión (sobre esta última, cfr. MORALES MORENO, A. M., *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972).

4. CRITERIO DE PREFERENCIA BASADO EN LA PRIORIDAD DE LA INSCRIPCIÓN

A) *Cuestiones que plantea la adquisición del dominio por la prioridad de la inscripción*

El criterio de preferencia que resuelva el conflicto de la doble venta inmobiliaria se enuncia en el artículo 1.473, en los siguientes términos: «*Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*».

Las cuestiones que plantea el artículo 1.473 del Código Civil se refieren básicamente al fundamento de la adquisición del dominio por el comprador que primero inscribe en el Registro, a si la inscripción que realiza requiere o no la previa inscripción del transmitente, a si es o no necesaria la buena fe de quien primero inscribe, y a si existiendo buena fe debe ésta mantenerse hasta la práctica del asiento.

B) *La adquisición de quien primero inscribe procede del titular del dominio*

Uno de los requisitos necesarios para que exista supuesto de doble venta es, como quedó expuesto, que la propiedad de la cosa o derecho que es objeto de venta corresponda al vendedor. De modo que la transmisión al comprador a quien se atribuye la propiedad en caso de conflicto, cualquiera que sea el criterio de preferencia que se aplique, procede de la titularidad del vendedor. De otro modo, se trataría de una venta de cosa ajena y, como se advierte en la doctrina, si se vende una cosa ajena no se puede transmitir su propiedad, salvo que se trate de una adquisición *a non domino* conforme a lo establecido en el artículo 34 LH.

Pero el conflicto entre los dos posibles adquirentes de dominio en una doble venta queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 LH, circunscrito a la doble transmisión sucesiva en que la propiedad pasa de un primer titular inscrito, **A**, a otro, **B**, y de éste, que aparece en el Registro con facultades para transmitir, a un tercero, **C**, que es mantenido en su adquisición en base no al principio de prioridad sino de fe pública. En el supuesto del artículo 34 LH, hay una sucesión lineal (de **A** a **B** y de **B** a **C**), en la que el conflicto que se resuelve está planteado entre el *verus dominus* y un *tercero*, que adquiere de quien no es propietario.

Diversamente, en el conflicto de a quién corresponde la propiedad en una doble venta, el *verus dominus* no es nunca un posible adquirente del dominio, sino precisamente el titular del dominio, quien crea el problema de atribución de la propiedad entre los dos posibles adquirentes a quienes ha proporcionado con la doble venta títulos de adquisición incompatibles. De tal modo que, cualquiera que sea el comprador a quien se atribuya la propiedad, será siem-

pre un mismo sujeto —no dos, como en el art. 34 LH— el causante de la transmisión de la cosa doblemente vendida. Y el adquirente no será un *tercero* respecto al *versus dominus*, sino *causahabiente* del titular transmitente.

En la doble venta, el comprador a quien se atribuye la propiedad adquiere siempre *a domino*. El comprador que primero inscribe queda protegido por el artículo 32 LH. No es un *subadquirente*, como en el supuesto del artículo 34 LH, sino un *adquirente*, como subraya GARCÍA GARCÍA (55).

C) *La inscripción registral*

La prioridad de la inscripción que resuelve el conflicto del artículo 1.473 del Código Civil responde al principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, que se acoge en el artículo 32 LH (56). La consecuencia de la inoponibilidad es que la venta inscrita, frente a la que no se inscribió, «*es la única que tiene efectos reales plenos, erga omnes, mientras que... la no inscrita tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron*» (57).

Sobre la cuestión de si es necesario que la inscripción a que se refiere el artículo 1.473.II del Código Civil requiere, al igual que en el artículo 34 LH, la previa inscripción de la titularidad del vendedor, o si, por el contrario, es suficiente con realizar cualquier inscripción, aunque no conste inscrita la titularidad del transmitente, entiendo que la previa inscripción, que no aparece mencionada en el artículo 32 LH, no es exigible al comprador que trata de proteger su adquisición frente a otro posible adquirente —no frente al causante de quien a él le transmite— valiéndose de la prioridad de la inscripción que le ofrece la ley.

La exigencia de la previa inscripción está desprovista de justificación en el caso de la inscripción que decide el conflicto de doble venta, donde lo que importa es la prioridad de la inscripción, no frente a un titular inscrito sino frente a un titular que no inscribió, pudiendo hacerlo. En el caso del artículo 1.473.II del Código Civil, *no importa* que «*se trate de primera o segunda inscripción*, pues no se atiende a la clase de medio inmatriculador ni éste tiene nada que ver con la cuestión de la doble venta, sino que *lo que interesa es la*

(55) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, II, cit., pág. 82.

(56) Díez-PICAZO, *Fundamentos*, III, 4.^a ed., 1995, pág. 476, incluye en el artículo 32 el supuesto de una «doble transmisión dominical que tiene su origen en el mismo transmitente». Y precisa: «Cuando los dos negocios traslativos obedecen a causa de venta, nos encontraremos en presencia de la hipótesis de doble venta cubierta también por el artículo 1.473 del Código Civil, que parece una consecuencia para un caso particular del principio general de los artículos 32 LH y 606 del Código Civil».

(57) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, II, cit., pág. 82.

fuerza de la prioridad y de la publicidad registral del que primero acude al Registro de la Propiedad, frente a la negligencia del que no accede al Registro o llega después. Aquí, el efecto de la inoponibilidad es *instantáneo* porque no está en juego un problema de debilidad o no del título inmatriculador, que es para lo que se dictó la suspensión de efectos del artículo 207 LH» (58). Es indiferente que el comprador que primero inscriba carezca de los requisitos del artículo 34 LH, porque no se trata de hacer prevalecer su inscripción frente a la del titular contra el que prevalece la adquisición del tercero del artículo 34 LH, ni frente a ningún otro título inscrito.

Es claro que, como advierten Díez-PICAZO y GULLÓN, «el artículo 207 LH priva de los efectos de la fe pública registral dos años a la inscripción inmatriculadora, pero en relación con los sucesivos adquirentes del inmatriculante» (59), comprador cuyo título de adquisición, no inscrito, tiene origen en el mismo causante.

El criterio de preferencia del artículo 1.473.II del Código Civil es aplicable a la doble inmatriculación *procedente de una doble venta* (lo que no es claro cuando la doble inmatriculación proceda de otras causas). Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven el problema de doble inmatriculación derivado de una doble venta (cuando en rigor ésta existe en los términos descritos al tratar anteriormente del supuesto de hecho) mediante la aplicación del artículo 1.473.II del Código Civil (60).

D) *La buena fe del comprador no mencionada en el artículo 1.473.II del Código Civil*

Aunque el artículo 1.473.II del Código Civil no menciona la necesidad de proceder de buena fe del comprador que antes haya inscrito su adquisición en el Registro, una corriente de opinión (AMORÓS, Díez-PICAZO, GORDILLO) aprecia que si bien la buena fe no aparece mencionada en el precepto, al igual que en el artículo 1.859 del Proyecto de 1851, que le sirve de precedente, como tampoco en la Ley Hipotecaria de 1861, no cabe dudar de que en ésta la

(58) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, II, cit., pág. 427. Pasaje que cita, manteniendo la misma opinión, GORDILLO, *La inscripción en el Registro*, cit., pág. 196.

(59) Díez-PICAZO, GULLÓN, *Sistema*, II, 6.ª ed., 1989, pág. 314.

(60) Cfr. CLEMENTE MEORO, M., «Doble venta y doble inmatriculación de finca en el Registro de la Propiedad (Comentario a la sentencia del TS, de 19 de julio de 1999)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, año 2000-1, núm. 4, pág. 361 y sigs.; RUBIO GARRIDO, T., «Comentario a la STS de 19 de julio de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 2000, núm. 52, pág. 59 y sigs. Vid. también, GORDILLO, *La inscripción en el Registro*, cit., pág. 202, nota 483.

buena fe es un principio general que se puede reconocer a través de diversos pasajes de la Exposición de Motivos. Ese silencio del artículo 1.473.II puede explicar algunas desafortunadas sentencias del Tribunal Supremo en la interpretación del precepto durante los primeros años de vigencia del Código (61). Pero, con independencia de la discusión sobre el tema, lo cierto es que la jurisprudencia ha zanjado toda posible controversia sobre este punto, y hoy no cabe albergar duda alguna de que el comprador que primero inscribe ha de actuar con buena fe. Una jurisprudencia de muchos años, constante, sin desviación alguna, viene exigiendo como condición esencial la buena fe del comprador en la doble venta inmobiliaria.

La noción de buena fe exigible en esta situación de conflicto no difiere de la que se requiere cuando la doble venta versa sobre bienes muebles. Con referencia al artículo 32 LH, que cubre la situación gobernada por el artículo 1.473.II del Código Civil, dice Díez-PICAZO: «No cabe duda de que la buena fe que integra el artículo 32 es algo distinto de la confianza en el Registro. Rigurosamente parece que es buena fe extrarregistral. Puede ser entendida de acuerdo con esquemas civiles puros como confianza del adquirente en su propio negocio adquisitivo y, por consiguiente, como creencia de que quien a él le transmitió era propietario y podía enajenar o disponer, si se trata del adquirente de un derecho real. Igualmente es creencia en la libertad de gravámenes o en la inexistencia de un derecho anterior y preferente» (62).

La cuestión acerca de si la buena fe inicial del comprador ha de existir en el momento de la práctica de la inscripción no tiene en la doctrina una solución pacífica. GARCÍA GARCÍA entiende que la *formación* de la buena fe «coincide con la de la declaración de voluntad negocial, sin tener nada que ver ni con el momento de la tradición ni con el de la inscripción» (63). Y Díez-PICAZO estima que «la buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio adquisitivo sin que tenga que perdurar hasta el momento de la inscripción» (64). Entiendo, sin entrar en el problema de si la buena fe debe mantenerse en el momento de inscribir cuando se trata de una *adquisición a non domino*, que en el caso de la doble venta exigir la buena fe en el momento de la inscripción significaría para el comprador que, después del contrato, conoce la existencia de una primera venta, abandonar su suerte a la incierta diligencia del comprador que contrató antes que él.

También en el supuesto del artículo 1.473.II del Código Civil, la buena fe es una *cuestión de hecho* y, como tal, es apreciable por el Tribunal de Instancia, como ha subrayado una jurisprudencia reiterada.

(61) De las que da cuenta RUBIO GARRIDO, *La doble venta*, cit., pág. 59, nota 112.

(62) Díez-PICAZO, *Fundamentos*, III, 4.ª ed., 1995, pág. 473.

(63) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, II, cit., 1993, pág. 351.

(64) Díez-PICAZO, *Fundamentos*, loc. cit., últimamente, pág. 460.

5. CRITERIO DE PREFERENCIA BASADO EN LA ANTIGÜEDAD DEL TÍTULO

Conforme al artículo 1.473.II, «cuando no haya inscripción, *pertenecerá* la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, *a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe*».

Por título de fecha más antigua ha de entenderse, según la opinión prácticamente dominante, el contrato en que reside la virtualidad de la transmisión al comprador. Se trata, por tanto, del título en sentido material, sin que importe el instrumento formal (la expresión verbal o documental, privada o pública).

El conflicto se plantea entre *dos acreedores de dominio*, por lo que se ha de entender que el comprador preferido no adquiere por el solo título la propiedad, como han entendido algunos autores (65), sino que la antigüedad del título le proporciona una preferencia adquisitiva frente al comprador con título de fecha posterior. La preferencia adquisitiva que proporciona el título más antiguo se traduce en el derecho a exigir del comprador el cumplimiento del contrato en forma específica.

Reconocida la antigüedad del título queda resuelto el conflicto de doble venta. A partir de este momento es aplicable la norma general del sistema de transmisión de la propiedad que se contiene en el artículo 609 del Código Civil.

VII. CONCLUSION

El régimen de la doble venta, como medio de solución de un *conflicto* sobre la atribución de la propiedad entre dos compradores que, con títulos igualmente válidos para adquirir la propiedad, no encuentran una solución para determinar quién adquiere el dominio en la doctrina del título y el modo, acogida en el artículo 609 del Código Civil, se ha de considerar como una corrección, no simplemente una desviación a esta doctrina. Unicamente es aplicable la norma general de adquisición mediante tradición cuando el conflicto de doble venta se resuelve por el criterio de antigüedad del título.

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Profesor emérito de la Universidad de Valencia

(65) Así, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, 1, 1, 2.ª ed., Barcelona, 1988, pág. 233; ALBACAR LÓPEZ, J. L., *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, V, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 222, entiende que el criterio de antigüedad del título «comporta una excepción a la doctrina, general en nuestro sistema, de la adquisición de las cosas mediante el título y el modo (art. 609), toda vez que *otorga eficacia adquisitiva a la mera ostentación del título* sin necesidad de la constancia del modo o tradición que en los demás casos consuma la adquisición» (subrayado por mí).

La función económica de los sistemas registrales (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. DERECHO DE PROPIEDAD Y CRECIMIENTO ECONOMICO.—3. DERECHO DE PROPIEDAD Y ECONOMIAS REALES.—4. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO REDUCTOR DE COSTES DE INFORMACION.—5. LOS SISTEMAS REGISTRALES COMO REDUCTORES DE ASIMETRIAS INFORMATIVAS.—6. LOS DIFERENTES TIPOS DE SISTEMAS REGISTRALES.—7. LA EFICIENCIA DE LOS DIFERENTES SISTEMAS REGISTRALES.—8. LIMITES DE LOS EFECTOS PUBLICOS DE LA INTERVENCION DE LOS REDACTORES DE DOCUMENTOS (NOTARIOS, EN EL CASO ESPAÑOL) EN RELACION CON EL REGISTRO.—9. EFECTOS SI SE SOBREPASAN DICHOS LIMITES.—10. EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL.

1. INTRODUCCION

La existencia de instituciones que garanticen —eficaz y eficientemente— la seguridad de las transacciones es considerada de forma cada vez más general como un requisito esencial para un eficaz funcionamiento de la vida económica. Es más, la relación existente entre seguridad jurídica preventiva, más precisamente, entre sistema registral y crecimiento económico, es hoy universalmente reconocida.

Así, por ejemplo, el Banco Mundial en su informe de 1996: *From Plan To Market, World Development Report*, afirma taxativamente:

«Un Registro de la Propiedad resulta fundamental y esencial para el desarrollo de una economía de mercado que funcione. Mejora la seguridad de la titularidad y de la tenencia, disminuye los costes de las transferencias

(*) Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI, el 21 de marzo de 2002, en el ciclo «España en un mundo globalizado».

de bienes y proporciona un mecanismo de bajo coste para resolver las eventuales disputas sobre los bienes».

Así pues, la contribución, decisiva, de la seguridad jurídica cautelar en general y, en el ámbito que nos ocupa, de los sistemas registrales de seguridad jurídica en particular, al crecimiento económico, parece no admitir dudas. En consecuencia, puede afirmarse que cuanto más eficientemente preste su función un sistema registral, en mayor medida contribuirá al crecimiento económico.

En la presente intervención realizaré, en primer lugar, una aproximación teórica —dentro de los límites de una intervención de este tipo— a las razones por las cuales un sistema registral de seguridad jurídica preventiva es esencial para el crecimiento económico. En segundo lugar haré referencia a las razones por las cuales los Registros de derechos son superiores a los Registros de documentos. En tercer lugar haré referencia a los límites de los efectos públicos de los documentos que contienen actos y contratos privados en relación con el Registro, si se quiere mantener un sistema registral de derechos. En cuarto lugar, me referiré al caso español y a la reciente y profunda reforma de que ha sido objeto.

2. DERECHOS DE PROPIEDAD Y CRECIMIENTO ECONOMICO

Algunos autores singularmente relevantes (1), sostienen que si bien es evidente que el aumento de uno o varios factores productivos (más capital, más trabajo) o las mejoras cualitativas de éstos (técnicas muy productivas, personal muy capacitado) aumentan la productividad y son indispensables para que haya crecimiento. En realidad ninguno de estos factores son las causas del crecimiento, sino que *son* el crecimiento mismo.

Las causas por las que se produce este fenómeno en las diversas sociedades hay que buscarlas en una organización económica eficaz, y, más concretamente, en el establecimiento de un sistema eficiente de derechos de propiedad que hacen que valga la pena emprender actividades socialmente productivas.

En este mismo sentido, los estudios sobre el desarrollo económico revelan frecuentemente que las diferencias en la configuración de los derechos de propiedad en sociedades con niveles similares de recursos han contribuido

(1) NORTH, D. C., especialmente *«Institutions, institutional Change and Economic Performance»*, Cambridge University Press, 1990, y *Structure and Change in Economic History*, WW Norton and Company, 1981. Asimismo, LIBECAP, GARY D., *Contracting for Property Rights*. Cambridge University Press, 1989.

decisivamente a las variaciones observadas en los niveles de desarrollo económico (2).

¿Por qué se produce este fenómeno? El modo en que los derechos de propiedad son definidos y protegidos repercute de un modo fundamental en el desarrollo económico por múltiples razones. De entre ellas, cabe destacar el hecho de que estructuran incentivos para el desarrollo económico, mediante la asignación de la propiedad sobre activos evaluables y la designación de los sujetos a quienes corresponden los beneficios y costes de las decisiones sobre el uso de los recursos. Y si los costes privados exceden de los beneficios privados en una determinada actividad, los individuos no la emprenderán aun cuando sea socialmente provechosa. *Y eso sucederá siempre que los derechos de propiedad no estén suficientemente definidos o no se hagan respetar.*

Una organización eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios (3).

Supuesto dicho marco institucional, la experiencia demuestra que la mayoría prefiere tener más bienes a tener menos y que actúa de acuerdo con esa premisa. Para el crecimiento económico basta, entonces, que una parte de la población sea ambiciosa.

El crecimiento económico hay que buscarlo, pues, en una adecuada organización de los derechos de propiedad.

Pero, ¿porqué son tan importantes los derechos de propiedad?

3. DERECHOS DE PROPIEDAD Y ECONOMIAS REALES

Porque, a diferencia de lo que sucede en el modelo neoclásico —en el modelo walrasiano—, en el que domina la hipótesis del mercado perfectamente competitivo, en el mundo real hay falta de información.

En efecto, el modelo de la economía neoclásica parte de la premisa de plena información y de decisión racional en un entorno económico cierto y seguro. Como se ha señalado (4), esta circunstancia permite a cada partícipe adoptar sus decisiones sin coste alguno: no hay costes de búsqueda, pues el intercambio se hace con el mercado, no con los individuos; no hay costes de

(2) LIBECAP, GARY, *op. cit.*, pág. 2.

(3) NORTH, D. C., *The Rise of the Western World. A New Economic History*, págs. 5-7. Cambridge University Press, London, 1973.

(4) PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y sistema notarial. Una aproximación económica», en *Fe Pública y Vida Económica*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1997, pág. 61.

medición de los atributos del bien, pues todos están incorporados al precio; no hay costes de diseño del contrato porque se trata de una transacción discreta que no requiere reglas; no hay costes de ejecución del contrato, porque la ejecución no se diferencia —más bien coincide— con la celebración.

En este modelo han sido eliminadas todas las actividades costosas, requeridas, sin embargo, para el funcionamiento de los mercados reales, y, en consecuencia, el mercado puede usarse sin costes. En este mundo, la eficiencia económica es independiente de la estructura de los derechos de propiedad. Es más, puede incluso abandonarse el supuesto de los derechos de propiedad sin consecuencia alguna (5).

En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y precisamente por eso falla. De hecho, si en el modelo perfectamente competitivo abandonáramos la hipótesis de información completa y la sustituyéramos por la de información incompleta, nos acercaríamos mucho a los mercados reales, que se caracterizan porque los intercambios resultan costosos.

El que la realización de los intercambios sea costosa constituye el freno fundamental para la especialización y, también para el desarrollo, ya que la especialización sólo es útil si los productores intercambian entre sí y con los consumidores sus recursos y productos (6), lo que depende del nivel de los costes en que haya que incurrir para realizar dichos intercambios lo que, a su vez, lleva a que quienes deseen intercambiar instrumenten prácticas que conduzcan a la reducción de aquéllos, siempre que las pérdidas que se produzcan al aplicar esas prácticas sean menores que los costes de transacción que se ahorran.

Los costes asociados a los intercambios —que en la jerga económica reciben la denominación de *costes transaccionales*— son considerados precisamente por ello como *imperfecciones del mercado*, en el sentido de que miden la distancia que media entre la hipótesis del mercado perfectamente competitivo del modelo neoclásico y las economías reales y permiten explicar la diferencia existente entre la asignación efectiva y potencial de los recursos. Pues bien, dado que la hipótesis de mercado, perfectamente competitivo del modelo neoclásico, es la que consigue una óptima asignación de recursos y,

(5) Coase, R. H., *The Firm the Market and the Law*. The University of Chicago Press, 1988, pág. 19. CHEUNG, STEVEN, N. S., *Will China Go «Capitalist»?*, 2.^a ed., Hobar Paper 94. London, Institut of Economic Affairs, 1986, pág. 37. EGGERTSSON, T., *Economic Behaviour and Institutions*. Cambridge University Press, 1990, págs. 38 y sigs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 61.

(6) ARRUÑADA, B., «Limitaciones institucionales al desarrollo de la empresa», en *Papeles de la Economía Española*, núms. 78-79, págs. 17-32. Véase también *Principios organizativos en la producción de seguridad jurídica preventiva*, documento de trabajo facilitado por el autor, a quien deseo expresar mi agradecimiento.

por hipótesis, una eficiencia máxima, y dado que los costes transaccionales, tal y como hemos expresado, miden la diferencia existente entre la asignación efectiva y potencial de los recursos, es forzoso concluir *que la finalidad esencial de todo sistema institucional consiste en reducir todo lo posible los costes transaccionales y, especialmente, su componente subyacente fundamental, cuales son los costes de información o incertidumbre.*

Pues bien, los sistemas de seguridad jurídica cautelar o preventiva en general, son instituciones surgidas, precisamente, con esa finalidad. Y, en el ámbito que nos ocupa, esa es la finalidad esencial de los sistemas registrales inmobiliarios: disminuir la incertidumbre jurídica en el ámbito inmobiliario, conteniendo, en consecuencia, los costes de información jurídica en dicho sector. Y, en la medida en que lo consiguen, contribuyen a la eficiencia y, por tanto, al crecimiento económico.

4. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO REDUCTOR DE COSTES DE INFORMACION

Para comprender adecuadamente el alcance de esta afirmación hay que tener en cuenta, al menos, las siguientes tres ideas:

4.1. El Registro de la Propiedad actúa sobre uno de los elementos centrales del sistema económico, cual es el de la definición, atribución y protección de los derechos de propiedad. Y, como se ha observado (7), sin derechos de propiedad no hay mercado, puesto que los agentes no podrían intercambiar los bienes si no existiese una vinculación entre los propietarios y esos bienes; sin derechos de propiedad eficientes no hay mercados eficientes y sin estos últimos no hay crecimiento económico.

Esta idea aparece perfectamente ilustrada en el siguiente ejemplo (8). Si imaginamos una sociedad sin un sistema registral, por muy imperfecto que sea, el hipotético comprador de una propiedad encontraría muchas dificultades en saber si el vendedor es, realmente, el único propietario legítimo; correría el riesgo de que el día de mañana pudieran aparecer otras personas que reivindicaran el derecho transmitido por el vendedor o titulares de cargas ocultas por el mismo a fin de obtener mayor precio (ejemplo: hipoteca).

En tal situación, cada uno habría de consagrar mucho tiempo y muchos esfuerzos a informarse sobre el estatuto jurídico de los bie-

(7) DE TORRES SIMÓ, P., *Seguridad jurídica, valor económico*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, 1994.

(8) LEPAGE, H., *¿Por qué la propiedad?*, CCE, Madrid, 1985.

nes que trata de adquirir e investigar las posibles cargas a que podrían estar sujetos y que el vendedor trataría de ocultar —lo que hará, si puede hacerlo, cuando el beneficio de tal ocultación sea superior al valor de las oportunidades alternativas que se le ofrezcan—. Las incertidumbres inherentes a dicha situación se convertirían en una fuente de costes personales que el comprador habría de tener en cuenta. Si la suma de todos estos costes de incertidumbre —de transacción— llegase a ser demasiado elevada en relación con las futuras ganancias que una operación de compraventa podría producir, dicha operación no se produciría y los recursos quedarían infrutilizados.

4.2. Además, hay que tener en cuenta —y deseo subrayar la importancia de este aspecto de la cuestión— que en una situación semejante, tampoco el prestamista consideraría la propiedad así adquirida como una garantía suficiente para asegurar su inversión crediticia, por lo que, o bien no prestaría, o bien, como ya decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861, *compensaría tal incertidumbre con intereses exorbitantes*.

De hecho, si nos atenemos al origen histórico de la mayor parte de los sistemas registrales, podemos afirmar que la razón inicial de su implantación fue, originariamente, posibilitar que la riqueza inmueble de un individuo pudiera servir de garantía al crédito, la gran palanca de toda economía moderna, que, como se ha dicho, no es sino una *economía de créditos* (9).

Sirva como prueba de lo dicho, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861:

«Nuestras Leyes Hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la propiedad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación la reforma es urgente e indispensable para la creación de Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados».

(9) LEPAGE, H., *Op. cit.*, pág. 106.

La finalidad originaria fue, pues, asentar sobre sólidas bases el crédito territorial, para que, de este modo, pudieran desarrollarse Bancos Territoriales y se moderaran los tipos de interés, y para ello era necesario dar certidumbre al dominio y a los demás derechos reales sobre la cosa (10).

4.3. Como hemos dicho, la incertidumbre en los mercados tiene su origen en la falta de información. Y ésta se halla en la base de todos los costes en que es necesario incurrir para prevenirse contra los riesgos que la desinformación genera. Para reducir todos estos costes asociados a los intercambios, en las sociedades civilizadas se emplean múltiples instituciones, cuya finalidad es proteger los derechos de propiedad y reducir las asimetrías informativas entre los protagonistas de los intercambios, *asimetrías que se hallan en la raíz del conflicto entre las partes contratantes*.

Una de las características de las economías reales es que el nivel de *información/desinformación* no es *homogéneo*, sino que, por el contrario, son habituales los supuestos de asimetría informativa, es decir, los supuestos en los que una de las partes contratantes conoce mucho mejor que la otra los atributos (incluidos los jurídicos, únicos relevantes a los efectos de esta exposición) del bien objeto de intercambio (11). La desigualdad informativa tiene su origen en que diversos atributos esenciales de los bienes objeto de intercambio pueden permanecer ocultos a los ojos del comprador potencial y, a menudo, incluso a los del vendedor. Con frecuencia, en el hecho de que la posesión por el vendedor de un determinado bien —la cual sí suele hacerse patente con facilidad al comprador— no garantiza que esa persona ostente realmente la propiedad de dicho bien, ni, en caso de que el poseedor sea propietario, informa acerca de en qué grado esa propiedad está gravada por derechos reales en favor de terceros.

Las derivaciones de la asimetría informativa son múltiples, así como las instituciones generadas para prevenir o compensar los riesgos que de ella derivan.

Pero, a los efectos de esta exposición, interesa destacar un aspecto: probablemente, a la parte mejor informada respecto de los atri-

(10) Más extensamente sobre este particular, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *La función económica del sistema registral*, conferencia pronunciada en Minsk (Bielorusia), en febrero de 1997, y publicada en el Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, núm. 70, 1997.

(11) Sobre los problemas de la asimetría informativa en el mercado inmobiliario, PARDO NÚÑEZ, C. R., «Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital», en *RCDI*, julio-agosto de 1994, págs. 1522-1561.

butos jurídicos del bien objeto de intercambio le representa alguna utilidad ocultar esa información. Y, según el supuesto conductual que maximiza la riqueza, la parte mejor informada ocultará o mentirá cuando el resultado de esa actividad sea mayor que el valor de las oportunidades alternativas que se le ofrezcan. En definitiva, la asimetría informativa, en relación a los atributos del bien objeto de intercambio, genera el riesgo de comportamientos oportunistas (12), especialmente graves en el ámbito inmobiliario. Piénsese que uno de los problemas fundamentales que se planteaban en España, así como en otros países, con anterioridad a 1861, era el denominado *crimen stellionatus*, es decir, la ocultación por el vendedor al comprador de las cargas que pesaban sobre el inmueble.

La existencia, así, de mecanismos eficientes y eficaces dirigidos a disminuir las incertidumbres derivadas de los *déficits asimétricos de información*, se erige en una cuestión capital y su ausencia deviene así en un obstáculo crítico para aumentar la especialización, la división del trabajo, el intercambio, y, finalmente, el crecimiento económico y el bienestar público, pues la consecución de todo ello requiere una larga y compleja cadena de contratos (13).

5. LOS SISTEMAS REGISTRALES COMO REDUCTORES DE ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

En los sistemas jurídicos más elementalmente organizados, las dificultades que originan las asimetrías informativas entre comprador y vendedor se mitigan tan sólo mediante fórmulas privadas de salvaguardia, basadas en la responsabilidad del transmitente establecida mediante garantías contractuales, cuya ejecución o *enforcement* se logra mediante la presencia repetida del vendedor en el mercado (a veces) (14) y a través de la intervención judicial *ex post*, de

(12) Sobre el oportunismo, véase WILLIAMSON, O. E., *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*, Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea, México D.F., 1991.

(13) MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., en «Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema», trabajo presentado en el Workshop del WPLA sobre *Safety Mechanisms in the creation o immovable Property Markets: Protecting Rights*, celebrado en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 2000, organizado por la UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Véase, NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.

(14) ARRUÑADA, B., «Limitaciones institucionales al desarrollo de la empresa», en *Papeles de la Economía Española*, núms. 78-79, págs. 17-32. Véase también *Principios organizativos en la producción de seguridad jurídica preventiva*, documento de trabajo

modo que hasta que no se produce, eventualmente, una sentencia judicial, los «vicios ocultos», origen de las asimetrías informativas, perviven, lo que, como hemos visto, dificulta las transacciones sobre los bienes y derechos afectados.

Para evitar estas asimetrías por derechos ocultos —y también, en alguna medida, para facilitar la actuación judicial *ex post*—, la práctica totalidad de los derechos modernos han dispuesto algún tipo de intervención pública *ex ante* que reduzca en la mayor medida posible los costes de información o incertidumbre en la contratación inmobiliaria. Esta es precisamente la finalidad de los sistemas registrales.

Los Registros son la parte del sistema de seguridad jurídica preventiva que tiene como función facilitar las transacciones mediante la publicidad de sus documentos y/o derechos, según el sistema de que se trate. Reducen así asimetrías informativas, protegen los derechos de propiedad y clarifican a los contratantes potenciales quiénes son titulares de cada derecho, de tal modo que la contratación resulte a todos más fácil y segura, *en mayor o menor medida, según el diseño y eficacia de cada sistema registral*.

Es, además, un lugar común en la literatura económica que una clara definición y protección de los derechos de propiedad promueven inversiones eficientes, disminuyen el riesgo de expropiación, incrementan las expectativas de recuperación de las inversiones de capital, disminuyen el riesgo para los acreedores hipotecarios, y, en consecuencia, los tipos de interés de los créditos hipotecarios; disminuyen, igualmente, los costes de tramitación y ejecución hipotecarias, en su caso, lo que, a su vez, aumenta la liquidez de las inversiones inmobiliarias. Todo ello redundaría, a su vez, en una reducción general de costes transaccionales y, finalmente, facilita la realización de transacciones eficientes (15).

6. LOS DIFERENTES TIPOS DE SISTEMAS REGISTRALES

Suele afirmarse que hay tres tipos de sistemas registrales. A los efectos de esta exposición, pueden reducirse a dos (16). A saber:

facilitado por el autor, a quien deseo expresar mi agradecimiento. Véase también PARDO NÚÑEZ, C. R., en *op. cit.*

(15) Véase, por todos, MICELLI, J. T., *Land Titles Systems and Incentives for Development*, University of Connecticut, comunicación presentada en la 14 Conferencia Anual de *European Association of Law and Economics*, Barcelona, 1997.

(16) La posición mantenida por el informe *Land Administration Guidelines, with Special Reference to Countries in Transition*, de UN-ECE (Geneva, 1996) es que hay tres. Esta misma posición he mantenido en *La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho*, en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La calificación registral*, Ed. Civitas, Madrid, 1996. ARRUÑADA, B., en *op. cit.*, distingue, sin embargo, los dos que se citan como fases del proceso de producción de seguridad jurídica preventiva.

6.1. Los sistemas de *mera inoponibilidad* frente a tercero de los títulos no inscritos —también conocidos con el nombre de *Registros de documentos* o «*deeds systems*»—, limitan o acotan el área de investigación de la propiedad, es decir, el número de títulos que deben ser examinados para descubrir quién es el verdadero dueño o, al menos, la persona de quien se puede adquirir sin temor a evicción, pues los títulos no depositados en el Registro no afectan a terceros. Es decir, no informan a quien pretende adquirir un derecho sobre quién es el dueño y demás extremos necesarios, pero sí le dan una información valiosa: que el dueño es, necesariamente, uno de los varios que el Registro publica. Por ello son conocidos bajo la denominación de *mera inoponibilidad* de lo no inscrito y son propios del área francófona. En consecuencia, no eliminan la necesidad de acudir, bien a procedimientos judiciales previos a la adquisición, bien al seguro privado, para quien desee adquirir con un nivel aceptable de seguridad o para quienes deseen utilizar su derecho inmobiliario como garantía de un crédito.

Conviene observar que este tipo de sistemas no cubre por sí solo el nivel de seguridad jurídica requerido por el mercado, y, en consecuencia, necesita ser complementado por mecanismos complementarios de seguridad, normalmente económica, como veremos.

6.2. Los sistemas registrales de *fe pública* —conocidos también como «*registers of titles*» o «*Registros de derechos*»—, denominados así porque producen, entre otros, un fundamental efecto denominado precisamente de «*fe pública registral*».

Tal efecto consiste en que, quien adquiere, mediante contraprestación, *confiando en lo que el Registro publica*, es mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho del transferente, si la causa de anulación o resolución de su derecho no constaba en el Registro y era ignorada por el adquirente —*bona fides*—. El Registro desempeña así, respecto del adquirente, una *doble función: de publicidad y de garantía de lo publicado*.

Para que este fundamental efecto se pueda producir, es necesario que la ley prescriba que, al menos frente a tercero, el contenido de la inscripción registral se imponga frente a la del título que la motivó, en caso de discordancia entre ambas, salvada la buena fe del tercero (17). Es necesario, asimismo, que el Registro ejerza una

(17) La idea de que si se quiere organizar un sistema registral de fe pública es inevitable que la ley asigne a la inscripción efectos autónomos y de que, en caso de discrepancia, prevalezca el asiento frente al título, ha sido originariamente expuesta por PARDO NUÑEZ, C. R., en *La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante*

función de control legal, mediante la cual supervisa que las correspondientes transacciones respeten el ordenamiento legal, tanto en lo que respecta a terceros como a los propios contratantes. Al control se conecta el efecto fe pública, el derecho queda intabulado y el Registro se convierte en un sistema de producción de derechos de propiedad aptos para el mercado («marketables»).

Las inscripciones registrales pueden así informar a los potenciales contratantes e interesados sobre quién 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. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz (18).

Ello es así porque la finalidad fundamental estriba en dar resuelto al público interesado dos enigmas. El primero, el concreto alcance de los derechos sobre cada una de las fincas que integran el territorio nacional. El segundo, la identidad de los legítimos titulares.

De este modo, la labor «investigadora» y «aseguradora» de quien desee realizar una transacción queda reducida a una simple solicitud de información registral. Para que ello sea posible es necesario un sistema organizativo especial del instituto registral, basado en los principios de folio real (el Registro se lleva por fincas), exclusividad específica [por cada finca, un asiento; por cada asiento, un derecho; los derechos incompatibles se excluyen y los compatibles se jerarquizan, conforme a criterios (prioridad) y técnicas (tracto sucesivo) definidos, y exclusividad genérica (un solo sistema registral, lo que excluye la competencia interna entre sistemas y convierten al elegido en un monopolio del tipo del que los economistas denominan «natural»].

Folio real, exclusividad específica y exclusividad genérica devienen en principios organizativos esenciales para que el efecto «fe pública» (el derecho publicado por el Registro es el único existente

el Derecho comparado. Puede verse en *La calificación registral*, T. I, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

(18) ARRUÑADA, B., en *op. cit.*, de próxima publicación. Sobre los riesgos del Registro de derechos, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ en *Seguridad del tráfico versus...*

—Alemania— o el único que necesita conocer quién pretende contratarlo —España— pueda ser generado por el sistema).

7. LA EFICIENCIA DE LOS DIFERENTES SISTEMAS REGISTRALES (19)

Como se ha señalado, tanto desde el punto de vista que proporciona la deducción teórica como del de la evidencia empírica, el Registro de derechos es el que cumple, en más alto grado y de un modo más eficiente, su función económica, tal y como acreditan, no sólo la literatura académica, sino los textos profesionales y los documentos de las agencias internacionales de desarrollo, las cuales han sido muy activas durante los últimos años en apoyar y organizar sistemas institucionales en los países más atrasados y en las antiguas economías socialistas. Esta valoración teórica tiene, además, un sólido fundamento empírico, pues el Registro de derechos es, también, no sólo la fórmula dominante en el mundo, sino que, además, se encuentra en clara expansión (20).

Se observa también que el Registro de derechos, si está bien gestionado, es autosuficiente, en el sentido de que para cubrir el nivel de seguridad jurídica requerido por el mercado, no es necesario acudir a mecanismos complementarios de seguridad económica —con sus correspondientes costes— lo que reviste una importancia capital.

(19) En este apartado sigo, mientras no se indique lo contrario, el análisis realizado por ARRUNADA, B., en *Principios organizativos...* y *El seguro de títulos: naturaleza y perspectivas*, documentos de trabajo de próxima publicación cuyo conocimiento y cita agradezco al autor.

(20) Véase, MANTHORPE, J., *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastal Legislation*, UN-ECE, Londres, 2000.

Tabla 1

Comparación internacional de los costes de transferir la propiedad de bienes inmuebles

	Registros de documentos		Registros de derechos		
	EE.UU.	Francia	Alemania	España	Inglaterra y Gales
Cierre (closing escrow)	1,00 %				1,17 %
Certificaciones	0,02	0,00	0,00	0,03	0,14
Notario		1,28	4,00	0,35	
Registro	0,07	0,10	0,34	0,10	0,20
Búsqueda y seguro de título	0,50				
Costes jurídicos	1,59	1,40	4,34	0,47	1,51
Agente de la propiedad	6,00	5,00	5,50	4,00	2,52
Costes de transacción	7,59	6,40	9,84	4,47	4,03
Impuestos	3,00	7,14	2,00	6,00	1,00
Costes totales	10,59	13,54	11,84	10,47	5,03

Nota: Costes explícitos de transacción como porcentaje del importe de compraventa de un inmueble con un valor de 75.000 dólares.

Fuentes: para España, aranceles oficiales (finales de 1999); para los Estados Unidos, Arruñada (2001) y Galanter y cols. (1994); para los demás países, United Nations Economic Commission for Europe, Meeting of Officials on Land Administrations (1999). Datos tomados de ARRUÑADA, B., en *Principios organizativos...*

En efecto, si bien la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, la igualdad, en sentido contrario, por la que la seguridad económica incorpora la jurídica, es imposible por definición, pues el adquirente desposeído recibe una compensación económica, pero pierde el bien. Ello convierte a la seguridad económica en un sucedáneo imperfecto de la seguridad jurídica, lo que se confirma empíricamente por dos vías.

Por un lado, al observar que los seguros de títulos no cubren el valor del bien, sino tan sólo el precio de compra (total o parcialmente). Así, el seguro de propietario no suele cubrir las plusvalías; el seguro de acreedor suele cubrir el importe del crédito hipotecario, y las pólizas suelen incluir excepciones tan complejas que se ha llegado a decir que éstas aseguran tan sólo que la compañía aseguradora ha hecho un examen cuidadoso del título y ha lis-

tado todos sus defectos. La evolución reciente, sin embargo, parece indicar que se está avanzando hacia una cobertura más completa (21).

Por otro lado, el aseguramiento económico se desarrolla en relación inversa a la seguridad jurídica. Este aspecto es de una singular relevancia. En efecto, como sabemos, los Registros públicos se han desarrollado en grado diferente en los diferentes países, produciendo, por sí mismos, seguridad jurídica en grados también muy diferentes.

Por este motivo, en aquellos países en los que los efectos del Registro son menores, es de esperar —y así suele suceder— un mayor desarrollo de las funciones de los demás participantes en el proceso, así como la aparición de organizaciones especializadas en respuesta a la demanda de seguridad no cubierta por el sistema registral, al contrario de lo que sucede en los países dotados de Registros de derechos, lo que permite concluir que el *nivel de seguridad jurídica del tráfico está en función directa de los efectos asignados al sistema registral por el sistema legal en cada país*. Inversamente, la intensidad y calidad de los efectos de un sistema registral se halla en función directa de las barreras de entrada al mismo, esencialmente de la amplitud y profundidad de las facultades atribuidas al encargado del Registro para controlar que la operación de intercambio, ideada por las partes, no sobrepase los límites impuestos por el sistema jurídico institucional vigente.

Así, las evidencias empíricas demuestran que en aquellos países que se han dotado de sistemas de Registros de derechos, el mecanismo no ha generado mecanismos alternativos o complementarios de seguridad, sencillamente porque no los necesita, si tales Registros están bien gestionados.

Se observa así, por ejemplo, que en Estados Unidos y Francia, la debilidad de los sistemas registrales ha incentivado la producción de seguridad económica por otros agentes. Por el contrario, como en Inglaterra, Alemania o España, que sí han desarrollado sistemas de Registros de derechos productores de fuertes efectos jurídicos, los agentes equivalentes acotan su actividad en la preparación de acuerdos y documentos.

Es más, la propia eficacia del Registro en la definición y protección de los derechos hace no sólo innecesaria sino *inviable*, por el conflicto de intereses que entrañaría, una intervención de quienes preparan los documentos más allá de la dirigida a conformar la voluntad de las partes. Por ello, los *efectos públicos* de la intervención de los notarios latinos (22) o de sus equivalentes en relación con el Registro, en otros países se reduce, *en relación con el Registro*,

(21) VARGAS, J. A., *El contrato de seguro de títulos de propiedad inmobiliaria en Estados Unidos*, Colegio de Notarios del Distrito Federal de México, D.F., 1994.

(22) Como, por ejemplo, de los abogados especializados en transacciones de «*conveyance*», en los países donde son éstos los profesionales que redactan los documentos para el Registro y únicamente en relación con esta finalidad.

a controlar ciertas dimensiones de la calidad de los documentos —identidad, capacidad natural, consentimiento y concordancia entre lo manifestado y lo escrito— con el fin de que los documentos que aspiran a entrar en el mismo reúnan ciertos requisitos mínimos, lo que, a su vez, permite una mayor especialización de los Registros (23).

8. LÍMITES DE LOS EFECTOS PUBLICOS DE LA INTERVENCION DE LOS REDACTORES DE DOCUMENTOS (NOTARIOS, EN EL CASO ESPAÑOL) EN RELACION CON EL REGISTRO

Es ésta una cuestión francamente importante que conviene comprender en su entera dimensión (24).

(23) Nótese que no se está afirmando que con ello se agoten los efectos públicos o privados de la intervención de quienes preparan los documentos. Simplemente se está afirmando que en relación con los Registros no caben más efectos públicos que los enumerados, si se quiere mantener un sistema de Registro de derechos o, incluso, un Registro de documentos. Tratándose de un sistema registral de derechos, la exigencia de documentación pública se halla perfectamente justificada por razones de especialización productiva, entre otras. No sucede lo mismo en los casos de registros de documentos.

(24) Véase ARRUÑADA, B., en el documento de trabajo *Principios organizativos de la seguridad jurídica preventiva*, de próxima publicación, cuyo manejo agradezco al autor. Ciertamente, la creación y desarrollo de los Registros vino a reducir las funciones informativas y dictaminadoras de los preparadores de documentos. El Registro de documentos porque la información registral sustituye a la proporcionada hasta entonces por los propios documentos y la posesión, aparte de que la fecha relevante a efectos de terceros es la de entrada en el Registro y no la del contrato. El Registro de derechos porque, además, produce información registral depurada, al eliminar, mediante la calificación registral, los títulos contradictorios y los defectuosos, lo que requiere mucho menos trabajo contractual *ex post* como consecuencia del trabajo, ya realizado, por el Registro en las transacciones anteriores. Algunos indicios empíricos apoyan la hipótesis de que este conflicto ha retrasado la creación de los Registros y ha perjudicado su desarrollo. Están bien documentados los casos de Estados Unidos, Inglaterra o Argentina. Es lógico esperar por todo ello que, como consecuencia de ese conflicto —altamente productivo sin embargo— puedan propiciarse reformas que, en lugar de mejorar el sistema de seguridad jurídica, alteren su naturaleza, reduciendo los efectos del Registro, de forma directa o indirecta, con la pretensión de que aumente el papel de quienes preparan los documentos en el dictamen de los títulos, lo que es incompatible con el mantenimiento del propio sistema registral de derechos e implica la regresión a la única alternativa realmente existente: registro de documentos complementado con algún tipo de seguridad económica, con todas sus consecuencias. En los Estados Unidos, una de las causas que parece haber contribuido al fracaso de los Registros de derechos es la oposición de la «*legal profession*», que también se ha opuesto, con éxito hasta ahora en algunas jurisdicciones, a la expansión de funciones de las aseguradoras de títulos. En Inglaterra, la resistencia de los «*solicitors*» (los abogados que, en relación con el Registro, eran más o menos equivalentes a los notarios de tipo latino) también parece haber contribuido notablemente a bloquear durante más de un siglo la creación y desarrollo del Registro. Véase ARRUÑADA, B., *op. cit.*

En efecto, la cuestión es:

¿Por qué el incremento de los efectos públicos de la intervención de quienes redactan los documentos en relación con el Registro es incompatible con el mantenimiento del Registro de derechos?

Se trata en realidad de un impedimento fundamental. En efecto, si los encargados de redactar el documento (en el caso español, los notarios) tuviesen la oportunidad de adjudicar la prioridad registral o de definir (total o parcialmente, en aspectos subjetivos u objetivos) la eficacia de los derechos reales frente a terceros, se incentivarían posibles comportamientos oportunistas, pues las pérdidas derivadas no las pagarían quienes les eligen sino los terceros. Por ello, en los Estados Unidos ni los abogados que dictaminan los títulos, ni las compañías de seguros que cubren contra el riesgo de que un título se demuestre ineficaz, pueden establecer la prioridad de los títulos ni el alcance de los derechos, tareas encomendadas al Registro *ex ante* y a los jueces *ex post*, respectivamente.

Obsérvese que, en el caso español, las contadurías de hipotecas —el precedente de los actuales Registros— estaban a cargo del escribano más antiguo de la localidad; el depósito del contrato en la contaduría no producía efecto alguno, simplemente era un requisito necesario para poder alegar el derecho ante un tribunal; precisamente por ello fracasó el sistema de contadurías. La Ley de 1861 introdujo como principal novedad que la prioridad del derecho no la otorgaba la fecha del contrato sino la de ingreso del título en el Registro. Bastó este efecto para atribuir el Registro a un cuerpo especializado distinto, orgánica y funcionalmente, del de los escribanos, pues, en caso contrario, se corría el riesgo de que el escribano encargado del Registro diese trato preferente a sus propios documentos. Hoy el Registro produce muchos más efectos, entre los que destaca el de fe pública registral, lo que convierte a nuestro Registro en un Registro de derechos, caracterizados porque a diferencia del de documentos crea y extingue derechos con efectos *erga omnes*. Y este efecto se produce tanto cuando funciona correcta como incorrectamente; en este último caso, el efecto lo consigue a costa de expropiar al verdadero dueño sin su consentimiento, pues en el límite, el efecto de fe pública impone la protección del adquirente frente al verdadero dueño. Naturalmente este efecto puede producirse a condición de que el efecto expropiatorio no se produzca nunca o casi nunca, pues, en caso contrario, el sistema colapsaría, ya que los ciudadanos, en ese caso, en vez de sentirse protegidos por el Registro se sentirían amenazados por el mismo.

Pues bien, esto es exactamente lo que sucedería si se incrementasen los efectos públicos de la intervención de quienes redactan los documentos en relación con el Registro, esto es, si se transfiriesen en todo o en parte facultades calificadoras desde el registrador al notario o redactor del documento, o se suprimiesen total o parcialmente las facultades calificadoras del registra-

dor o, en el límite, se permitiese la libre elección de registrador, asuntos todos ellos esencialmente idénticos.

Veamos dos sencillos ejemplos:

- En primer lugar, supongamos que el vecino del quinto tiene hipotecado su piso en favor de A (sea A una entidad financiera, un promotor o un particular); supongamos que, al mismo tiempo, debe dinero al vecino del cuarto, el cual, hartado, decide presentar demanda y solicitar anotación preventiva de embargo en el Registro, para lo que supone que no tendrá problema porque, además de ser justa su pretensión, podrá elegir al juez que la ordene y al registrador que practique la anotación; pero, he aquí que el vecino del quinto solicita que A le amplíe el crédito, para lo que A exige ampliación de la hipoteca, lo que, evidentemente, disminuiría las expectativas de cobro del vecino del cuarto, el cual se muestra muy preocupado al enterarse que quien decidirá sobre si se admite o no la ampliación, con prioridad sobre su embargo anotado, será un señor que elegirá A. Para su asombro, se entera, además, de que lo que a él le sucede no podría sucederle ni siquiera en los Estados Unidos, país en el que ni los abogados que dictaminan los títulos ni las compañías de seguros que cubren contra el riesgo de que un título se demuestre ineficaz, pueden establecer la prioridad de los títulos ni el alcance de los derechos, tareas encomendadas al Registro *ex ante* y a los jueces *ex post*, respectivamente.
- En segundo lugar, y por no salir del ámbito en el que nos movemos, sabemos que la «autoliquidación» de determinados impuestos —transmisiones patrimoniales, operaciones societarias, actos jurídicos documentados, entre otros—, es realizada habitualmente por un gestor, un experto en Derecho Fiscal o un notario, y se puede ingresar en cualquier delegación u oficina liquidadora. Pero nada de ello vincula a la oficina liquidadora competente para realizar las comprobaciones correspondientes, la cual no puede ser elegida. Y nadie duda de que el gestor, notario o abogado, están perfectamente capacitados desde el punto de vista técnico para realizar la autoliquidación, pero si a sus apreciaciones se les atribuyesen los efectos de una comprobación, se exacerbaría el conflicto de intereses subyacente entre los intereses de sus representados y los de la comunidad, dada su posición en el proceso de liquidación.

Si se establecen estos mecanismos de salvaguardia para evitar el fraude fiscal, cómo no se van a establecer al menos los mismos para algo mucho más importante, tanto que es básico para el buen funcionamiento de la economía y de la sociedad, cual es la correcta y creíble definición, asignación —con efectos excluyentes o jerarquizadores— y protección de los derechos de propiedad, entendida esta expresión en un sentido amplio o económico.

En efecto, la admisión de cualquiera de esos supuestos significaría una sobreprotección de las partes y una infraprotección (en realidad, indefensión) de los terceros, de la comunidad. *In claris*, los terceros no sólo estarían desprotegidos, sino menos protegidos que si no hubiera Registro (al menos de fe pública), por lo que sería preferible la eliminación de éste, ya que así, al menos, se privaría a las partes de la posibilidad de utilizar un instrumento potencialmente dañino —realmente expropiatorio— contra los intereses de los terceros y en beneficio propio.

El conocimiento de las premisas básicas del cálculo racional que sirven de base para el análisis económico, así como las evidencias empíricas de casos como los de Enron, en relación con las auditoras, y tras la reciente sentencia de 19 de febrero de 2002, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, vedando la fusión o actuación conjunta de auditores y abogados, no permiten abrigar duda razonable sobre lo que ya advierte el sentido común: los controlados no pueden elegir a sus controladores cuando el control produce efectos externos. Desafiar estas evidencias puede conducir a sumir en la incertidumbre y en la desconfianza a sectores enteros.

Sistema Registral Español

TOTAL ESPAÑA	
	Euros
Número de inscripciones, cancelaciones y anotaciones	29.868,40
Número total de fincas enajenadas	3.428,80
Valor de las enajenaciones	8.476.923.015,93
Total fincas hipotecadas	5.211,56
Total capital asegurado	66.807.431.661,81
Total fincas liberadas	2.885,54
Total capital reintegrado	18.240.801.623,18
Anotaciones preventivas	1.235,44
Saldos hipotecarios vivos	342.576.899.498,76
Número total de entidades inscritas y no canceladas en los Registros Mercantiles	10.097,00

Fuente: Anuario de la DGRN 2000. Asociación Hipotecaria Española y Ficheros Localizadores de Entidades Inscritas del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

De hecho, uno de los retos organizativos de cualquier sistema consiste en impedir que quienes están interesados en eludir o influir en la decisión registral puedan hacerlo. Por ello, en ningún país cabe la libre elección de registrador y el procedimiento seguido es la asignación de registrador basada en criterios de competencia territorial. Por esta razón, la pauta organizativa expuesta es universal. Y, dado que el conflicto de intereses subyacente entre partes y terceros, o si se prefiere, entre intereses privados y públicos, no parece que vaya a desaparecer, no hay razones para alterar esta pauta organizativa.

De lo expuesto resulta que si se incrementasen los efectos públicos de la intervención de quienes redactan los documentos (en el caso español, los notarios) en relación con el Registro, se exacerbaría el conflicto de intereses subyacente entre partes (sobrepotejadas) 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 inoponibilidad, complementado, inevitablemente, por algún mecanismo de seguridad económica, ya que tales sistemas registrales son incapaces de producir, por sí solos, el nivel de seguridad jurídica requerido por el mercado, como demuestran, sin excepción, las evidencias empíricas.

Se regresaría, por tanto, desde un Registro de derechos cuya superioridad es universalmente reconocida, a otro de documentos complementado por algún tipo de seguridad económica que, dado el nivel de profesionalización existente en el mercado y dado el poder de mercado de ciertos operadores económicos, sería prestada, sin la menor duda, por organizaciones especializadas creadas por dichos operadores. Dichas organizaciones reclamarían inmediatamente la reducción de los efectos de la intervención de quienes preparan los documentos en relación con el nuevo Registro, pues ninguna de ellas podría tolerar el riesgo de que cualquiera de ellas pudiese operar sobre los activos de sus competidoras, mediante la exigencia de un comportamiento oportunista del redactor de documentos, por lo que se propiciarían inmediatamente medidas que garantizaran la independencia efectiva del Registro. Y paradójicamente, este nuevo Registro podría funcionar y de hecho funcionaría sin necesidad de documentación pública, como suele suceder con los Registros de documentos (25).

(25) Véase ARRUÑADA, B., en *Principios...*: «Conviene apreciar, en especial, cuál es la situación a este respecto en los Estados Unidos, por ser dicha situación fruto en mayor medida de la actuación libre del mercado. Pese a su enorme variedad jurisdiccional, se observa que existe, en todo caso, una separación igual de radical entre los encargados de prestar servicios a las partes (abogados, *titles agents*, etc.) y los que han de proteger intereses de terceros. Ni los abogados que dictaminan los títulos ni las compañías de seguros que cubren contra el riesgo de que un título se demuestre ineficaz establecen la prioridad de los títulos ni el alcance de los derechos, tareas encomendadas al Registro y

9. EFECTOS SI SE SOBREPASAN DICHOS LIMITES

En tal situación, el interés público se vería gravemente perjudicado, pues se habría *regresado* desde un sistema más eficiente a otro mucho menos eficiente, tal y como es unánimemente reconocido, y se expuso al principio de esta intervención, lo que provocaría un aumento general de costes transaccionales en el ámbito inmobiliario y, por extensión, en el societario.

El interés del Estado saldría gravemente perjudicado, pues al no haber un Registro que acreditase, al menos frente a terceros, la titularidad y cargas de la propiedad inmueble, debería pagar los servicios de compañías privadas para que acreditaran tales extremos.

El nuevo sistema registral no podría prestar las funciones de contribuir preventivamente a garantizar la efectividad de las resoluciones dictadas en procedimientos administrativos (especialmente económico-administrativos y urbanísticos), civiles y penales, pues, al carecer del efecto fe pública, no se podría recurrir a la técnica de las anotaciones preventivas. Piénsese que, sólo en los Registros de la propiedad inmueble, durante 1999, última estadística disponible, se practicaron más de 205.000 anotaciones preventivas.

Es éste un asunto muy serio sobre el que muy pocas veces se reflexiona. El Registro de derechos no sólo es un formidable instrumento de evitación de pleitos, sino además un formidable instrumento para garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas mediante la certificación (bajo responsabilidad del registrador), anotación de demanda, embargo, etc., lo que sería imposible obtener por cualquier otro sistema.

El interés de los particulares saldría también gravemente perjudicado, pues el nuevo sistema no podría ofrecerles seguridad jurídica —únicamente conseguible mediante el efecto fe pública de los asientos registrales— sino tan sólo seguridad económica. Y, como ya expuse, si bien la seguridad jurídica incorpora la económica, la igualdad en sentido contrario es imposible por definición. Todo ello, además, a un coste superior al requerido por el sistema registral de derechos.

En conclusión, únicamente quienes estuviesen en condiciones de crear compañías de seguros de títulos y de desviar la demanda o una parte sustan-

a los jueces, respectivamente. No ha de llevar a la confusión, en este punto, el hecho de que en los Estados Unidos existan aseguradoras que parecen integrar verticalmente todas las funciones —desde la preparación del documento con base en un Registro privado a la indemnización—, pues incluso en ese caso la prioridad la proporciona únicamente el Registro público. Pese a su superior organización, las “*title plants*”, propiedad de las aseguradoras, son archivos privados meramente informativos, pues carecen de eficacia jurídica y desempeñan tan sólo funciones administrativas internas a las compañías. No podría ser de otro modo, pues resultarían muy deficientes sus incentivos si también esa función estuviera en manos del asegurador: podría, llegado el caso, modificar las prioridades a su favor».

cial de la misma hacia esas compañías saldrían beneficiados. Todos los demás, perjudicados. Muy perjudicados.

10. EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

El sistema registral español es, como los demás, y especialmente como todos los sistemas de Registros de derechos, un eficaz mecanismo reductor de costes transaccionales mediante la reducción de asimetrías informativas. Sin embargo, por paradójico que pueda parecer, es, a su vez, víctima, todavía, de una gran asimetría informativa —si bien progresivamente decreciente— entre ciertos sectores de la población. En efecto, no es infrecuente que los usuarios finales de los servicios registrales ignoren qué servicios les presta el Registro a cambio de lo que le pagan. El ciudadano no suele saber qué costes alternativos y superiores le evita el Registro. Así, para la mayoría, los costes evitados permanecen invisibles, mientras que los satisfechos, para evitarlos, resultan visibles. Y, mientras esta situación perdure, todo pago les parecerá caro, sea cual fuere su cuantía (26).

(26) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *El Registro, ese gran desconocido*, publicado en el diario «Expansión» el 29 de abril de 1999. «Aunque la función económica y jurídica del Registro es mucho más amplia, más compleja y de mayor alcance de lo que se puede explicar en un artículo periodístico, veamos a través de dos sencillos ejemplos que, sin embargo, afectan a millones de ciudadanos, qué servicios presta el Registro:

1. Cuando un ciudadano adquiere una vivienda, el Registro le garantiza que si adquiere de quien, según el Registro, es dueño, nadie le podrá disputar su propiedad. Le garantiza, igualmente, que no le afectarán más cargas que las que consten en el Registro. Simplificando, el Registro le presta un seguro de evicción (en realidad, mucho más, pues es un sistema de prevención específica), si es que desea contratarlo, pues la inscripción es voluntaria. ¿Cuál es la prima-coste registral de ese seguro? Para una vivienda media (108.182 euros, según, diferentes variables, entre 150,25 y 210,35 euros, que pagará una sola vez, y por esa cantidad el registrador le asegurará —bajo su responsabilidad personal y patrimonial, directa y objetiva— durante todo el tiempo que continúe siendo propietario registral. Si desea asegurar esa vivienda contra incendios, por ejemplo, la prima —a precio libre— le costará, para el continente, entre el 0,8 y el 1,10 por mil (119 euros); y para el contenido, por igual valor, entre el 2,5 y el 4 por mil (media 324,55 euros) cada año, y por una sola vez mientras sea dueño de esa vivienda. Este seguro, además, no le impedirá el incendio —pues es sólo un sistema de prevención general—.

Para quien crea que el riesgo de incendios es mucho mayor que el que hemos llamado de evicción, le propongo un experimento imaginario, tan de moda entre las ciencias sociales, especialmente entre aquéllas que tienen vocación imperial: ¿es comparable, acaso, el número de incendios de viviendas con la frecuencia con la que los vendedores no dicen la verdad a los compradores sobre el verdadero estado de la propiedad que le transmiten? No ocultan únicamente aquello que no pueden ocultar porque el Registro les dejaría en evidencia. A los expertos, les remito a la historia del crimen *stellionatus* y su letal efecto: impedir la movilización de la propiedad inmobiliaria e inhabilitarla como garantía crediticia. Lo cual nos lleva al segundo ejemplo.

2. Si ese ciudadano necesita recurrir al crédito para financiar la adquisición de su vivienda, la entidad financiera puede concedérselo, siempre con garantía, como es lógico,

Este estado de cosas coloca al sistema registral en una especial situación de debilidad política ante, por un lado, posibles demandas de modificaciones que, consciente o inconscientemente, acaben alterando su naturaleza; en las más de las ocasiones, las modificaciones no buscan el cambio de sistema, sino, más sencillamente, corregir defectos de funcionamiento; sucede, sin embargo, que si no se es plenamente consciente de las exigencias de arquitectura interna de un sistema registral, los efectos producidos por las modificaciones serán muy distintos de los queridos, y los problemas no sólo no se solucionarían sino que se agravarían. Y, por otro, las posibles tentaciones de oportunismo que puedan acechar al regulador, ya que las consecuencias de una mala regulación o de una regulación oportunista sólo serían perceptibles para los ciudadanos a medio plazo. Como se ha puesto de manifiesto, el mantenimiento de un sistema de esta índole requiere una «gestión regulatoria» muy consciente de la delicadeza y posibilidades del instrumento que se regula (27).

porque ninguna entidad presta bajo palabra de honor —aunque sí bajo palabra del registrador en forma de certificación de dominio y cargas, auténtico dictamen vinculante sobre la situación jurídica de un inmueble, que el registrador emite bajo su responsabilidad y cuyo precio se eleva a 24,04 euros—.

El precio del préstamo (tipo de interés) variará en función de la seguridad de la garantía ofrecida. Si es personal (aval) será mayor que si es real (hipoteca), porque su seguridad es menor. Además, y precisamente por ello, el crédito personal únicamente se concede a corto plazo (máximo cinco años), lo que, para financiar una vivienda, conllevaría unas cuotas de amortización mensual inasumibles. El hipotecario se concede a largo —usualmente, diez años, pudiendo extenderse hasta veinticinco e incluso más—, lo que permite unas cuotas mensuales tolerables. Ahora bien, la entidad de crédito únicamente aceptará una hipoteca sobre una vivienda si su propiedad es jurídicamente indiscutible, y sólo lo es si se halla inscrita porque para garantizar ese resultado están, precisamente, la inscripción, el Registro y el registrador. Tomemos ahora una hipoteca media (60.101,21 euros a diez años). El tipo de interés estará en torno al 4,25 por 100. Si fuera personal estaría en torno al 6,25 por 100. Al cabo de diez años, la garantía hipotecaria (imposible sin el Registro) le habrá ahorrado al ciudadano 6.458,24 euros en intereses, además de haberle posibilitado el préstamo a largo plazo y unas cuotas mensuales asumibles. ¿Cuál ha sido el coste registral de la obtención de ese ahorro? Según diferentes variables, en torno a los 120,20 euros. Si el Registro, a través del registrador, no hubiese garantizado a la entidad financiera y, por tanto, se hubiese responsabilizado frente a ella, que el ciudadano en cuestión es propietario, que la finca no tiene cargas, que el dueño tiene capacidad de disposición suficiente y que el préstamo hipotecario se ajusta a la legalidad, la operación hipotecaria —con el ahorro derivado— no hubiera sido posible.

Con estos dos sencillos ejemplos, el ciudadano ya puede estar en unas mínimas condiciones de saber qué obtener por lo que paga para el Registro, es decir, qué costes alternativos y superiores se evita. No obstante, para la mayoría, los costes evitados permanecen invisibles, mientras que los satisfechos, para evitarlos, son visibles.

(27) ARRUÑADA, B., *Dificultades para la implantación del sistema registral español en países menos desarrollados*, comunicación presentada en el Seminario sobre «La reforma del Estado en América Latina», organizado por los Ministerios españoles de Economía y Hacienda, de Administraciones Públicas y de Justicia, y por el Banco Mundial, y celebrado en Madrid los días 14 a 18 de octubre de 1996.

Afortunadamente, la reforma —extensa y profunda— del sistema registral operada por la Ley 24/2001 —popularmente conocida como Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado— muestra claramente que el regulador no ha sido víctima de ninguna asimetría ni ha cedido a tentación alguna de oportunismo.

El regulador consagra el modelo porque parte de que proporciona un elevado nivel de seguridad jurídica, y, por ello, inspira un elevado nivel de confianza a los operadores jurídicos y económicos. Consciente, sin embargo, de que la sociedad de hoy exige una actualización y mejora constantes, y respondiendo a esa demanda social, la ley contiene una batería de medidas dirigidas a eliminar los desajustes y deficiencias principales que aún padece el sistema, adaptarlo con eficacia a los retos que plantea la sociedad de la información y del conocimiento y aprovechar al máximo sus posibilidades.

Las medidas persiguen atajar lo que los usuarios —y los propios registradores— consideran como principal punto débil del sistema: los *costes implícitos* que ocasionan las esperas, la rigidez y una cierta heterogeneidad cualitativa del servicio.

Así, podemos clasificar las reformas introducidas, del siguiente modo:

10.1. Aquéllas que tienden a incrementar la función del Registro como reductor de costes transaccionales mediante la corrección de asimetrías informativas. Estas medidas obligan al Registro a suministrar al ciudadano más información, por sí solo o en colaboración con otras instituciones. Así:

— La obligación que se impone a los registradores de disponer de «aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente» (Disposición Adicional vigésimo octava de la Ley 24/2001).

10.2. Aquéllas que tienden a evitar trámites presenciales y, por tanto, los costes implícitos derivados de la necesidad de realizar desplazamientos. Se incluyen aquí todas las medidas relativas a:

10.2.1. Que la publicidad formal de los Registros pueda solicitarse y obtenerse por vía electrónica, al tiempo que se veda el acceso directo al contenido de los libros registrales por razones obvias (Cap. XI. Secc. 1.ª, art. 96-3).

10.2.2. La incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva (Sec. 8.ª), entre las que destacan:

— La obligación de trasladar el contenido de los asientos de los Registros de la Propiedad y Mercantiles a soporte informático (DT decimonovena).

— La implantación obligatoria, para notarios y registradores, de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de la información (art. 107).

— La prestación de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, a cuyo efecto se concede al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España —y lo mismo al Consejo General del Notariado— un plazo de seis meses para constituirse en prestadores de servicios de certificación (art. 108 y Disposición Adicional vigésimo sexta).

— Al tiempo que se establece un régimen especial para la firma electrónica de notarios y de registradores de la propiedad y mercantiles, que deberá tener el carácter de avanzada (art. 109).

— La regulación del instrumento público electrónico, al que se reconocen los mismos efectos que a todo documento público notarial (art. 115). En este punto, la ley ha dejado pasar una excelente oportunidad para regular no sólo el documento notarial electrónico, como hace, sino todo documento público, cuales los judiciales y administrativos, pues, en la situación actual, nos encontraremos con la paradoja de que podrán acceder al Registro por vía electrónica los documentos privados, en los casos legalmente previstos, y los notariales, pero no los judiciales ni los administrativos por carecer de regulación específica. Estamos seguros, no obstante, de que estas deficiencias se subsanarán más pronto que tarde.

10.3. Aquéllas que van dirigidas a eliminar las rigideces, como resultado del alto coste que para el usuario tiene (tenía) discrepar de la decisión negativa del registrador —medido en tiempo de espera— como consecuencia de la tardanza en la resolución de recursos por parte de la DGRN. O del hecho de que, en ocasiones, los Registros no respetasen, por causas imputables a ellos, los plazos máximos de despacho. Entre ellas cabe citar:

10.3.1. La nueva regulación del recurso gubernativo, cuya resolución final se atribuye acertadamente a los jueces y, específicamente, al orden jurisdiccional civil (Secc. 5.^a).

10.3.2. La posibilidad de que el usuario pueda solicitar la intervención del registrador del cuadro de sustituciones en caso de retraso o negativa del registrador territorialmente competente. (Secc. 3.^a, art. 100).

10.3.3. La reducción de honorarios para el caso de retraso (30 por 100), estableciéndose un plazo máximo para calificar de quince días (Secc. 3.^a, art. 100).

10.4. Medidas de «enforcement» de las anteriores medidas. Tales medidas están integradas básicamente por:

10.4.1. La introducción con rango legal de un severo régimen disciplinario para los registradores de la propiedad y mercantiles (Secc. 4.^a, art. 101).

10.4.2. La atribución, por primera vez, al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, de competencias sancionadoras, tanto a la Junta de Gobierno como a las distintas Juntas Autonómicas y Territoriales, sin perjuicio de las que competen a la Dirección General de los Registros y del Notariado y al propio Ministro de Justicia.

La atribución de competencias sancionadoras al Colegio de Registradores es extremadamente importante, si consideramos que el régimen organizativo y gestor del sistema registral español obedece a la fórmula de administración franquiciada y de que los registradores son los primeros interesados en conservar y fomentar la buena reputación del sistema sobre la base de exigir y garantizar un ejemplar funcionamiento de los Registros, máxime en un momento de avance decisivo en el proceso de integración de los mercados europeos, proceso de integración que tenderá a expulsar a aquellos sistemas que proporcionen menos seguridad que la media a un coste comparativamente superior (a la media). En este terreno, y sin caer en la autocomplacencia, debemos ser conscientes de que nuestro sistema es altamente competitivo, lo que lo ha convertido en un referente internacional.

Con las reformas introducidas el sistema registral español, se acomodará bastante fielmente a los tres principios que idealmente debe cumplir un sistema registral eficaz. El primero de ellos consiste en que refleje fielmente los derechos de propiedad inmobiliarios, incluidas sus limitaciones (principio del espejo o «*the mirror principle*»). El segundo de ellos consiste en que debe bastar la consulta de los asientos registrales vigentes para conocer la titularidad y cargas que afectan a los inmuebles, sin que sea necesario el examen de todas las posibles cadenas de títulos previos (principio del telón o «*the*

curtain principle»). Finalmente, el tercero consiste en que el Registro no sólo debe publicar sino también garantizar la legalidad y certeza de lo publicado, asumiendo las responsabilidades correspondientes en caso de error (principio del aseguramiento o «*the insurance principle*»).

Por último, si el gran J. M. Keynes decía que la economía no es la civilización, pero sí su precondition, nosotros podemos decir que el Registro no es la civilización, pero sí una condición para una vida civilizada, pacífica, segura y próspera.

Muchas gracias por su atención.

Club Siglo XXI, Hotel Eurobuilding, Madrid, 21 de marzo del 2002

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Nociones básicas en torno a la cofianza

1. De entrada, lo primero que debe advertirse es que aunque ordinariamente las expresiones pluralidad de fiadores y cofianza (*rectius*, cofiadores) se utilizan como equivalentes, lo cierto es que de manera estricta pueden hacer referencia a dos situaciones jurídicas diferentes, ya que si bien puede parecer claro que la presencia de un contrato de cofianza concertado por varios garantes personales dará lugar a una pluralidad de fiadores (con independencia, ahora, de que la vinculación de éstos sea solidaria o simplemente parciaria), ya no lo es tanto que ante una situación en que estén presentes varios fiadores deba concluirse que, necesariamente, nos enfrentamos a una cofianza.

En efecto, nada impide que en relación a una determinada deuda principal, diversas personas estén dispuestas a asumir individual e independientemente su garantía mediante la conclusión de los oportunos contratos de fianza, e, incluso, que celebrado un único contrato de fianza con una variedad de garantes, cada uno de ellos advierta que asume esta condición con total independencia de la análoga que contraigan los demás. No puede dudarse de que en tales casos estaremos en presencia de una pluralidad de fiadores, mas ¿podrá aseverarse que también nos hallemos ante un genuino supuesto de cofianza? Parece que la contestación deba ser negativa sin mayores esfuerzos de argumentación.

Aquí también, como es obvio, rige el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Si se celebran varias fianzas o una sola con varios fiadores con la clara determinación por parte de los mismos de que se deben crear tantas obligaciones de garantía cuantos sean aquéllos y que no ha de existir conexión o engarce entre las mismas, difícilmente podrá considerarse que, por más que todas ellas se den en relación a «un mismo deudor y por una misma deuda», nos hallemos ante una situación de cofianza, ya que la libre determinación de los intervinientes fijará con claridad la clase y manera de su vinculación obligacional.

Contrariamente, por más que la afección de cada uno de los garantes personales haya surgido de autónomos contratos de fianza, si la voluntad de aquéllos es que no queden desvinculados entre sí y a sus relaciones internas y externas se apliquen las pautas que el Código Civil sanciona para los cofiadores, habrá que concluir que nos hallamos en presencia de una situación de cofianza y que son las reglas propias de la misma las que deben tener protagonismo y operatividad.

El interrogante surge cuando no se dé aquella determinación voluntaria, cuando exista una pluralidad de fiadores, surgidos de autónomos contratos de fianza, y nada se haya dicho respecto a la forma en que los mismos se relacionan, esto es, respecto a la circunstancia de si esos garantes han de reputarse o no como fiadores únicos.

Porque lo cierto es que en el Código Civil existe una serie de reglas (arts. 1.837, 1.844, 1.845, 1.850, 1.852, etc.) que contempla un especial *status* jurídico al que se suele denominar cofianza y da lugar al juego de unos mecanismos (beneficio de división y derecho de regreso entre los cofiadores, *ad exemplum*) que configuran una situación perfectamente diseñada y delimitada. Pues bien, ¿habrá necesidad de concurrir a ella en todo caso en que se dé una pluralidad de fiadores y éstos no hayan manifestado que se conforman como garantes independientes y autonomos los unos de los otros?

El problema lo ha sintetizado muy bien DELGADO ECHEVERRÍA al preguntarse si, en ausencia de pacto, todo supuesto de pluralidad de fianzas constituye a los garantes en cofiadores, con aplicación de las reglas del Código, o si, por el contrario, hay un espacio teórico en que, a falta de ciertos presupuestos, la pluralidad de fiadores no se organiza como cofianza (1).

Antes de intentar dilucidar semejante duda, parece deben despejarse ciertas cuestiones para dejar el campo de discusión limpio de elementos extraños o susceptibles de generar algún tipo de confusión. En tal sentido, según antes se advertía, si los varios fiadores han señalado que cada uno de ellos quiere asumir una obligación de garantía autónoma e independiente de la de los demás, no habrá más remedio que concluir que no estamos ante una situación de cofianza y que, por más que en relación a una sola deuda principal y un solo deudor exista pluralidad de fiadores, éstos no quedan sujetos al régimen jurídico pautado por el Código Civil para la cofianza. Respecto a todos y cada uno de ellos se aplicarán las reglas legales atinentes al caso de fiador único.

De la misma manera, si los varios fiadores desconocían que otro u otros habían asumido la garantía personal de la misma obligación, parece que no cabe reputarlos como cofiadores, en cuanto resulta razonable que la especial afección jurídica que esta situación provoca requiere, no sólo que no haya

(1) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, pág. 541.

sido expresamente excluida por los participantes, sino además que éstos tengan el elemental conocimiento que supone el saber que junto a cada uno de ellos existe otro u otros comprometidos en el mismo cometido de aseguramiento.

¿Cabrá hablar de cofianza cuando varias personas garanticen respecto a un mismo acreedor las deudas de distintos deudores o las diversas deudas de un solo deudor? Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá a la hora de abordar la caracterización jurídica de la cofianza, a la vista de la expresa dicción del artículo 1.837 de nuestro Código Civil, que habla de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», el supuesto de cofianza debe resultar excluido de las hipótesis comentadas, ya que el mismo gira, en principio, en torno a la idea de que la pluralidad de fiadores, que por sí misma tiende a la dispersión y a generar relaciones obligatorias distintas y autónomas, se reconduce precisamente al tratamiento unitario a través del hilo conductor que suponen las circunstancias de que el deudor principal sea el mismo y de que el débito garantizado coincida respecto a la garantía asumida por cada uno de los plurales fiadores.

Por otro lado, si los varios fiadores presentes no han contemplado de manera expresa que cada uno de ellos queda vinculado independientemente, sino que su obligación de garantía se añade, suma o acumula respecto a la de los demás, ¿habrá cofianza en los términos en que esta figura es configurada y regulada en el Código Civil? Sobre la base del artículo 1.946 del *Codice Civile*, MESSINEO ha argumentado que la fianza puede ser también acumulativa, es decir, prestada por varias personas conjuntamente, en cuyo caso se establece entre ellas un vínculo solidario pasivo (2).

La idea sería que frente a la situación típica de cofianza caracterizada por la nota de que los varios fiadores son sujetos pasivos de una sola obligación, en la construcción de MESSINEO nos hallaríamos ante varias obligaciones, tantas como fiadores, que se acumularían las unas a las otras. Ahora bien, desde el momento en que semejante situación provoca el principal efecto de que dichos fiadores quedan vinculados de manera solidaria, que es precisamente la forma normal de vinculación en el Derecho italiano en el supuesto de cofianza, no se alcanza ver la necesidad ni el sentido de una diferenciación como la que se comenta, al menos en dicho ordenamiento civil.

¿Y en el Derecho Civil español, donde cabe discutir, al menos, si la vinculación conjunta de varios fiadores provoca su afección solidaria, serviría la fianza acumulativa para obviar esta circunstancia? No parece que del hecho de que varias personas se hayan prestado a asegurar cumulativamente la deuda ajena quepa derivar sin más que las mismas han quedado vinculados solida-

(2) MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 137.

riamente, porque si bien es cierto que el acreedor podrá reclamar de cualquiera de ellas la totalidad de la deuda, ello será así, no en razón de que las mismas resulten afectadas por una obligación *in solidum*, sino sencillamente porque han asumido una vinculación que, por ser acumulativa, tiene que estar referida al todo de la deuda. De la misma manera que en el caso de varias obligaciones de fianza distintas e independientes cada uno de los varios fiadores responde de la deuda entera, pero sin que ello tenga nada que ver con la figura de la solidaridad pasiva.

GUILARTE ZAPATERO no encuentra mayor inconveniente para aceptar la configuración que MESSINEO hace de la cofianza como un caso de obligación acumulativa, siempre que se matice que aquella implica igualdad de trato, en el sentido de que todos los cofiadores se encuentran en el mismo plano frente al acreedor, ya que cabe hablar también de obligaciones acumulativas en las que tal circunstancia no se da, tal como resulta del hecho mismo de considerar que la propia obligación del fiador es una obligación cumulativa (se añade a la del deudor principal), y, sin embargo, no está en el mismo plano que la de dicho deudor cuando opera el beneficio de excusión (3).

En realidad, esta es otra cuestión, pues si bien es cierto que en el caso de varios fiadores cumulativos cada uno podrá ser demandado por entero, ello no tiene por qué significar necesariamente que todos se hallen en el mismo plano respecto al acreedor, en el sentido de que éste pueda dirigirse indistintamente contra quien le parezca, pues la idea de acumulación parece entrañar un cierto sentido de orden o gradación, y, por tanto, aunque lejos del campo de aplicación de la regla *prior tempore*, no parece que la formulación que se comenta pueda dejar de producir algún tipo de inconvenientes a la hora de contemplar el juego normal de la cofianza, que entraña, ciertamente, la nota de que todos los fiadores se encuentran en idéntica situación frente al acreedor y éste puede dirigirse contra cualquiera de ellos, según le parezca, y sin respetar orden o gradación alguno entre los mismos.

Aparte de que resulta muy discutible la idea de GUILARTE ZAPATERO de que cuando opera el beneficio de excusión, la obligación del fiador es una obligación cumulativa en cuanto se añade a la del deudor principal. En realidad, la obligación del fiador es una obligación accesorio, eventual y subsidiaria, pero difícilmente cumulativa, porque deudor principal y fiador son dos categorías de deudores no homologables (ni siquiera en aquellos ordenamientos que establecen la afección solidaria del último), mientras que para hablar de deudores cumulativos se precisa que en relación a la deuda de que se trate asuman una misma y sola caracterización jurídica.

(3) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 901.

Tendremos, pues, que la figura de la fianza acumulativa pocas ventajas representa y pocos problemas resuelve en el campo de la cofianza, antes bien, es susceptible de generar algunos inconvenientes y de dar lugar a ciertas dudas razonables, por lo que no resultará oneroso prescindir de ella cuando se trata de configurar limpia y estrictamente la situación jurídica en que se hallan los cofiadores de la ajena obligación.

2. Despejados estos elementos, susceptibles de enturbiar la figura de la cofianza, es frecuente en la doctrina plantearse la situación de los cofiadores como aquélla que tiene lugar cuando la pluralidad de garantes personales se ha vinculado de manera conjunta, asumiendo una única obligación de garantía, algo que no supone, empero, que semejante vinculación deba hacerse de manera simultánea. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, siguiendo a FRAGALI, considera que la cofianza precisa de una asunción conjunta de la garantía que ponga de manifiesto la existencia de un interés o finalidad común de todos los cogarantes y que sirva para fundamentar y explicar las relaciones internas entre ellos y las nacidas frente al acreedor.

En su opinión, por tanto, la pluralidad de fiadores garantizando a un mismo deudor y por una misma deuda, presupuesto primario de la cofianza, dará lugar a ésta y a la aplicación de su régimen propio contenido en los artículos 1.837, 1.844, 1.845, 1.846, 1.850 y 1.852 del Código Civil, cuando, además, tal pluralidad de garantes aparezca integrada en una única obligación de garantía de carácter conjunto que, situando a los fiadores en un mismo plano o grado respecto de la obligación garantizada, genere efectos de idéntica naturaleza para todos los fiadores frente al acreedor principal y entre ellos mismos (4).

DELGADO ECHEVERRÍA, por más que considera esta opinión de GUILARTE ZAPATERO «defendible y razonable», no la encuentra, sin embargo, «segura». En su sentir, el enunciado de los artículos 1.837 («siendo varios los fiadores») y 1.844 («cuando son dos o más los fiadores») inclina a aplicarlos a todo supuesto de pluralidad de fianzas, aunque no nazcan de un mismo negocio o de negocios interrelacionados. En esfuerzo de ese parecer aduce que «una de las versiones del último artículo citado altera sustancialmente el texto promulgado, restringiendo el supuesto de hecho al caso en que “son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa”, en un intento de dejar fuera, precisamente, las fianzas independientes, nacidas de causas separadas, algo que “parece mostrar el convencimiento de que, dado el texto promulgado y al que hay que atenerse, todos los casos de pluralidad de fianzas reciben el mismo tratamiento”» (5).

(4) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, págs. 187-188.

(5) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, op. cit., págs. 541-542.

Opinión difícil de compartir. Que normalmente pluralidad de fiadores y situación de cofianza coincidan es algo que no parece plantear mayores problemas conceptuales ni chocar con los datos de la experiencia, ya que en una mayoría de supuestos así sucederá, pero de ello no cabe derivar que se trate de un mismo *status iuris* y que no quepa hallar matices diferenciales, pues pueden darse perfectamente casos en que por más que estemos en presencia de una pluralidad de fiadores no se pueda hablar, empero, de situación de cofianza, ya que si bien esta última exige estructuralmente la diversidad de garantes personales, a la inversa no siempre sucede lo mismo, en cuanto resulta factible que aunque los fiadores sean varios no se encuentran conformados en una situación de cofianza.

¿Y ello por qué? Pues porque la cofianza es algo más que la pluralidad de fiadores. Esta es, podríamos decir, condición necesaria para que exista aquélla, pero no condición suficiente, en cuanto hace falta un *plus* que discipline la diversidad de garantes en ese singular *status* que supone el que todos ellos aparezcan sometidos a unas mismas pautas y afectados por unas mismas consecuencias jurídicas. Toda cofianza exige pluralidad de deudores, pero no toda pluralidad de deudores supone cofianza.

En realidad, se puede entender que de un mismo negocio de fianza surja una variedad de fiadores independientes, así como que de varias fianzas resulte que los diversos garantes se conformen como cofiadores, porque una y otra consecuencia está sujeta a la libre determinación y pacto de los interesados, pero lo que no parece tan claro es que en todo supuesto de diversidad de garantes se deban aplicar mecánicamente las normas de la cofianza plasmadas en el Código Civil, ya que ello, aparte de conducir a conmixtiones extrañas, produciría el desvirtuamiento de los preceptos del Código Civil.

En efecto, del hecho de que el artículo 1.837 se inicie hablando de «siendo varios los fiadores» y el artículo 1.844 se ratifique en «cuando son dos o más los fiadores», no cabe derivar conclusión alguna en el sentido que pretende DELGADO ECHEVERRÍA de identificar en el Derecho español pluralidad de fiadores y cofianza, ya que parece evidente que si, como no puede ser de otra manera, esta última situación jurídica precisa indeclinablemente que sean varios los garantes personales, se parta de este dato a la hora de establecer el régimen jurídico de la misma.

Pero es que los artículos citados no se quedan en eso, pues a continuación del punto de referencia a la pluralidad de fiadores, ambos matizan que han de serlo «de un mismo deudor y por una misma deuda» (art. 1.837), y «de un mismo deudor y por la misma deuda» (art. 1.844), lo que revela que no basta la simple circunstancia de que se dé la diversidad de fiadores para que tengan aplicación los particulares mecanismos jurídicos que dichas normas recogen (el beneficio de división y el derecho de regreso), sino que hace falta, además, alguna otra circunstancia que transforme el dato fáctico en dato jurídico.

Conclusión que emana de manera natural de la simple consideración lógica del fenómeno. Si una obligación principal es asegurada por varios fiadores y cada uno de éstos se vincula de manera diferenciada y autónoma de los demás, parece que, salvo el mero hecho de que en vez de ante un garante único estamos en presencia de una pluralidad de aseguradores, la situación no debe ser tratada de manera diferente de la que tiene lugar cuando el afianzamiento de la deuda principal ha tenido lugar mediante un solo fiador. Hablar en dicho caso de beneficio de división o de derecho de recurso entre los varios fiadores resultaría, *sic et simpliciter*, un sinsentido.

Para que estos mecanismos operen se precisa que los distintos fiadores aparezcan contemplados de manera unitaria y que la diversidad de los mismos conforme un superior *status* que explique y legitime la aplicación de un determinado régimen especial. A esa situación la llamamos confianza, y resulta obligado, por tanto, que la misma ha de venir caracterizada por algún tipo de factor que, sobre la base de la multiplicidad de fiadores, aporte el matiz diferencial y permita considerar que los simplemente varios fiadores han pasado a ser cofiadores. ¿Cuál puede ser el mismo?

3. El segundo presupuesto legal de la cofianza de que los varios fiadores lo han de ser «de un mismo deudor y por una misma deuda» (art. 1.837) o «de un mismo deudor y por la misma deuda» (art. 1.844) nos proporciona la pista. Semejante concreción normativa revela que los diversos fiadores sólo se convierten en cofiadores cuando aparecen unificados y uniformados en torno a una situación de respaldo conjunto, compenetrado e indeferenciado en torno al deudor. El deudor principal no se limita a aparecer respaldado por un número mayor o menor de fiadores, cada uno con su correspondiente afección fideiusoria diferenciada e independiente, sino que se halla cobijado por una red de garantía que aunque tenga distintos puntos de apoyo (tantos como fiadores) debe ser considerada unitaria y global.

Que varias personas estén dispuestas a constituirse en garantes «de un mismo deudor y por una misma deuda» debe significar, salvo pacto en contrario, que las mismas desean vincularse de manera unitaria y que quieren conformar una situación jurídica en la que se diluya la individualidad de la afección y opere la idea del conjunto. Proyectan que en lugar de varios lazos, autónomos los unos de los otros, todas ellas aparezcan partícipes en una obra común que les vincule de manera indeferenciada y genere el tratamiento uniforme del colectivo. A ello se le llama cofianza y se le aplica el régimen específico contemplado en los artículos 1.837, 1.844, 1.845, 1.846, 1.850 y 1.852 del Código Civil.

Al fin y al cabo, las circunstancias de que siendo varios los fiadores, los mismos puedan acogerse al beneficio de división y gocen de recurso recíproco de reintegrarse de los demás el que pagó, resultan lo suficientemente relevantes como para hacer precisa la existencia de algún elemento que intro-

duzca entre la diversidad de fiadores la idea de coparticipación, de estar adscritos a una empresa común. De otra manera, aquellos mecanismos carecerían del punto de justificación preciso e, incluso, podría resultar por completo arbitrario determinar cuándo los varios garantes personales de una obligación están en condiciones de acogerse o no a sus particulares efectos tuteladores.

GUILARTE ZAPATERO, siguiendo a FRAGALI, encuentra semejante elemento diferenciador en la circunstancia de que la «pluralidad de garantes aparezca integrada en una única obligación de garantía de carácter conjunto» y, ciertamente, esa parece ser la nota más segura para explicar el especial *status* en que se hallan los varios fiadores. Con todo, la expresión, aun dogmáticamente correcta, puede resultar redundante y circunstancialmente inexacta, pues si los distintos garantes personales han asumido sus respectivos compromisos en momentos diferentes o a través de negocios de fianza separados, difícilmente cabrá hablar de una única obligación de garantía, aparte de que cuando se dé ésta es obvio que habrá de asumir «carácter conjunto», ya que no tiene sentido considerar que los varios partícipes en una sola relación obligatoria no operan en ella conjuntamente, y ello con indiferencia de que su vinculación sea mancomunada o solidaria.

Lo que hace que los distintos fiadores se encuentren en la particular situación jurídica que supone la cofianza es, precisamente, que todos ellos participan del propósito de cobijar de manera conjunta al deudor. No quiere cada uno de ellos acudir en socorro de dicho deudor de manera individual y al margen de lo que los otros puedan considerar, sino que se desea aunar fuerzas, cerrar la garantía y conformar un bloque asegurador, de manera tal que el acreedor encuentre una situación unitaria perfectamente delimitada. Este propósito común, este objetivo compartido de los fiadores es lo que realmente presta carácter a la cofianza y permite configurarla como una situación diferenciable con nitidez de la mera situación de pluralidad de fiadores.

Quizá por ello, si se quiere precisar qué debe entenderse por cofianza, en lugar de hablar de «una única obligación de garantía de carácter conjunto», debería hablarse de «vinculación de los fiadores con la finalidad de proporcionar una garantía común o conjunta». De esta manera se eliminan algunos de los inconvenientes de la primera fórmula y se resalta, lo que a nuestro modo de ver es fundamental, que los varios garantes de una obligación sólo pasan a configurarse como cofiadores cuando están animados de la voluntad de que van a compactarse todos ellos en torno al deudor respaldado y de que no van a poder evitar ser tratados como un bloque asegurador por el acreedor beneficiario de semejante estado de cosas.

De la misma manera, tampoco resulta necesario ni correcto, después de haber hecho énfasis en que lo típico de la cofianza es la vinculación conjunta o en bloque de los diversos fiadores, insistir en que los mismos se encuentran

«situados en el mismo plano respecto de la obligación principal» (DÍEZ-PICAZO) (6), o «en un mismo plano o grado respecto de la obligación fiada» (GUILARTE ZAPATERO) (7), ya que nada añade a la idea originaria y puede suscitar, en cambio, algunos inconvenientes, como luego se tendrá ocasión de considerar.

4. Cuando respecto a determinada deuda, una diversidad de fiadores se configuran como cofiadores, resulta natural que en virtud del matiz apuntado que caracteriza a esta situación (la vinculación unitaria de todos los garantes) deba considerarse que, en principio, los mismos se encuentran en condición de igualdad y el acreedor puede actuar respecto a cada uno de ellos de la misma manera. Si así no fuera, la idea misma de la cofianza resultaría dañada, por cuanto difícilmente cabría estimar que se da la afección conjunta cuando alguno o algunos de los fiadores puedan esgrimir determinados recursos que les coloquen fuera del trato unitario que caracteriza al común.

Pero una cosa es esto y otra, particularmente diferente, que la situación de confianza se difumine y aun esfume siempre que a la hora en que el acreedor intente la satisfacción de su derecho se encuentre con que los concretos fiadores asumen una u otra caracterización que permite algún matiz o trato diferenciado, ya que la idea fundamental de que la cofianza entraña una situación de vinculación conjunta de los varios fiadores no tiene necesariamente que sufrir en su sustancia cuando, *in casu concreto*, resulte que alguno de ellos pueda esgrimir determinada circunstancia que no atente contra aquella idea básica.

Si de ordinario, pues, por el hecho de asegurar conjunta o unitariamente el cumplimiento de la ajena obligación, que es lo que caracteriza a la cofianza, se desprende también que los distintos fiadores quedan colocados en el mismo plano jurídico, cabe extraer de semejante circunstancia dos conclusiones: una, que no hará falta explicitar dicha nota a la hora de definir o configurar la cofianza, y, la otra, que no sería correcto su señalamiento porque cabe considerar algún caso en que la estricta y rigurosa paridad de los cofiadores pueda experimentar alguna matización o desvirtuamiento. Y ello nos lleva al punto de qué ocurrirá cuando tenga lugar un acontecer de este tenor.

De entrada, debe resaltarse que la distinta conformación de los cofiadores no puede hacer referencia a las modalidades de la obligación accesoria asumida por ellos. No tendría sentido que uno de los cofiadores estuviere obligado en forma pura y simple, mientras otro u otros lo fueran bajo condición suspensiva o resolutoria o a plazo; como tampoco resultaría razonable el juego de cualquier otro elemento accesorio (lugar del pago, modalidades de

(6) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 609.

(7) GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios....», XXIII, *op. cit.*, pág. 188.

éste, modo en caso de fianza gratuita, etc.) que afectase a alguno de los cofiadores y no fuera referible a los demás. La particular naturaleza de la obligación u obligaciones que nacen de la cofianza impide planteamientos de ese tipo. ¿A qué habrá que hacer referencia, por tanto, cuando se interroga la posibilidad o no de que los cofiadores aparezcan conformados de distinta manera?

GUILARTE ZAPATERO considera que la cuestión se presentará en aquellos casos en los que, habiéndose prestado conjuntamente la garantía, unos garantes se obliguen mancomunadamente y otros solidariamente: pues bien, en su opinión, en ellos deberá estimarse que existe cofianza, ya que, aun con trascendencia distinta por la naturaleza propia de una y otra responsabilidad, todos los cofiadores se encuentran, sin embargo, en el mismo plano (8).

En realidad, sostener que los varios fiadores de una deuda se hallan en el mismo plano por más que unos resulten afectados mancomunada y otros solidariamente, resulta un tanto chocante y hasta anómalo, porque aunque todos sean deudores accesorios y subsidiarios, no es lo mismo, jurídica y económicamente, responder del todo o tan sólo de una parte del débito garantizado. Que fiador mancomunado y fiador solidario se hallan en un mismo plano o grado es una afirmación singular, porque al primero sólo se le podrá demandar *pro quota*, y al segundo, en cambio, *pro totum*, y porque la insolvencia de alguno de los cofiadores no afectará al mancomunado y sí al solidario, algo que tiene jurídicamente la suficiente trascendencia como para impedir, creemos, la tajante equiparación que formula el civilista citado.

Por otra parte, la diferenciación que se comenta sólo tendría sentido en aquellos ordenamientos en los que la cofianza produce *ope legis* la división de la deuda garantizada entre los varios fiadores, ya que en los mismos, al pactarse que algunos de ellos se vinculaban solidariamente, coexistirían con los demás que habrían continuado en la primigenia y ordinaria situación de deudores accesorios parciarios. ¿Es esta la situación en el ordenamiento civil español?

Ya hemos dicho algo al respecto y dentro de poco volveremos de nuevo sobre el tema. La redacción del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil propicia y hasta, aparentemente, impone una conclusión de ese tipo. Nuestro primer Cuerpo legal, recogiendo el testigo (dudoso testigo) de la Novísima Recopilación, habría consagrado el criterio del fraccionamiento automático del débito entre todos los fiadores, tal como ocurría en el Derecho alemán anterior al B.G.B., cuyo parágrafo 769 ha consagrado, en cambio, que «cuando sean varios los fiadores de la misma obligación, lo serán solidariamente aun cuando no se hayan comprometido en común», y en el Derecho francés antiguo.

(8) *Ibid.*

Pero existe un párrafo segundo de ese mismo artículo y, sobre todo, existen unos artículos 1.844 y 1.845 que contemplan la materia de manera harto diferente e imposibilitan, según parece, eludir el reclamo de la vinculación solidaria de los cofiadores. Pensamos que en el Derecho Civil español, al igual que ocurría en el Derecho romano, en el nuestro histórico y en el Proyecto de 1851, la cofianza genera un vínculo solidario entre los varios garantes, de manera tal que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos, hecha excusión de los bienes del deudor, reclamando la totalidad de la deuda asegurada y sin perjuicio, y ésta sería la matización o singularidad dentro del régimen de la afección *in solidum*, de que el demandado puede acogerse y hacer valer el tradicional y en nuestro Derecho vivo beneficio de división.

Y no sólo por razones histórico-jurídicas, que las hay y de mucho peso, sino también porque, como adujera en su día CAMPOGRANDE, el principio de la división del débito, aunque pueda parecer lógico, no es justo, ya que no procura el reforzamiento del crédito que el acreedor busca con la cofianza y puede suponer para el mismo, antes que una ventaja, un daño, al obligarle a reclamar de cada uno de los garantes su parte correspondiente, algo que no se daría en el caso de fiador único (9); o, como advierte hoy entre nosotros DELGADO ECHEVERRÍA, porque la reclamación fraccionada impuesta de manera mecánica al acreedor, aparte de incrementar gastos y molestias, producirá el efecto de hacer recaer sobre él la insolvencia de uno de los fiadores, aun cuando todos los demás sean solventes, mientras que siendo solvente el único fiador, el acreedor cobraría de él íntegramente, situación que no parece demasiado razonable ni casa bien con las finalidades a que se enrumba la cofianza (10).

En consecuencia, si las cosas ocurren, según pensamos, de esta manera, en el Derecho español difícilmente se dará la situación que plantea GUILARTE ZAPATERO de unos fiadores mancomunados y otros solidarios, por lo que lo ordinario será la vinculación solidaria *ministerio legis* de todos ellos y la posibilidad, desde luego, de que puedan acogerse al beneficio de división ante la reclamación total que formule el acreedor. Con lo que el caso que plantea el citado civilista, en relación al punto que nos ocupa, no parece tener mayor relevancia ni justificación.

6. ¿Qué ocurrirá en el supuesto de que alguno o algunos de los cofiadores hayan renunciado al beneficio de excusión y no los restantes? Sabido es que mediante el *beneficium excussionis* es como se configura plenamente el carácter subsidiario de la obligación del fiador y que el mismo, como cualquier otro beneficio, puede ser renunciado, con tal que la renuncia se haga de manera

(9) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, págs. 413-414.

(10) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, *op. cit.*, pág. 538.

expresa (art. 1.831.2.º del Código Civil); ahora bien, la circunstancia de que el acreedor para exigir responsabilidad a algunos de los fiadores deba hacer antes «excusión de todos los bienes del deudor» (art. 1.830 del Código Civil), mientras que no precise de la misma para exigir dicha responsabilidad a otros garantes, ¿supondrá colocar a unos y otros en planos jurídicos diferentes y, por ende, negar la viabilidad de la cofianza, en cuanto, como dice FRAGALI, fianza conjunta quiere decir tanto como fianza hecha por varias personas en paridad de grado? (11).

Considera GUILARTE que cuando unos renuncian y otros no, al beneficio de excusión, el supuesto de cofianza se diluye porque quienes no han renunciado se mantienen en situación de subsidiaridad respecto de la que tienen el deudor principal y el fiador o fiadores renunciantes, circunstancia que determina que no todos los fiadores ocupen el mismo plano en relación al cumplimiento de la obligación (12). Para ALVENTOSA DEL RÍO, en cambio, los fiadores que renuncian al beneficio de excusión siguen obligados subsidiariamente, pero sin tal derecho (*sic*), por lo que, una vez producido el incumplimiento del deudor principal, el acreedor se podrá dirigir al fiador, pero no antes, y, en consecuencia, en su opinión, si la razón de objetar la configuración de la cofianza en este supuesto de renuncia del fiador al beneficio de excusión es la pérdida de la subsidiariedad, esta razón es insuficiente, y puede seguir hablándose en el mismo de cofianza (13).

Aunque deba reconocerse que la subsidiariedad es de la esencia de la fianza y que, por ende, la obligación del fiador es de grado distinto y posterior a la del deudor principal porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación (GUILARTE), el razonamiento no puede llevarse hasta el extremo de considerar que la obligación fideiusoria existe desde que se perfecciona el contrato de fianza, pero no vence mientras el deudor no cumple (DELGADO), pues ello determinaría que la misma fuera *ad substantiam* una obligación a término, o que, no obstante la renuncia al beneficio de excusión, el acreedor no puede dirigirse contra el fiador renunciante sin haber hecho previamente excusión de todos los bienes del deudor, circunstancias que reducirían a nada la mentada renuncia, so pena de que se quiera aceptar la extraña construcción de ALVENTOSA DEL RÍO de que «los fiadores que renuncian al beneficio de excusión siguen obligados subsidiariamente, pero sin tal derecho», esto es, pierden el beneficio, pero continúan disfrutando de sus saludables efectos.

(11) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato di credito», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1961, pág. 328.

(12) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, pág. 188.

(13) ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ambito de responsabilidad*, Granada, 1982, págs. 204-205.

Cierto que la obligación del fiador es una obligación accesoria de otra principal para el caso de que no pague o cumpla el deudor de ésta (art. 1.822 del Código Civil), circunstancia esta última que determina que, amén de accesoria, la obligación de aquél sea una obligación subsidiaria, en razón de que su reclamo y ejecución deberán esperar el incumplimiento de la obligación principal. Es ésta una subsidiariedad estructural que no puede faltar nunca porque viene exigida por la esencia misma de la fianza y que permite, por tanto, que pueda compaginarse perfectamente con la vinculación solidaria del fiador, ya que la solidaridad juega respecto del acreedor, facultándole para exigir el cumplimiento directamente al fiador, mientras que la subsidiariedad se predica frente al deudor afianzado, distinguiendo a quien se ha obligado en interés ajeno a realizar aquella prestación a la que otro se obligó por sí mismo (14).

Pero, reconocido esto, lo que no puede dejar de reconocerse también es que la otra subsidiariedad, la operativa, la funcional, la que permite remitir al acreedor reclamante, ciertamente una vez producido el incumplimiento de la obligación asegurada a que haga excusión de los bienes del deudor, no cabe separarla del beneficio de este nombre, y, en consecuencia, si alguno de los cofiadores ha renunciado de manera expresa al mismo, difícilmente cabrá dudar de que el acreedor puede dirigirse directamente contra él, cosa que no puede hacer contra los restantes, y que, por ende, bajo ese ángulo, en ese preciso momento y a los efectos que se contemplan, su obligación ha dejado de ser subsidiaria.

Ahora bien, ¿determinará ello, según piensa GUILARTE, que no pueda darse la situación de cofianza, en cuanto ya no todos los fiadores ocuparán el mismo plano respecto al cumplimiento de la obligación? Afirmación excesivamente rigurosa y, en nuestra opinión, inadecuada, tanto porque, no obstante la renuncia al beneficio de excusión por algunos de los fiadores continúa respecto a todos la estructural subsidiariedad de su obligación, pues de faltar ésta no es que desaparecería la cofianza sino que ni siquiera cabría hablar de fianza, como porque lo característico y efectivo de la situación de cofianza viene dado por el juego del beneficio de división y del derecho de regreso, efectos que no se pierden por el hecho de que alguno de los cofiadores haga dejación expresa del *beneficium excussionis*.

Pensamos, por tanto, que tampoco en este supuesto deja de existir la cofianza, porque la mutación operada en el *status* de los diversos fiadores no es suficiente para trastornar los aspectos sustanciales y caracterizadores de aquéllos, y porque, según antes se advertía, cualquier disimilitud en las circunstancias o condiciones en que resulten obligados los distintos fiadores no

(14) CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, págs. 16-17. En contra MESSINEO, para quien la fianza sólo es subsidiaria en el Derecho italiano cuando deja de ser solidaria: *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 136.

tiene que acarrear necesariamente la imposibilidad de la cofianza. Lo que no acaba de entenderse bien es que GUILARTE, después de haber afirmado que la subsidiariedad es de esencia en la fianza y la acompaña inseparablemente con independencia de que pueda ejercitarse o no el beneficio de excusión (15), afirme más tarde que, en el caso de renuncia del beneficio de excusión por algunos de los fiadores, quienes no han renunciado se mantienen en situación de subsidiariedad respecto a la que tienen el deudor principal y los fiadores renunciantes (16), porque una afirmación no casa bien con la otra y genera dudas sobre la idea que, en definitiva, tiene dicho autor respecto a la característica de la subsidiariedad en la obligación fideiusoria.

¿*Quid iuris* en el caso de que algunos fiadores renuncien y otros no al beneficio de división? ¿Subsistirá la cofianza? Aquí la doctrina (GUILARTE, ALVENTOSA DEL RÍO) es pacífica, pues reconoce el mantenimiento de la fianza en razón de que con dicha renuncia «no se altera el principio de igualdad de grado». Desde nuestra particular óptica, todavía resulta más difícil disentir de este planteamiento, ya que si consideramos que en el Derecho Civil español los cofiadores quedan vinculados solidariamente entre sí, por más que puedan matizar semejante efecto mediante el recurso al clásico beneficio de división, la circunstancia de que algunos renuncien a esta posibilidad no hará sino ratificar y convertir en inalterable, respecto a ellos, aquella originaria solidaridad, y, por tanto, equiparar la condición de todos los cofiadores, en cuanto el beneficio de división, no produce sus efectos automáticamente sino que hace falta impetrarlo.

Incluso, ni aún en el supuesto de que los cofiadores no renunciantes decidiesen ejercitar el susodicho beneficio sufriría quebranto la cofianza, ya que todavía en este supuesto se mantendría la igualdad jurídica esencial entre los cofiadores, o, si se prefiere, la pequeña mutación producida en cuanto a la entidad del reclamo posible, respecto a los distintos fiadores, no tendría fuerza suficiente como para estimar que se había producido la pérdida del carácter conjunto de la obligación de garantía asumida por todos los cofiadores, y, en consecuencia, que la cofianza ha quedado desnaturalizada. No parece, por ello, que, con indiferencia del punto de vista que se adopte respecto a la naturaleza de las obligaciones derivadas de la fianza conjunta, quepa estimar que la renuncia al beneficio de división, por parte de algunos de los cofiadores, arruina la figura.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

(15) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, págs. 17 y sigs.

(16) *Ibid.*, pág. 188.

Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. DESDE EL INFORME SEGRE HASTA HOY.—3. EL PROYECTO DE REGULACION DE UNA HIPOTECA INDEPENDIENTE DE UN GRUPO DE EXPERTOS ALEMANES EN 1998.—4. COMPARATIVA APRIORISTICA DEL MODELO PROPUESTO CON LA HIPOTECA DEL ARTICULO 104 LH Y, ESPECIALMENTE, CON LA HIPOTECA DE MAXIMO.—5. TRADUCCION DEL *DISKUSSIONSPAPIER: NICHT AKZESSORISCHES GRUNDPFAND FUR MITTELEUROPA*: INTRODUCCIÓN. A) LÍNEAS MAESTRAS BÁSICAS PARA UN NUEVO DERECHO REAL DE GARANTÍA INMOBILIARIA (GRUNDPFAND): I. *En general*. II. *Constitución*. III. *Transmisión*. IV. *Extinción*. V. *Realización*. VI. *Procedimiento de insolvencia*. B) BORRADOR DE LEY: *Título I: Derecho real de garantía inmobiliaria* (Grundpfand): §1. Derecho real de garantía inmobiliaria (Grundpfand). §2. Constitución. §3. Responsabilidad personal. §4. Expedición de una carta (documento de inscripción, Eintragungsdokument). §5. Alcance de la responsabilidad. §6. Varias fincas. §7. Satisfacción. §8. Satisfacción en caso de derecho real de garantía inmobiliaria colectivo (sobre varias fincas). §9. Transmisión del derecho real de garantía inmobiliaria. §10. Renuncia. §11. Intimación del acreedor. *Título II: El contrato de garantía* (Sicherungsvertrag): §12. Derecho real de garantía inmobiliaria para garantizar créditos. §13. Garantía de créditos cambiantes. §14. Pagos. §15. Devolución. §16. Realización. §17. Diversas garantías. §18. Indemnización.—BIBLIOGRAFIA.

(1) Este trabajo ha sido posible gracias a una beca BE de desplazamiento con fines de investigación al extranjero concedida por la Generalitat de Catalunya (Res. 22-11-2000, *DOGC*, núm. 3278, 1-12-2000).

1. INTRODUCCION

Diversas son las iniciativas que se están dando a nivel europeo para conseguir paulatinamente un derecho civil común de los Estados miembros en sus diferentes ramas (derecho de obligaciones, contratos, responsabilidad, etc.), sea ya en base a normativa comunitaria, sea todavía en estudios preliminares.

Lo que en esta ocasión nos ocupa es la búsqueda de un derecho real de garantía inmobiliaria común para Europa. Tras las primeras normas comunitarias, relativas a la armonización del derecho bancario y de las operaciones de crédito enmarcadas en el principio de la libre circulación de capitales (2), debe venir necesariamente la búsqueda de una garantía inmobiliaria común para los créditos que las entidades bancarias europeas pretendan conceder en los diferentes Estados miembros. Lo que se busca es, pues, una «eurohipoteca» (3).

Aunque el objetivo está claro, aún no se conoce qué forma debe adoptar esta «eurohipoteca», qué debe regularse desde la normativa comunitaria, de qué modo deben tratarse algunas cuestiones fundamentales como la accesoriidad, intervención de notario o, incluso, qué instrumento utilizar (Directiva, dejando cierto margen de libertad a los Estados para regular, o Reglamento, emitiendo todas las indicaciones desde los organismos comunitarios).

La propuesta para la regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio (*nicht akzessorisches Grundpfand*) que realizan los doctores OTMAR STÖCKER y HANS WOLFSTEINER, en base a un grupo de trabajo de juristas alemanes, puede resultar reveladora. .

(2) A título de ejemplo, ténganse en cuenta los artículos 52 y 59 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, relativos a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en otro y a la libre prestación de servicios; la Directiva 73/183/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1973, sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras; la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE; y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

(3) Ver, al respecto de la «eurohipoteca», STÖCKER, OTMAR M., «La «eurohipoteca»», en *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 18-19, 1992, págs. 141 a 148; STÖCKER, OTMAR, y CASERO MEJÍAS, MANUEL, «La eurohipoteca», en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620; STÖCKER, OTMAR, «La eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa», en *Anales I, 1996/1997*, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Coord. Alfonso Hernández Moreno, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

2. DESDE EL INFORME SEGRÉ HASTA HOY

Ha pasado tiempo desde que la Comunidad Económica Europea diese el primer impulso en 1966. Veamos cuáles han sido, a grandes rasgos, las diferentes iniciativas al respecto de la «eurohipoteca»:

* El «Informe Segré» (1966). La Comisión Europea encarga a un grupo de expertos, encabezado por el profesor CLAUDIO SEGRÉ, la elaboración de un informe relativo a la construcción de un mercado europeo de capitales. Aparte de otras cuestiones, el informe considera que la *Grundschild* (deuda territorial) alemana, o una forma semejante de garantía, podría ser utilizada en los Estados miembros, «dado que la técnica de la deuda territorial se ha mostrado especialmente eficaz no solamente en Alemania, sino también en otros países, como Suiza o Austria».

* La Unión Internacional del Notariado Latino (Comisión para Asuntos Comunitarios) (1987). Esta organización conceptúa por primera vez el término «eurohipoteca» y apuesta por estructurar una hipoteca de validez uniforme basándose en el modelo de la *Schuldbrief* (carta de deuda/hipoteca independiente) suiza.

* La Unión Europea (2001). La UE impulsa la creación de un *Forum Group* (grupo de discusión) que debe examinar dos cuestiones: 1) la eficiencia de la hipoteca como garantía, y 2) la oportunidad y posibilidad de crear una «eurohipoteca», entendida como un derecho real común a todos los Estados miembros. Se plantean, a este efecto, una serie de cuestiones relativas a las formalidades que deben seguirse para constituir dicha «eurohipoteca», intervención o no de notario, acceso al Registro (y condiciones), costes, rango de la «eurohipoteca» en relación con otras cargas o privilegios, accesoriedad al crédito principal o no, etc. Por último, se apunta una pregunta de especial interés: «Teniendo en cuenta las modificaciones de la legislación nacional que conllevaría, ¿sería la creación de esta garantía [refiriéndose a la «eurohipoteca» como derecho real de garantía inmobiliaria común a todos los Estados miembros] más fácil de conseguir que la armonización de la legislación nacional existente?»

* Sobre la base de todas estas cuestiones, la Federación Hipotecaria Europea (*European Mortgage Federation*) (2001) inicia una discusión en su foro interno.

* En nuestra opinión, y contestando a la pregunta clave formulada al *Forum Group*, entendemos que, efectivamente, es más factible la creación de una garantía inmobiliaria nueva que la armonización de las legislaciones existentes relativas a la hipoteca. La idea esencial es que, al lado de las existentes hipotecas en los diferentes ordenamientos, se introdujese un derecho real de garantía inmobiliaria de naturaleza independiente de la obligación

garantizada, más ágil y que favoreciese la creación de un mercado hipotecario transnacional real.

El modo de llevar a cabo la regulación de dicha «eurohipoteca» viene después. Aunque quizá, pensamos, sería más deseable una hipoteca completamente uniformizada para toda Europa, debemos ser conscientes que esta solución, hoy por hoy, es utópica, ya que la «eurohipoteca», entendida de este modo, chocaría en alguno u otro punto con la tradición jurídica de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos que divergen en muchos puntos entre sí: si la inscripción registral debe ser o no constitutiva, vías de actuación del notariado, imbricación del procedimiento de ejecución uniformado en los procedimientos nacionales de ejecución, situación de la «eurohipoteca» en la lista de privilegios de los ordenamientos jurídicos, etc.

Quizá la vía más adecuada sería la de optar por una Directiva de mínimos, respetando que cada Estado incorporase la «eurohipoteca» a su ordenamiento como creyese conveniente, aunque siempre sobre la base de un derecho real de garantía independiente en aras a su mayor negociabilidad.

3. EL PROYECTO DE REGULACION DE UNA HIPOTECA INDEPENDIENTE DE UN GRUPO DE EXPERTOS ALEMANES EN 1998

En este marco debe ser resaltado el trabajo desarrollado por un grupo de expertos alemanes sobre la cuestión de la incorporación a los ordenamientos jurídicos de un derecho real de garantía inmobiliaria independiente.

Para ellos, este modelo que proponen será la deseada «eurohipoteca», puesto que permitirá una mayor flexibilidad (en la cesión, en la negociación, en la estructura) y abaratamiento en su constitución (utilizable para varios créditos u obligaciones no dinerarias sin necesidad de una novación constitutiva cada vez) que las tradicionales hipotecas vigentes en los actuales ordenamientos jurídicos.

Este trabajo fue publicado en alemán en la *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (ZBB) del 14 de agosto de 1998, bajo el título «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa», y elaborado por el doctor HANS WOLFSTEINER y el doctor OTMAR STÖCKER, con la colaboración de otros expertos juristas alemanes.

Expongamos someramente por qué consideramos interesante y, sobre todo útil, la transcripción de dicho trabajo íntegramente al castellano:

1. En primer lugar, lo interesante de la cuestión de la introducción en los diferentes ordenamientos de un derecho real de garantía inmobiliario independiente de la obligación garantizada. Esto es una cuestión que ha venido

planeando sobre el ordenamiento jurídico español al menos desde principios del siglo xx (4), pero que la DGRN, sobre todo a raíz de la Resolución de 23-12-1987, ha cercenado en reiteradas ocasiones. No obstante, lo interesante de figuras como la *Grundschild* alemana o la *Schuldbrief* suiza (derechos reales inmobiliarios de garantía independientes) queda demostrado en su vasta utilización en sus respectivos ámbitos como perfectos sustitutivos de la hipoteca.

2. En segundo lugar, que por primera vez un grupo de trabajo formado por catedráticos, notarios y prácticos del mundo de la banca alemanes, elaboran una propuesta de articulado para la introducción de la hipoteca independiente en unos ordenamientos jurídicos con una fuerte tradición de hipoteca dependiente. Aunque dicha propuesta fuese pensada para los nuevos movimientos legisladores de los Estados de la Europa central y del este (5), en este punto coincide nuestro ordenamiento jurídico: ni la LH en vigor (arts. 104 y 149 LH), heredera de la de 1861, ni el Código Civil (arts. 1.857.1 y 1.878 del Código Civil) han permitido la presencia de un derecho real inmobiliario independiente. El proyecto que este grupo presenta, puede dar lugar a reflexión.

3. La propuesta permite dar respuesta a la pregunta: ¿tiene posibilidades de regularse un derecho real de garantía independiente allí donde sólo existe una hipoteca accesorio? Ya existen ejemplos de que ello, efectivamente, es posible. De este modo tenemos los casos de Hungría, Estonia y Polonia:

- a) Hungría: el Código Civil húngaro regula desde 1993, en su artículo 269, el derecho real de garantía independiente (*önálló zálogjog*). Se encuentra regulado al lado del derecho real de garantía inmobiliario dependiente y puede ser utilizado para gravar cosas muebles e inmuebles. Su ámbito de aplicación está discutido por la doctrina húngara. La opinión mayoritaria entiende que, debido a su falta de accesoriedad, no debería ser utilizado para garantizar créditos. En la realidad jurídica la *önálló zálogjog* no ha tenido hasta ahora ninguna relevancia. El 1 de septiembre de 2001 entra en vigor una modificación de los derechos reales de garantía inmobiliaria húngaros que afecta también al artículo 269 del Código Civil húngaro. Pretende clarificarse que el derecho real de garantía independiente puede ser utilizado para garantizar créditos. De todas formas, carece de una regulación detallada de, por ejemplo, el contrato de garantía.

(4) GASTALVER, JOSÉ, *Crédito territorial*, Sevilla, 1916, pág. 43.

(5) Los términos «Europa central» y «Europa del este» se refiere a los Estados centroeuropeos y del este de Europa que provienen de regímenes comunistas que están procediendo a la transformación de sus estructuras jurídico-económicas.

- b) Estonia: la hipoteca (*hiipoteek*) está regulada en la Ley de derechos reales estonia desde 1993 en sus artículos 325 a 364. Según el artículo 325.4, la hipoteca no requiere la existencia de un crédito. De los artículos 346 a 354 se desprende que puede venir relacionada con un crédito. La doctrina indica que aunque el único derecho real de garantía estonio se denomine como la hipoteca, su naturaleza jurídica está próxima a la *Grundschild* alemana (6). En el primer proyecto de ley, el derecho de cosas estonio preveía una división en dos entre una hipoteca accesorio y una *Grundschild* independiente, al igual que el Código Civil alemán (BGB). Pero ello fue rechazado posteriormente por una recomendación de expertos alemanes, ya que la accesoriedad impide que la hipoteca pueda utilizarse para garantizar múltiples y diversos créditos. De este modo, la necesaria cancelación y nueva inscripción del derecho real de garantía llevan aparejadas para los interesados determinados costes y con ello se impide el desarrollo económico. Pueden darse casos especiales en que sea deseable una relación accesorio, como el caso de la *Bauhandwerkersicherungs-hypothek* (hipoteca en garantía de crédito refaccionario, §§ 648 y 649 BGB) del Derecho alemán. Estas situaciones pueden ser cubiertas y reguladas a través de relaciones causales. Por ello decidió el legislador estonio regular solamente un derecho real de garantía inmobiliaria independiente.
- c) Polonia: la Comisión de Trabajo para el Derecho Civil (7) de este Estado tiene preparado un proyecto de ley que pretende incorporar al ordenamiento polaco una hipoteca de carta (*Briefhypothek*) al lado de la ya existente hipoteca registral (*Buchhypothek*). Al mismo tiempo, busca incorporar un derecho real de garantía independiente que, aunque con particularidades, se asemeja a la *Grundschild* alemana. También en este proyecto de ley se estipulan unos contenidos mínimos del contrato de garantía (*Sicherungsvertrag*). En Polonia, hoy por hoy, los trabajos de la comisión encargada al efecto están muy avanzados (8) pero, aparte de las cuestiones estrictamente de política legislativa, el principal escollo de carácter jurídico se encuentra en analizar si el propietario de un inmueble, que lo da en garantía, se

(6) KOVE, VILLU y ZENO, ANRE en Walther Hadding y Uwe H. Schneider (ed.), *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1999, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1999, pág. 653.

(7) *Komisja Ds. Reformy Prawa Cywilnego*.

(8) En septiembre de 2001 se reanudan las sesiones en el Parlamento y se retoma la cuestión que está ahora tratada en la Comisión para el Derecho Privado, dependiente del Ministerio de Finanzas polaco.

encuentra en una situación de desprotección mayor con esta hipoteca independiente que con la hipoteca accesoria tradicional. Aunque en algunas partes de Polonia (Silesia, sobre todo) siguen manteniendo en la base de su derecho privado el Derecho alemán y, por lo tanto, no les es desconocida la *Grundschild* alemana, la doctrina alemana ha llamado a la hipoteca independiente que se pretende implantar *Immobilien-schuld* (*Dług na nieruchomości*), para diferenciarla de la propia *Grundschild* alemana, puesto que no tienen una regulación idéntica. El trabajo de esta comisión de expertos alemanes, que a continuación traducimos, ha servido como documento de trabajo para la elaboración del proyecto de ley de regulación de la *Immobilien-schuld* polaca.

4. Desde el punto de vista de la LH y del Código Civil no pueden verse ignorados los movimientos a nivel europeo relativos a la «eurohipoteca», iniciados ya en los años sesenta por la Comisión Europea.

5. Aunque todo lo que se va a decir pueda sonar hasta cierto punto contradictorio con nuestra tradición hipotecaria (principios de accesoriedad y de especialidad de la hipoteca), no han sido pocos los autores que han venido recomendando la admisión de la hipoteca independiente en el ordenamiento jurídico común (9).

6. Por último, el fuerte movimiento codificador que se está llevando a cabo en Cataluña respecto a su Derecho Civil propio (art. 149.1.8 CE) no debe desechar de antemano la posibilidad de regulación de una hipoteca independiente, justo en el momento en que se está redactando el proyecto que pretende articular la hipoteca catalana, más cuanto Cataluña carece de toda tradición propia relativa a la hipoteca dependiente. Ello no quiere decir que se rompa violentamente con el uso tradicional que desde la LH común de 1861 está vigente en Cataluña, que es el de la hipoteca del artículo 104 LH. Simplemente apuntamos que, paralelamente a la tradicional hipoteca dependiente, podría estudiarse la posibilidad de regular una hipoteca independiente.

(9) Reiteramos la opinión favorable de GASTALVER, *Crédito territorial*, pág. 43, de incorporar la deuda territorial a nuestro ordenamiento. No ha faltado la doctrina que ha buscado justificar la no necesaria accesoriedad de la hipoteca del artículo 104 LH, sobre la base de figuras como la hipoteca de máximo, la de seguridad, la desdeñada «hipoteca flotante» o, incluso, la hipoteca legal. Ver, en este sentido, REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL, «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado» e «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», ambos en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, págs. 98, 125, 136, 147 y 170. En las págs. 172 y 173, REY PORTOLÉS recoge a otros autores (JERÓNIMO GONZÁLEZ, CASSO ROMERO, PASCUAL LACAL y LA RICA ARENAL) que, de una u otra manera, han cuestionado la estricta accesoriedad de la hipoteca del 104 LH.

Desde nuestro punto de vista, pues, la simple reflexión sobre la introducción de un derecho real de garantía inmobiliaria independiente —sea en la Ley Hipotecaria, sea en la nueva normativa que se está elaborando en Derecho catalán— sería ya un paso adelante en estimular el estudio para hallar un derecho real de garantía inmobiliaria dotado de una mayor negociabilidad que la hipoteca, la cual, por sus rigideces, no resulta adecuada para el tráfico jurídico-económico actual, especialmente el transfronterizo (10). Desde mediados de la década de 1970, los bancos hipotecarios alemanes han venido utilizando prácticamente en exclusiva a la *Grundschild* como mecanismo para garantizar sus operaciones activas de crédito. Esta ha resultado ser también un complemento esencial para la refinanciación hipotecaria (11).

(10) Pretendemos, al igual que lo quiso CASERO MEJÍAS, MANUEL, en «La eurohipoteca», en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620, págs. 91 a 182, al traducir parte de la obra del doctor Stöcker, *Die «Eurohypothek»*, hacer partícipe al jurista español de los movimientos en Europa sobre la cuestión para que, a su vez, aporte ideas y soluciones.

(11) Aunque la mayoría de las operaciones de refinanciación hipotecaria, operadas por los bancos hipotecarios alemanes, se hace mediante la emisión de cédulas hipotecarias (*Hypothekenspfandbriefe*), también se han realizado algunas operaciones de refinanciación de corte anglosajón, es decir, mediante la emisión de *mortgage-backed securities* (la de HAUS 1998-1 Limited con los auspicios del Deutsche Bank AG el 14 de mayo de 1998, por ejemplo). En el esquema alemán de *mortgage-backed securities*, el SPV (*special purpose vehicle* o emisor de los valores refinanciadores) adquiere de la entidad prestamista los créditos que se pretenden titular con las *Briefgrundsschulden* y con partes de las *Buchgrundsschulden*, mientras que la entidad prestamista detenta fiduciariamente (es decir, en nombre y representación del SPV) el resto de las *Buchgrundsschulden*. Esta separación entre garantía y crédito sólo puede operarse mediante un derecho real de garantía independiente. El sistema español de refinanciación hipotecaria anglosajona se basa en la emisión, primero, de participaciones hipotecarias y, después, en la emisión de bonos de titulización hipotecaria sobre dichas participaciones [art. 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria (*BOE* núm. 168, de 14 de julio de 1992; corrección de errores en *BOE* núm. 186, de 4 de agosto)]. No obstante, en el sistema español se ciernen algunas dudas como la «atípica» cesión de créditos que representan las participaciones hipotecarias, los problemas frente a terceros cesionarios en base al artículo 149 LH, de buena fe del crédito participado, las acciones que pueden ejecutar los tenedores de los bonos, etc.

4. COMPARATIVA APRIORISTICA DEL MODELO PROPUESTO
CON LA HIPOTECA DEL ARTICULO 104 LH Y,
ESPECIALMENTE, CON LA HIPOTECA DE MAXIMO

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
CARACTERISTICAS GENERALES	
Es necesariamente independiente del crédito al que garantiza (§1.2)	Es dependiente del crédito al que garantiza (arts. 104 y 149 LH y 1.528, 1.857.1 y 1.878 del Código Civil)
Puede ser reutilizado para garantizar diversas obligaciones (dinerarias o no) del mismo acreedor, diferentes en el tiempo, cuantía, etc., sin que entre ellas no haya ninguna conexión causal	La hipoteca de máximo necesita un crédito que al menos sea determina- ble (arts. 153, 141 y 142 LH) (RRDGRN 28-2-1928 y 5-3-1929). Además los créditos deben tener una misma conexión causal (RDGRN 23- 12-1987). Se rechaza la hipoteca en garantía de obligaciones causalmente diversas e indeterminadas sin pacto novatorio expreso (hipoteca flotan- te) (12) (RDGRN 23-12-1987)
Es susceptible de tenencia fiduciaria (operaciones con <i>mortgage-backed securities</i> (13), préstamos realizados por más de un acreedor, etc.) (14)	No por sí misma

(12) Sobre los motivos de la DGRN para descartar la posibilidad de crear una hipoteca flotante, ver CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.^a Edición, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons, págs. 1584 y 1585.

(13) Vid. *supr.* el pie de página anterior respecto a la emisión de valores refinanciadores de corte anglosajón en España y en Alemania.

(14) Sería el caso en que un deudor pretenda adquirir un préstamo de tal cuantía que deba ser concedido por dos entidades de crédito distintas. En lugar de constituir una hipoteca para cada parte (con los costes que ello conlleva para el crédito), se podría constituir un único derecho real de garantía inmobiliaria que una de las entidades crediticias detentaría tanto en beneficio propio —por la parte en que ella misma hubiese concedido el préstamo— como en beneficio de la otra entidad —por la parte que ésta hubiese concedido del préstamo—. Las operaciones fiduciarias de este estilo se dan habitualmente en la práctica bancaria.

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Se puede ejecutar sin necesidad de título complementario (§7.1)	La hipoteca de tráfico, sí (art. 681 LEC). En cambio, la hipoteca de máximo no garantiza un título ejecutivo para el acreedor. Este debe probar la existencia, el vencimiento y la exigibilidad de la deuda (RRDGRN 5-3-1929 y 6-11-1999)
Puede producir intereses (§1.3). De esta forma, el derecho real de garantía independiente se constituirá para garantizar un capital y un porcentaje de intereses previsto, pudiéndose utilizar esta última cantidad para asegurar el principal, si éste resulta ser menor que el del crédito garantizado	No por sí misma. Quién produce los intereses es el crédito hipotecario pero no la hipoteca en sí (arts. 114, 115, 146 y 147 LH). En la constitución de la hipoteca de máximo deben ser tenidos en cuenta todos los intereses (en números absolutos) que producirá el crédito en el tiempo previsto, ya que es necesario establecer una cuantía máxima absoluta de responsabilidad (15). Ello comportando un encarecimiento de la constitución
Su rango respecto a otras cargas sobre la finca viene determinado por su acceso al Registro	Igual (arts. 17, 32 y 105 LH)
Es divisible. Puede irse devolviendo parte del derecho real al propietario de la finca gravada si paga o se le condona parcialmente la deuda (§§7.5, 8.1 y 10.3 y 4)	Es indivisible (art. 122 LH y art. 1.860.1 y 2 del Código Civil). Independientemente de si el crédito ha quedado parcialmente amortizado, la hipoteca se puede ejecutar por toda su cuantía
Si el acreedor renuncia al derecho, éste vuelve a manos de quién lo constituyó (§10.1)	La renuncia del derecho de hipoteca (art. 6.2 del Código Civil) o la condonación de la deuda (art. 1.190 del Código Civil), provocan la extinción del derecho

(15) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, IV-2, 7.^a Edición, Barcelona, 1979, Ed. Bosch, pág. 791.

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Existencia de causa. La causa viene determinada en el contrato de garantía, el cual liga el derecho real de garantía con el crédito garantizado (§12.1)	Es un negocio causal (art. 104 LH). No necesita contrato de garantía, puesto que es accesoria a cada crédito. En la hipoteca de máximo, los «datos indispensables que permitan identificar la relación obligatoria que garantiza el gravamen hipotecario» deberán ir referidos a la relación causal de la que se desprendan las prestaciones posteriores (16)
CONSTITUCION	
Requiere para su existencia escritura notarial y que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad (§2.1)	Igual (art. 145 LH)
Sería conveniente restringir la cualidad de «acreedores» a acreedores profesionales (17)	Abierto a todos, particulares y profesionales (art. 138 LH)
Puede ser constituida por el propietario sin que exista (ni se prevea que exista) crédito alguno (§1.5)	Hipoteca unilateral (art. 141 LH). Pero requiere aceptación del beneficiario de la hipoteca para subsistir
Puede adherirse a una carta, expedida por la oficina del Registro (§4)	No. La hipoteca siempre tiene vida registral (arts. 145, 149, 150 y 151 LH)

(16) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, pág. 793.

(17) La problemática respecto al deudor hipotecario se podría plantear en el caso en que el acreedor enajenase, por un lado el crédito, y por otro la garantía, y ambos cesionarios fueran terceros de buena fe. En este caso, el deudor hipotecario podría hallarse ante dos reclamaciones por el mismo concepto. En este punto, el contrato de garantía debe tener un papel principal. Además, en el caso de que el uso del derecho real de garantía independiente se restringiese a profesionales (para proceder a su refinanciación hipotecaria, por ejemplo), este suceso difícilmente podría darse debido a la imagen pública que dichas entidades deben mantener, ya que habrían obrado de mala fe. Además, la actividad bancaria está sometida a una importante supervisión en la mayoría de los Estados. La opción de que el contrato de garantía conste en escritura pública y en el Registro de la Propiedad no sería conveniente porque indirectamente estaríamos volviendo a hacer un derecho real de garantía dependiente, poco dinámico y costoso.

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Recae sobre fincas y sobre derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad (§1.1)	Igual. Tener en cuenta las disposiciones de los artículos 106 y 107 LH
Extensión del gravamen: se consideran incluidos los bienes muebles incorporados a la finca por destino, las rentas periódicas (arrendamientos) y la maquinaria, siempre que no pudiese separarse sin menoscabo (§5)	Por defecto, no se incluyen ni los bienes muebles incorporados a la finca por destino ni las rentas vencidas y no satisfechas. La maquinaria sólo queda hipotecada si no puede separarse sin menoscabo (art. 111 LH)
Puede recaer sobre varias fincas (§6.1), pero cada una responde por toda la cuantía. Es discreción del acreedor distribuir o no la responsabilidad (§6.2)	Puede recaer sobre varias fincas, pero debe determinarse la cantidad por la que cada una debe responder (art. 119 LH) (principio de especialidad)
TRANSMISION	
Dado que el derecho real de garantía inmobiliaria puede garantizar diferentes créditos de manera que el creador de la garantía puede siempre rescindir el contrato aunque se mantenga la garantía (§13.1), se produce un sencillo cambio de acreedor sin necesidad de constituir un nuevo derecho real de garantía, evitando así los gastos registrales y notariales que conlleva. La nueva relación obligacional está libre de cualquier vínculo con la anterior: el nuevo acreedor no tiene que aceptar las estipulaciones del crédito anterior	La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ha facilitado la subrogación en un mismo préstamo hipotecario de un nuevo acreedor (1.211 del Código Civil), siempre que éste sea una de las sociedades habilitadas para participar en el Mercado Hipotecario. Pero este sistema no pasa de ser una mera subrogación en el crédito con todo lo que ello conlleva: la entidad que se subroga adquiere con el crédito todas las obligaciones, pactos y estipulaciones accesorias (condiciones generales del contrato, cláusulas específicas, etc.), de manera que no hay absoluta libertad en dicha subrogación (art. 4 de la Ley 2/1994)

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Agilidad en la cesión del derecho real de garantía, tenga éste vida registral (§9.2) o esté adherido a una carta (§9.5)	En ningún caso puede cederse la hipoteca separada del crédito (art. 149 LH). En el caso de la hipoteca de máximo, el crédito se cede independiente de la hipoteca, según las normas del derecho común, pero el cesionario no podrá ampararse en los datos del Registro; los créditos no pueden ser cedidos con efectos reales y para que el nuevo acreedor (cesionario) pueda ejecutar la hipoteca en su garantía, deberá probar su existencia, vencimiento y exigibilidad (RRDGRN 21-3-1917 y 5-3-1929). Por último, la venta de finca hipotecada (art. 118 LH) produce cierta separación crédito-deuda, aunque solamente referida a la figura del deudor hipotecario-titular de la finca gravada
El acreedor puede ceder por separado tanto el derecho real de garantía como el propio crédito para refinanciarse (18)	Ni la cesión de crédito hipotecario (art. 149 LH) ni la subhipoteca (art. 107.4 LH) han demostrado ser instrumentos adecuados para la refinanciación hipotecaria, debiendo acudir necesariamente a las operaciones pasivas del Mercado Hipotecario para esta finalidad (emisión de valores hipotecarios) (19) (ver Exposición de Motivos de la LH de 1861)

(18) Vid. *supr.* lo comentado al respecto de la refinanciación en Alemania mediante *mortgage-backed securities* y también lo referente a los peligros para el deudor de dos cesionarios (de crédito y de garantía) de buena fe.

(19) Respecto a lo dicho sobre las participaciones hipotecarias, vid., *supr.*

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
EJECUCION Y EXTINCION	
Aparte de la acción real contra la finca gravada derivada del derecho de garantía (§7.1) y de la responsabilidad personal del deudor derivada del contrato de préstamo, es posible estipular en la constitución del derecho real de garantía la responsabilidad personal del propietario del fundo gravado hasta la cantidad garantizada con dicho derecho real (§3) que se exigirá por la misma acción ejecutiva que de la que dispone el propio derecho real de garantía	El propietario de la finca, en caso de ser distinto del deudor, sólo responde con la finca por la cantidad garantizada (arts. 105, 140 y 147 LH y 1.911 del Código Civil)
La extinción del derecho real de garantía inmobiliaria se produce cuando hay acuerdo entre acreedor y propietario para ello. Si el propietario es al tiempo el poseedor de la garantía, él decide cuándo se extingue. No se extingue por confusión con la propiedad ni por transcurso de tiempo (§1.5 §7.3)	La hipoteca se extingue cuando se extingue el crédito que garantiza (arts. 1.190, 1.192 del Código Civil). Además, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca (art. 145 LH), se extingue cuando se cancela su inscripción (art. 82 LH) a instancias del titular registral del derecho, mediante su consentimiento formal (20)
La acción real se sustanciará por el habitual procedimiento de ejecución hipotecaria (§7.1). Este tendrá los mismos efectos respecto a acreedores con derechos sobre la finca de igual o inferior rango (§7.4). Los terceros perjudicados por la ejecución pueden pagar al acreedor (§7.7)	Esencialmente igual para la hipoteca de tráfico. Pero la hipoteca de máximo tiene serios problemas de ejecución (21)

(20) GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER y DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons, págs. 138 y 139.

(21) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, Tomo VIII, 8.^a Edición, Barcelona, 1998, pág. 328. Sobre la cuestión de la ejecución de la hipoteca de máximo aplicada al crédito abierto garantizado con hipoteca, ver GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «El crédito abierto garantizado con hipoteca», en Del Pozo Carrascosa, Pedro y Díaz Muyor, Manuel (coords.), *Contratación bancaria*, Madrid y Barcelona, 1998, Ed. Marcial Pons i Universitat Rovira i Virgili, págs. 177 y 178.

5. TRADUCCION DEL *DISKUSSIONSPAPIER*:
NICHT AKZESSORISCHES GRUNDPFAND FÜR MITTELEUROPA

INTRODUCCIÓN

En el marco de la función asesora de la Asociación de Bancos Hipotecarios alemanes (*Verband Deutscher Hypothekenbanken*, VDH) en los Estados de la Europa central y del este siempre se encuentra la pregunta esencial relativa a la practicabilidad de los previamente existentes derechos reales inmobiliarios. Las disposiciones de derecho hipotecario (como las de Centroeuropa) suelen ofrecer únicamente hipotecas estrechamente accesorias y eventualmente también la variante de la hipoteca de máximo.

En el estudio se revisa si las garantías crediticias de los países de la Europa central y del este posibilitan técnicas financieras modernas para asentar las bases del ordenamiento económico y orientar la economía de mercado.

En relación con el debate del problema que existe en la práctica bancaria, relativo a la estrecha accesoriedad de la hipoteca, se discute también la posibilidad de regular un nuevo derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio (*nicht akzessorisches Grundpfand*) en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Con esta finalidad, la VDH ha iniciado la constitución de un grupo de trabajo que ha elaborado un documento de discusión que incorpora las líneas básicas para un derecho real de garantía inmobiliaria independiente. Se han tenido en cuenta para ello propuestas de otros ordenamientos jurídicos, sobre todo las disposiciones legales y las sentencias de los Tribunales, así como la experiencia práctica de los bancos relativa a la *Schuldbrief* (carta de deuda) suiza y a la *Grundschild* (deuda territorial) alemana.

El grupo de trabajo no se ha limitado a proponer líneas maestras abstractas. Sobre dichas líneas ha construido un borrador de ley para mostrar claramente la necesidad de regulación. Este borrador de ley se ha formulado independientemente de ordenamientos jurídicos particulares.

La propuesta debe entenderse como un documento de discusión y persigue ofrecer una garantía crediticia flexible con los requisitos, tanto de una garantía legal como de protección de los consumidores. El documento de discusión se publica para estimular una discusión pública de cómo pueden ser modernizados los ordenamientos hipotecarios de los estados del centro de Europa.

Han participado en este grupo de trabajo:

JOHANNES E. BEUTLER, miembro en el pasado del *Rheinboden Hypothekenbank*, Colonia.

Profesor Doctor ULRICH DROBNIG, *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo.

DOCTOR KLAUS-PETER FOLLAK, *Württembergische Hypothekenbank AG*, Stuttgart.

PETER HELLER, *Süddeutsche Bodencreditbank AG*, Munich.

PETER NEUBAUER, *Bayerische Vereinsbank AG*, Munich.

OTTO SOERTEL, *Frankfurter Hypothekenbank Centralboden AG*, Colonia.

DOCTOR OTMAR STÖCKER, *Verband Deutscher Hypothekenbanken*, Bonn (redacción global).

Profesor Doctor ROLF STÜRNER, *Universidad de Friburgo*.

Notario doctor HANS WOLFSTEINER, Colegio de Notarios federal, Colonia (redacción del borrador de ley bajo la rúbrica B).

Notario Doctor HANS WOLFSTEINER, Munich

Doctor OTMAR STÖCKER, *Verband Deutscher Hypothekenbanken*,
Bonn/Berlín

A) LÍNEAS MAESTRAS BÁSICAS PARA UN NUEVO DERECHO REAL DE GARANTÍA INMOBILIARIA (GRUNDPFAND)

I. *En general*

1. El documento de discusión que se presenta tiene como objetivo mostrar una propuesta para un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio que pueda también ser utilizado para garantizar créditos (22).

(22) Hace más de treinta años, la Comisión Europea encargó a un grupo de expertos, bajo la dirección del profesor Claudio Segré, el estudio de esta cuestión en relación con la liberalización de la circulación de capitales y examinar la repercusión de una integración del mercado de capitales. Este grupo de expertos sacó en 1966, el documento «La construcción de un mercado europeo de capitales» (*Aufbau eines europäischen Kapitalmarktes*), el conocido como «Informe Segré», en el que se propuso, entre otras cosas, la armonización de las disposiciones legales de cada uno de los Estados miembros relativas a los derechos reales de garantía, para lo que se propuso como modelo la *Briefgrundschuld* (carta de deuda territorial) alemana.

La Unión Internacional del Notariado Latino (Comisión para los Asuntos de la Comunidad Europea) tomó posteriormente esta iniciativa y transmitió al Consejo de Ministros de la Comunidad, el 22 de mayo de 1987, la siguiente propuesta:

— Las entidades de crédito deben tener a su disposición, en cada uno de los Estados miembros, la eurohipoteca, al lado de los derechos reales de garantía inmobiliaria ya existentes en cada uno de ellos.

— Este derecho real de garantía inmobiliaria debe seguir el modelo de la *Schuldbrief* (carta de deuda) suiza.

— De este modo se ofrece, tanto para la entidad de crédito como para el tomador del préstamo, otro derecho real de garantía inmobiliaria más negociable y versátil dentro de la Comunidad Europea, como alternativa a los derechos reales de garantía ya existentes.

2. Este derecho real de garantía inmobiliaria ofrece —a diferencia de la estrechamente accesorio hipoteca— una alta flexibilidad en el aseguramiento del comportamiento obligacional entre el deudor y su acreedor.

— El derecho real de garantía inmobiliaria puede nacer tanto antes de que se satisfaga el crédito como, sobre todo, antes de que se perfeccione el contrato de crédito. Con ello la operación de pago se aligera sin que el banco deba correr con el riesgo de un pago no garantizado.

— Cuando un crédito quedase parcial o totalmente amortizado, un nuevo crédito podría quedar garantizado con el mismo derecho real de garantía inmobiliaria sin necesidad de que se tuviera que constituir otro derecho real. Este derecho real de garantía inmobiliaria puede servir para garantizar créditos de cuantía variable; esto es una gran ventaja para financiar diferentes fases de una construcción inmobiliaria o financiar su desarrollo, así como condiciones financieras de cuentas corrientes.

— También es posible utilizar este derecho real de garantía inmobiliaria cuando el crédito garantizado debe ser sustituido por un nuevo crédito (por ejemplo, el caso de un crédito de conversión del mismo acreedor).

— Este derecho real de garantía inmobiliaria puede ser utilizado también para garantizar más créditos del mismo acreedor.

— También permite garantizar obligaciones no dinerarias.

Debe tenerse en cuenta que una mayor independencia del crédito y, en consecuencia, una mayor negociabilidad en el mercado puede conllevar eventualmente mayor riesgo, dadas las posibilidades de abuso. Por ello debe tomarse en consideración el limitar el círculo de posibles acreedores (por ejemplo, a bancos, aseguradoras y otras instituciones sometidas a vigilancia estatal) (23).

3. La flexibilidad de este nuevo derecho real de garantía inmobiliaria aligera el cambio a un nuevo acreedor y fomenta la competencia entre los concesionarios de créditos. De este modo, gracias a su no-accesoriedad, puede ser transmitido a un nuevo acreedor sin que con ello el anterior crédito

— De esta manera se evitan los inconvenientes jurídicos, económicos y prácticos de la tradicional —estrechamente accesorio— hipoteca.

Respecto a la eurohipoteca puede verse, por ejemplo, la siguiente bibliografía: *Union Internationale du Notariat Latin*, Die Eurohypothek, 2.^a Edición, Amsterdam, 1994 [con una muestra del contrato de garantía (*Sicherungsvertrag*) y una certificación de rango (*Rangbestätigung*)]; *Wehrens*, Überlegungen zu einer Eurohypothek, WM 1992, 557 y sigs.; *Stöcker*, Die Eurohypothek, Berlin, 1992.

(23) El borrador de ley (bajo la rúbrica B) no contiene todavía esta restricción.

garantizado resulte afectado. Ello tiene un significado especial en caso de financiación de un crédito. Además, este tipo de derecho real de garantía favorece el desarrollo de nuevas técnicas de refinanciación del banco.

4. Un contrato de garantía (*Sicherungsvertrag*) tiene su utilidad para regular el supuesto de valoración y devolución del derecho real de garantía. Por ley debe quedar previsto el contenido mínimo del contrato de garantía. El daño producido al propietario (quien da la garantía) o al acreedor por el incumplimiento del contrato de garantía debe ser reparado (24).

5. El nuevo derecho real de garantía inmobiliaria puede ser constituido tanto por el propietario como por el acreedor, según el deseo de las partes contratantes. Una constitución por parte del propietario tiene sentido, por ejemplo, cuando éste desea negociar con más bancos la concesión del crédito y, tras su decisión, pretende un rápido pago del crédito. De este modo, el propietario puede adelantar los requisitos formales necesarios para la petición del derecho real de garantía y así puede tenerlo ya preparado.

6. Podría ser posible también la tenencia fiduciaria de un derecho real de garantía inmobiliaria para uno o más acreedores. Debe advertirse, no obstante, que en caso de insolvencia del fiduciario, el derecho real de garantía no se incluirá en la masa de la quiebra. Estas construcciones tienen relevancia práctica en casos de financiación interina y financiación consorcial (25).

7. El derecho real de garantía inmobiliaria podría constituirse tanto como un derecho de vida registral (*Buchrecht*) o como un derecho adherido a un documento (*Briefrecht*). Si se adhiere a un documento, ello aligera su transmisión. Ello tiene ventajas para el tomador del préstamo en caso de cambio del crédito. El acreedor puede utilizar esta posibilidad de transmisión ligera para su refinanciación.

8. El derecho real de garantía inmobiliaria podría también ser constituido por el propietario de una finca que no fuese al mismo tiempo deudor del crédito a garantizar. Por ello, los créditos a garantizar vienen descritos en el contrato de garantía.

9. La constitución de este derecho real de garantía inmobiliaria necesita escrituración notarial. El derecho real es ejecutable sin título complementario.

10. Debe dejarse abierta la posibilidad como contenido del derecho real de garantía que al lado de la responsabilidad de la finca se pacte la responsabilidad personal (con su propio patrimonio) de los diferentes propietarios por el valor de dicho derecho real de garantía inmobiliaria. Ello tiene la ventaja de que a través de un título ejecutivo sobre el derecho real también se consiga la ejecución del patrimonio personal del propietario. De esta

(24) La regulación del §18 del borrador de ley regula solamente el derecho a ser indemnizado por daños del que da la garantía.

(25) El borrador de ley no contiene una regulación de este tipo.

manera el banco no necesita ejecutar el derecho real en caso de dificultades en el pago del deudor; será suficiente ejecutar su patrimonio personal (por ejemplo, gravar los ingresos por salario). En ningún caso es posible una doble realización.

Debe darse la posibilidad de que la responsabilidad personal se constituya como un añadido al contenido del derecho real de garantía inmobiliaria. Puede considerarse que esta responsabilidad personal quede excluida en el caso de que el propietario del inmueble (en el momento de constitución de la garantía) no sea el mismo que el deudor del crédito garantizado (vid. *supr.* Núm. 8) (26).

11. El derecho real de garantía inmobiliaria puede producir intereses. El tipo de interés puede ser pactado más alto que el tipo inicial del crédito (27). Debería ser posible que la cuantía de los intereses del derecho real de garantía inmobiliaria (limitados temporalmente) pudiesen ser utilizados para la ejecución del capital del crédito (28).

12. La constitución y la inscripción (registro) del derecho real de garantía inmobiliaria deberían ser admitidas en moneda extranjera.

II. *Constitución*

1. Sólo el propietario está en condiciones de constituir el derecho real de garantía inmobiliaria.

2. El derecho real se inscribe en el Registro de la Propiedad. Con la inscripción pertenece al acreedor inscribiente. La inscripción es constitutiva.

3. El derecho real inmobiliario de garantía tiene un rango fijo en relación con otros derechos reales de garantía y otros gravámenes que recaigan sobre el inmueble. El rango se determina por la accesión del derecho al Registro.

4. La constitución requiere una escrituración notarial.

5. Si es emitido un documento de inscripción (*Eintragungsdokument*), éste será expedido por la oficina del Registro. Esta expedición se inscribirá en el Registro. El documento de inscripción reproduce la inscripción aceptada del derecho real de garantía en el Registro de la Propiedad. La declaración del rango no aparece en el documento de inscripción.

(26) En el §3 del borrador de ley no están previstas estas posibilidades.

(27) Según el §1, párrafo 4.º del borrador de ley, el tipo de interés puede ser aumentado posteriormente un 10 por 100 sin el consentimiento de los acreedores de igual rango o inferior.

(28) NOTA DE TRADUCCION: ello podría resultar útil para el caso de que el capital del crédito garantizado fuese más alto que el capital principal del derecho real de garantía inmobiliaria.

6. El contrato de garantía debe tener forma escrita. No hace falta que sea recogido en escritura pública y no requiere inscripción registral. Una posible ineficacia del contrato de garantía no afecta a la constitución eficaz del derecho real de garantía inmobiliaria; en este caso, la garantía inmobiliaria continúa.

7. Debe establecerse un procedimiento por el cual sea posible que en caso de pérdida de la carta (29) el poseedor de hecho (no de derecho) de la carta quede excluido y el documento en sí mismo quede sin efecto.

III. Transmisión

1. Un objetivo importante para la incorporación de un nuevo derecho real de garantía inmobiliaria debe ser su ligera transmisibilidad con el mantenimiento de la necesaria seguridad legal. De este modo, quien constituya un derecho real de garantía inmobiliaria de este tipo quedará dotado de una amplia flexibilidad en el uso de la garantía. Por eso deben ser admitidas diferentes formas de transmisión.

2. El modo de transmisión depende de la concreta formación del derecho real de garantía inmobiliaria. En cada caso deberá contemplarse una forma legal de contrato de cesión (*Abtretungsvertrag*) (en adelante solamente «la cesión»).

a) Si es un derecho de vida registral (*Buchrecht*) se necesita inscripción registral para su cesión. Puesto que las modificaciones en el Registro no deben hacerse por escritura privada, la cesión debe realizarse por escritura notarial.

b) Si se ha constituido para el derecho real de garantía una carta (documento de inscripción), simplemente será necesario un acuerdo privado de cesión y la necesaria entrega de la carta (documento de inscripción). Adicionalmente es posible la publicación en el Registro de la Propiedad. Quede claro que el derecho real de garantía adherido a una carta se cede al margen del Registro. Condición para ello es que sea conocida en el Registro la creación de la carta. Un tercero que pretenda examinar los libros del Registro evidenciará que la situación registral posiblemente no reflejará la situación legal real.

(29) NOTA DE TRADUCCION: aquí «carta» (*Brief*) se refiere a la forma de constituirse el derecho real de garantía inmobiliaria, es decir, a su adhesión a una carta (*Briefrecht*). Vid. *supr.* lo dicho al respecto en el punto 7.º de «En general».

De esta manera pueden cumplirse diversos propósitos, como conseguir la practicabilidad y sin pérdida de tiempo de comportamientos fiduciarios y consorciales entre varios en la financiación de una entidad de crédito participante. También sería posible asegurar la garantía legal para un acreedor mediante una sola previa financiación interina a través de una tercera institución, sin provocar en un —posiblemente— corto espacio de tiempo costes para el constituyente de la garantía (propietario, deudor). También es posible que un acreedor ceda el derecho real incorporado con cualquier finalidad refinanciadora (definitivamente o también sólo por cierto tiempo).

Tan pronto como se practique en el Registro de la Propiedad una anotación (ahora declarativa) del actual acreedor, será posible de nuevo como en el apartado *a*) una cesión notarial de los derechos inscritos a un nuevo acreedor. Para ello es necesario una ininterrumpida cadena de cesiones. De esta forma quedará constancia del actual acreedor en el Registro. Análogamente quedará corregida la carta creada sobre el derecho real de garantía. Debe evitarse una divergencia entre lo que declare el Registro y lo que diga la carta. Las transmisiones que ocurran fuera del Registro no pueden por ello ser en un primer momento documentadas en la propia carta.

3. El derecho real de garantía no va unido al crédito para el cual haya sido constituido. Ello significa que puede ser posible una transmisión del derecho real sin que a la vez se transmita el crédito asegurado. Entonces sería posible que el que crea el derecho real de garantía pudiese pactar otro contrato de garantía con un nuevo acreedor, con la finalidad de utilizar la garantía para garantizar otro crédito. Ello se haría, naturalmente, antes de la entrada en vigor del contrato de cesión —en el caso de derechos de vida registral, con inscripción registral y en el caso de derechos incorporados a carta—, mediante la perfección del contrato de cesión y la transmisión de la carta. En el caso de que el crédito primitivo del cedente del derecho real de garantía aún no estuviera totalmente amortizado, quedaría el acreedor sin garantía o podría quedar garantizado con una nueva garantía. De esta manera queda ampliada la flexibilidad del creador de la garantía con la formación del contrato de garantía. De todos modos, debe ser posible estipular en el primitivo contrato de garantía que quede excluida la posibilidad de ceder aisladamente (sin el crédito subyacente) el derecho real de garantía o que sólo se pueda ceder con el consentimiento del creador del mismo (30).

En el caso de que el crédito garantizado se transmitiese junto al derecho real de garantía inmobiliaria al nuevo acreedor, todas las excepciones/oposiciones del contrato original le serán mantenidas al deudor y podrán ser ejer-

(30) En caso de violación puede iniciar el tomador de la garantía una acción por responsabilidad por daños sobre la base del §18, párrafo 2.º del borrador de ley.

citadas contra el cesionario. De este modo, aquí debe prevalecer el interés de protección del deudor (31).

4. En el caso de que el contrato de cesión tenga forma registral (transcurra su vida en el Registro), los costes de la transmisión se determinan por las tasas notariales, así como por las tasas de la inscripción en el propio Registro de la Propiedad. Para derechos cartulares (adheridos a una carta) sin inscripción del actual acreedor en el Registro, es posible reducir los costes en base a lo que se dijo en el número 2.b).

IV. *Extinción*

1. El derecho real de garantía inmobiliaria se extingue cuando se anula con el consentimiento del acreedor y del propietario y se cancela su inscripción en el Registro. No se extingue con el paso del tiempo.

2. Los intereses reales del derecho real de garantía quedan sujetos a prescripción extintiva. El plazo de prescripción no debe rebasar los cuatro años. Con la prescripción se imposibilita que los intereses del derecho real (que se han debido generar con el rendimiento de la finca) aumenten masivamente el marco de responsabilidad en perjuicio de posteriores acreedores y, finalmente, lleven a un endeudamiento excesivo de la finca gravada.

3. En caso de extinción del crédito garantizado, no se extingue el derecho real de garantía (vid. *supr.* I, núm. 2). Cuando se haya quedado sola la relación de garantía, el propietario (quien ha dado la garantía) tendrá una acción contra el acreedor para la devolución del derecho real de garantía. El puede reclamar a su elección que se le ceda o que se extinga dicho derecho real.

4. Debe preverse un procedimiento para posibilitar la extinción del derecho real en los casos en que el acreedor sea desconocido o esté indisponible.

V. *Realización*

1. La ventaja de un derecho real de garantía inmobiliario depende de su posibilidad de realización. Por ello es necesario un adecuado procedimiento de realización.

2. No es necesario un título especial para ejecutar el derecho real de garantía propuesto, puesto que el propio derecho real es ejecutivo (vid. *supr.* I, núm. 2).

(31) El §9 del borrador de ley no contiene, sin embargo, ninguna regulación detallada.

3. En principio rigen para la realización las disposiciones legales de ejecución.

4. Debe considerarse el establecer además la posibilidad de un control estatal (por ejemplo, notarial) o, alternativamente, regular un procedimiento de apremio o admitir una venta por licitación privada. Todos ellos son instrumentos previstos para la protección del derecho del propietario (quien crea o da la garantía).

5. Para el caso de un procedimiento de apremio controlado por el Estado, deben mantenerse todos los acreedores impulsores con un rango preferente, mientras que los que tengan igual rango o peor que el del acreedor impulsor deben extinguirse. A raíz de la extinción, serán satisfechos los derechos conforme al orden de sus rangos.

6. Cada acreedor que, a través de la venta o del apremio, sufriera una pérdida de derechos deberá disponer del derecho a sustituir al acreedor impulsor de la venta o del apremio (32).

La sustitución se consigue mediante el pago al acreedor impulsor de la venta o del apremio. El sustituto paga la cantidad por causa de la cual se está produciendo el proceso de venta o de apremio. Para el derecho real de garantía inmobiliaria independiente, ello supone que el sustituto no paga el crédito garantizado sino que paga el derecho real de garantía mismo. En consecuencia, la redención sólo produce la transmisión del derecho real mismo al sustituto (redentor). No se traslada el crédito garantizado, sino que permanece en el acreedor sustituido. Este está obligado, a tenor del contrato de garantía, a ingresar en la cuenta del deudor la cuantía obtenida de la redención y a compensarlo con el crédito garantizado.

VI. *Procedimiento de insolvencia*

El derecho real de garantía inmobiliaria debe dar al acreedor la misma plena satisfacción en caso de insolvencia del propietario. El rango no debería rebajarse durante el proceso de ejecución.

Al derecho real de garantía solamente serán preferentes aquellos derechos inscritos previamente en el registro creados legalmente, que recaigan sobre la finca, limitados en el tiempo y calculados (33).

(32) Ver §7, apartado 7.º del borrador de ley.

(33) El borrador de ley no contiene ninguna regulación al respecto, ya que registrará el orden de cada derecho de insolvencia.

B) BORRADOR DE LEY

Título I: Derecho real de garantía inmobiliaria (Grundpfand)§1. Derecho real de garantía inmobiliaria (Grundpfand)

(1) Un inmueble puede ser gravado de manera que a cualquiera a favor del cual se practique el derecho se le deba pagar una cierta cantidad de dinero de la finca (derecho real de garantía inmobiliaria, *Grundpfand*). También se pueden gravar derechos que se puedan inscribir como inmuebles en el Registro de la Propiedad.

(2) El derecho real de garantía inmobiliaria no se puede constituir como dependiente de un crédito existente.

(3) También se puede constituir el gravamen de manera que los intereses de la cantidad debida sean satisfechos por el inmueble. Los intereses son debidos por una parte de la suma de dinero y por un período de tiempo; este período puede consistir en un año natural o en una parte de año natural. La acción de reclamación de intereses prescribe cuatro años tras el vencimiento del período de intereses, si no, la finca sería embargada anteriormente con finalidad de ejecución.

(4) Si el derecho real de garantía carece de intereses o sus intereses son inferiores al 10 por 100, entonces el derecho real de garantía puede ser ampliado sin consentimiento de los beneficiarios de igual rango o inferior, siempre que la finca responda hasta un 10 por 100 de interés. Tampoco será necesario el consentimiento de dichos beneficiarios si se pretende el cambio del tiempo o del lugar de pago.

(5) El derecho real de garantía puede ser constituido por el propietario. No se extingue por la confusión con la propiedad en una misma persona.

§2. Constitución

(1) El derecho real de garantía inmobiliaria se constituye mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. Ello requiere el consentimiento del propietario, el cual debe figurar en escritura notarial.

(2) La declaración de consentimiento y la inscripción deben contener el acreedor, la cantidad de dinero y, cuando el derecho real genere intereses, el tipo de interés y el período de intereses. Si no hay nada dispuesto sobre el vencimiento, la suma de dinero es inmediatamente pagadera, mientras que los intereses lo son al final de cada período (34).

(34) Es posible considerar el relacionar esta disposición con el siguiente precepto: «(3) El propietario no puede comprometerse, en relación con la constitución del derecho

§3. Responsabilidad personal

(1) Como contenido del derecho real de garantía inmobiliaria, puede estipularse que cualquier propietario de un fundo gravado con el derecho real de garantía será también responsable con su propio patrimonio personal por el pago del principal debido y de los intereses vencidos.

(2) La responsabilidad personal debe inscribirse en el Registro. La voluntad del propietario al respecto necesita escritura notarial.

(3) La responsabilidad personal del propietario finaliza cuando la propiedad de la finca es transmitida a otro con el consentimiento del acreedor. El consentimiento se considera concedido si el acreedor no pide la continuación de la responsabilidad en el Registro de la Propiedad en el período de un año desde la inscripción de la transmisión en el Registro.

(4) Si nada ha quedado prorrogado, queda el sucesor en la propiedad obligado a liberar de la responsabilidad personal al anterior propietario.

§4. Expedición de una carta (documento de inscripción, *Eintragungsdokument*)

(1) La oficina del Registro, previa solicitud del acreedor del derecho real de garantía, le da a éste una carta/documento de inscripción. La carta/documento de inscripción debe reproducir completamente la inscripción registral.

(2) El documento de inscripción se expide a nombre del acreedor. Con el consentimiento del propietario —estipulado obligatoriamente en documento notarial— el documento de inscripción puede ser expedido al portador.

(3) La expedición de la carta/documento de inscripción se inscribe en el Registro de la Propiedad, al igual que la devolución (siempre que sea posible) a la oficina del Registro de la carta/documento de inscripción.

(4) En caso de que el documento de inscripción se pierda o se anule, éste puede ser declarado sin vigencia por la vía de un procedimiento intimatorio.

§5. Alcance de la responsabilidad

(1) Junto al propio inmueble, responden también por el derecho real de garantía inmobiliaria las partes del inmueble y los bienes accesorios pertenecientes al propietario del inmueble.

real de garantía, ni a gravar ni enajenar o a gravar o a enajenar bajo restricciones el inmueble. También es nulo el compromiso de enajenar el inmueble al poseedor del derecho real de garantía o a un tercero en su interés o disponer en beneficio de ellos de otro modo.»

(2) Los accesorios a un inmueble rústico son especialmente el ganado y los instrumentos de labranza, máquinas y vehículos. La maquinaria y equipo de un inmueble industrial son solamente elementos accesorios si están unidos firmemente al inmueble o al edificio y no pueden ser separados sin ser desmantelados. Tanto las partes del inmueble como los trozos accesorios están libres de toda responsabilidad si son enajenados en el marco de una economía organizada y son separados del inmueble antes de que sean embargados a favor del acreedor.

(3) En caso de que el inmueble estuviese alquilado o arrendado, el derecho real de garantía alcanzaría al crédito correspondiente al canon del alquiler o de la renta. Un convenio por el cual el canon del alquiler o arrendamiento sea satisfecho por adelantado por más tiempo de tres meses, no es oponible al acreedor del derecho real de garantía, aunque se hubiere producido antes de la constitución del derecho real de garantía. El inquilino o arrendatario que pague el debido canon al propietario habrá cumplido siempre que el acreedor del derecho real de garantía no hubiese embargado el crédito.

(4) En el caso de haberse constituido un derecho de prestaciones periódicas sobre la propiedad de la finca, el derecho real de garantía alcanzará las pretensiones sobre dichas prestaciones. Se aplicará por analogía lo dispuesto en el apartado 3.º

(5) Si las cosas que subyacen al derecho real de garantía están aseguradas a favor del propietario del fundo, el derecho real de garantía alcanzará al crédito contra el asegurador. El propietario está obligado a informar al acreedor sobre la situación de aseguramiento. La responsabilidad del crédito contra el asegurador finaliza si la cosa asegurada es reconstituida o suministra un sustitutivo para ella.

(6) Si la responsabilidad queda limitada en contra de estas disposiciones, ello debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

§6. Varias fincas

(1) Un derecho real de garantía inmobiliaria puede ser constituido sobre varias fincas de manera que sólo debe satisfacerse un único pago (derecho real de garantía inmobiliaria colectivo, *Gesamtgrundpfand*). En este supuesto, cada finca responde por la totalidad de la cantidad. El acreedor, según su deseo, puede buscar su satisfacción en cada finca completamente o a partes.

(2) El acreedor está autorizado a dividir la cuantía del derecho real de garantía respecto a cada finca, de manera que cada finca sólo responderá por cada parte de la cuantía dividida.

§7. Satisfacción

(1) La satisfacción del acreedor se consigue mediante la ejecución forzosa. El acreedor no necesita para ello ningún título habilitante especial. En caso de que se hubiese expedido una carta/documento de inscripción, deberá ser exhibido.

(2) En caso de que el propietario de la finca hubiese constituido o cedido el derecho real de garantía inmobiliaria para garantizar un crédito, podrá éste [el propietario] negar la satisfacción del acreedor más allá de la cuantía de la deuda asegurada. Pero si el acreedor ha adquirido el derecho real de garantía de un tercero, entonces el propietario tiene un derecho de evitación de pago sólo si el acreedor, mediante la adquisición sabía o debía saber que dicho derecho real de garantía fue constituido para garantizar un crédito. Si el acreedor incurrió en un error a la hora de adquirir el derecho real de garantía sobre el crédito asegurado, el derecho del propietario a negarse a su satisfacción finaliza, siempre que existiese buena fe del acreedor.

(3) En caso de que el acreedor fuese el mismo que el propietario de la finca, él mismo no puede impulsar su ejecución forzosa.

(4) Con la finalización de la ejecución forzosa se extingue el derecho real de garantía del acreedor impulsor de la ejecución; también se extinguen los derechos con el mismo rango o rango posterior.

(5) El propietario puede en cualquier momento satisfacer voluntariamente al acreedor, independientemente de cuándo sea exigible el derecho real de garantía inmobiliaria. Cuando haya satisfecho al acreedor, se le es traspasado el derecho real de garantía inmobiliaria. En caso de pago parcial, permanece el rango de la parte satisfecha del derecho de garantía inmobiliaria a favor del propietario después de la parte subsistente para el acreedor.

(6) En caso de que se hubiese expedido una carta o un documento de inscripción, el propietario puede reclamar la entrega de la misma a cambio de la satisfacción del acreedor; en cada caso puede pedir [el propietario] la entrega de los diferentes documentos necesarios para la rectificación del Registro de la Propiedad. De darse solamente una satisfacción parcial del acreedor [el propietario] no podrá pedir la entrega de la carta/documento de inscripción. Pero el acreedor está obligado a hacer constar en el documento de inscripción la satisfacción parcial y presentarlo en la oficina del Registro con la finalidad de corregir el Registro de la Propiedad.

(7) Habiendo el acreedor reclamado satisfacción, cualquiera que corra peligro de perder un derecho sobre la finca o la posesión de la misma en caso de ejecución forzosa de ésta puede satisfacer al acreedor. Los apartados 5 y 6 pueden ser aplicados por analogía en la medida de que el derecho real de garantía inmobiliaria pasará a aquél que satisfaga al acreedor.

§8. Satisfacción en caso de derecho real de garantía inmobiliaria colectivo (sobre varias fincas)

(1) Una vez satisfecho el acreedor mediante una ejecución forzosa sobre una finca gravada con un derecho real de garantía inmobiliaria colectivo, dicho derecho real de garantía colectivo sobre el resto de fincas pasará al propietario; en caso de que el resto de fincas tuvieran diversos propietarios, cada propietario recibirá un derecho real de garantía inmobiliario completo sobre su propia finca.

(2) Si un propietario satisface voluntariamente al acreedor, será él quien reciba el derecho real de garantía inmobiliaria colectivo. Se aplicará entonces el §7, apartado 2.º, en la medida que los demás propietarios que se niegan a la satisfacción no estén obligados a compensar con el propietario que ha satisfecho al acreedor.

§9. Transmisión del derecho real de garantía inmobiliaria

(1) El derecho real de garantía inmobiliaria puede ser cedido. La prohibición o la limitación en la transmisión debe constar en el Registro de la Propiedad.

(2) La cesión, que debe ser otorgada por el anterior acreedor en forma de documento notarial, requiere inscripción en el Registro.

(3) En el caso de que se hubiese expedido una carta/documento de inscripción, se sustituirá la inscripción registral mediante la transmisión de la carta/documento de inscripción junto a una declaración de la cesión; en caso de que esta declaración no estuviese recogida en documento notarial, el acreedor sólo podrá hacer valer los derechos del derecho real de garantía en base a un título especial.

(4) Los intereses vencidos sólo pueden ser cedidos mediante las disposiciones generales establecidas para la transmisión de créditos; la inscripción en el Registro está prohibida.

§10. Renuncia

(1) Habiendo renunciado el acreedor al derecho real de garantía inmobiliaria, éste pasará a manos del propietario.

(2) La renuncia debe ser declarada a la oficina del Registro o al propietario, y necesita inscripción registral. La renuncia a los intereses vencidos ni puede ni debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

(3) Habiendo renunciado el acreedor a una parte del derecho real de garantía inmobiliaria, debe aplicarse por analogía el §7, apartado 5.º frase 2.ª

(4) Habiendo renunciado el acreedor a un derecho real de garantía inmobiliaria colectivo y perteneciendo las fincas gravadas a diferentes propietarios, cada propietario recibirá un derecho real de garantía completo sobre su finca. Si el acreedor sólo renuncia respecto a una finca gravada, el propietario de esa finca recibe un derecho real de garantía inmobiliaria completo, mientras que el derecho real de garantía inmobiliaria permanece igual respecto al resto de fincas.

(5) Corresponde al propietario una excepción por la cual el ejercicio del derecho real de garantía inmobiliaria se excluye permanentemente, aludiendo a que el acreedor ha renunciado a él.

§11. Intimación del acreedor

(1) En caso de que el derecho real de garantía inmobiliaria sea exigible, pero el acreedor sea desconocido o esté en paradero desconocido, podrá él con su derecho ser excluido mediante el procedimiento de intimación si:

- a) transcurren diez años desde que empezó a ser exigible el derecho real de garantía inmobiliaria y el acreedor no ha reclamado su derecho o el crédito garantizado con el derecho real de garantía inmobiliaria en este plazo de tiempo de ningún modo, o
- b) el propietario deposita para el acreedor la cantidad del derecho real de garantía inmobiliaria y los intereses vencidos.

(2) Con la sentencia de caducidad se considera al acreedor como satisfecho. Cualquier carta/documento de inscripción expedida al acreedor pasará a caducar.

Título II: El contrato de garantía (Sicherungsvertrag)

§12. Derecho real de garantía inmobiliaria para garantizar créditos

(1) Es mediante un contrato que se pacta que el derecho real de garantía inmobiliaria deba servir para garantizar un crédito dinerario (contrato de garantía, *Sicherungsvertrag*), de manera que cualquiera que haya constituido el derecho real de garantía inmobiliaria (quien da la garantía, *Sicherungsgeber*) puede demandar a la otra parte contratante (el tomador de la garantía o *Sicherungsnehmer*) su devolución mediante cesión por la cuantía en que la cantidad a pagar por la finca supere a la cantidad del crédito garantizado. En caso de que el crédito garantizado no consista en dinero, colocar en el lugar de la cuantía del crédito garantizado su valor. En caso de que el derecho real

de garantía inmobiliaria garantice varios créditos, sus cuantías o valores se computan conjuntamente.

(2) En caso de que se garantice un crédito futuro, puede ser pedida la devolución, tan pronto como quede claro que el crédito no va a nacer.

(3) Si el creador de la garantía constituye un derecho real de garantía inmobiliario colectivo, el tomador de la garantía, a su discreción, liberará determinadas fincas si las fincas subsistentes son suficientes como garantía, según los criterios que subyacen en el contrato de garantía; la liberación debe practicarse como si fuese una renuncia (§10 apartado 4.º).

(4) El apartado tercero se aplicará por analogía si existen más derechos reales de garantía inmobiliarios o, junto a éstos, otras garantías o si más personas tienen garantías.

§13. Garantía de créditos cambiantes

(1) Es posible estipular por contrato que el derecho real de garantía inmobiliaria sirva para garantizar créditos diferentes (35), de manera que el que constituye la garantía pueda rescindir cada vez el contrato. La rescisión trae como consecuencia que sólo permanecen garantizados aquellos créditos que en el momento de la rescisión ya estaban constituidos.

(2) La rescisión no puede prosperar fuera de plazo.

(3) En el caso de que el tomador de la garantía tenga una expectativa de buena fe de que la garantía de determinados créditos futuros no sea suprimida, entonces éstos permanecen garantizados a pesar de la rescisión.

§14. Pagos

(1) El creador de la garantía no está facultado, en caso de duda (36), a cumplir con el pago del derecho real de garantía inmobiliaria —en contra de lo estipulado en el §7, apartado 5.º— hasta que el tomador de la garantía no reclame dicho pago.

(2) En caso de duda, el creador de la garantía está facultado para satisfacer el crédito garantizado en lugar del deudor; él puede solicitar a cambio la entrega del derecho real de garantía inmobiliaria.

(3) Si se hubiese expedido una carta/documento de inscripción, el creador de la garantía podría solicitar que quede constancia en ella del pago del

(35) NOTA DE TRADUCCION: diferentes tanto en cualidad como en cantidad.

(36) NOTA DE TRADUCCION: si no está claramente estipulado.

crédito garantizado. La expedición de una nueva carta/documento de inscripción sin la constancia de pago necesita la autorización del creador de la garantía en documento notarial.

§15. Devolución

(1) Si el crédito garantizado ha sido cancelado, el tomador de la garantía debe devolver el derecho real de garantía inmobiliaria. Con la conformidad del creador de la garantía, la devolución debe practicarse mediante renuncia.

(2) Si el crédito ha sido cancelado solo parcialmente, se estará a lo dispuesto en el §12.

(3) El tomador de la garantía también queda obligado a la devolución si él, con la conformidad del creador de la garantía, ha transmitido a un tercero el derecho real de garantía para garantizar cualquier obligación.

(4) La renuncia a la devolución no puede hacerse por adelantado. La cesión de la acción de devolución no está prohibida.

(5) En el supuesto de que el crédito garantizado devengue intereses y estuvieran satisfechos todos los intereses debidos, se acepta, en caso de duda, que el acreedor ha renunciado a los intereses debidos del derecho real de garantía. Lo mismo se aplica a los intereses debidos del derecho real de garantía inmobiliaria, en el caso de que el crédito garantizado no tenga intereses.

§16. Realización

(1) El tomador de la garantía debe satisfacerse del derecho real de garantía tan pronto como él pueda requerir el cumplimiento del crédito garantizado.

(2) En caso de que el propietario de la finca gravada con el derecho real de garantía inmobiliaria no sea al tiempo el deudor del crédito garantizado, el tomador de la garantía debe probar al propietario de la finca gravada con el derecho real de garantía inmobiliaria que primero ha requerido el pago al deudor. De este modo, el tomador de la garantía tiene que dar al propietario del fundo gravado la oportunidad de cumplir adecuadamente antes de que él empiece con la realización.

(3) Al margen de la ejecución forzosa (37), el tomador de la garantía puede satisfacerse de modo que él provoque una subasta pública del derecho

(37) Sea a través del derecho vigente relativo a la ejecución, sea a través de otro modo de venta en pública subasta o a través de una enajenación privada controlada.

real de hipoteca inmobiliaria según los preceptos relativos a la realización de un crédito embargado (38).

§17. Diversas garantías

(1) En caso de que el creador de la garantía haya establecido un derecho real de garantía inmobiliaria colectivo, o que existan varios derechos reales de garantía inmobiliarios o al lado de éstos existan otras garantías, o son varias las personas que han creado las garantías y no quiera el tomador de la garantía realizar a la vez todas las garantías, deberá él tomar en consideración en su elección los intereses del constituyente o de los constituyentes de la garantía.

(2) El interés del tomador de la garantía de encontrar satisfacción es preferente a los intereses de los constituyentes de la garantía. Esto no es aplicable a la satisfacción de los créditos que no son objeto del contrato de seguro.

§18. Indemnización

(1) Promovida la realización del derecho real de garantía inmobiliaria por parte del tomador de la garantía, si él no estuviera legitimado para ello, a tenor de las reglas contenidas en este Título, él quedaría obligado a responder por los daños causados.

(2) Lo mismo se aplicaría si el tomador de la garantía adopta ilícitamente diversas disposiciones sobre el derecho real de garantía inmobiliaria.

BIBLIOGRAFIA

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.ª Edición, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons.

GASTALVER, JOSÉ, *Crédito territorial*, Sevilla, 1916.

GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «El crédito abierto garantizado con hipoteca», en Del Pozo Carrascosa, Pedro y Díaz Muyor, Manuel (coords.), *Contratación bancaria*, Madrid y Barcelona, 1998, Ed. Marcial Pons i Universidad Rovira i Virgili.

GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, y DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons.

(38) Es posible considerar el relacionar esta disposición con el siguiente precepto: «El tomador de la garantía no puede quedar legitimado de antemano a ejercer cualquier otro modo de realización».

- KOVE, VILLU y ZENO, ANRE, en Walther Hadding y Uwe H. Schneider (ed.), *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1999, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1999.
- REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL, «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado» e «Hipoteca con cláusula de "endowment". Hipoteca flotante», ambos en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, IV-2, 7.^a Edición, Barcelona, 1979, Ed. Bosch.
- *Derecho Hipotecario*, Tomo VIII, 8.^a Edición, Barcelona, 1998.
- STÖCKER, OTMAR M., *Die «Eurohypothek»*, Berlín, 1992, Ed. Duncker & Humblot.
- «La "eurohipoteca"», en *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 18-19, 1992.
- «La eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa», en *Anales I 1996/1997*, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Coord. Alfonso Hernández Moreno, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.
- STÖCKER, OTMAR, y CASERO MEJÍAS, MANUEL, «La eurohipoteca», en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620.
- UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, *Die Eurohypothek*, 2.^a Edición, Amsterdam, 1994.
- WEHRENS, HANS G., «Überlegungen zu einer Eurohypothek», en *Wertpapier Mitteilungen*, núm. 14, abril de 1992.
- WOLFSTEINER, HANS, y STÖCKER, OTMAR, «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa», en *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, núm. 4, agosto de 1998.

SERGIO NASARRE AZNAR
Universidad Rovira i Virgili, Tarragona

OTMAR STÖCKER
Asociación de Bancos Hipotecarios Alemanes, Berlín

El retracto legal en el Código Civil

SUMARIO: I. EL DERECHO DE RETRACTO LEGAL: INTRODUCCION, ANTECEDENTES, FUNDAMENTO Y CLASES.—II. NATURALEZA Y OBJETO: a) NATURALEZA DEL RETRACTO LEGAL. b) OBJETO DEL RETRACTO LEGAL.—III. NEGOCIOS JURÍDICOS GENERADORES DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL.—IV. EJERCICIO DE LOS RETRACTOS *EX LEGE*.—V. EFECTOS.

I. INTRODUCCION, ANTECEDENTES, FUNDAMENTO Y CLASES DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL

Dentro del ámbito de los derechos reales limitados o en cosa ajena ha aparecido —bastante tardíamente, por cierto— la categoría de los denominados derechos reales de adquisición, integrada por los derechos de opción, tanteo y retracto.

Según GARCÍA AMIGÓ, esta categoría la ha inferido la doctrina española moderna de WOLFF, quien, en el *Enneccerus*, clasificaba los derechos reales limitados, según su función, en derechos reales de *goce*, derechos reales de *realización de valor*, y derechos reales de *adquisición*, y, entre éstos, enumeraba los *derechos potestativos*, las *pretensiones de transmisión* y las *expectativas jurídicas*. De estos tres tipos —proseguía GARCÍA AMIGÓ—, un sector de la doctrina española ha individualizado el segundo, las denominadas por WOLFF «*pretensiones de transmisión*» y, entre nosotros, derechos reales de adquisición (tanteo, retracto y opción) (1).

(1) Vide GARCÍA AMIGÓ, M.: «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», *RDP*, 1976, pág. 101. Siguen también este mismo planteamiento GARCÍA CANTERO, G.: (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, 1.ª edic., Eder-sa, Madrid, 1980, pág. 447), quien hace la siguiente afirmación: «Puede situarse el momento de la recepción [de la categoría de los derechos reales de adquisición en España] en la traducción del *Derecho de Cosas* de WOLFF, realizada por los profesores PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER». Más adelante (pág. 449), este mismo autor nos dice: «En las densas notas de ambos autores [al glosar el comentario que WOLFF dedica al *Vorkaufsrecht*] puede decirse que está el punto de partida para la elaboración de una doctrina española

Desde un punto de vista constructivo de nuestro Derecho, algún autor ha considerado que el principal interés que presenta la admisión de esa categoría por nuestra doctrina reside en que permitiría agrupar bajo una base unitaria esos tres derechos (opción, tanteo y retracto), posibilitando la creación de una doctrina común que, en su día, pudiera desembocar en una regulación legislativa unificadora y sistemática (2).

Aunque con relación a algunas de las características que a continuación citamos no haya consenso doctrinal, la mayoría de los autores españoles admite hoy que los derechos reales de adquisición presentan como notas fundamentales las siguientes (3):

- a) Conceden a su titular un derecho real.
- b) Esos derechos facultan para adquirir onerosamente la propiedad de una cosa, bien sea incondicionalmente (opción), bien sólo en el caso de que el propietario actual proyecte en firme su enajenación (tanteo), o se haya enajenado ya a un tercero (retracto).
- c) Dotan a su titular de una acción ejercitable *erga omnes*.
- d) Son limitativos del dominio, ya que privan totalmente (opción) o condicionan parcialmente (tanteo y retracto) la facultad de disponer del propietario gravado.
- e) Son derechos reales limitados, ya que no atribuyen a su titular la plenitud de facultades sobre una cosa, si bien en caso de ser ejercitados están llamados a desembocar en la adquisición del dominio. La nota de perpetuidad, pues, suele ser extraña a esta modalidad de

no sin ciertos atisbos de originalidad, dada la singularidad de nuestro sistema en torno a esta categoría, que tiene ya carta de naturaleza en la civilística española. Han contribuido principalmente a desarrollarla ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU, ESPÍN y ALBALADEJO». De la misma idea participa también ALVAREZ CAPEROCCHI, J. A. (*Curso de Derechos Reales*, t. II, «Los derechos reales limitados», Civitas, Madrid, 1987, pág. 94), para quien «El origen inmediato de la categoría se encuentra en los comentarios de PÉREZ Y ALGUER a la obra de MARTÍN WOLFF, y en la crítica de estos autores a la R. de 4 de enero de 1927», y LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2001, pág. 321.

En cuanto al derecho de opción, debe señalarse que éste también puede configurarse como un derecho personal.

(2) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 6.ª ed., Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1981, págs. 516-517. En este sentido, GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, pág. 480) dice que «hay que reconocer...que la normativa del C.C. español ofrece una base positiva más amplia que la de otros ordenamientos europeos para elaborar la categoría de los derechos de adquisición preferente, si bien sus numerosas deficiencias técnicas y sus errores sistemáticos deberán ser superados por el esfuerzo de la doctrina».

(3) Las expone GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, pág. 488. Sobre los caracteres comunes a todos los derechos reales de adquisición, vide GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 103. En las págs. 106-108, este mismo autor detalla las analogías y diferencias entre los diversos tipos de derechos reales de adquisición.

derechos reales, ya que su ejercicio, en vez de consolidarlos, los extingue.

No sólo algunas de las anteriores características continúan siendo todavía hoy discutidas por la doctrina española, sino que incluso la propia categoría de los derechos reales de adquisición no acaba de encontrar entre nosotros un acomodo definitivo e incontestado; así, por ejemplo, BLASCO GASCÓ considera que «se sustenta en un dudoso criterio pedagógico y conceptualista que no tiene fundamento histórico ni referente jurídico positivo ni carácter homogéneo, hasta el punto de que se puede criticar la categoría misma» (4).

A pesar de todo lo anterior, el trabajo que el lector tiene ahora entre sus manos pretende ser tan sólo una modesta contribución más al estudio sistemático y generalista de la figura del retracto legal, en el diseño que de este derecho real hace nuestro Código Civil, que, dicho sea de paso, es el único derecho real de adquisición preferente para el que dispone una cierta regulación general (5), aunque ésta no puede ser considerada en modo alguno como acabada y completa; de ahí la profusión con que la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse en relación con multitud de extremos relativos a este derecho real de adquisición, y es que nuestro Código, más que una regulación sistemática y de conjunto sobre este derecho (6), se limita tan sólo a señalar los presupuestos y el plazo necesarios para su ejercicio. Esta penuria normativa no deja de ser llamativa, si tenemos en cuenta que el retracto legal constituye una fuerte limitación a la facultad de disponer del dueño.

(4) *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinado por A. LÓPEZ Y MONTES PENADÉS, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 611 y 612. Para este autor, la falta de homogeneidad se aprecia en la diferente estructura, naturaleza y funcionamiento de estos derechos, y aunque no han faltado intentos por homogeneizar esta categoría, convirtiendo al derecho de opción en el género, del que tanteo y retracto serían meras especies —se refiere este autor a los planteamientos de ARECHEDERRA ARANZADI y de ALVAREZ CAPEROCHIPI, la verdad —dice BLASCO GASCÓ (pág. 612)— es que «esta construcción doctrinal... carece de un preciso referente histórico y positivo».

(5) DÍEZ PICAZO (L.)-GULLÓN (A.): *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 6.^a edic., 2.^a reimp., Tecnos, Madrid, 2000, pág. 595.

(6) En este sentido, GARCÍA CANTERO, G. (*Comentarios....* págs. 480-481) reconoce que «a partir de 1935 [año en que aparece el retracto de arrendamientos rústicos], se experimenta en nuestra patria un verdadero renacimiento de los derechos reales de adquisición, proliferando con múltiples finalidades los tanteos y retractos legales. Si bien la suerte de tales figuras no ha sido siempre idéntica, cabe decir que algunos de ellos han arraigado en la práctica originando abundante jurisprudencia, y no pocos estudios monográficos, que se resienten, sin embargo, por la falta de una visión general de conjunto». (La cursiva es mía).

Pretendemos, por tanto, contribuir a acentuar el sentido de unidad que la doctrina (7) siempre ha aspirado a dar a los distintos tipos de retractos legales, de los que ha anhelado sentar unas bases o criterios generales, sin perjuicio de las propias especificidades legales de cada uno de ellos.

Pero ¿por qué nos hemos fijado, dentro de estos derechos reales, en el retracto legal? Por su importancia, que reside —como ha escrito BLASCO GASCÓ (8)— en que la categoría de los derechos reales de adquisición preferente se forma y sustenta con base en los derechos de tanteo y de retracto, y, dentro de éstos, en los de origen legal. El derecho de opción —nos dice— ha desarrollado, en cambio, su virtualidad en los últimos tiempos. Además, dentro de los derechos de adquisición, la técnica del retracto es la que tiene una mejor tradición jurídica, cosa que explica su éxito y difusión, tanto pasada como actual (9).

Situándonos ya dentro de nuestro Código Civil, señalaremos que éste se ocupa del retracto legal en el Título IV del Libro IV, dedicado al contrato de compraventa. Dentro de aquél, su Capítulo VI, bajo la rúbrica de *De la resolución de la venta*, aborda, en dos Secciones distintas, el estudio del retracto. La Sección Primera trata del *retracto convencional* (arts. 1.507 a 1.520); en cambio, la Sección Segunda lo hace del *retracto legal* (arts. 1.521 a 1.525).

Aunque con la falta de rigor técnico ya proverbial en nuestro Código Civil, su artículo 1.521 nos define el retracto legal en los siguientes términos: «*El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*» (10).

(7) *Vide*, en este sentido, PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. III, vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pág. 600, donde cita el retracto de comuneros como el tipo principal de los retractos legales, alrededor del cual debería desarrollarse la doctrina de los demás.

(8) *Ob. cit.*, pág. 614.

(9) Dice FERNÁNDEZ ARROYO, M. (*Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código Civil español*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, n.º 10, Cáceres, 1992, págs. 245-246): «Dentro de los derechos reales de adquisición preferente, la técnica del retracto es la que ofrece una más asentada tradición jurídica, hasta el punto de haber sido víctima de su propio éxito y de su excesiva proliferación a lo largo del Derecho Intermedio». Por su parte, ROCA SASTRE (R. M.) y ROCA SASTRE MUNCUNILL (L.) (*Derecho Hipotecario*, t. III, 7.ª edic., Bosch, Barcelona, 1979, pág. 598) consideran que «la proliferación de los retractos legales constituye uno de los males de nuestra legislación. No negamos —dicen— que sean útiles en determinados casos, pero actualmente son demasiado numerosos y se van volviendo malignos...». Y, más adelante (pág. 599), insisten en que «esta abundancia y peligrosidad del retracto legal resulta altamente perturbadora para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. El retracto legal es una figura que sólo puede ser justificada cuando el legislador no abusa de ella».

(10) Más adelante, iremos abordando cada uno de los problemas que este precepto suscita.

Antes de nada diremos que la unificación de tratamiento que nuestro Código, siguiendo los planteamientos del Proyecto de 1851, hace del retracto legal y del convencional es absolutamente artificial, ya que, en realidad, se trata de dos instituciones distintas. Como ha escrito ARECHEDERRA, es claro que la venta con pacto de retro «ni es el paralelo convencional del retracto legal..., ni siquiera comporta una preferencia adquisitiva» (11).

La veracidad de la anterior afirmación se comprueba comparando los conceptos, aunque puedan merecer algunas de las críticas que después veremos, de los artículos 1.521 (retracto legal) y 1.507 del Código Civil (retracto convencional). Este último nos dice que «*Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado*».

La figura que describe el artículo 1.507 del Código Civil sí es un verdadero «retracto», porque aquí, aunque no estemos en presencia de un verdadero derecho de adquisición preferente, sí se trata realmente de «re-traer» (volver a traer), es decir, recuperar o recobrar algo que, aunque enajenado, ya formó antes parte del patrimonio del retrayente, cosa que no ocurre, en cambio, en el denominado retracto legal, ya que aquí cuando su titular ejerce este derecho en verdad nada «re-trae», dado que no vuelve a traer a su patrimonio una cosa que ya le habría pertenecido antes, sino que se limita a adquirir, por primera vez, una cosa enajenada a otra persona; es decir, en el retracto convencional, el retrayente es un vendedor que se reservó el derecho de readquirir la cosa vendida; es, pues, parte en una compraventa; en cambio, en el retracto legal, el retrayente es, por hipótesis, siempre un tercero extraño a la enajenación consumada entre el transmitente y el adquirente. De ahí que la práctica generalidad de la doctrina haya criticado, desde RIAZA (12), la utili-

(11) ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: «Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, pág. 124. En el mismo sentido, CASTÁN TOBENAS, J. (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, 15.ª ed., revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, edit. Reus, S. A., Madrid, 1993, págs. 165 y 166) ha criticado la unificación que nuestro Código ha hecho de ambas instituciones, en los siguientes términos: «tiene escaso valor racional y nula utilidad práctica, pues apenas si puede encontrarse alguna nota común entre el retracto legal y la venta con pacto de retro». Idéntico criterio aparece también en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. («Retracto de origen voluntario», en *Estudios en Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág. 321): el retracto convencional y el legal «no aparecen como la misma institución diferenciada sólo por el origen, voluntario el primero y legal el segundo. Con el mismo nombre de retracto se regulan figuras distintas que tienen en común el nombre y comparten la aplicación de algunos preceptos (por la remisión del art. 1.525 a los arts. 1.511 y 1.518 del Código Civil)».

(12) Vide RIAZA, N.: *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*. Ed. Reus, Madrid, 1919, págs. 89 y sigs. Citar la lista de autores que hacen esta crítica queda fuera de lugar, ya que prácticamente todos los que han tratado de este tema aluden a la

zación del término «retracto» en relación con los legales, aunque no es menos cierto que la mayor parte de ella, salvo algunas excepciones (13), aboga por su conservación, por ser tradicional, y porque la utilizan la ley, la jurisprudencia, y (a pesar de advertir sobre su inexactitud) la doctrina (14). Estamos ante uno más de esos casos, no infrecuentes en nuestra lengua, en los que a un vocablo se le asigna un significado traslaticio, que poco, o casi nada, tiene que ver con su origen etimológico.

Pero antes de fijar nuestra atención exclusivamente en el derecho de retracto legal, queremos aludir a otra cuestión que también la doctrina se ha planteado; a saber, la de si el tanteo y el retracto son dos etapas o fases de un mismo derecho, o si, por el contrario, son —y deben ser considerados— dos derechos distintos. Optamos por este último planteamiento, porque, además de otras razones, «las diferentes exigencias y gastos que uno y otro comportan en nuestro Ordenamiento jurídico —aparte el momento de su ejercicio—, así como la mayor garantía que ofrece el retracto hacen conveniente mantener la separación e independencia entre ellos», como razona GARCÍA AMIGÓ (15).

Por lo que se refiere a los antecedentes históricos del derecho de retracto, algunos autores (16) llegan a situarlo en el Levítico, capítulo 25, versículo 25 («Si tu hermano empobreciere y vendiere algo de su propiedad, vendrá

impropiedad del término retracto cuando se aplica al legal. Solamente GONZÁLEZ PACANOWSKA (*ob. cit.*, págs. 321-322) dice: «Ambas figuras son acreedoras del nombre de retracto, pues la mayor parte de los autores da una noción de retracto derivada del artículo 1.521, a la vez que se afirma que el artículo 1.507 regula el pacto de retro, accesorio de una compraventa».

(13) La más señalada es la de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*ob. cit.*, pág. 586), quienes proponen el nombre de *tanteo de preadquisición*, para el tanteo, y el de *tanteo de postadquisición*, para el retracto. Hacen suya también esta propuesta COCA PAYERAS, M.: *Tanteo y Retracto. Función Social de la Propiedad y Competencia Autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 34 y 35, y FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 251, que también se inclina por los nombres de *tanteo preadquisitivo* (para el tanteo) y *postadquisitivo* (para el retracto). Por su parte, BADENES GASSET, R. (*La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 56) considera, siguiendo literalmente a RIAZA, que «mejor debería llamársele, derecho de subrogación o derecho de sustitución, o derecho de adquirir por sustitución, o también, derecho de adquisición preferente o derecho de preferencia en la adquisición».

(14) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. III, 9.^a ed., revisada y puesta al día por J. M. GONZÁLEZ PORRAS, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 802. A pesar de lo inapropiada, tampoco aconseja el cambio de denominación ALVAREZ MARTÍNEZ, C.: «La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser», en *RGD*, núms. 130-131, julio-agosto 1955, pág. 467, nota núm. 2.

(15) *Ob. cit.*, pág. 105.

(16) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, a cargo de la Cát. de Derecho Civil de la U. de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 767 (comentario al art. 1.450); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. II,

el que tenga derecho, su pariente más próximo, y rescatará lo vendido por su hermano»).

Pero, ciñéndonos a tiempos no tan remotos, conviene señalar la existencia de un amplísimo grupo de autores que —sobre la base de que en el Derecho Romano el derecho de propiedad era un derecho pleno, absoluto, y, por su esencia, contrario a toda limitación— niega el conocimiento por el pueblo romano del que hoy denominamos retracto legal (17). Mas no dejan de existir también algunos autores —por ejemplo, DE LOS MOZOS (18)— que consideran que esa modalidad de retracto debió de existir cuando menos durante el Bajo Imperio. No obstante, la mayoría de la doctrina coincide en atribuir a este derecho un «origen indudablemente germánico» (19), y en señalar que su mayor expansión y desarrollo lo alcanzó en la Edad Media, a través del denominado retracto gentilicio, que no es sino una consecuencia más derivada del principio de troncalidad. A este tipo de retracto aludían ya el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, las Partidas, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. La ley ha venido atribuyendo este derecho de adquisición a los parientes del vendedor, según la mayor proximidad dentro del cuarto grado, quienes podían retraer los bienes raíces patrimoniales o de abolengo enajenados por aquél (20).

Por su parte, las Partidas incorporaron ya un tanteo de comuneros, posteriormente transformado en retracto por la Ley 75 de Toro, que también reguló el retracto enfiteútico y el otorgado a favor del superficiario, de donde pasaron a la Novísima Recopilación. Por tanto, en el tiempo inmediatamente anterior a la entrada en vigor de nuestro Código civil, en nuestro Derecho existían ya las cuatro modalidades de retracto anteriormente expuestas.

Madrid, 1863, pág. 395; edic. facsimilar, Lex Nova, Valladolid, 1988. El mismo origen judaico le atribuye CASTÁN (*ob. cit.*, pág. 175), quien, en cambio, yerra al referirlo al «capítulo XV del Levítico». Critica, por el contrario, este antecedente CUBELLS ROIG, E. («La Subasta y el retracto *ex lege*», en *RGD*, 1993, mayo, n.º 584, pág. 4372): «... y no parece serio, contra lo que puede leerse en algún libro, remontarse al Antiguo Testamento o decir que la tierra era, en algún tiempo, de todos para justificarlo».

(17) Por ejemplo, CASTÁN: *ob. y loc. ultim. cit.*; también ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 598.

(18) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: «Derechos Reales de Adquisición», en *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pág. 586.

(19) Así COCA PAYERAS, M.: *ob. cit.*, pág. 65; también CUBELLS (*ob. y loc. ultim. cit.*), quien lo tipifica de «medieval, germánico, feudal»; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, págs. 246 y 247; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 598, etc. Para una exposición amplia de la evolución histórica de este derecho de adquisición, vide GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, págs. 451-487. Específicamente para el retracto de comuneros, vide DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *Retracto de Comuneros*, RDP, 1962, págs. 938 y sigs.

(20) Un extenso estudio sobre esta clase de retracto puede verse en la monografía de BARBER CÁRCAMO, R.: *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991.

Pero el triunfo de la concepción liberal-individualista del derecho de propiedad en la Codificación supuso el golpe de gracia para el retracto gentilicio, que venía constituyendo una auténtica rémora para la libre circulación de la propiedad inmueble. Por eso, los nuevos Códigos civiles no sólo vieron con poca simpatía esta figura retractual, sino que puede decirse que ninguna modalidad de retracto legal obtuvo su favor, fundamentalmente porque estos derechos reales de adquisición eran figuras que chocaban de plano con otro de los dogmas que, procedentes de la Revolución Francesa, hizo suyo la Codificación: el del principio de la autonomía de la voluntad contractual (21). Ejemplo de lo que decimos, por lo que se refiere a nuestra Codificación, lo constituye el hecho de que el retracto gentilicio ya no aparece recogido ni por el Proyecto de 1836, ni por el de 1851. Comentando el artículo 1.450 de este último Proyecto, escribe GARCÍA GOYENA lo siguiente: «a pesar de hallarse [el retracto gentilicio] en nuestras leyes vigentes, y del gran favor o extensión de tiempo hasta un año y día que se le dio en los fueros municipales, no fue admitido por la Comisión, como no lo ha sido en los Códigos modernos. Los motivos son conocidos de todos: cada siglo tiene su espíritu y carácter especial: los antiguos fueros con este retracto, con la troncalidad y con los vínculos o mayorazgos, tendían a la concentración de los bienes raíces en la familia, como única o la más principal riqueza entonces: la tendencia de nuestro siglo es a la desamortización, a la libre circulación, a la libertad absoluta de disponer de sus cosas...» (22).

De las cuatro clases de retracto legal preexistentes a nuestro Código acabaron pasando a él, el de comuneros, el enfiteúutico y el otorgado a favor del superficiario. A éstos nuestro legislador de 1889 añadió una nueva modalidad, sin precedente alguno en nuestra tradición jurídica: el de colindantes, que constituyó una auténtica innovación legislativa, de signo marcadamente

(21) Son elocuentes las palabras de D. BENITO GUTIÉRREZ (*ob. cit.*, pág. 440): «limitando el retracto el ejercicio de un derecho, no podía escaparse de los tiros de la censura, en un siglo que llama traba toda restricción, y que proclama casi la libertad por único principio de justicia». Consecuencia de este planteamiento es lo que nos dice FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 247) respecto de las codificaciones alemana, francesa e italiana: «mientras la primera derogó todos los retractos en obsequio de la libertad contractual, las dos restantes acogieron la figura no exenta de críticas y con la impronta de representar un instituto anacrónico, en cuanto expresión de privilegios irreconciliables con los nuevos principios liberales».

(22) GARCÍA GOYENA: *ob. cit.*, pág. 767. De todos modos, la supresión del retracto gentilicio por nuestro Código mereció el aplauso de la doctrina más progresiva; así, SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, 2. edic., corregida y aumentada, Madrid, 1899, pág. 659. Pueden verse, en cambio, los argumentos que, en favor de este retracto, hizo ALONSO MARTÍNEZ, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, en GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *ob. cit.*, pág. 441.

social, en relación con su tiempo (23). Esto ha hecho decir a FERNÁNDEZ ARROYO que la regulación de los retratos constituye una de las principales manifestaciones de que nuestro Código Civil ha servido de puente de unión entre la tradición jurídica y el modernismo (24).

Pasaremos a ocuparnos ahora, siquiera sea brevemente, del fundamento del retrato legal. Comenzaremos por examinar el de sus más importantes modalidades, para, posteriormente, elevarnos a consideraciones de tipo más general.

Por lo que se refiere al retrato de comuneros, parece indudable que su principal objetivo reside en que la comunidad no se vea alterada por el ingreso en ella de personas ajenas a quienes fueron sus iniciales miembros; en segundo lugar, es evidente que este retrato busca también reducir el número de comuneros, o bien eliminar situaciones de cotitularidad, consideradas desde siempre como generadoras de conflictos y negativas para el progreso social.

En cuanto al retrato de colindantes, la Exposición de Motivos correspondiente a la segunda edición de nuestro Código Civil resulta bastante elocuente, a la hora de basar esta figura retratual: «facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza...». Persigue, pues, eliminar el minifundio (25).

No ofrece duda, por otra parte, que con el retrato enfiteúutico del artículo 1.636 del Código Civil se persigue —como certera y sincréticamente ha dicho BLASCO GASCÓ— «producir la unificación del dominio *in testa* de cualquiera de los dueños» (26).

En relación con el fundamento del retrato de coherederos del artículo 1.067 del Código Civil, dice DE LA CÁMARA ALVAREZ que el Código ha

(23) Dice FERNÁNDEZ ARROYO, M. (*ob. cit.*, pág. 250) que el advenimiento del retrato de colindantes, también denominado de alledaños o asurcanos, «se produjo, según DANVILA, en la sesión de 20 de noviembre de 1888. Aunque se desconoce quién fue el precursor del instituto, pues, en los debates parlamentarios tan sólo se alude a que fue la idea de un sabio impuesta por sorpresa a un pueblo, parece, a todas luces evidente, que el autor de la implantación legal fue el jurista vallisoletano don Germán GAMAZO».

(24) *Ob. y loc. últim. cit.* Por su parte, GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, pág. 480) resalta «que nuestro legislador de 1889, en neto contraste con las codificaciones europeas del siglo XIX, incurriendo en graves defectos de sistemática, y con no pocas lagunas y algunos desaciertos de regulación, ofreció una extensa forma de derechos reales de adquisición de origen legal».

(25) Sobre el fundamento de estos dos retratos legales, *vide*, especialmente, BELLO JANEIRO, D.: *El retrato de comuneros y colindantes en el Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 251 y sigs. (para el de comuneros), y 287 y sigs. (para el de colindantes).

(26) *Ob. cit.*, pág. 628. Por su parte, PÉREZ ARDÁ, E. («Cuestiones de retratos legales», en *RGLJ*, 1914, pág. 483) considera que los fundamentos en que descansa el retrato enfiteúutico son «la necesidad de consolidar los dominios y liberar la propiedad».

seguido aquí la pauta marcada por el retracto de comuneros: «los coherederos son los condueños del derecho hereditario, luego deben tener los mismos derechos que los demás condueños. A menor número de partícipes menos fraccionamiento de la propiedad: ésta es la idea principal» (27). En este mismo sentido, una STS de 7 de febrero de 1944 vino a decir que este retracto no es sino «un caso particular del de comuneros» (Cdo. 4.º).

Por último, y para no extendernos, los retractos legales de los arrendatarios y aparceros rústicos (arts. 84 y 118 LAR) y de los arrendatarios urbanos (art. 25.3 LAU) persiguen permitir el acceso del arrendatario (o aparcero) a la propiedad de la finca (28).

De lo que acabamos de exponer cabe deducir, en síntesis, que los retractos legales tienen su razón de ser: bien en el deseo legislativo de poner término a situaciones poco deseables de división del dominio, consolidando éste en el menor número de manos posibles (así, retracto de comuneros, de coherederos, de colindantes, enfiteútico, etc.), bien en el de facilitar a determinadas personas el acceso a la propiedad, cuando existen específicas razones sociales que impulsan a ello (así, el retracto de aparceros y de arrendatarios) (29).

Tanto una como otra finalidad es evidente que obedecen a inequívocas razones de interés general. Por eso, dice COCA PAYERAS que la razón que justifica la existencia del tanteo y del retracto no es la protección de los intereses de sus titulares, sino «el logro o protección de intereses supraindi-

(27) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2504. También consideran el retracto de coherederos como una extensión del de comuneros CUTILLAS TORNS, J. M.: *El retracto legal de coherederos*, Comares, Granada, 1999, págs. 1 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XIV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 430 y 431; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 177 y 178; PUIG PEÑA, F.: *ob. cit.*, pág. 495, y ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 530. En cambio, PÉREZ ARDÁ (*ob. cit.*, pág. 487) considera que este retracto está «basado cabalmente en el interés que los coherederos tienen generalmente, en que no se entrometan los extraños en estos asuntos de familia».

(28) Sobre este punto, *vide* un detallado estudio en las monografías de RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, 2.ª ed., Aranzadi ed., Pamplona, 2001, especialmente págs. 89 y sigs.; RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Los derechos de adquisición preferente en los arrendamientos urbanos*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2000, y CASALS COLLDECARRERA, M.: *El retracto en los arriendos de las fincas rústicas*, Bosch, Barcelona, 1946.

(29) A la misma conclusión parece llegar DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, t. II, revisado y puesto al día por M. COSSÍO MARTÍNEZ y J. LEÓN ALONSO, Civitas, S. A., Madrid, 1988, pág. 352. Por su parte, CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1930, pág. 184) considera que el retracto legal «se funda en el deseo querido por la ley de que termine el estado de indivisión de bienes, característica del condominio, del caudal hereditario (antes de la división y adjudicación) o de que desaparezcan las pequeñas propiedades, incapaces por sí de ser base de subsistencia para la familia, engrosándolas con otras».

viduales, superiores a los que pueda ostentar el mismo titular» (30), lo que no debe ser entendido en el sentido de que los retractos legales sean instituciones de carácter público, como de hecho ha pretendido configurarlos un sector de la doctrina francesa (31), aunque tampoco persiguen satisfacer el interés privado y egoísta del retrayente, sino intereses generales objetivos previamente fijados por la ley como deseables, cuya consecución no fuerza, sino que prefiere dejar en manos de particulares.

Una evidencia del carácter privado de estos derechos la encontramos en el hecho de que la ley no impone obligatoriamente su ejercicio a los titulares, que pueden renunciarlos, ni atribuye la preferencia adquisitiva a cualquier persona, sino tan sólo a quienes se encuentren en la situación legalmente prefijada. Se trata, pues, de uno más de esos casos en los que —como apuntaba el profesor DE CASTRO al estudiar la distinción Derecho público-Derecho privado— se hace patente la existencia, dentro de la norma jurídica, de los principios de comunidad y de personalidad, al mismo tiempo. Pero, en el caso que nos ocupa, este último resulta, a nuestro juicio, predominante.

Reconocer el carácter eminentemente privado del retracto legal, salvo aquellos supuestos especiales en que la ley pueda configurarlos de diferente forma, significa simplemente reconocer algo tan evidente como que también las figuras jurídico-privadas sirven para conseguir fines de interés general, aunque bien es cierto que el paradigma de los derechos subjetivos más egoístas siempre han sido los de naturaleza privada, pero incluso éstos han de estar también orientados a la consecución del bien común; claro ejemplo de lo que

(30) *Ob. cit.*, pág. 53. En idéntico sentido, REBOLLEDO VARELA, A. (*Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.007) afirma que los retractos legales tienen su «fundamento en el interés social y no en el beneficio particular de su titular». También ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 599.

(31) *Vide* la corta, pero documentada, alusión que a esta cuestión hace FERNÁNDEZ ARROYO, M.: *ob. cit.*, págs. 248 y 249. También en nuestra doctrina encontramos posturas de este tipo; así, MÁRQUEZ CABALLERO, J. («El derecho de retracto y su caducidad», en *Rev. Der. Procesal*, 1946, pág. 189) ha escrito que «lo fundamental en el retracto es su carácter público y social». De la misma opinión son ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*ob. cit.*, pág. 602), para quienes los retractos legales «actúan a la manera de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho Privado». Este planteamiento de ROCA SASTRE fue recogido —literalmente casi— por la STS de 17 de diciembre de 1955, según la cual los derechos de tanteo y retracto legales, son «limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, como cargas que integran su pasivo, ni el favorecido podría incluirlas como valores patrimoniales en su activo, y así, del mismo modo que un adquirente no puede prevalerse de la fe pública registral para rechazar la pretensión del propietario contiguo de que se establezca una servidumbre de paso, tampoco podrá eludir el retracto de colindantes el comprador de una finca, ni el que de éste posteriormente adquiera» (Cdo.1.º).

decimos lo constituye el derecho de propiedad, que ha sido desde siempre reconocido como el prototipo de los derechos más absolutos e individualistas, pero al que nuestra Constitución (art. 33), conectándolo con la realidad de su tiempo, atribuye una función social, que viene así a constituir un nuevo límite del dominio. Es en esta línea donde debemos entroncar hoy la fundamentación de los retractos legales, como ya sugirió en 1980 el profesor GARCÍA CANTERO (32), aunque ya antes autores como SANTOS BRIZ (33) y GARCÍA AMIGÓ (34) habían aludido a la función social de la propiedad como origen de este tipo de retractos.

Para finalizar este primer apartado, nos queda por aludir a los más importantes tipos de retractos legales existentes en nuestro Derecho. Citaremos, en primer lugar, los del Código Civil; así, el de comuneros (art. 1.522 del Código Civil); el de colindantes (art. 1.523 del Código Civil) (35); el de coherederos (art. 1.067 del Código Civil); el de consocios (por aplicación del art. 1.708 del Código Civil); el enfiteútico (arts. 1.636 y 1.638 del Código Civil), que el Código atribuye al dueño directo y al útil siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica, y del que es una aplicación el retracto otorgado al cedente y al cesionario del suelo para plantar viñas, por el tiempo que vivieren las primeras cepas (art. 1.656, regla 6.^a, del Código Civil); el del foro y otros gravámenes de naturaleza análoga (art. 1.655 del Código Civil), en los mismos términos que el retracto enfiteútico, y el mal llamado retracto de crédito litigioso (arts. 1.535 y 1.536 del Código Civil), cuya naturaleza extintiva del crédito, aún resultando muy

(32) *Comentarios...*, cit., pág. 582. Pero ha sido, posteriormente, COCA PAYERAS (*ob. cit.*, págs. 293 y sigs.) quien ha recogido y desarrollado con mayor convicción este planteamiento, que compartimos. En la línea opuesta se sitúa, en cambio, FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, págs. 253 y 254), para quien «la Constitución nada ha innovado en este ámbito, porque aunque la función social pueda servir de estímulo para la creación por vía legislativa de nuevos tipos retractuales..., lo cierto es que la institución siempre ha respondido a un principio de política legislativa que justifica... la existencia de estas cargas del dominio, en principio inspirado por la idea de su libertad. Pero como entraña una derogación y una restricción de una regla general, ha de fundarse en una concreta norma de derecho positivo».

(33) «Las modalidades legales [de los derechos de tanteo y retracto] pueden... ser consideradas como claras manifestaciones de lo que en nuestros días se denomina función social de la propiedad» (SANTOS BRIZ, J.: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, t. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pág.701).

(34) «... en general, recaen sobre objetos cuya propiedad tiene señalada una determinada función social, a cuyo cumplimiento contribuyen precisamente los derechos reales de adquisición respectivos» (*ob. cit.*, pág. 124).

(35) También contienen modalidades de retracto de colindantes: el artículo 67 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964; el artículo 45 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973; o el artículo 27 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995.

discutida por la doctrina, le niega, como apunta acertadamente ALBALADEJO, la categoría de derecho real de adquisición y, por tanto, de retracto legal (36).

Fuera ya del Código Civil encontramos también importante número de retractos, entre los que cabría citar el arrendamiento urbano de vivienda y el concedido para el arrendamiento de local para usos distintos del de vivienda (arts. 25.3 y 31, respectivamente, LAU); el concedido a favor del arrendatario rústico y del aparcerero (arts. 84 y 118 LAR); el otorgado a favor del propietario del inmueble en caso de ejecución de hipoteca de establecimiento mercantil (art. 31.5 LHMPD); el establecido por el artículo 575 del Código de Comercio a favor de los copropietarios de buques (37); el previsto en el ya

(36) «Semejante figura no es un derecho real de adquisición. No es derecho real porque no concede poder alguno sobre cosa; no es de adquisición porque no hace adquirir nada. Consiste sólo en una facultad de pagar *menos* (lo que el comprador pagó, en vez de lo a que el crédito ascendía), y con tal pago, el *solvens* (falso retrayente) no recibe para sí el derecho de crédito (falsamente retraído), sino que lo extingue. Y si a alguno se le ocurre pensar que cabría decir que el retrayente adquiere el crédito (que *retrae* del comprador), y entonces se extingue por confusión, podría decirse que tal construcción sería algo así como si se entendiese que en el pago normal el deudor adquiere el crédito que paga, y entonces se extingue por confusión. Cfr. la sentencia de 28 de febrero de 1991», y finaliza así: «En conclusión, mal se puede llamar derecho de adquisición al que no nos hace adquirir nada» (*ob. cit.*, pág. 830, nota 37).

También GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 104) considera que no es un verdadero derecho real de adquisición (aunque su figura sea próxima), porque aquí «la facultad de adquirir no se refiere a una situación jurídica real, típica de nuestra figura [es decir, de los derechos reales de adquisición]».

Entre el sector doctrinal que sí lo considera como tal, *vide* PUIG PEÑA (*ob. cit.*, pág. 495), que nos dice «en la transmisión de créditos y demás derechos incorporales regula también el Código el llamado retracto anastasiano o de créditos litigiosos, considerado como tal por la mayoría de los autores»; también DE COSSÍO Y CORRAL (*ob. cit.*, pág. 352): «Suele construirse como retracto legal también el de bienes litigiosos (arts. 1.535 y 1.536 del Código Civil)»; igualmente CASTÁN TOBEÑAS (*ob. cit.*, pág. 178) se refiere al retracto «de colitigantes o de créditos litigiosos (arts. 1.535 y 1.536), que también se considera retracto por la doctrina científica, a pesar de que difiere de éste por su fin extintivo del crédito». ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, pág. 531) nos dice «que se considera como tal retracto para la mayoría de la doctrina». Más específicamente, *vide* la interesante monografía de NAVARRO PÉREZ, J. L.: *El retracto de créditos litigiosos*, Comares, Granada, 1987, y MUÑOZ ROJAS, T.: «Vigencia del retracto de colitigantes», en *RDP*, 1989, págs. 3 y sigs.

(37) «Los partícipes en la propiedad de un buque gozarán del derecho de... retracto en las ventas hechas a extraños; pero solo podrán utilizarlo dentro de los nueve días siguientes a la inscripción de la venta en el Registro, y consignando el precio en el acto».

Sobre este retracto, dice DE LOS MOZOS, J. L. (*Retrato de Comuneros*, cit., págs. 950-951): «El retracto de comuneros, cuando la comunidad recaiga sobre un buque, no tiene, a nuestro entender, otra especialidad que la derivada de la específica naturaleza de la cosa, y así ha sido entendido por la doctrina... La única especialidad que presenta frente al de comuneros se encuentra en que, mientras que en éste la fecha inicial para contar el plazo del ejercicio de la acción se refiere a su inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (art. 1.524 del Código

citado artículo 44 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973; o el recogido en el artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995.

Dado los límites prefijados a este trabajo, no aludiremos a los derechos de retracto legal existentes en los Derechos civiles territoriales (38), ni a las figuras existentes en el Derecho comparado (39), ni a otros muchos otorgados por multitud de disposiciones de carácter administrativo.

II. NATURALEZA Y OBJETO

Vamos a centrarnos en estudiar, en primer lugar, cuál es la verdadera naturaleza del derecho de retracto legal (40), delimitando si se trata o no de un auténtico derecho subjetivo, si tiene o carece de carácter real, y si estamos en presencia de un límite o de una limitación al derecho de propiedad. Seguidamente, pasaremos a ocuparnos de determinar la naturaleza del objeto sobre el que se ejercita este derecho, cuestión debatida doctrinalmente dada la amplitud con que se expresa el artículo 1.521 del Código Civil, que se limita a señalar que recaerá sobre la *cosa* (¿mueble? o ¿inmueble?) que se adquiere por compra o dación en pago.

A) NATURALEZA DEL RETRACTO LEGAL

Respecto de su posible configuración o no como un derecho subjetivo, cabe señalar que, aunque una parte mayoritaria de nuestra doctrina ha entendido tradicionalmente que el retracto legal reúne los caracteres propios de aquél, modernamente han surgido otras opiniones que apuestan por su configuración como una *facultad* conformadora de una determinada situación

Civil), para la comunidad de buques sólo cuenta la inscripción en el Registro (art. 575 del Código de Comercio)».

(38) Sobre este punto, *vide* BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, págs. 631 y 632, y los que aparecen enumerados en el Índice Analítico del *Derecho Agrario. Leyes Agrarias y Agroalimentarias. Legislación. Código Sectorial*; edit. McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 1532 y 1533.

(39) Para la legislación comparada, *vide* SANTOS BRIZ, J.: *Derecho Civil...*, cit., págs. 702 y 703. Para un conocimiento lineal de los existentes en el Derecho francés e italiano, *vide* GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *ob. cit.*, pág. 323, nota núm. 9, donde se comprueba cómo modernamente han ido proliferando estos derechos, a diferencia de lo que sucedió en el Código de Napoleón o en el Código Civil italiano de 1865.

(40) Una materia donde «se agita especialmente la polémica [...] justificada en la dificultad efectiva de su tratamiento, especialmente hasta que se produce el evento determinante de su ejercicio» (LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 329).

jurídica por la simple voluntad del sujeto a quien se atribuye. Pasamos ahora a exponer unas y otras.

ALBALADEJO se pregunta qué está en juego cuando se polemiza sobre esta cuestión: «¿se puede decir que: no hay un derecho de retracto del arrendatario, sino que su derecho de arrendamiento encierra, como una de sus facultades, la de retraer (cuando proceda) la cosa arrendada; o no hay un derecho de retracto de comunero o de colindantes, sino que el derecho de propiedad encierra como una de sus facultades, en el caso de ser varios dueños, la de adquirir la parte de los demás (cuando la vendan), y en el caso de ser colindante rústico de finca de menos de una hectárea la de adquirir ésta (si es vendida)?» (41).

Como indicábamos, un sector de nuestra doctrina considera que el retracto legal es un verdadero derecho subjetivo (42), pues se trata de un poder, con eficacia excluyente *erga omnes*, que recae sobre una cosa concreta y resulta atribuido a una persona determinada. Si desde una posición integradora de las distintas teorías existentes sobre los derechos subjetivos (patrocinadas por WINDSCHEID, IHERING, BUCHNER o el mismo DE CASTRO), entendemos por tal aquel poder que un sujeto tiene sobre una «una realidad social, acotada como base de la situación de poder concreto que se ha concedido a su titular» (43), cuyo interés privado o público está protegido por el Ordenamiento jurídico, y al que le corresponde un correlativo deber jurídico, el retracto legal debe ser configurado como auténtico derecho subjetivo, ya se analice la relación desde el lado del retrayente, ya del lado del retraído.

Para el retrayente, hay poder e interés legalmente protegido. Hay poder, porque es por su voluntad —nadie le obliga— que decide ejercitar el retracto subrogándose en la posición del comprador, y lo hace porque existe un interés privado-público que le habilita para retraer la cosa (si no lo tuviera, bastaría con renunciar o dejar caducar su derecho). Este poder se corresponde con el correlativo deber del adquirente-retraído de facilitarle la subrogación.

Veamos ahora cómo en la posición del retraído aparecen también los caracteres del derecho subjetivo. Este sujeto, por una parte, tiene el poder de negarse a facilitar la cosa mientras no le sean abonados el precio y los

(41) *Ob. cit.*, pág. 810.

(42) *Vide*, entre otros, BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 73; CASALS COLLDECARRERA: *ob. cit.*, pág. 50; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 53; GARCÍA CANTERO, G.: *El retracto de colindantes y la legislación de concentración parcelaria*, RGLJ, 1965, pág. 374; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 329; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 64, y GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 101), para quien los derechos reales de adquisición sí «reúnen todos los elementos esenciales que integran el concepto clásico de derecho subjetivo de carácter real: sujeto, objeto y contenido».

(43) DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, t. I, vol. 1.º, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 583.

gastos originados por el contrato (arts. 1.525 y 1.518 del Código Civil), y por otra, el ejercicio del retracto presenta para él un interés de recuperar ambas sumas, con el correlativo deber jurídico a cargo del retrayente de abonarle esas cantidades (44).

Además, este Derecho subjetivo presenta la peculiaridad de que no puede transmitirse independientemente de la relación jurídica que le sirve de soporte, dada también su naturaleza de titularidad *ob rem* inherente al dominio, con indiferencia de la persona de su titular (45).

Otro sector doctrinal (46) prefiere, a pesar de los riesgos que conlleva la utilización de esta categoría jurídica (DE CASTRO), situar el retracto legal dentro de los llamados *derechos potestativos*, que atribuyen a una persona (en nuestro caso al retrayente) la potestad de producir, mediante su declaración de voluntad, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, con eficacia respecto a otro u otros sujetos de derecho (por ejemplo, vendedor y adquirente-retraído) que quedan sujetos a tener que admitir los efectos que se produzcan (47).

Modernamente, una parte importante de nuestra doctrina considera al derecho de retracto no como un derecho subjetivo, sino como una simple *facultad*, ya que la de retraer deriva y depende, por imperativo de la ley, de una relación jurídica, o forma parte del contenido ordinario de un derecho subjetivo básico y más complejo, como sería, por ejemplo, el caso del censo enfiteútico, condominio, dominio o arrendamiento. Esa facultad se integra o se pierde con ellos, pero, por sí sola, no constituye un derecho subjetivo (48).

(44) En este sentido se expresa MATEO SANZ, J.: *El retracto convencional: relación jurídica y derecho subjetivo*, Dickinson, Madrid, 2001, págs. 147 a 149.

(45) Así lo sostienen BARBER: *ob.cit.*, pág. 86; Díez Soto, C. M.: *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 73, nota 25; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 629; STS de 27 de septiembre de 1962 (Cdo. 2.º), y las RRDGRN de 26 de abril de 1867 (Cdo., 1.º), y 29 de octubre de 1946 (Cdo. 2.º).

(46) Entre ellos, vide PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 384; SANTOS VIJANDE, J. M.: *El derecho y la acción de retracto: su caducidad*, La Ley, 1988-2, pág. 1175; Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 72; BALLARÍN, A.: «Arrendamientos rústicos», *RDP*, 1956, pág. 293, y en parecido sentido, pero con otra terminología, DE CASTRO (*ob. cit.*, pág. 606, nota 1) lo califica de derecho subjetivo de «poder jurídico», y remarca su carácter de «derecho independiente». En la jurisprudencia, vide STS de 20 de noviembre de 1958 (Cdo. 1.º) que califica al retracto de «derecho de potestativo».

(47) Vide la definición que de esta clase de derechos ofrece ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. I, 15.ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, págs. 447 y sigs.

(48) En este sentido se manifiesta BLASCO GASCÓ (*ob. cit.*), para quien difícilmente puede ser configurado como «un derecho subjetivo dada la dependencia y subordinación del retracto legal respecto de la posición jurídica que ocupa el sujeto al que se atribuye. El retracto legal no se puede enajenar con independencia de la posición jurídica de su titular» (pág. 622) y añade que es «una facultad que integra una concreta posición o

Particularmente interesante nos parece la opinión —eclectica— de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien admite la posibilidad de que inicialmente el retracto legal sea una facultad, si bien en una fase posterior —cuando la enajenación a un tercero se produce— adquiere parcialmente independencia de la relación jurídica o del derecho subjetivo del que procede, y pasa a convertirse en un derecho subjetivo (49).

Expuesto este abanico de opiniones doctrinales sobre la naturaleza del retracto legal, concluiremos —con ALBALADEJO— que la discusión que nos ocupa «carece de alcance práctico... [pues] ...configurar un cierto poder como derecho subjetivo autónomo o no, es cuestión de Derecho positivo, y no depende de puras consideraciones lógicas... [por lo que]..., se puede asegurar que hoy nuestro Ordenamiento jurídico estima los de adquisición legales como tales derechos subjetivos» (50).

Otro de los puntos debatidos por la doctrina ha sido si el retracto legal tiene o no carácter real.

situación jurídica del sujeto a quien se atribuye» (pág. 613); Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 593; DE BUEN, D.: *Derecho civil común*, I, 3.^a ed., 1936-1940, pág. 149; GARCÍA CANTERO: *Comentarios*, cit., pág. 488; DEL MORAL Y DE LUNA, A.: *Los derechos de adquisición y el problema de su rango*, AAMN, 1954, t. VII, pág. 356; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 343 y 355-357; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos rústicos de 1980. Referencia al derecho de prelazione y retratto en Italia», *RCDI*, 1998, pág. 881, y STS de 27 de junio de 1986, que calificó a este derecho «por su intrínseca naturaleza» como «una facultad concedida por la Ley» (FD 2.^o).

(49) «Tienen propio plazo de caducidad; son renunciables con independencia» (*ob. cit.*, pág. 356). En parecida dirección, vide la opinión de NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, pág. 87; CASALS COLLDECARRERA (*ob. cit.*, pág. 50, y «De la aportación de una finca rústica a una sociedad da lugar al derecho de retracto», *RJC*, 1946, págs. 73 y sigs.), quien señala que el derecho de retracto antes de ejercitarse es un derecho en potencia, una especie de *pretensión condicionada* al hecho futuro de que el dueño del dominio quiera transmitirla. FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 254), por su parte, considera que «el retracto es un derecho afectado por un destino, pudiéndose configurar en este sentido como un derecho-función». En el mismo sentido se posiciona COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 66.

(50) *Ob. cit.*, t. III, págs. 810-811. Ya decía este autor (t. I, cit.), al referirse a los derechos potestativos, que «cuales sean en particular estos derechos, es cosa que depende de cada ordenamiento jurídico, pues, como se verá, que un determinado poder o potestad sea meramente facultad secundaria o parte integrante de un derecho, o bien sea constitutivo de un derecho subjetivo, es algo que no puede decidirse a base de razonamientos lógicos abstractos, sino habida cuenta de que el Ordenamiento de que se trate haya elevado o no tal poder al rango de derecho subjetivo» (pág. 448, nota 4). Añade más adelante que aún siendo «poderes conferidos a una persona y tendentes a permitirle adquirir algo o, en general, a modificar una situación jurídica preexistente, tenían o han adquirido en el Derecho moderno una importancia especial, y son concebidos actualmente por nuestra ley como verdaderos derechos subjetivos (y no como meras facultades secundarias): así [...] el derecho de retracto» (pág. 448). (La negrita es mía).

Un sector no mayoritario considera que esa *facultad* en que consiste el retracto legal no presenta naturaleza real en tanto no atribuye a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa (51).

También se niega tal carácter dado que su eficacia *erga omnes* opera con independencia del Registro de la Propiedad, al constituir un límite del dominio dotado por sí mismo de publicidad legal (art. 37,3.º LH) (52); de ahí que se haya propuesto como mejor solución su integración en la categoría de *cargas públicas inherentes a la propiedad* (53).

Otro argumento utilizado en contra de la naturaleza real del derecho de retracto legal ha sido que no se constituye de modo voluntario y queda, por tanto, fuera del tráfico jurídico inmobiliario objetivo de la fe pública del Registro, de tal suerte que sólo puede calificarse de delimitación de la propiedad (54).

Frente a este sector minoritario, la mayoría de la doctrina no ve, sin embargo, obstáculo alguno para configurarlo como derecho real y superar así los obstáculos de la carencia de poder inmediato sobre la cosa o su no inscripción registral.

(51) Para DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 593) «depende del concepto de derecho real que se profese. Desde el punto de vista clásico no lo serían por cuanto en ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa». En parecida dirección se manifiestan RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, págs. 58-59, y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *ob. cit.*, págs. 802-803.

(52) Este precepto advierte que se darán contra tercero, que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, las acciones de retracto legal en los casos y términos que las leyes establezcan.

(53) Así, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*ob. cit.*, pág. 602) dicen que «el retracto legal, como el tanteo también legal, por su propia esencia o naturaleza carecen de las características de los derechos reales[...], su actuación absoluta independientemente del Registro, y su repercusión contra terceros subadquirentes, impide su asimilación al derecho real, que al fin y al cabo se halla sometido a la fe pública del Registro y a los azares de su vulnerabilidad [...] Actúan a la manera de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho privado». Se suman a esta opinión, DE LA RICA, R.: «El derecho de tanteo: Su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *RCDI*, 1979, pág. 1040; POU AMPUERO, F. J.: *Derechos de adquisición preferente: estudio*, BICNG, 1994, II, pág. 1408; MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, t. XXIII, vol. 2.º, 2.ª ed. revisada, Reus, Madrid, 1970, pág. 445), que lo considera una simple restricción de la propiedad, y en la jurisprudencia, SSTs de 17 de diciembre de 1955 (Cdo.1.º), y 16 de noviembre de 19.. (Cdo. 9.º).

(54) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 602. En parecido sentido, ALVAREZ MARTÍNEZ: *ob. cit.*, pág. 467; AZPIAZU, J.: «El retracto y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1954, pág. 88; BELLÓN: *Efectos en la compraventa de los retractos legales. Unificación legal de éstos. Particularidades del arrendaticio rústico. ¿Ocasionan deberes para el Notario?* Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, cit., por PUIG PEÑA: *ob. cit.* pág. 605, nota 6, y DE LA RICA (*ob. cit.*, pág. 1040), quien señala acerca de los retractos legales: «Son simples restricciones de la propiedad que por ser establecidas por la Ley, están investidos de una publicidad que supera la que el Registro puede proporcionar, haciendo supérflua su inscripción. Son, por tanto, asimilables a las servidumbres legales».

Como acertadamente advierten LACRUZ-SANCHO, la inmediación como característica clásica en la definición del derecho real en general «no tanto consiste en la actuación —posible— directa sobre la cosa, cuanto en la actuación sobre ella sin intermediación del propietario» (55), cosa que ocurre en el caso del ejercicio del retracto legal, que puede ser activado sin intervención del propietario de la cosa sobre la que recae. En este sentido, existen derechos —como el de hipoteca—, de cuyo carácter nadie duda, que tampoco sujetan la cosa a señorío material inmediato alguno (56).

Frente a quienes niegan carácter real al retracto legal, basados en el hecho de que este derecho opera con independencia de su inscripción registral y, por tanto, del principio de la fe pública registral (art. 37, 3.º LH), cabe argumentar que dicha previsión legal puede justificarse —como advierte MUCIUS SCAEVOLA (57)— como «una inoperancia de las normas hipotecarias respecto de las limitaciones estatutarias de la propiedad inspiradas en el interés público», aunque ello no impida —como apunta Díez Soto— que últimamente existan «previsiones legales orientadas a reconducir hasta cierto punto la oponibilidad frente a terceros de los retractos legales al régimen de la publicidad registral» (58), como ocurre en el caso del artículo 25.4 de la LAU (59).

Profundizando más sobre su carácter real, diremos que, por otra parte, la Ley puede directamente dotar a un derecho (como el retracto legal) de *eficacia erga omnes*, sin necesidad de publicidad registral, incluso —como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS— «con una fuerza mayor que los derechos reales ordinarios» (60).

(55) Añadiendo que «los derechos de garantía sin posesión no confieren (como el usufructo o como la prenda) poder de actuación directa sobre la cosa, sino mediatizado, pero no por el propietario sino por el juez: y, en general, no se contesta su naturaleza real» (*ob. cit.*, III, vol. 2, pág. 322).

(56) En similar dirección, RIVERA SABATÉS, V.: *El retracto convencional*, Comares, Granada, 2001, pág. 209.

(57) *Ob. cit.*, pág. 446.

(58) Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 68.

(59) Dice así: «El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento».

(60) *Ob. cit.*, pág. 356. En la misma dirección, vide LACRUZ-SANCHO (*ob. cit.*, pág. 330), quienes opinan que el retracto legal no se inscribe porque no necesita «de la publicidad registral, gozando de la legal para ser conocidos por los terceros adquirentes a los que sin embargo afectan». Tras poner el ejemplo de que «quien compra una finca rústica de extensión inferior a una hectárea sabe que pueden retraerla los colindantes [...]», añaden que «la publicidad legal [...] suple (en algún aspecto con creces) a la registral»; ALVAREZ CAPERACHI: *ob. cit.*, págs. 97-98; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 25; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 23; CASALS COLLECCARRERA: *De si la aportación...*, cit., pág. 76; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, pág. 176; CLEMENTE DE DIEGO: *Del derecho de retracto: ¿desde cuándo ha de empezar a contarse el plazo de nueve días que para su*

Conviene también dejar patente que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado han adoptado una línea absolutamente inequívoca en la defensa del carácter real de este derecho (61).

Sí parece haber unanimidad, en cambio, a la hora de calificar este derecho como límite legal (y no como limitación) del dominio de quien recibe la cosa en primera transmisión, pero que puede ser luego retraída por razones de interés general (62). No se trata —como aclara ALBALADEJO— de un límite de «la libertad de enajenación, sino... [del]... derecho de propiedad (de quien la recibió) de seguir siendo su dueño» (63).

B) EL OBJETO DEL RETRACTO LEGAL

La inclusión en la redacción final del artículo 1.521 del Código Civil de un término tan genérico como *cosa* (64) («*el retrayente se subroga en el*

ejercicio conceden las leyes? Cuál sea el verdadero momento inicial del dicho plazo, RDP, 1919, pág. 337; *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1930, pág. 184; DE COSSIO Y CORRAL: *ob. cit.*, pág. 351-353; Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 76; ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, pág. 526) afirma que «la eficacia erga omnes del retracto legal ha sido llevada al límite máximo, ya que contra el mismo es inoperante la protección registral»; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 263; GARCÍA CANTERO: *Comentarios*, cit., págs. 580 y sigs. y 628-629, y *El retracto de colindantes*, cit., pág. 374; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, págs. 101-104; GÓMEZ CALERO, J.: «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código Civil español», en RDP, 1963, págs. 776-777; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 605; REBOLLEDO VARELA, A. L.: «Comentario al artículo 1.521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1007; CUTILLAS: *ob. cit.*, págs. 71-72; LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª ed., Trivium, Madrid, 2001, pág. 252; RUBIO TORRANO, E.: *El retracto convencional en el marco de los derechos reales de adquisición*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 111; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil*, cit., págs. 704-706, y PUIG BUTRAU: *ob. cit.*, pág. 394.

(61) Vide, SSTS 10 de mayo de 1904 (Cdo. 1.º), 11 de octubre de 1905 (Cdo. 1.º), 8 de junio de 1906 (Cdo. 1.º), 14 de mayo de 1912 (Cdo. 1.º), 4 de diciembre de 1912 (Cdo. 3.º), 24 de diciembre de 1920 (Cdo. 3.º), 7 de mayo de 1927 (Cdo. 4.º), 6 de mayo de 1931 (Cdo. 1.º), 5 de febrero de 1952 (Cdo. 1.º), 28 de abril de 1953 (Cdo. 1.º), 17 y 27 de febrero de 1954 (Cdos. 1.º y 5.º, respectivamente), 22 de marzo de 1956 (Cdo. 3.º), 7 de febrero de 1959 (Cdo. 1.º), 10 de febrero de 1966 (Cdo. 1.º), 5 de diciembre de 1981 (Cdo. 5.º), y 7 de julio de 1995 (FD 3.º), y RRDGRN de 29 de octubre de 1946, 8 de mayo de 1959 y 19 de septiembre de 1990.

(62) En esta dirección: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 356; ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 811; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 323; ALVAREZ CAPEROCHIPI: *ob. cit.*, págs. 97-98; ARECHEDERRA: *ob. cit.*, pág. 81; BADENES GASSET: *ob. cit.*, págs. 43-44; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, págs. 151 y sigs.; Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 65; ESPÍN CÁNOVAS: *ob. cit.*, pág. 517; MANRESA y NAVARRO, J. M.: *Comentario al Código Civil español*, revisado por J. M. Bloch, Reus, Madrid, 1969, t. X, vol. I, pág. 495; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, págs. 600-601; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, págs. 1006-1007, y la RDGRN de 29 de octubre de 1947 (FD 2.º).

(63) *Ob. cit.*, t. III, pág. 802, y nota 1 de esta página.

(64) GARCÍA CANTERO: *Comentarios*..., cit., pág. 633.

lugar del retraído que adquirió una cosa por compra o dación en pago»), ha dado lugar a que nuestra doctrina se posicione sobre el alcance de qué cosa (¿mueble? ¿inmueble?) integra el objeto del retracto, aunque no falten voces que aplauden esa decisión de nuestro legislador (65).

Resulta evidente que algunas clases de retracto legal —por su propia naturaleza— sólo pueden recaer sobre cosas inmuebles, como el enfiteútico (66), el de colindantes (67), el arrendaticio (68), o sobre el buque (art. 575 del Código de Comercio), dada su consideración hipotecaria como bien de esta clase.

Tampoco parece plantear problema alguno el objeto del retracto de coherederos, pues entendemos —con CASTÁN TOBEÑAS— que podrán formar parte de la cuota hereditaria retraída bienes muebles e inmuebles, «ya que en realidad, lo que es objeto de la venta y, por tanto, del retracto es la cuota ideal de uno de los coherederos (puesto que todavía no se ha llevado a cabo la partición) y no el derecho sobre cosas concretas y determinadas de la herencia» (69).

La duda, en cambio, surge respecto del retracto de comuneros (art. 1.522 del Código Civil), pues doctrinalmente se discute si puede recaer también sobre las cosas muebles. Aunque con anterioridad a la publicación del Código Civil parecía haber unanimidad en torno a su no admisión (70), el debate se abrió con la redacción dada a dicho artículo: «*El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.*»

(65) El propio GARCÍA CANTERO: *ob. ultim. cit.*, pág. 644.

El artículo 1.171 del Proyecto de Código Civil de 1836 señalaba expresamente que, «Sólo las cosas inmuebles o los bienes raíces son objeto del retracto».

(66) Sobre el objeto natural de la prelación enfiteútica, LINARES NOCI, R. («La prelación enfiteútica», en *RDP*, 1986, pág. 761) dice que esta clase de retracto queda circunscrita no a todos los inmuebles de que habla el artículo 334 del Código Civil, «sino únicamente a aquellos que los son por naturaleza».

(67) Vide MANRESA y NAVARRO: *ob. cit.*, pág. 534; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608, y GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 644.

(68) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *ob. cit.*, págs. 830-831.

(69) *Ob. cit.*, t. IV, pág. 182, nota 1. Este autor, para apoyar su opinión, recoge las SSTs de 24 de enero de 1957, 5 de octubre de 1963, y 11 de diciembre de 1964. En similar dirección se posicionan GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 780; CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 72; BELLO JANEIRO: *El retracto de comuneros...*, cit., pág. 25; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, pág. 1008; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 644, y BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 66.

(70) En el Proyecto de Código Civil de 1851 se excluyó, pues «La Comisión entendió limitar la palabra *cosa* a los inmuebles por su mayor importancia y por ser muy rara la comunión de cosas o bienes muebles» (GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., pág. 767). La Ley 75 de Toro lo restringía también a los bienes inmuebles al utilizar la palabra «heredad», y hacía lo mismo la concordante Ley 9.ª, título XIII, libro X, de la Novísima Recopilación.

Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». Pero, ¿a qué clase de cosa se refiere aquí el Código?

Resulta claramente mayoritaria la opinión doctrinal y jurisprudencial que extiende también su ejercicio para el caso de que el condominio recaiga sobre bienes muebles, dada la gran generalidad con que se expresan los artículos 1.521 y 1.522 del Código Civil (71), lo que no impide que algún autor —como CASTÁN TOBEÑAS— advierta de que «la tradición histórica abonaría la aceptación de un criterio restrictivo [...], ya que la jurisprudencia anterior al Código había limitado el retracto a los bienes inmuebles» (72).

Aunque —con las excepciones apuntadas— se entienda que el retracto legal opera tanto sobre cosas muebles como inmuebles, debe señalarse que el objeto retraído ha de ser el del primitivo contrato transmisivo, sin que el ejercicio del retracto pueda proyectarse sobre otros objetos (73).

(71) En esta dirección *vide* BLASCO GASCÓ (*ob. cit.*, pág. 625), quien apunta que «el artículo 1.524 establece que, en defecto de inscripción en el Registro, el plazo comienza a contar desde que se tuvo conocimiento de la venta, por lo que también es posible referir este precepto a los bienes muebles»; GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 124), para quien «puede ser también perfectamente mueble : basta con que sea identificable»; REBOLLEDO VARELA (*ob. cit.*, pág. 1008) entiende que se puede extender a los muebles, «a menos que de la propia naturaleza de las cosas se derive lo contrario»; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 25; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 781; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 644; MANRESA y NAVARRO: *ob. cit.*, págs. 496 y 534 ; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608; DE LOS MOZOS: *Retrato de comuneros*, cit., pág. 954; RIAZA, quien, aunque en un primer momento lo restringe a bienes inmuebles (*ob. cit.*, pág. 193), no «estima incompatible el derecho de subrogación en los casos de enajenaciones de muebles y semovientes, siquiera por la restricción que para el adquirente supone aquel derecho» (pág. 241), y RUBIO TORRANO: *ob. cit.*, pág. 113.

En la escasa jurisprudencia recaída sobre este punto, la STS de 27 de diciembre de 1961 (Rdo. 1.º y Cdo. 2.º) admitió el ejercicio del retracto de comuneros al dueño de unas patentes sobre un grifo perfeccionado para el llenado de botellas gaseosas y una válvula de paso para el mismo, cosas naturalmente muebles. También la STS de 28 de febrero de 1898 (Rdo. 6.º), sin entrar a resolver la cuestión, sí que parece recoger el argumento de la recurrente de que el artículo 1.522 del Código Civil, «admite el retracto de comuneros sobre bienes muebles».

(72) *Ob. cit.*, pág. 182. También así lo entiende la STS de 16 de mayo de 1894 (Cdo. 2.º). En contra, MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, t. IX, Madrid, 1908, págs. 431 y 432; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, 2.ª edic., corregida y aumentada, Madrid, 1899 págs. 550 y sigs.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de ENNECERUS-KIPP-WOLF (Derecho de cosas)*, vol. 2.º, 2.ª ed. al cuidado de PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 148, y STS de 13 de julio de 1896 (Cdo. 3.º).

(73) En idéntico sentido se expresa BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 25. La STS de 13 de abril de 1896 (al igual que la de 21 de junio de 1872) señaló, en similar dirección, que la subrogación de que habla el artículo 1.521 del Código Civil se produce respecto de la cosa objeto del retracto y no sobre aquellas otras que, aún comprendidas en la escritura de compraventa, «carecen de las condiciones necesarias para ser retraídas» (Cdo. 2.º).

III. NEGOCIOS JURIDICOS GENERADORES DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL

La existencia del retracto legal requiere indefectiblemente que se haya producido con anterioridad una enajenación del dominio a favor de persona distinta de la que sea titular de aquel derecho. Esto es indiscutible, pero no lo es tanto determinar qué actos transmisivos del dominio son los que, en realidad, resultan aptos para dar lugar a ese derecho de adquisición preferente, a pesar de que el artículo 1.521 del Código Civil hable sólo de «*compra o dación en pago*», y que nuestra jurisprudencia se muestre inflexible en «entender que si la ley habla solamente de la compra y la dación en pago, no quiso incluir ningún otro supuesto» (74).

Es incontestable, pues, que tanto la compraventa como la dación en pago pueden generar el ejercicio de un derecho de retracto, pero, en cambio, no puede producir ese mismo derecho adquisitivo preferencial el pago por cesión de bienes, que, en modo alguno, es equiparable a la dación, ya que mientras ésta es un negocio *pro soluto*, en cambio la cesión de bienes es un negocio *pro solvendo* (75).

A pesar de que la compraventa y la dación en pago son figuras diferentes, ambas presentan como nota común —por lo que se refiere a los retractos— que en las dos «se lleva a cabo la transmisión de una cosa como contraprestación de una cantidad de dinero que constituye el precio con el necesario carácter de certeza, lo que, en conclusión, justifica la equiparación realizada por el legislador en el artículo 1.521 del Código Civil» (76).

(74) STS de 30 de junio de 1994 (FD 3.º). También recogen este criterio las SSTS de 9 de julio de 1958 (Cdo. 2.º), 12 de febrero de 1959 (Cdo. 1.º), 2 de abril de 1985 (Cdo. 2.º), y 12 de abril de 1989 (FD 3.º), y las RRDGRN de 13 de febrero de 1980, 20 de febrero de 1992, y 30 de junio de 1994. Sobre esta posición jurisprudencial, *vide* la documentadísima exposición de BELLO JANEIRO (*El retracto de comuneros...*, cit., págs. 28 y sigs.), quien se refiere a «la monolítica doctrina sentada por el Tribunal Supremo —altamente cuestionable...— de que no se puede ampliar —ni, tampoco, restringir— los retractos más allá de lo que permite el Código Civil, por constituir limitaciones, a modo de cargas de derecho público, del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, de modo tal que, no obstante reconocer el fin social que representa la institución del retracto, no se convierta la misma en abusiva, lo que acontecería si se acogiera lo que supone rebasar los límites, requisitos y supuestos establecidos por las normas legales que lo disciplinan» (pág. 28).

(75) *Vide*, en este sentido, STS de 30 de junio de 1994 (FD 3.º).

(76) BELLO JANEIRO: *ob. cit.*, págs. 29 y 30; también así lo entiende PASCUAL ESTIVILL, L.: «La dación en pago», en *RCDI*, 1986, pág. 1120; Díez Soto (*ob. cit.*, pág. 79), para quien la restricción a estas dos clases de negocios se debe tanto «al designio de proteger el interés de los sujetos intervinientes en el negocio original» como al de facilitar «la determinación de las cantidades que habrá de reembolsar el retrayente al retraído para el ejercicio de su derecho»; ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, pág. 808), quien señala que la dación en pago «equivale a una compraventa en la que el precio es la suma debida, y

No parecen quedar fuera de esta regla general, otros preceptos del Código Civil que no incluyen expresamente la compraventa o la dación como negocios que generan el ejercicio del retracto, como ocurre en el artículo 1.522 (retracto de comuneros) que se refiere tan sólo a la enajenación producida; los artículos 1.523 (de colindantes) y 1.067 (de coherederos), que hablan de la venta realizada; o el artículo 1.656, 6.^a (censo a primeras cepas), que alude a «*las enajenaciones a título oneroso*» (77).

Sí se plantea algún problema —aunque fuera del Código y por tanto de nuestro estudio— en ambas legislaciones arrendaticias. Por una parte, el artículo 25, apdos. 1, 3, 5, 6 y 7 LAU, se refiere sólo a la «venta» o la «compraventa» (78). Por otra, el artículo 86 LAR autoriza el ejercicio del retracto por el arrendatario para «*toda enajenación inter vivos*» que de la finca rústica haga el dueño; derecho que el artículo 89 LAR extiende a «*los contratos de donación, aportación a Sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa*» (79).

Frente a un minoritario sector doctrinal, que sigue el criterio restrictivo del Tribunal Supremo (80), resulta mayoritaria la opinión que considera apropiado el ejercicio del retracto legal cuando la enajenación —con independencia de la modalidad elegida— sea onerosa y permita al retrayente subrogarse en la posición del retraído o comprador primitivo, no estando, por tanto,

la cosa lo dado en pago de aquélla»; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 50; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 56, y STS de 7 de diciembre de 1983 (Cdo. 2.º).

La dación se incorporó junto a la venta como negocios generadores del retracto legal en el artículo 1.450 del Proyecto de Código Civil de 1851.

(77) Sobre esta extensión, *vide* ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, págs. 826-827; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 598; ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, pág. 536), quien critica la falta de precisión técnica del Código en este punto, y VALLET DE GOYTISOLO: *ob. cit.*, pág. 432.

En cuanto al retracto enfiteútico, éste no plantea problema alguno, pues el artículo 1.636 del Código Civil sigue fielmente al artículo 1.521 del Código Civil concediéndolo «*siempre que se venda o den en pago*» el domino directo o útil sobre la finca.

(78) Díez PICAZO-GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 604) extienden la «venta» del artículo 25 LAU a la dación en pago; en idéntica posición, BELLO JANEIRO: *El retracto de comuneros...*, cit., pág. 31, y GARCÍA CANTERO, G.: *¿Eterno retorno de los derechos de adquisición preferente?* Sepín, mayo 1994, núm. 137, pág. 5. En contra de esta ampliación, Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 78.

(79) Sobre este punto, *vide* RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, págs. 118 y sigs.; LLOMBART, M.^a D.: «Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, págs. 355 sigs., y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *ob. cit.*, págs. 793, y 816 y sigs.

El artículo 27.1 de la citada Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995 se refiere tan sólo a la «venta» como negocio productor del retracto.

(80) Entre ellos: CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, cit., pág. 433; COSSÍO Y CORRAL: *ob. cit.*, pág. 353; MUCIUS SCAEVOLA: *ob. cit.*, págs. 460 y sigs.; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 598; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, págs. 781-782; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 408-409, y LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333.

permitida en el caso de aquellas transmisiones gratuitas u onerosas no fungibles o personalísimas (81).

Esta disparidad de criterio entre doctrina y jurisprudencia obliga —como hace BELLO JANEIRO— a considerar que «en la actualidad, tiene verdadero significado delimitar con exactitud el ámbito real del retracto legal más allá de las estrictas limitaciones del legislador civil precisamente porque, a la luz de la normativa constitucional..., puede mantenerse la interpretación extensiva e, incluso, analógica, de los retractos legales por su carácter de límite impuesto a la propiedad al amparo de su función social, constitucionalmente consagrado en el artículo 33 CE, que ha de prevalecer frente al principio de libre contratación, el cual, al carecer de valor constitucional reconocido, no constituye ningún obstáculo para los retractos legales» (82).

De ahí que —siguiendo a este autor (83)— estudiemos, primeramente, diversos casos —siempre a la luz de la jurisprudencia y utilizando la doctrina más fiable— en los que puede resultar dudosa la procedencia del retracto incluso tratándose del supuesto de la «*compra*» del artículo 1.521 del Código Civil, aunque debe advertirse —como hace el Tribunal Supremo— de que habrá que estar a su verdadera naturaleza con independencia de la denominación dada al contrato por las partes (84). Estos supuestos son:

(81) ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, págs. 808-809) afirma, en este sentido, que el retracto «debe de alcanzar a cualesquiera actos que, sin ser venta, sin embargo, sean de tal índole que permitan que el retrayente pueda facilitar la misma contraprestación por la que se cambió la cosa retraíble [...] Para fundamentar tal opinión, basta pensar que la concesión del retracto en caso de venta, y no en otros, tiene por razón el que la cosa es preferible que vaya a manos de cierto tercero, y no quede en las del adquirente, si es que este tercero podría haber proporcionado al enajenante lo mismo (dinero) que le proporcionó el adquirente, y, además, puede dar a éste lo mismo que el dio por la cosa que se retrae. Y tal razón concurre igualmente si lo que se da —en el contrato que no es venta— a cambio de la cosa, es algo fungible... [y añade]... Además de tal fundamento, existe un argumento de orden práctico que apoya lo dicho: el de que en otro caso sería sumamente fácil burlar el derecho de retracto, llevando a cabo la enajenación de la cosa, no mediante venta, sino a cambio de otra fungible (con precio determinado en el mercado) que después su preceptor fácilmente podría convertir en dinero o en otro bien»; también *vide* BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, pág. 623; SERRANO: voz *retracto enfiteútico*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XVII, págs. 563 y sigs.; RIAZA: *ob. cit.*, págs. 193, 245, y 357; LINARES NOCI (*ob. cit.*, págs. 766 y 767), quien deja a los tribunales el decidir en cada caso sobre esta cuestión; MANRESA y NAVARRO: *ob. cit.*, págs. 496-497, 509 y 512; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 56; CASALS COLLDECARRERA: *De si la aportación...*, cit., pág. 77; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, pág. 174; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 641; DE LOS MOZOS: *Retracto de comuneros*, cit., pág. 954; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., pág. 721, y SSTs de 11 de junio de 1902 (Cdo. 1.º), y 24 de enero de 1986 (Cdo. 2.º).

(82) *Ob. cit.*, págs. 32-33; en idéntica dirección, BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 56; CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 137, y GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 630.

(83) *Ob. cit.*, págs. 33 a 78.

(84) *Vide* SSTs de 9 de abril de 1925 (Cdo. 1.º), y 5 de marzo de 1964 (Cdo. 2.º).

a) VENTA EN SUBASTA PÚBLICA

Resulta aquí procedente el retracto porque estamos ante una modalidad de venta (85), aunque surge —como se verá cuando se estudie su ejercicio— el problema de determinar en qué momento se inicia el plazo de la acción retractual.

b) VENTA INEFICAZ POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

Para que haya retracto legal, se requiere la previa celebración voluntaria de un negocio jurídico válido entre comprador y vendedor. Por tanto, no surgirá retracto en los casos de venta nula de pleno derecho (falta de requisitos del artículo 1.261 del Código Civil), salvo que la ineficacia proceda de la voluntad o conveniencia de una o de ambas partes, según ha señalado reiteradamente la jurisprudencia (SSTS de 28 de enero de 1950 —Cdo. 1.º—, y de 12 de junio de 1951 —Cdo. 1.º—) (86). Pero sí procederá, en cambio, su ejercicio en los casos de compraventas anulables o rescindibles en tanto en cuanto no se interponga la correspondiente acción impugnatoria.

c) VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD

El retracto ha de dirigirse contra el nudo propietario, aunque el vendedor se reserve el usufructo vitalicio (SSTS de 13 de diciembre de 1946 —Cdo. 1.º— y de 12 de junio de 1958 —Cdo. 1.º—), pues «la venta de la nuda propiedad de un inmueble, con reserva de usufructo vitalicio correspondiente a otro no supone una desintegración del dominio, por estar éste ya con anterioridad dividido» (STS de 7 de marzo de 1963 —Cdo. 4.º—) (87).

(85) En esta dirección, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 808; ARCOS VIEIRA, M. L.: *Criterios jurisprudenciales acerca del ejercicio de la acción de retracto legal en los supuestos de venta por subasta pública judicial*, Aranzadi Civil, 1996-I, págs. 171 y sigs.; SSTS de 16 de mayo de 1946 (Cdos. 2.º y 3.º), 29 de febrero de 1960 (Cdo. 3.º), 30 de junio de 1994 (FFD 3.º y 4.º), y, especialmente, 8 de junio de 1995 (FD 5.º), y artículo 1.640 del Código Civil, que autoriza específicamente el retracto enfitéutico cuando se vende judicialmente una finca de esta clase. En contra se manifiestan CUBELLS ROIG: *ob. cit.*, pág. 4379, y la STS de 30 de octubre de 1990, que denegó el ejercicio del retracto de comuneros tras una venta de este tipo al entender que fue de imposible conocimiento para el interesado.

(86) Sobre este punto, *vide* PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 411.

(87) *Vide* REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, págs. 1008 y 1009. En contra, STS de 24 de enero de 1928 (Cdo. 4.º), que exigió la reunión en una sola persona del dominio y el usufructo.

d) VENTA SOMETIDA A CONDICIÓN RESOLUTORIA

Como esta clase de condición en nada afecta a la consumación del contrato, no hay impedimento para que pueda ejercitarse la acción de retracto, si bien la cosa se adquirirá («subrogación») en las mismas circunstancias que lo hizo el comprador, es decir, bajo condición resolutoria (STS de 17 de abril de 1958 —Cdo. 2.º—) (88).

Cuando la condición resolutoria consista en la voluntad del vendedor de readquirir la propiedad de la cosa vendida (pacto de retroventa), puede también ejercerse la acción retractual desde el momento de la consumación de la venta mediante la entrega de la cosa, sin que a ello afecte la cláusula de retrocesión a favor de aquél, pues podrá siempre recuperar la finca vendida *erga omnes* (incluido el retrayente) por estar asistido de acción real (STS de 24 de marzo de 1956 —Cdo. 1.º—).

e) COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO

El aplazamiento de parte del precio no impide la consumación del contrato, que se entiende realizada cuando se produce la transmisión del dominio por la entrega de la cosa (STS de 12 de mayo de 1945 —Cdo. 4.º—). Una STS de 11 de diciembre de 1944 (Cdo. 1.º) admite el ejercicio del derecho de retracto en una compraventa con precio aplazado (89), garantizado con hipoteca sobre el mismo bien enajenado, por lo que entendemos que el retrayente tendría que soportar esa carga real.

f) VENTA CON CONDICIONES PERSONALÍSIMAS

Estrictamente hablando —como dice GARCÍA CANTERO— no cabría la acción retractual cuando el comprador se ha obligado de modo esencial a prestaciones personalísimas para con el vendedor (90).

Sí procederá, en cambio, cuando las prestaciones no sean esenciales, ya que la subrogación no afecta a aquellos pactos o condiciones que no sean condición principal de la enajenación (STS de 10 de enero de 1919 —Cdo. 5.º—). Los Tribunales habrán de cuidar el examen

(88) Así también lo mantiene CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 139.

(89) Sobre este punto, *vide* el interesante trabajo de FIGA FAURA, L.: «El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado», *RDP*, 1948, págs. 880 y sigs.

(90) *Comentarios...*, cit., pág. 640. También se muestran a favor BARBER (*ob. cit.*, pág. 145) y FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 257.

de esas condiciones personalísimas, de modo que no se vengan a encubrir normales transmisiones onerosas que deberían ser objeto de retracto (91).

Vistos estos supuestos dudosos de «compra» (art. 1.521 del Código Civil), resulta ahora necesario el abarcar —sin ánimo de ser exhaustivos— el estudio de otras figuras jurídicas, absolutamente ajenas a las previstas legalmente en el Código Civil, pero que pudieran dar lugar a retractos legales por ser también transmisoras del dominio. Veamos:

a) LA PERMUTA

El Tribunal Supremo, siguiendo su clásica doctrina ya apuntada de que sólo es posible el retracto legal en los supuestos de compraventa y dación en pago, rechaza que la permuta pueda dar lugar a retracto (STS de 22 de noviembre de 1957 —Cdo. 2.º—), salvo que la Ley excepcionalmente —como es el caso del arrendamiento rústico— lo conceda (art. 89 LAR).

La permuta no exige como contraprestación la entrega de una cantidad de dinero, sino que requiere la de una cosa (un inmueble, en ese caso jurisprudencial) que, siendo específica, ningún retrayente puede devolver; y sin esa restitución *in natura* de lo entregado por el adquirente «no es posible desposeer a éste de lo adquirido, ya que es sustancia en el retracto que quien lo ejercita restablezca o deje el patrimonio de la persona de quien retrae en la misma situación cuantitativa y cualitativa que tenía antes de la adquisición generadora de dicho derecho» (STS de 22 de noviembre de 1957 —Cdo. 2.º—) (92).

Ahora bien, ¿cabría el retracto en caso de permuta mixta (por ejemplo, enajenación en la que media precio y otra cosa), o de permuta por bienes fungibles o genéricos? Veamos:

a.1. *La permuta mixta*

Prescindiendo de una extraña STS de 30 de junio de 1881 (enajenación en la que, por mediar precio y otra cosa accesoría

(91) BELLO JANEIRO: ob. ultim. cit., pág. 45. Sobre el ejercicio del retracto en negocios con condiciones personalísimas, *vide* el trabajo de REINO CAAMAÑO, J.: «El retracto legal y la libre contratación», en *RGLJ*, 1918, pág. 274 y sigs.

(92) En la misma dirección se pronuncian POTHIER, R. J.: *Tratado de retractos*, trad. por Manuel Deo, 2.ª ed., Araluce, Barcelona, s/f, pág. 64, y las SSTs de 25 de mayo de 1960 (Cdo. 3.º) y 20 de enero de 1962 (Cdo. 1.º).

al precio, se consideró que había una compraventa y que, por tanto, daba lugar al retracto —Cdos. 1.º y 2.º—, tampoco habrá la posibilidad de que genere retracto, ya que la existencia de una cosa (importante) más un precio (accesorio) no hace que estemos ante una compraventa, sino ante una verdadera permuta, lo que dificulta la posibilidad de subrogación en la cosa (principal), aunque sea posible en el dinero (accesorio) (93).

b.2. *La permuta por bienes fungibles o genéricos*

MERINO HERNÁNDEZ (94), BARBER (95) y ALBALADEJO (96), entre otros, se muestran favorables a que este tipo de permuta pueda generar retracto porque, al tratarse de cosas sustituibles, resulta relativamente fácil la subrogación y, además, porque lo que el retraído entregó en su momento al vendedor se lo puede dar ahora el retrayente. También parece inclinarse por este planteamiento BELLO JANEIRO (97), aunque reconoce que podrán jugar en sentido contrario argumentos como los siguientes:

— La jurisprudencia tradicional favorable a que sólo surjan retractos legales de los supuestos del artículo 1.521 del Código Civil.

— Admitir aquí la posibilidad de retracto podría poner en peligro la seguridad jurídica.

b) LA DONACIÓN

Nuestra jurisprudencia ha venido manifestándose en contra de admitir que la donación, incluso la remuneratoria, pueda dar lugar a retracto, «ya que la ausencia de onerosidad hará imposible la subrogación» (de que habla el artículo 1.521 del Código Civil) (98).

(93) En idéntico sentido, BARBER: *ob. cit.*, pág. 171, y STS de 22 de noviembre de 1957 (Cdo. 4.º).

(94) *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 337.

(95) *Ob. cit.*, pág. 171.

(96) *Ob. cit.*, t. III, págs. 808 y 809.

(97) *Ob. cit.*, pág. 51.

(98) STS de 22 de enero de 1991 (FD 2.º); también BARBER: *ob. cit.*, pág. 123; POTHIER: *ob. cit.*, pág. 83, y FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 256), para quien la ineptitud de las donaciones en generar retracto legal «se justifica en el carácter *intuitu personae* que tienen los actos de mera liberalidad, por cuanto introducen una consideración personal del donante al donatario que se vería burlada de admitirse en tales casos la procedencia del retracto».

c) LA RENTA VITALICIA

El Tribunal Supremo ha desestimado que la renta vitalicia pueda dar lugar a retracto (Sentencia de 6 de octubre de 1969, Sala de lo Social), por existir prestaciones impuestas al comprador *intuitu personae* (alimentos, vivir en su compañía, cuidar y atender al cedente hasta la muerte) (99).

La STS de 22 de diciembre de 1989 (FD 1.º) también niega el retracto en un caso puro de renta vitalicia, argumentando que en este contrato (al ser aleatorio) el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia que no se da en la compraventa ni en la dación en pago, que, por ser negocios conmutativos, tienen perfectamente determinado ese equivalente en el momento de su celebración; es decir, mientras la compraventa exige precio cierto (art. 1.445 del Código Civil), en cambio, en la renta vitalicia no es posible determinar «a priori» el número de pensiones a satisfacer por el deudor (art. 1.802 del Código Civil) (100).

d) LA APORTACIÓN SOCIAL Y LA ADJUDICACIÓN DE BIENES POR LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

Dado que en los últimos tiempos resultan corrientes los negocios de aportación de inmuebles a sociedades mercantiles por causas conocidas (aumentos de capital, constitución o aumento de capital con aportaciones hechas por entidades de crédito para desprenderse de su negocio inmobiliario, etc.), se ha planteado si dicha aportación es asimilable a las enajenaciones productoras del derecho de retracto legal. Un sector doctrinal mayoritario avala su improcedencia ya que, por una parte, se considera que la aportación no dineraria a una sociedad se asimila a la figura del contrato de permuta (101), y, por otra, se encuentra «la imposibilidad del retrayente para reembolsar al adqui-

(99) La cita BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 53.

(100) En esta dirección, también *vide* la STS de 2 de abril de 1985 (FD 5.º).

(101) ÁVILA NAVARRO-RIVERO HERNÁNDEZ («Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil», en *RCDI*, 1993, pág. 694) citan un amplio número de autores en esta dirección; también en este sentido, *vide* las SSTs de 12 de junio de 1964 (Cdo. 1.º), y 27 de mayo de 2000 (FD 4.º). En una posición contraria, la STS de 30 de noviembre de 1973 (Cdo. 2.º) otorgó un retracto arrendaticio urbano tras calificar esta aportación como venta o cesión solutoria, estimando las acciones como «un signo que representa al dinero y se halla incluido en el artículo 1.445 del Código». Acerca de esta Sentencia, *vide* la crítica de BELLO JANEIRO: *El retracto...*, pág. 56.

rente en cuyo lugar se subroga, la prestación por él realizada, pues ésta no consistió en dinero, sino de acciones que no obran en el patrimonio de aquél» (102).

Igual solución se sostiene para la adjudicación de bienes por liquidación de sociedad, pues «el tránsito de acciones de una sociedad a propietario de bienes consecuencia de la disolución ni es compraventa ni dación en pago, ya se analice la disolución de sociedad desde el campo de los derechos civil o mercantil, o, incluso fiscal» (STS de 6 de febrero de 1991 —FD 2.º—) (103).

e) EL CENSO RESERVATIVO

Aunque la STS de 11 de junio de 1902 considerara que la constitución de esta clase de censo daba lugar al ejercicio del retracto legal, ya que «participa de los caracteres sustanciales de la compraventa» (Cdo. 1.º)» (104), entendemos —con BELLO JANEIRO (105)— no haber lugar al mismo, pues difícilmente puede equipararse con la compraventa un censo que admite, como prevén los artículos 1.608 a 1.612, 1.662 y 1.664 del Código Civil, su redención.

Tras este análisis de los distintos negocios que pueden dar o no lugar al retracto legal, hemos de concluir —al igual que hacen doctrina y jurisprudencia— señalando que las restricciones antes apuntadas sólo se aplican para la primera transmisión, pero no para las ulteriores, aunque se haya producido, por ejemplo, mediante un negocio inicialmente no permitido, como la permuta (106).

IV. EJERCICIO DE LOS RETRACTOS *EX LEGE*

Debemos fijar ahora nuestro estudio en el momento, plazo, y forma en que se puede ejercitar este derecho.

Mientras parece unánime la opinión doctrinal que sitúa el nacimiento del retracto legal desde el momento mismo en que se constituye por disposición

(102) RDGRN de 5 de septiembre de 1991. Coincide en el mismo sentido BELLO JANEIRO: *El retracto...*, págs. 56 y 57, y STS de 27 de mayo de 2000 (FD 4.º).

(103) Argumento que también recoge la STS de 14 de abril de 1993 (FD 6.º).

(104) En el mismo sentido también *vide* la STS de 9 de marzo de 1893 (Cdo. 3.º).

(105) *El retracto...*, cit., pág. 61.

(106) Opinión que mantienen CUTILLAS: *ob. cit.*, págs. 138 y 139; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, págs. 62 y sigs., y las SSTS 14 de mayo de 1912 (Cdo. 1.º), y 27 de febrero de 1954 (Cdo. 5.º).

de la Ley (107), se discute, en cambio, el momento en que el retracto está ya en disposición de ser ejercitado; es decir, si podría hacerse efectivo desde el instante en que se celebra (se perfecciona) la convención sobre el negocio generador, o habría que esperar a su consumación mediante la tradición de la cosa objeto del retracto. Discusión que, de aceptar una u otra solución, comporta importantes consecuencias jurídicas, como son la disposición que del retracto pueda hacer su titular o el cómputo del plazo para hacerlo efectivo.

Acerca de esta cuestión, nuestro Tribunal Supremo ha oscilado entre exigir perfección o consumación, aunque finalmente se ha decantado claramente por la necesidad de que para hacer efectivo el retracto esté ya consumado el negocio (108), criterio que también sigue un amplio sector doctrinal (109), aunque no faltan voces que abogan por la simple perfección (110).

(107) Así, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 807; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 492, 629-630 y 641; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 58; CASALS CONDECARRERA: *El retracto en los arriendos...*, cit., págs. 43, 74 y 76; RIAZA: *ob. cit.*, págs. 72-76, y 191-192; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, págs. 126-127, y BELLO JANEIRO, D.: *El plazo de la acción de retracto legal.*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 1995, pág. 47.

(108) Como señala la STS de 5 de febrero de 1952, «hasta ese momento en que se consuma el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor» (Cdo. 1.º). En idéntico sentido también se manifiestan las SSTs de 19 de junio de 1929 (Cdo. 2.º), 20 de mayo de 1943 (Cdo. 2.º), 14 de noviembre de 1953 (Cdo. 2.º), 2 de junio de 1950 (Cdo. 6.º), 28 de junio de 1949 (Cdo. 4.º), 17 de junio de 1997 (FD 2.º) y de 28 de octubre de 1999 (FD 1.º); *vide*, igualmente, la amplia jurisprudencia que sobre este punto recogen ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, pág. 815), y BELLO JANEIRO (*El plazo...*, cit., pág. 50). Por la mera perfección como momento de ejercicio, se decantan, en cambio, las SSTs de 12 de octubre de 1912 (Cdo. 2.º), 26 de febrero de 1916 (Cdo. 4.º), 12 de mayo de 1945 (Cdo. 4.º), y 12 de junio de 1951 (Cdo. 1.º).

(109) Esta postura es seguida por ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, págs. 806 y 815; ALVAREZ CAPEROCHIPI: *ob. cit.*, pág. 91; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 37; ESPÍN CÁNOVAS: *ob. cit.*, págs. 520 y 525; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, págs. 251-252, especialmente pág. 258; FIGA FAURA: *ob. cit.*, págs. 880-881; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: *Retracto legal en caso de compraventa anulable* (Comentario a la STS de 24 de abril de 1951), ADC, 1952, pág. 362; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 404 y 410-411; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 780; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 532 y 681; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 328; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 772; POTHIER: *ob. cit.*, págs. 99 y sigs.; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, pág. 1016, y RIAZA: *ob. cit.*, págs. 219 y sigs.

(110) Así, CLEMENTE DE DIEGO: *Del derecho de retracto...*, cit., págs. 338 a 343; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 59; Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 84; MANRESA, J. M.: «Retracto de colindantes, cuando se realiza la venta sin escritura pública», en *RGLJS*, 1899, pág. 447; REINO CAAMAÑO: *ob. cit.*, pág. 277; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 126; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 112; CASALS CONDECARRERA: *El retracto en los arriendos...*, cit., págs. 158 y 159; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 594, y CUTILLAS: *ob. cit.*, págs. 124 y 125.

Debe tenerse en cuenta la especialidad de las ventas judiciales, donde la jurisprudencia admite el ejercicio del retracto desde la aprobación judicial de la subasta, «pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o ficta» (STS de 8 de junio de 1995, FD 5.º).

La necesidad de consumir el negocio resulta independiente de que éste pudiera revocarse o ser resoluble, o simplemente estar pendiente del cumplimiento de algunas condiciones (111), aunque sí se entiende que aquél ha de ser válido (112).

Como indicábamos, el hecho de fijar el momento de su ejercicio resulta clave para computar el plazo de ejercicio de la acción retractual que el artículo 1.524 del Código Civil sitúa en nueve días para los retractos de comuneros y colindantes (113), pero que —por extensión— también debe aplicarse a cualesquiera otros que no tengan señalado uno en especial (114), como sí lo tienen, por ejemplo, el de coherederos que el artículo 1.067 del Código Civil amplía al plazo de un mes, o, fuera del Código, los artículos 25.3 LAU, que lo fija en esos treinta días, y 88 LAR, que lo extiende a dos meses (115).

Para el inicio del cómputo de los plazos se tiene normalmente en cuenta el momento en que el retrayente tiene un conocimiento «cabal y completo» del negocio generador del retracto y de todos los extremos que del mismo interesen (116). En su defecto, el plazo correrá a partir de que se practique

En idéntico sentido, SSTs de 30 de octubre de 1990 (FD 3.º), 11 de julio de 1992 (FD 6.º), 27 de julio de 1996 (FD 1.º), y 7 de diciembre de 1998 (la cual fijó como fecha de consumación la «entrega a la parte del testimonio del auto», FD 2.º).

Sobre este punto, también *vide* lo que señalan ARCOS VIEIRA: *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.; Díez Soto: *ob. cit.*, págs. 84 y sigs., y BARBER: *ob. cit.*, pág. 150.

(111) En el mismo sentido se refiere FIGA FAURA: *ob. cit.*, pág. 881.

(112) Sobre este punto, BADENES GASSET (*ob. cit.*, págs. 59 y 60), quien cita una amplia jurisprudencia, y PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 411.

(113) «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de **nueve días**, contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta».

(114) Opinión que comparte ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, págs. 824-825.

(115) Téngase también en cuenta, por su incidencia en el retracto de colindantes, que el artículo 27.4 de la citada Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias sitúa el plazo en un año. Sobre este punto, CABALLERO LOZANO, J. M.: «El retracto de colindantes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *RCDI*, 1996, págs. 65 y sigs. (especialmente, págs. 87 y sigs.).

En cuanto a la especialidad que supone la venta judicial de la cosa retraída, se entienden por la STS de 28 de octubre de 1999 (FD 1.º) que «el plazo empezará a contarse, no desde su celebración, sino desde el otorgamiento de la escritura pública de venta secuela de la misma».

(116) SSTs de 12 de junio de 1956 (Cdo. 2.º), 21 de marzo y 30 de octubre de 1990 (FD 3.º y 5.º, respectivamente), 9 de febrero de 1984 (Cdo. 3.º), 12 de diciembre de 1986 (FD 3.º), 20 de mayo de 1991 (FD 2.º), 19 de mayo y 11 de julio de 1992 (FFD 2.º y 6.º), 7 de abril y de 24 de septiembre de 1997 (FFD 1.º y 6.º, respectivamente), 3 de marzo de 1998 (FD 2.º), y 6 de marzo de 2000 (FD 4.º). En la doctrina comparten esta opinión: ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 816; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 71; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 106 y sigs.; COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, pág. 284; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 596; Díez SOTO: *ob. cit.*, págs. 155 y 161 y sigs.; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 680; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333, y PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 413.

la inscripción de aquél en el Registro de la Propiedad (117), y no desde el asiento de presentación (118). De ahí que una interpretación correcta del artículo 1.524 del Código Civil obligue a entender que la computación del plazo de nueve días para ejercitar el retracto no se contará a partir de la inscripción registral cuando conste que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la enajenación en fecha anterior (119).

Con independencia de esta interpretación, resulta manifiesto que la previsión legal de plazo del artículo 1.524 del Código Civil resulta corta, lo que crea —aparte de una situación discriminatoria frente a esos otros retratos especiales con un término más amplio— una inseguridad e indefensión en el retrayente, puesto que no puede pasarse por alto, por una parte, que el conocimiento de la transmisión realizada es un criterio subjetivo de difícil prueba (120); y, por otra, que la publicidad registral debe rogarse. Para superar ambos riesgos, un sector doctrinal plantea el recuperar —para que dé comienzo el cómputo— la necesidad de notificación del negocio por medio del requerimiento notarial que preveía el viejo artículo 1.524 del Código Civil (121).

Respecto del retracto de coherederos, aunque no hay deber de notificación, el artículo 1.067 del Código Civil señala que el plazo para ejercitar la acción empieza desde que la transmisión «se les haga saber» al retrayente. Como aclara ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, pág. 817, nota 17), la jurisprudencia entiende que dicho plazo corre desde «que de *cualquier modo* éste toma conocimiento».

(117) En esta dirección se posicionan ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 827, nota 28; BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, pág. 624; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, pág. 182; COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, pág. 285, y las SSTs de 22 de abril de 1958 (Cdos. 4.º y 5.º), 21 de marzo de 1990 (FD 3.º), y 30 de octubre de 1990 (FFDD 3.º y 4.º).

(118) SSTs de 27 de febrero de 1954 (Cdo. 6.º); 21 de julio de 1993 (FD 4.º), 7 de abril de 1997 (FD 2.º) y 27 de junio de 2000 (FD 2.º).

Entenderlo así es una excepción al mandato del artículo 24 LH: «*Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma*».

(119) En esta dirección, BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 71; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 97 y sigs.; COBACHO GÓMEZ, J. A.: *El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)*, Derecho Privado y Constitución, 3, 1994, pág. 288; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, pág. 1016, y SSTs de 27 de febrero de 1954 (Cdo. 6.º), y 8 de mayo de 1956 (Cdo. 3.º).

(120) *Vide* sobre este punto lo que dicen ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 818, y COBACHO GÓMEZ (*ob. cit.*, pág. 281), para quien el motivo de haber señalado un plazo tan breve reside «en la conveniencia de acortar el período de pendencia de las situaciones jurídicas amenazadas de ineficacia, por lo cual se establece un plazo tan breve que evite la prolongación de la incertidumbre».

(121) En esta dirección opinan FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 259, y COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, págs. 294 y 295. El artículo 1.524 en la primera edición del Código decía que «no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento hecho ante un notario, que haga el vendedor o el comprador que tenga aquel derecho». Los actuales artículos 87 LAR y 25.3 LAU exigen, en parecido

En la brevedad del plazo y en el trato desigual dado por el legislador para los distintos retractos se basó una Cuestión de inconstitucionalidad que fue planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid (122) ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelta por sentencia 54/1994, de 24 de febrero, que consideró ajustada a la Constitución la previsión que el legislador hace en el artículo 1.524 del Código Civil (123). El Alto Tribunal justificó la mayor amplitud de plazo, tanto en el retracto de arrendamientos urbanos como en el rústico, por razones de tutela constitucional (se alegaba el art. 47 CE) sobre esos bienes; acerca del término también superior del retracto de coherederos, razonó para su mantenimiento que la relación hereditaria está necesitada de un tratamiento especial (FJ 3.º). Además, fundamentó que, al ser el retracto legal un derecho de adquisición preferente establecido por el legislador, éste puede regularlos con la amplitud o restricción que considere más apropiada (FJ 3.º).

Refiriéndonos ahora a la naturaleza jurídica de este plazo, diremos que tiene carácter civil (124), por lo que su cómputo se hace de continuo, y en él se incluyen también los días inhábiles (125), con la excepción del retracto de arrendamientos rústicos (126); término (*dies a quo*) que empieza a correr

sentido, el deber de notificación de la transmisión, aunque si el retrayente no notificado la conoció por otros medios, el plazo empieza ya a correr. *Vide también* ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, págs. 816-817) que se hace eco de la jurisprudencia sobre arrendamientos que sostiene este criterio.

(122) Una referencia a sus fundamentos puede verse en COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, págs. 267 y sigs., y en la propia STC 54/1994, de 24 de febrero (FFJJ 1.º y 2.º).

(123) Sobre esta sentencia, *vide*, en general, la crítica de COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, especialmente págs. 294 y 295.

(124) SSTs de 8 de abril de 1920 (Cdo. 2.º), y 14 de noviembre de 1962 (Cdo. 2.º).

(125) Se manifiestan en esta dirección, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 819; CUTILLAS: *El retracto legal de coherederos*, cit., pág. 142; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 783; Díez SOTO: *ob. cit.*, págs. 152 y sigs. (quien recoge una amplia jurisprudencia y posiciones doctrinales sobre este punto); LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 772; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 414; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608 y sigs.; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, pág. 1016; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., págs. 724 y sigs.; STC de 24 de febrero de 1994 (FJ 2.º), y STSS de 8 de abril de 1920 (Cdo. 2.º), 13 de junio de 1921 (Cdo. 4.º), 14 de noviembre de 1953 (Cdo. 1.º), 14 de noviembre de 1962 (Cdo. 2.º), 15 de diciembre de 1956 (Cdos. 2.º y 4.º), 12 de febrero de 1959 (Cdos. 1.º y 2.º), y 28 de octubre de 1999 (FD 1.º).

Debe señalarse que aunque el artículo 1.638, párrafo 2.º del Código Civil fije para el retracto enfiteútico un plazo de «nueve días **útiles** siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta», no quiere decir que sean hábiles. Al respecto dice O'CALLAGHAN, X. («Comentarios a los artículos 1.636 a 1.642 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., t. XX, vol. 3.º, 1982, pág. 169) que «esta expresión nada significa, pues no dice "hábiles", que, por otra parte, es un concepto procesal y debe aplicarse el artículo 5 [Código Civil] cuyo apartado 2 dice que "en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles"». *Vide también* en esa dirección, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 824, nota 20.

(126) El artículo 88 LAR establece un plazo de «sesenta días hábiles».

desde las cero horas del día siguiente a aquel en el que tuvo lugar el conocimiento de la transmisión o, en su defecto, la inscripción registral de la misma (127). Asimismo, como la propiedad adquirida por el comprador no puede quedar al arbitrio del ejercicio indefinido por el retrayente de su derecho de retracto, el plazo se considera que es caducidad, de tal suerte que no admite interrupción, ni prórroga alguna (128).

Aparte de por su caducidad o por el cumplimiento de sus fines, el retracto puede extinguirse también por renuncia de su titular; abandono del derecho (art. 6.2 del Código Civil) que puede hacerse no sólo desde que nace el retracto, sino también una vez ya dentro del plazo para su ejercicio (129). En cambio, no resulta admisible que pueda serlo antes de que hubiera nacido el derecho, ya que no se puede renunciar a algo que aún no se tiene. En este sentido se manifiesta una STS de 21 de enero de 1965 que resuelve un caso de retracto arrendaticio urbano y donde se declara la invalidez de la renuncia anticipada al mismo antes de haber surgido, «pues de lo contrario perdería todo sentido y alcance al interés general en que su otorgamiento descansa y quebrantaría la seguridad del tráfico jurídico obligacional» (Cdo. 2.º) (130).

En cuanto a la forma de ejercicio de este derecho de retracto legal, debe apuntarse que —aunque lo normal es que se haga judicialmente— nada debe

(127) En este sentido se manifiestan ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 824; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 683; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 414, y STS de 2 de abril (Cdo. 2.º) y 15 de diciembre de 1956 (Cdo. 2.º).

(128) Así lo entienden la STC de 24 de febrero de 1994 (FJ 2.º), y las SSTs de 10 de marzo de 1945 (Cdo. 2.º), 25 de noviembre de 1955 (Cdo. 4.º), 20 de noviembre de 1958 (Cdo. 1.º), 14 de noviembre de 1962 (Cdo. 2.º), 28 de octubre de 1999 (FD 1.º), y 27 de junio de 2000 (FD 2.º). En nuestra doctrina, *vide* BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 73; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 259; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 357; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 84 y sigs.; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, págs. 1015 y 1016; COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, pág. 281 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 182 y 183; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 596; Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 152; NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 783; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 119; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 538 y 678 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, págs. 333 y sigs.; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 771; MÁRQUEZ CABALLERO: *ob. cit.*, págs. 189 y sigs.; O'CALLAGHAN: *Comentarios...*, cit., pág. 169; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 413; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 609; SANTOS VUANDE: *ob. cit.*, págs. 1172 y sigs., y SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., págs. 724 y sigs. En cambio, BORRELL Y SOLER, A. M. (*El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952, pág. 274), y la STS de 8 de abril de 1920 (Cdo. 2.º), lo consideran de prescripción.

(129) Así lo entienden BELLO JANEIRO: *El retracto de...*, cit., págs. 167 a 169, y *El plazo...*, cit., pág. 57 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 330; CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 150; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 129, y GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 630. Donde sí que no cabe, en cambio, la renuncia anticipada es en el retracto arrendaticio rústico, pues el artículo 11 LAR dispone que la misma sólo puede hacerse efectiva desde el momento en que puede ejercitarse (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 357).

(130) También en esta dirección se pronuncian las SSTs 18 de diciembre de 1952 (Cdo. 3.º) y de 6 de febrero de 1979 (Cdo. 2.º).

impedir que también pueda realizarse extrajudicialmente. Para un sector doctrinal, bastaría la simple declaración de voluntad del retrayente y siempre que no exista oposición del adquirente-retraído (131). Como indica GARCÍA CANTERO (132), con que el retrayente dirigiera a aquél mediante conducto notarial, una declaración de voluntad con el ofrecimiento y la consignación del reembolso de los gastos previstos en el artículo 1.518 del Código Civil. Al no existir precepto alguno en nuestro Derecho que lo prohíba, razones de economía procesal parecen también aconsejarlo (133).

Sin embargo, entendemos que no parece que la mera acta de manifestación sea título suficiente, aunque no exista oposición. Habría que exigir escritura pública otorgada tanto por el retrayente como por el retraído, pues es la forma documental que se requiere para reflejar los negocios jurídicos, y el ejercicio del derecho de retracto lo es. Retraer no es un mero acto —que sí sería susceptible de documentarse en acta—, sino un negocio jurídico compuesto de sendas declaraciones de voluntad. Además, y a mayor abundamiento, la legislación hipotecaria impediría la inscripción del retracto en virtud sólo del acta (arts. 3 LH, y 33 RH).

Para regular su habitual ejercicio delante de los tribunales, la LEC de 1881 preveía en su Libro II, título XIX (arts. 1618 a 1630), el llamado procedimiento especial «*De los retractos*». Sin embargo, la gran reforma de nuestra legislación procesal civil llevada a cabo por la Ley 1/2000, de 5 de enero, ha derogado varios de aquellos procedimientos singulares, entre ellos el citado, pasando ahora a establecer que las demandas de retracto legal se sustanciarán por el genérico *juicio ordinario* (art. 249.1.7), «*cualquiera que sea la cuantía*» (134). No obstante —como apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ (135)—, las singularidades de este nuevo proceso «se limitan a los

(131) Así también lo entienden BELLO JANEIRO: *El plazo...*, cit., págs. 75 y sigs.; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 685-686; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *ob. cit.*, págs. 360-361, y GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 129.

(132) *Comentarios*, cit., pág. 685; también en similar sentido se posicionan BARBER: *ob. cit.*, pág. 349; BELLO JANEIRO: *El plazo...*, pág. 80, y Díez SOTO: *ob. cit.*, págs. 102 y sigs.

(133) Lo apunta BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 188 y sigs.

(134) Acerca de esta nueva regulación de la acción judicial de retracto, vide FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.-RIFÁ SOLER, J. M.-VALLS GOMBAU, J. F.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1 al 280)*, Iurgium Editores-Atelier, Barcelona, 2000, págs. 1085 y sigs.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *El juicio de retracto, en la obra colectiva* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V.-MORENO CATENA, V.: «Derecho procesal civil. Parte especial», 2.^a ed., Colex, Madrid, 2000, págs. 275 y sigs.; ILLESCAS RUS, A. V.: *Los procesos de retracto*, en MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J.-LOSCERTALES FUERTES, D.: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada*, vol. I, Sepín, Madrid, 2000, págs. 669 y sigs., y RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, A.: «Sobre el deshaucio, retracto y otros procesos arrendaticios», en AC, semana 9-15 de julio, 2001, págs. 999 y sigs.

(135) *Ob. cit.*, pág. 275.

documentos que, en "caso especial" (art. 266.3.º y 403.3 LEC), habrán de acompañarse a la demanda como requisitos para su admisión» (136).

La acción judicial corresponde ejercitarla al actor-retrayente (condómino (137), colindante (138), coheredero, dueño directo o enfitéuta, arrendatario urbano y rústico, etc.), que la dirige contra el adquirente-retraído o, conjuntamente, contra los sucesivos adquirentes de la cosa que, impropiaamente, se retrae (139), aunque algunos autores —como Díez PICAZO-GULLÓN— consideren que «este litisconsorcio pasivo necesario no tiene un sólido argumento» (140).

Entendemos que el procedimiento retractual debe dirigirse contra el primer adquirente y subadquirentes sucesivos que se tenga conocimiento. Como señalan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (141), «hay que citar al juicio retractual a los subadquirentes todos cuyos títulos consten en el Regis-

(136) Artículo 266.3.º LEC: «*Se habrán de acompañar a la demanda: 3.º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto...*», y artículo 403.3 LEC: «*Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas...*».

(137) En relación con el retracto de comuneros, la jurisprudencia ha declarado que la posesión a título de dueño legítima igual que un título de dominio perfecto, mientras no se oponga quien tenga mejor derecho que el retrayente. En este sentido pueden verse las SSTs de 10 de febrero de 1914 (Cdo. 1.º) 9 de mayo de 1922 (Cdo. 2.º), y 4 de abril de 1956 (Cdo. 2.º), y PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 407-408. También vide STS de 27 de junio de 2000 (FD 2.º), que concede el retracto de comueños tanto al nudo como al pleno propietario.

(138) Cuando el artículo 1.523 del Código Civil dispone que «*tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes*» se está refiriendo a que el retracto lo ejercitará quien sea titular del derecho de propiedad sobre la finca, que necesariamente tiene que ser rústica. En este sentido, vide SSTs de 12 de marzo de 1902 (Cdo. 1.º) y 7 de noviembre de 1959 (Cdo. 2.º), y CUTILLAS TORRES, J. M. (*El retracto de colindantes. Perspectivas actuales*, La Ley, 1986-4, pág. 1155), quien niega el ejercicio al nudo propietario «por entender que debe tratarse de un derecho completo de propiedad». En cambio, GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, cit., pág. 663) le reconoce tal legitimación.

(139) En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 181-182.; Díez SOTO: *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 215 y sigs.; COSSÍO Y CORRAL: *ob. cit.*, pág. 353; ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 813 (especialmente nota 11), y SSTs de 10 de mayo de 1904 (Cdo. 1.º), 11 de octubre de 1905 (Cdo. 1.º), 8 de junio de 1906 (Cdo. 1.º), 14 de mayo de 1912 (Cdo. 1.º), 7 de mayo de 1927 (Cdo. 4.º), 6 de mayo de 1931 (Cdo. 1.º), 28 de abril de 1953 (Cdo. 1.º), 27 de febrero de 1954 (Cdo. 1.º), 22 de marzo de 1956 (Cdo. 3.º), 7 de febrero de 1959 (Cdo. 2.º), 7 de julio de 1995 (FD 3.º), y 11 de abril de 2000 (FD 5.º).

(140) «Pues el retracto no resuelve ninguna transmisión. En puridad de principios el último adquirente es el único que lo debe soportar como si hubiera sido el primitivo, sin perjuicio naturalmente de la evicción que le corresponda contra su transmitente. La demanda contra los anteriores no tiene objeto; no se van a resolver las transmisiones posteriores a la que causó el retracto, ni en consecuencia, el primer adquirente va a ser el que ha de transmitir al retrayente» (*ob. cit.*, pág. 597). También en esta dirección vide la opinión de PÉREZ ARDÁ: *ob. cit.*, págs. 488 y sigs.

(141) *Ob. cit.*, pág. 607.

tro sobre la finca, salvo los que de obtener el retrayente la correspondiente anotación preventiva de su demanda, acudan al Registro con posterioridad, ya que a éstos les sirve de notificación colectiva la anotación registral misma, por ser precisamente ésta una de las varias ventajas prácticas de este tipo de anotaciones».

Por lo que se refiere al vendedor, éste no debe ser obligatoriamente incluido en la demanda de retracto (142), aunque pudiera tener interés en el resultado de la acción de retracto e intervenir en el proceso como demandado o en calidad de interviniente (art. 13 LEC) (143), incluso, con una posición independiente para oponerse a las peticiones del actor-retrayente (144).

La demanda por la que se ejercita el retracto debe reunir, al menos, los siguientes requisitos:

- a) Interposición de la misma dentro del plazo anteriormente estudiado.
- b) Consignación del precio si éste es conocido o, en su defecto, fianza de que se hará en cuanto lo sea, aunque la exigencia de aquélla no queda clara tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (145).

Antiguamente el artículo 1.618.2.º LEC requería expresamente para admitir la demanda que se consignara el precio si éste fuera ya conocido, o, en caso contrario, que se ofreciera fianza de consignarlo en su momento (146). Requisito que, según CORTÉS DOMÍNGUEZ (147), la nueva LEC (art. 266.3.º) sigue recogiendo, «pero de una forma [...] oscura», pues ahora dispone que la consignación se hará siempre y cuando «se exija por ley o por contrato» (148).

(142) SSTs de 30 de enero de 1989 (FD 2.º) y 27 de junio de 2000 (FD 2.º). En sentido contrario se manifiesta la STS de 25 de febrero de 1950 (Cdo. 3.º) que exigió demanda contra vendedor y comprador.

(143) Precepto que regula «la intervención de sujetos originariamente no demandados, ni demandantes». También la STS de 11 de mayo de 1992 apunta a esa dirección cuando, tras señalar que «la acción ha de dirigirse necesariamente contra el comprador», añade que «nada obsta a que el vendedor intervenga si lo desea en el proceso de retracto» (FD 2.º).

(144) Vide la STS citada en la nota anterior, y BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 205 y sigs.

(145) El precio es el real que se hubiera pagado, no el de mercado (STS de 3 de mayo de 2000, FD 2.º).

(146) «Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 2.º Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea». Sobre este precepto, vide también la STS de 21 de octubre de 1988 (FD 2.º).

(147) Ob. cit., págs. 280 y sigs.

(148) Artículo 266.3.º LEC: «Se habrán de acompañar a la demanda: 3.º [...] cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere».

Lógicamente así deberá hacerse, si el retracto tiene un origen convencional («por contrato») —y las partes han pactado la consignación—, pero el problema surge en el retracto legal, pues «la ley» —a la que se refiere el art. 266.3.º LEC— ya no exige expresamente la consignación del precio, como sí hacía el citado antiguo artículo 1618.2.º LEC.

A pesar de esta aparente confusión, entendemos —con CORTÉS DOMÍNGUEZ (149)— que el requisito de la consignación o —en su defecto— la caución, debe hoy también observarse para un ejercicio judicial correcto del retracto legal de que se trate. Como se verá al estudiar los efectos del retracto legal, el artículo 1.525 del Código Civil (por la remisión que hace al art. 1.518 del Código Civil) requiere que el retrayente reembolse al comprador-retraído el precio originario —el real— que pagó por la cosa, más los gastos necesarios derivados de la enajenación. Si entendemos que la consignación se sigue exigiendo, se aseguraría, por una parte, que en ejecución de sentencia se abonarían esas cantidades, y, por otra, que la demanda del retrayente es seria y fundada (150).

En cuanto al modo de practicarla, la STC 145/1988, de 30 de junio de 1988, permitió que se hiciera bien en metálico; bien mediante aval bancario «cuando es excesivamente onerosa para el demandante» (FJ 5.º) (151). También otra STC 62/1989, de 3 de abril, rompió con el criterio jurisprudencial de no admitir la consignación mediante cheque (FD 3.º).

También cabe apuntar, por último, que si el comprador-retraído sólo pagó alguno de los plazos pactados, el retrayente ha de consignar también el precio de los plazos vencidos y no pagados por aquél, y respecto de los pendientes ha de afianzar —como apunta SANTOS

(149) *Ob. cit.*, pág. 281.

(150) Tanto la STC 12/1992, de 27 de enero (FJ 4.º), como la STS de 15 de abril de 1998 (FD 2.º), declaran que la finalidad de la consignación estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que se le reembolsará lo pagado más los gastos.

(151) También así lo consideran la STC 12/1992, de 27 de enero (FJ 4.º), y SSTS de 15 de abril de 1998 (FD 2.º), 10 de julio de 2000 (FD 4.º) y de 3 de abril de 2001 (FD 2.º). En general sobre este punto, *vide* GRAMUNT FOMBUENA, M. D.: *Ejercicio del derecho de retracto: la distinta naturaleza de la consignación y el reembolso* (A propósito de la STC 12/1992, de 27 de enero), *Derecho Privado y Constitución*, 1, 1993, págs. 311 y sigs.; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 261; BELLO JANEIRO: «Comentario a la STS de 15 de abril de 1998», en *CCJC*, septiembre-diciembre de 1998, págs 1097 y sigs.); el ponente de esta última sentencia, GARCÍA VARELA, R.: *Eficacia de la consignación del precio mediante aval bancario para dar curso a las demandas de retracto*, *La Ley*, 3-1998, págs 1646-1467; e ILLESCAS RUS: *ob. cit.*, pág. 669. En contra, la STS de 20 de abril de 1994 (FD 2.º) negó el aval como medio de consignación.

BRIZ— «su pago o verificar su consignación a medida que vayan venciendo» (152).

- c) El demandante debe demostrar su cualidad por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, bastando un principio de prueba del título, sin que se exija la aportación del verdadero.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha eliminado no sólo la prohibición establecida para el comunero retrayente de no vender la cosa retraída durante un periodo de cuatro años (viejo art. 1.618.5.º LEC) (153), sino también la que pesaba sobre el retrayente enfiteútico para no separar el dominio útil y directo de la finca durante seis años (antiguo art. 1618, 6.º LEC) (154).

No podríamos cerrar el estudio del ejercicio del retracto legal sin apuntar, muy brevemente, que puede darse la posible colisión entre distintos derechos retractuales, combinación que resulta muy variada (155). Acerca del rango entre retractos surgen muchas cuestiones —que exceden de nuestro trabajo—, como los que existen entre retracto legal y convencional; entre los legales y el derecho de opción; entre el retracto convencional y el derecho de opción; o el grado jerárquico del retracto arrendaticio rústico, etc. (156). Si limitamos el tratamiento de la cuestión a nuestro Código, éste contiene reglas de preferencia tanto entre retrayentes de distinta (157) como de idéntica clase (158).

(152) «Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1977, págs. 350 y 351.

(153) «Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 5.º Que se comprometa el comunero a no vender la participación del dominio que retraiga, durante cuatro años».

(154) «Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 6.º Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño del dominio directo o el del útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años».

(155) Sobre este punto, *vide* GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La concurrencia de los retractos de colindantes y colonos», en *RCDI*, 1974, págs. 743 y sigs., y STAMPA, L.: «Retractos legales y normas de preferencia a las que dan lugar», en *RDN*, 1958, págs. 239 y sigs.

(156) Acerca de esta cuestión, *vide* MORAL Y DE LUNA: *ob. cit.*, págs. 327 y sigs.; FAUS, R.: *Jerarquía de retractos y preferencia de retrayentes*, La Notaría, 1945, págs. 181 y sigs.; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 7 y sigs.; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *Colisión entre derechos de adquisición preferente*, Bosch, Barcelona, 1978; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 383 y sigs. y 540 y sigs.; BELLO JANEIRO: *El retracto*, cit., págs. 18 y 19; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil*, cit., págs. 773 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 335; NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, págs. 155 y sigs.; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, pág. 1017; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 486 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 363; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 186 y sigs., y PUIG PEÑA: *ob. cit.*, págs. 621 y sigs.

(157) Artículo 1.524, párrafo 2.º: «El retracto de comuneros excluye al de colindantes». Sobre esta regla, *vide* lo que dice GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 687 y sigs.

(158) Artículo 1.642: «Cuando el dominio directo o el útil pertenezca pro indiviso a varias personas, cada una de ellas podrá hacer uso del derecho de retracto con suje-

En los demás casos ha sido la jurisprudencia la que ha suplido la carencia de normas legales sobre esta materia.

V. EFECTOS

Vamos a plantearnos, finalmente, el estudio de cuáles son los efectos del retracto legal. Para ello debemos tener en cuenta la tradicional discusión acerca de si el ejercicio del retracto comporta bien la rescisión; o bien la resolución del negocio que lo origina, como parece dar a entender el artículo 1.506 del Código Civil (cuando señala que «*la venta se resuelve [...] por el retracto convencional o por el legal*»); o bien la subrogación del retrayente en el lugar del adquirente originario-retraído, como parece exigir literalmente el artículo 1.521 del Código Civil al disponer que «*el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*»; o si bien sus efectos se reducen, como veremos, a algo distinto.

En relación a esta polémica entendemos que debe rechazarse de plano que el ejercicio de este derecho resuelva o rescinda —parcial o totalmente— la transmisión que lo genera, aunque así lo entendiera en un primer momento una superada opinión doctrinal y jurisprudencial (159). Parece evidente que no puede producirse ni un efecto ni otro, porque, de ser así, la cosa la recuperaría el vendedor originario, y no —como obliga el art. 1.521 del Código Civil— el retrayente. Tan sólo podemos hablar de resolución en cuanto a las posibles segundas y sucesivas enajenaciones que pudiera haber hecho el comprador-retraído a terceras personas, pues a éstas sí que les afecta el carácter de derecho real que supone el retracto (160).

ción a las reglas establecidas para el de comuneros, y con preferencia el dueño directo, si se hubiese enajenado parte del dominio útil; o el enfiteúta, si la enajenación hubiese sido del dominio directo»; artículo 1.522, párrafo 2.º: «Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común», y artículo 1.523, párrafo 3.º, al señalar que «si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida, y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite». Sobre estos dos últimos preceptos, vide lo que recoge REBOLLEDO VARELA: ob. cit., págs. 1011 y 1015.

(159) Así, GÓMEZ CALERO (ob. cit.), quien también recoge una extensa lista de autores que apuestan por la rescisión que comporta el retracto (pág. 775); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: ob. cit., pág. 357; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., pág. 604; GAYOSO ARIAS: «Desarrollo procesal de la acción de retracto legal en caso de que la cosa vendida haya pasado a terceras personas», en RDP, 1919, pág. 359; SANTOS BRIZ: Derecho Civil..., cit., pág. 705. También en esta dirección, vide la STS de 21 de diciembre de 1946 (Cdo. 5.º), que entendió que mediante el retracto se revoca la venta efectuada y se anula la cesión de la finca hecha al comprador.

(160) En idéntico sentido, DÍEZ SOTO: ob. cit., pág. 198.

Descartada la resolución, la cuestión reside ahora en determinar si en el retracto existe, en cambio, verdadera subrogación como, por otra parte, parece anunciar el citado artículo 1.521 del Código Civil.

Desde los comentaristas clásicos del Código Civil hasta nuestros días —posición también jurisprudencialmente avalada (161)— se apuesta mayoritariamente por una interpretación literal del artículo 1.521 del Código Civil, cuando determina que hay subrogación al entender que hay subrogación (162) del retrayente en la misma posición que tenía el comprador-retrayente en el contrato original, el cual subsiste (163). Sin embargo las posiciones no son del todo coincidentes en cuanto a si la expresión «subrogación» del 1.521 del Código Civil se refiere al sentido técnico con que esta figura se estudia en Derecho de Obligaciones (164); y si el efecto subrogatorio se produce *ope legis* o, en cambio, el adquirente-retraído debe proceder a la subrogación del retrayente (165).

Algunos autores consideran, sin embargo, que el ejercicio del retracto ni comporta subrogación, ni mucho menos resolución, sino tan sólo «una facultad de opción» para que el retrayente adquiera del comprador-retraído el bien

(161) *Vide* SSTs de 11 de diciembre de 1944 (Cdo. 3.º), 28 de enero de 1950 (Cdo. 1.º), 11 de mayo de 1965 (Cdo. 2.º), 30 de enero de 1989 (FD 2.º), 16 de mayo de 1991 (FD 2.º), y 30 de marzo de 1995 (FD 2.º).

(162) Vocablo utilizado con «no muy precisa significación técnica», como, por otra parte, apunta ALVAREZ MARTÍNEZ (*ob. cit.*, pág. 468).

(163) En esta dirección: POTHIER (*ob. cit.*, págs. 201 y sigs.), quien elaboró doctrinalmente el efecto subrogatorio del ejercicio del retracto; BORRELL: *ob. cit.*, págs. 264 y sigs.; MANRESA y NAVARRO: *Comentarios*, cit., págs. 495 y 497; MUCIUS SCAEVOLA: *ob. cit.*, pág. 455; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 62; BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, págs. 622-623 (aunque en la pág. 615 se contradice y señala que no hay tal subrogación, sino una facultad para el retrayente de «adquirir del adquirente y en las mismas condiciones que éste adquirió»); CASTÁN TOBEÑAS (*ob. cit.*, pág. 174) dice que la «subrogación» es «sustancia» del derecho de retracto legal, aunque cuando se refiere al retracto en general diga que se trata de una «especie de resolución de la compraventa» (pág. 164); COSSÍO Y CORRAL (*ob. cit.*, pág. 353) habla de «novación legal»; DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, págs. 181 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS: *ob. cit.*, págs. 527 y 530; FIGA FAURA: *ob. cit.*, págs. 881 y sigs.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *ob. cit.*, págs. 358 y sigs.; RIAZA: *ob. cit.*, págs. 256 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 328; MÁRQUEZ CABALLERO: *ob. cit.*, pág. 190; DEL MORAL: *ob. cit.*, pág. 331; NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, pág. 137; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *ob. cit.*, pág. 147; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 395, 402 y 418; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, págs. 601 y sigs.; SÁNCHEZ ROMÁN: *ob. cit.*, págs. 597 y sigs.; REINO CAAMAÑO: *ob. cit.*, pág. 274 y sigs., y STAMPA: *ob. cit.*, pág. 239.

(164) «Sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de un determinado derecho que permanece inalterado, con independencia de cuál sea la naturaleza de ese derecho» (DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, pág. 181). La STS de 16 de mayo de 1991 (FD 2.º) afirma que el retracto comporta una novación subjetiva sin alcance novatorio.

(165) Sin entrar en el fondo de estas cuestiones, *vide* lo que dice GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, pág. 589; BADENES GASSET: *ob. cit.*, págs. 33 y 62-63, y DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, págs. 181 y sigs.

Entendemos que la subrogación —de producirse— se haría *ope legis*, porque la establece la Ley al margen de los intervinientes en el negocio generador del retracto.

en idénticas condiciones o bajo las mismas estipulaciones en que a él se le transmitió (166).

Frente a otras opiniones originales sobre este punto (167), destacamos la patrocinada por ALBALADEJO (168), quien opina que en el retracto difícilmente puede haber subrogación pues «el contrato entre el dueño de la cosa y el tercero se consumó ya por la entrega de la misma», no siendo, por tanto, «posible que el retrayente pueda ocupar en tal contrato el puesto del tercero», y de ahí que el Código imponga «una nueva transmisión» del comprador-retraído al retrayente. Cuando el artículo 1.521 del Código Civil se refiere a la subrogación del retrayente lo hace —añade— «en el sentido de que viene a adquirir la cosa, y convertirse en dueño de ella, en las mismas condiciones que el otro se había convertido antes en el dueño de la misma» (169).

(166) En este sentido, Díez PICAZO-GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 594) afirman que «si el retracto es un “derecho a subrogarse en lugar del adquirente por compra o dación en pago” y por ello es inviable la tesis de la resolución de la transmisión (¿en qué se subrogaría entonces el retrayente?), no está exenta de dificultades una subrogación semejante, pues no parece casar bien con la reiterada exigencia jurisprudencial de que la venta ha de estar consumada para poder ejercitar el retracto [...] Entendiendo por consumada que ya haya pasado al dominio del comprador, ya no hay posibilidad de subrogación. Además, el contrato del retraído con el vendedor no es objeto de ninguna subrogación», y acaban señalando que «por todo ello, seguramente sería más apropiado pensar en que al retrayente lo que le otorga la ley es una facultad de opción para que adquiera el bien en las mismas condiciones o bajo las mismas estipulaciones en que se transmitió al retraído (que es siempre, no se olvide, el adquirente)». En idéntica dirección, *vide* CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario artículo 1.506 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, cit., pág. 989.

(167) Así, ALVAREZ MARTÍNEZ (*ob. cit.*, págs. 469 y sigs.) mantiene un planteamiento extrañísimo según el cual el retracto legal produce al mismo tiempo la subrogación y la resolución «como mecanismos íntimamente conectados: por el primero se elimina al adquirente intermediario; por el segundo se coloca al retrayente en esa posición subjetiva vacante»; CLEMENTE DE DIEGO (*Del derecho de retracto...*, cit., págs. 337 y sigs.), en una posición ecléctica, distingue dos momentos y consiguientes efectos al señalar que sólo cuando la venta se perfeccionó y no se consumó cabe hablar de subrogación; pero si ya está consumada «entonces más que subrogación será nueva venta a favor del retrayente en las propias condiciones estipuladas» (pág. 338). Tesis que tuvo cierto eco en Ballarín (*ob. cit.*, págs. 290 a 295), pero a la que cabría objetar que confunde los derechos de tanteo y de retracto. *Vide* tanto la crítica detallada que Díez SOTO (*ob. cit.*, págs. 177 y sigs.) le hace a este autor, pero también el aplauso que merece para RODRÍGUEZ MORATA (*ob. cit.*), quien mantiene que en el retracto legal hay una sustitución subjetiva en la posición contractual del adquirente, pero no subrogación ni resolución del contrato (págs. 53-57 y 75). Por su parte, LASARTE (*ob. cit.*, pág. 256) habla de cesión de contrato impuesta por la ley.

(168) *Ob. cit.*, t. III, págs. 812-813.

(169) También sostienen un planteamiento parecido: BARBER: *ob. cit.*, pág. 467; BELLO JANEIRO (*El retracto*, cit., págs. 23 y 199), para quien no se da la subrogación, sino tan sólo existe una imposición de venta para el retraído respecto del retrayente; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, págs. 56-57, nota 47; CUTILLAS: *El retracto legal de coherederos*, cit., pág. 129; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 252; GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 124), quien

Esta opinión no podemos, sin embargo, compartirla para el caso de que en la transmisión primera —incluso aún consumada materialmente con la entrega de la cosa— aún no se hubieran extinguido completamente sus efectos por estar pendientes alguno de ellos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una compraventa con precio aplazado; bien bajo condición resolutoria; o bien sometida a obligaciones de tracto sucesivo que pesan sobre el comprador-adquirente originario y ahora retraído (170).

De ahí que se mantenga —en una posición ecléctica y por las razones antes expuestas— que si los efectos de la transmisión aún no se consumaron habrá subrogación —en el sentido de sustitución— del retrayente en la originaria relación entre el vendedor y el adquirente-retraído (171). El retrayente adquiriría de forma derivativa; es decir, no del adquirente-retraído, sino del vendedor originario (172). Ahora bien, si la relación jurídica se extinguió completamente (por ejemplo, en el supuesto de una compraventa al contado o no sometida a condición), podría coincidirse con ALBALADEJO —y quienes comparten la misma opinión— en que tal subrogación técnicamente no cabe, porque resulta imposible sustituir una posición en una relación jurídica que ya no existe, resultando, aquí sí, una segunda transmisión del adquirente-retraído al retrayente (173).

Sin embargo, este argumento resulta, cuanto menos, discutible, pues si así fuera se determinaría un nuevo pago de impuestos (que no prevé la Ley del

se aproxima a este planteamiento cuando dice que detrás del retracto existe «un derecho de preferencia adquisitiva»; GONZÁLEZ PACANOWSKA: *ob. cit.*, pág. 331; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 759; RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, págs. 136 y sigs., y en la jurisprudencia, vide las SSTs de 17 de abril de 1958 (Cdo. 2.º), y de 25 de octubre de 1969 (Cdo. 2.º). También el artículo 1.638 del Código Civil parece recoger un argumento legal que apoya esta opinión al conceder al dueño del dominio directo o al enfiteuta, que no ha hecho uso del derecho de tanteo, el «utilizar el de retracto para *adquirir* la finca por el precio de enajenación».

(170) Compartimos la postura de Díez Soto (*ob. cit.*, pág. 179), para quien no se puede «afirmar de forma categórica que el hecho de haberse producido ya la tradición de la cosa implica necesariamente el agotamiento definitivo de las posiciones contractuales de comprador y de vendedor».

(171) Creemos que ese sentido de sustitución, cuando proceda, es el que está implícito en el artículo 1.521 del Código Civil y un argumento a favor nos lo ofrece el artículo 1.511 del Código Civil (por la remisión que a él hace directamente el art. 1.525 del Código Civil), precepto que, colocado en sede de retracto convencional, dispone que «*el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones*». Sobre este artículo vide un interesante estudio en RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, pág. 233 y sigs.

(172) En esta dirección opinan también Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 183, y GAYOSO: *ob. cit.*, pág. 360.

(173) Así se manifiesta GONZÁLEZ PACANOWSKA (*ob. cit.*, pág. 331), cuando dice que «si el retracto sólo puede ejercitarse una vez que la compraventa ha sido consumada, la única posición en la que podría subrogarse el retrayente sería en la de deudor del precio, si es que todavía no se hubiese pagado; y si ya se hubiese satisfecho, no queda posición contractual en la que subrogarse», y también RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 55.

Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), y nacería un nuevo derecho de retracto derivado del propio ejercicio del retracto, lo cual parece poco razonable.

Por lo que hace referencia a la cosa retraída, el retrayente la hará suya con las mismas condiciones que la recibió el comprador-retraído, para así —como apunta ALBALADEJO (174)— quedar «igualados económicamente —respecto a cómo lo habrían estado sin la existencia del derecho de adquisición— todos los que intervienen en la situación de que se trata». De ahí que el titular del retracto legal cargue con los gastos de la primera transmisión (el precio) y esos otros desembolsos que luego se verán, a que —por remisión del art. 1.525 del Código Civil— obliga el artículo 1.518 del Código Civil (175) («no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta y además: 1.º Los gastos del contrato, y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida»). Un precepto que resulta directamente aplicable no sólo a los retractos de colindantes y comuneros, sino también al de coherederos (aunque el art. 1.067 del Código Civil sólo exija al retrayente que reintegre al comprador «el precio de la compra»), al enfitéutico (donde los arts. 1.638.1 y 1.640.1 del Código Civil parecen requerir sólo la devolución del precio de la venta) (176), y por extensión también al arrendaticio urbano y rústico (arts. 25, apdo. 3 LAU, y 90.2 LAR) (177).

Aunque normalmente el precio a devolver —conforme a lo que ya apuntamos— se habrá consignado durante el procedimiento judicial *ad hoc*, en el caso de un ejercicio extrajudicial del retracto legal el reembolso se podría hacer, en cambio, justo antes de la entrega efectiva de la cosa retraída (178).

El retrayente no sólo reintegra el precio de la compra, sino también —como exige el artículo 1.518.1.º y 2.º del Código Civil— «los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta» y los «necesarios y útiles hechos en la cosa vendida». Con esta previsión legal se evita —en palabras de BARBER (179)—, «el enriquecimiento torticero del retrayente a costa del perjuicio económico del adquirente».

(174) *Ob. cit.*, t. III, pág. 820.

(175) Como apunta FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 263), este precepto representa «una norma de *ius cogens* directamente aplicable por la remisión a él ordenada en el artículo 1.525». Sobre el artículo 1.518, *vide* en general el interesante análisis que hace RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, págs. 345 y sigs.

(176) Acerca de este punto, *vide* LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 764.

(177) Díez SOTO (*ob. cit.*, pág. 133) sostiene que el artículo 1.518 «goza de un valor general que permite aplicarlo incluso» a todos esos supuestos «en los que el legislador ha optado por referirse a la cuestión en términos no del todo coincidentes».

(178) Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 135.

(179) *Ob. cit.*, págs. 455-456. En el mismo sentido, BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 239; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 639; FERNÁNDEZ ARROYO:

Entre la primera clase de gastos se incluirían los originados por certificaciones del Registro para acreditar la liberación de cargas, importe de la primera copia de la escritura (180), inscripción de títulos, impuesto sobre transmisión patrimonial y actos jurídicos documentados (181), gastos de subastas y adjudicaciones (182), y cuantos otros se hubieran estipulado de cargo del comprador. No se incluirían —como se ha apuntado desde la jurisprudencia— otros dudosos, como los de litigio contra el vendedor por negarse a otorgar escritura pública (183), minuta de letrado para consulta procedencia del retracto (184), o el abono de los intereses legales que haya producido el precio pagado por la enajenación hasta que se ejercita el retracto (185).

Respecto de la segunda clase, la jurisprudencia incluye los gastos «exigidos para la conservación o que redunden en provecho, comodidad o interés de la cosa vendida» (186), pero no aquellos que al hacerlos demuestran la mala fe del adquirente-retraído (187).

Aunque el Código guarde silencio sobre el reintegro al retraído de los gastos que sean mejoras voluntarias o de lujo o recreo en la cosa, entendemos, con tal de que no sufra deterioro la misma, que éste podría retirarlas (*ius tollendi*) —como autorizan al poseedor los arts. 454 y 455 del Código Civil— a no ser que el retrayente prefiera quedarse con ellas, abonándolas (188).

ob. cit., pág. 263; RUBIO TORRANO, E.: «Comentario al artículo 1.518 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1003, y SSTs de 20 de septiembre de 1988 (FD 2.º) y 30 de abril de 1991 (FD 4.º).

(180) FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 264.

(181) Aunque el artículo 45.I.b).2 del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, *texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, declara exentas «las transmisiones que se verifiquen en virtud de retracto legal, cuando el adquirente contra el cual se ejercite hubiera ya satisfecho el impuesto», no impide que si el retraído ya lo pagó pueda reclamarlo del retrayente.

(182) STS de 7 de julio de 1909 (Cdo. 3.º).

(183) STS de 9 de febrero de 1916 (Cdo. 2.º).

(184) STS de 1 de marzo de 1954 (Cdo. 4.º).

(185) STS de 14 de abril de 1989 (FD 3.º). Sobre este punto, *vide* el comentario a esta sentencia de RUBIO TORRANO, E.: «Comentario a la STS de 14 de abril de 1989», en *CCJC*, núm. 20, abril-agosto de 1989, págs. 497 y sigs., y las opiniones de BARBER: *ob. cit.*, págs. 454 y sigs.; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, págs. 263 y 264, y GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, cit., t. XIX, pág. 559), quien, ante el silencio del Código sobre esta cuestión, los considera compensados con los frutos de la cosa.

(186) SSTs de 3 de julio de 1912 (Cdo. 3.º) y de 5 de diciembre de 1959 (Cdo. 2.º).

(187) Por ejemplo, los gastos hechos de mala fe para alterar la naturaleza del predio y así dificultar el ejercicio del retracto (es el caso de las SSTs de 3 de julio de 1912 —Cdo. 3.º— y 5 de diciembre de 1959 —Cdo. 2.º—). En este sentido, también FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 264.

(188) Sobre este punto, *vide* DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, pág. 147.

En cuanto a la propiedad de los frutos que hubiera producido la cosa objeto del retracto desde que se adquirió hasta el momento de «retraerla» (189), la jurisprudencia entiende que pertenecen al adquirente-retraído y no ha lugar a que lo exija el retrayente, porque el retracto legal no alcanza plenos efectos «hasta tanto que por consecuencia de la sentencia firma que lo reconoce no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho» (190). De ello se deduce —como apunta BELLO JANEIRO (191)— «que hasta tal momento el adquirente sigue siendo, a todos los efectos, tales como la percepción de frutos, dueño de la cosa retraída» (192).

Respecto al momento del reembolso de esos gastos distintos del precio —pues éste ya lo fue en la fase procesal—, podrá hacerse bien en la fase de ejecución de la sentencia estimatoria del retracto, bien en el instante de entregar la cosa objeto del mismo, o bien en el del otorgamiento de la escritura (193).

A diferencia del artículo 1502, párrafo 2.º, del Código Civil italiano, que sí lo prevé (194), nuestro Código nada dice respecto al posible derecho de retención del retraído mientras el retrayente no le abone dichos gastos. Nosotros consideramos que sí le corresponde, por aplicación analógica del artículo 453 del Código Civil, que lo concede al poseedor de buena fe, y porque, además, es de justicia que el retrayente no fuerce al retraído a la devolución mientras que no satisfaga el reintegro de esas cantidades (195).

Por lo que se refiere al momento en que el retraído debe entregar la cosa al retrayente, entendemos que mientras la sentencia firme reconocedora del retracto no realice la modificación jurídica que implica el ejercicio de este derecho, el adquirente-retraído sigue siendo dueño de la cosa. Pero, una vez firme, éste debe cooperar en el ingreso de la cosa retraída en el patrimonio del retrayente, y se hace recomendable el otorgamiento de la nueva escritura, con posterior reflejo en el Registro de la Propiedad mediante inscripción.

(189) Advierte PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*ob. cit.*, pág. 363) «que el comprador puede estar largo tiempo como dueño en la propiedad de la finca o derecho, dado el comienzo del cómputo de los nueve días (máxime en el retracto enfitéutico en el que el plazo puede ser de un año desde la inscripción en el Registro de la Propiedad)».

(190) SSTs de 10 de febrero de 1966 (Cdo. 1.º) y 5 de diciembre de 1981 (Cdo. 5.º).

(191) *El retracto...*, cit., pág. 247.

(192) FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 264) entiende que «los intereses se compensan con los frutos, habida cuenta de la condición de poseedor que ostenta el retraído». En contra, Díez Soto (*ob. cit.*, pág. 199, nota 95) para quien este tema «debería haberse afrontado aplicando las normas sobre liquidación de la situación posesoria».

(193) *Vide*, en este sentido, Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 145.

La STS de 22 de febrero de 1961 (Cdo. 3.º) señaló que, a diferencia del precio, los gastos no deben ser previamente consignados.

(194) «Hasta el reembolso de los gastos necesarios y útiles, el comprador tiene derecho de retener la cosa».

(195) Así se manifiestan CABANILLAS SÁNCHEZ (*ob. cit.*, pág. 1004); Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 138, y RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, pág. 376.

Para finalizar nuestro estudio, diremos que al retrayente no pueden oponérsele las cargas o gravámenes que el adquirente hubiera constituido después de adquirida la cosa, dada la naturaleza de derecho real oponible frente a terceros que establece el artículo 37.3. LH (196). Y mucho menos la/s sucesiva/s transmisión/es que de su derecho pudiera haber producido el adquirente-retraído, pues, como indican ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «el retracto legal afecta directamente al primer adquirente, pero repercute al subadquirente o subadquirentes sucesivos» (197). Cabe recordar, por último, la posibilidad de anotar preventivamente la demanda de retracto en el Registro de la Propiedad, como forma para hacerla efectiva frente a subadquirentes (y cumplir así el principio de tracto sucesivo, que de otra forma no se respetaría).

JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA
Profesor Titular Interino de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

(196) *Vide* RDGRN de 8 de mayo de 1959 (Cdo. 4.º), y STS de 27 de septiembre de 1962 (Cdo. 2.º). Sobre la operatividad del artículo 37.3 LH, *vide* ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 606.

(197) *Ob. cit.*, pág. 604. De los citados autores, *vide* también el muy interesante estudio que hacen de los efectos registrales del ejercicio del retracto, que escapa del objeto de este trabajo (págs. 604 a 607).

DICTAMENES Y NOTAS

Unas notas sobre el concepto de la «mercantilidad»

Son muchas las dificultades de abordar el «carácter de la mercantilidad», debido a la enorme complejidad del problema, cuando además han sido brillantes autores quienes se han ocupado de la cuestión, poniendo de relieve esas dificultades para su determinación (1).

Es evidente que existe una conexión entre el «concepto de Derecho Mercantil» y la «mercantilidad», tanto de instituciones concretas como de manifestaciones legislativas, aunque elaborar un concepto de Derecho Mercantil constituye una tarea innecesaria para el objetivo que pretendo alcanzar en estas notas (2), porque además no es tema de este estudio determinar ni profundizar en esa doble construcción de la doctrina mercantil respecto al Derecho Mercantil en sentido amplio, y el Derecho Mercantil en sentido estricto (3).

(1) Cfr. por todos, para no ser exhaustivo en la nota, LANGLE, «El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho Mercantil», en *RDM*, 80, 1961, págs. 319-377. Más reciente, entre otros, FONT GALÁN, «¿Hacia un sistema jurídico mercantil de “faz completamente nueva”? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho Mercantil del Estado social», en *RDM*, 177, 1985, págs. 381-417.

(2) El concepto de Derecho Mercantil ha pasado por numerosas etapas más o menos históricas. No voy a hacer la nota interminable porque la doctrina mercantil ha tratado con profundidad numerosas veces el tema. Basta pensar que en las oposiciones a cátedra con la anterior Ley de Reforma Universitaria (LRU) en el proyecto docente e investigador se debía exponer el concepto de Derecho Mercantil. No obstante, por su significado, recojo las palabras de uno de los más insignes mercantilistas: «(...Y entonces, si hacemos esto de abandonar el bosque y remontarnos a la colina, descubriremos en el Derecho Mercantil un pasado lógico y armonioso, un presente muy confuso y un porvenir bastante incierto)». Vid. GARRIGUES, «Derecho Mercantil y Derecho Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 15, Madrid, 1967, págs. 431-454, esp. pág. 435.

(3) Cfr. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 6.ª edición, Valencia, 1993, págs. 21-26.

La reflexión parte de la existencia de dos cuerpos legales distintos: un Código de Comercio y un Código Civil, regulando unas instituciones y unas relaciones sociales comunes a un campo y al otro, con diferentes criterios (4), generando una incertidumbre jurídica que en muchos casos no hay certeza de saber cuándo se encuentra uno en un campo o en el otro (5), y es ese precisamente el motivo fundamental que me lleva a reflexionar sobre el concepto de la «mercantilidad» o de la «civilidad», o sus equivalentes más conocidos como «comercialización del Derecho Civil» o «civilización del Derecho Mercantil» (6).

La base sobre la que se pretendió construir la «comercialización del Derecho Civil» (7), consiste en una petición de principio. Los primeros pasos del Derecho Mercantil se dan con un claro sentido profesional y de clase, o si se prefiere, con unas notas claras de habitualidad y reiteración en la actividad, estando asentado todo criterio de «profesionalidad» por la repetición rutinaria de los mismos actos con distintos sujetos pasivos, de una especie de capacitación proporcionada por lo que llamamos «rutina profesional», la «habituación», pues mientras los sujetos pasivos cambian, el sujeto activo, mercader o comerciante, permanece en su inalterabilidad (8).

La carencia de un poder político tal cual hoy se conoce y el carácter gremial y estamental de la sociedad medieval, crearon las condiciones adecuadas para el nacimiento de una normativa peculiar, donde frente a las normas recién recibidas a través del *Corpus Iuris Justiniano* se instalaron unas propias, cuya esencia era la profesionalidad y la asunción del riesgo, utilizando el transporte marítimo entre determinados puertos y mercados,

(4) Cfr. A. BERCOVITZ, «En torno a la unificación del Derecho Privado», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, I, págs. 151-168, esp. pág. 161.

(5) Véase, GARRIGUES, «Derecho Mercantil...», cit., págs. 438 y sigs.

(6) Muy significativas en este sentido las palabras de GARRIGUES, «En torno a la reforma del Derecho Mercantil», en *Conferencia de clausura de las Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, 1979, pág. 375.

(7) Creo que la idea es bastante clara. La duplicidad de términos, Derecho Especial (igual a Derecho Mercantil) y Derecho Común (igual a Derecho Civil) giraba sobre una idea, al Derecho Civil o Derecho Común era el Derecho aplicable a todas las personas, mientras que el Derecho Mercantil era un Derecho especial que se aplicaba a un grupo de personas con un elemento común a todas ellas, la actividad comercial que desarrollaban, esto es, eran comerciantes, siendo su nota más característica la «habitualidad» de una conducta y ésta pronto se transforma en «profesionalidad».

(8) La concepción del Derecho Mercantil como especialidad de una «clase» profesional y sociológica, basada más en la habitualidad y en lo que se podrían llamar «estereotipos del buen hacer comercial», es la idea genuina del Derecho Mercantil, encontrándose ya constantemente en toda la doctrina mercantil, desde el ya muy lejano BENITO Y ENDARA, quien da a la imprenta sus *Estudios de introducción al Derecho Mercantil*, en Valencia en el año 1888.

frente a la postura estática del viejo *Ius Civile* de origen romano, y así se va a constituir a lo largo de una lenta evolución histórica el germen del Derecho Mercantil como especialidad (9) distinta desglosada del viejo seno del *ius privatum* (10).

Cuando en el siglo XIX llega la etapa codificadora va a cristalizar la situación mediante la instauración de una dualidad: un Código de Comercio y un Código Civil, aunque la acusada tendencia internacionalista del comercio haga más fácil la consecución de la codificación mercantil, que ya tenía una larga serie de manifestaciones previas de carácter privado, frente al Código Civil, más polémico debido a las peculiaridades locales y a los problemas políticos de todos conocidos, principalmente la resistencia a conservar el Derecho foral o especial de determinadas regiones (11).

Cuando se cae en la cuenta de la existencia del acto de comercio «aislado», o más bien, visto desde la realidad práctica y no desde la dogmática o desde la tópica (12), del innegable dato de la realización de actos de comercio por quienes no eran habitualmente comerciantes, surge la pretensión de aplicar las normas profesionales comerciales, residuo del corporativismo gremial medieval, a quien no era habitualmente comerciante, y así se acuña el término de «acto mixto», es decir, los realizados entre un comerciante y una

(9) Ha sido muy bien sintetizada la idea de especialidad por BUSTOS PUECHE, dice: «Han ido naciendo, así, ramas especiales o subdivisiones del Derecho que reciben esa calificación de especialidad, no por una razón ontológica, sino por relación a la situación normativa inicial. En la medida en que de un bloque normativo preexistente se desgajó otro subconjunto regulador para ordenar una parcela de la realidad social que antes se organizaba por aquel bloque primitivo, aparece la rama especial, especial respecto de aquél, que por ello retiene la consideración de Derecho común». Véase, BUSTOS PUECHE, «Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa», en *ADC*, 51, 1998, 3, págs. 1071-1103.

(10) He consultado todas las «obras históricas» de Derecho Mercantil que he podido conseguir y, sin embargo, no he encontrado quién ha sido el primer autor en aducir la inadecuación del viejo Derecho Civil a las necesidades de la práctica comercial de los profesionales. No obstante, puede ser de interés y ofrecer alguna luz en este sentido, OLIVENCIA RUIZ, «Concepto del Derecho Mercantil», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen colectivo bajo la coordinación de Guillermo Jesús Jiménez Sánchez, 2.ª edición, Madrid, 1993, págs. 39-48, esp. págs. 39-41.

(11) Cfr. LACRUZ, *Los Derechos Forales*, en Universidad, 1948, págs. 3-17, y de nuevo en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, I, Madrid, 1992, págs. 27-37, esp. pág. 36. Problemas que han sido analizados recientemente por MARÍA REPÁRAZ PADRÓS en «La crítica contemporánea al proyecto de Código Civil de 1851», en *ADC*, 50, 3, 1997, págs. 1015-1220. Conviene señalar que así como en Francia, bajo el liderazgo de Napoleón, se pudo unificar el Derecho Civil escrito y el Derecho consuetudinario, aquí en España no se pudo unificar el Derecho de Castilla y los diversos Derechos Forales.

(12) Cfr. THEODOR VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, 1963, págs. 125-143, esp. págs. 131 y sigs.

persona no comerciante (13), para dar después origen a la construcción del «acto objetivo de comercio», con la consecuencia que incluso al día de hoy, existen grandes dificultades en la más autorizada doctrina mercantil para precisar su significado, y este fenómeno se contrapone directamente con el concepto tradicional del Derecho Mercantil como Derecho profesional o de clase, dando lugar actualmente a que una determinada parte de la doctrina mercantil se encuentre proclive a retornar al carácter profesional originario (14).

En España, en el momento actual, existen dos normativas distintas y concurrentes presentes en el Código Civil y en el Código de Comercio, basta como ejemplo detenerse a observar el Título IV del Libro I del Código de Comercio para darse cuenta a primera vista de una serie de figuras jurídicas que también tienen su acomodo en el Código Civil (15), así como determinados contratos presentes en ambos códigos, compraventa, permuta, depósito, fianza, entre otros. Su posible explicación se debe a la existencia de un doble dato de carácter exclusivamente anecdótico:

1. La posibilidad de promulgar un Código de Comercio no estaba afectado por las resistencias para conseguir un Código Civil.

2. Al redactarse posteriormente el Código Civil, no se plantea dogmática ni políticamente, la asunción de la normativa fraccionaria contenida en el Código de Comercio, por ser en ese momento muy clara la existencia de una profesión habitual, peculiar y exclusiva, constituida por el ejercicio del comercio. Pero como los comerciantes habituales no solamente contrataban entre sí, surge la imperiosa necesidad de precisar la normativa aplicable a los llamados actos mixtos, produciéndose una primera e importante expansión del ámbito de aplicación del Código de Comercio.

(13) Definidos por ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, como «aquellos que ofrecen los requisitos del acto de comercio para una parte y no, en cambio, para la otra. Precisamente el ejemplo que suele citarse para clarificar la noción es el de la compraventa para el consumo, que es acto mercantil para el revendedor y civil para el comprador». Vid. *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pág. 261.

(14) Cfr. PUENTE MUÑOZ, «Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho Mercantil», en *Homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Madrid, 1971, págs. 77-85, esp. pág. 83.

(15) De un lado hay artículos que apenas difieren, tal como los artículos 51 y 52 (forma de los contratos), 57 (buena fe), 59 (*favor debitoris* del deudor), 60 (cómputo de días), 61 y 62 (cumplimiento de las obligaciones), y 63 (la mora); y de otra parte, aquellos artículos en donde difiere su contenido, resulta la regulación ofrecida al compararla con la del Código Civil, totalmente dispar y opuesta, solamente en tres casos concretos, artículo 54 (contrato entre personas distantes), 56 (cláusula penal), y los artículos 2 y 50, contrarios entre sí, pese a referirse ambos al Derecho Común, y contrarios al valor y carácter del Título Preliminar del Código Civil, y especialmente al artículo 4.3 del mismo texto legal.

En este sentido creo que es necesario la conveniencia de resaltar la absoluta sinonimia señalada entre las dos voces «comercial» y «mercantil» en el diccionario de sinónimos de GILI GAYA (16), pero es posible que sea esa pretendida sinonimia absoluta la que pueda explicar, sin necesidad de otros argumentos, la discrepancia en el modo de designar a la especialidad en Francia, *Droit Commercial* (17), y en Italia, *Diritto Commerciale* (18), mientras en Alemania con el término *Handelsrecht* (19), se cubre esa necesidad con una única expresión comprensiva de ambos modismos.

Es cierto que tanto en Francia como en Italia se usa únicamente una expresión, pero el problema planteado es averiguar por qué habiendo sido usada inicialmente una denominación —Derecho del comercio—, se abandona la misma, pese a la influencia, principalmente francesa y en menor medida también italiana en alguno de nuestros textos legales, sin plantearse la transformación del término, tal como se ha justificado y aludido con reiteración al abandono de la denominación «Derecho social» para designar al «Derecho del trabajo» (20), situación notablemente próxima si se toma en cuenta que constituyen tanto el Derecho Mercantil como el Derecho del Trabajo, dos nuevas disciplinas que se desglosan del ámbito del Derecho Civil y con el cual siguen manteniendo importantes nexos de unión.

Aunque a modo de mera curiosidad intelectual, me hubiera gustado encontrar los argumentos por los que se opta en España por la expresión «Derecho Mercantil», separándose del pensamiento francés e italiano, término usado por primera vez por EUGENIO DE TAPIA (21) en el ya lejano año de

(16) Cfr. SAMUEL GILI GAYA, *Vox. Diccionario de Sinónimos*, Barcelona, 1958, pág. 91. Existe otra edición, sin autor, absolutamente idéntica que figura como *Diccionario VOX Esencial de la Lengua Española. Sinónimos y Antónimos*, Barcelona, 1995, pág. 103.

(17) Véase la obra clásica de HENRI HUVELIN, *L'Histoire du Droit Commercial (Conception generale. Etat actuel des etudes)*, París, 1904.

(18) A modo de ejemplo, véase la obra de GIUSEPPE AULETTA y NICOLÒ SALANITRO, *Diritto Commerciale*, Milán, 1994, recientemente editada su 9.ª edición.

(19) Véase la obra clásica de CLAUS-WILHEM CANARIS, *Handelsrecht*, Múnich, 1995, editada recientemente su 22.ª edición.

(20) Para ilustrar en plan paralelo la transformación sufrida en España por la denominación inicial «Derecho del Comercio» para ser sustituida muy pronto por «Derecho Mercantil», creo que es muy expresivo mencionar cómo CASTÁN TOBEÑAS publica un artículo sobre «El Derecho Social» en la *RGLJ*, del primer semestre del año 1941, págs. 513 y sigs., POLO escribe en la *RDP* del mismo año 1941 sobre «Del contrato a la relación de trabajo», págs. 10-17 y 80-95, y la doctrina laboral, con la única excepción de MENÉNDEZ PIDAL, quien aun en 1952 publica un *Derecho Social Español* en dos volúmenes, sin embargo todos los tratadistas restantes desde 1944 usan exclusivamente el término «Derecho del Trabajo», explicando en sus obras las razones de su preferencia por este término.

(21) Cfr. DE TAPIA, *Elementos de Jurisprudencia Mercantil*, Madrid, 1829.

1829, y aunque es usual en todos los manuales, tratados y artículos de revistas especializadas ocuparse del origen histórico del Derecho Mercantil (22), en

(22) En este sentido pueden aducirse: ALVAREZ DEL MANZANO Y ALVAREZ DE RIVERA, BONILLA Y SAN MARTÍN, y MIÑANA Y VILLAGRASA, *Tratado de Derecho Mercantil*, 2 tomos, I, Madrid, 1915, págs. 58-135. ARANDA GONDRA, *Orientaciones modernas de la legislación mercantil*, Madrid, 1987. ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, traducción de Evelio Verdera y Tuells, Barcelona, 1964, págs. 29-74. BENITO Y ENDARA, *Estudios de Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 1888; *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1889. *Las bases del Derecho Mercantil* (De la colección de «Manuales Soler»), Madrid, 1909; *Manual de Derecho Mercantil*, I, Parte General, II, Parte Especial (Obligaciones mercantiles), Contratos fundamentales, 3.ª edición, Madrid, 1924. JOSÉ DE BENITO, «Prólogo» a la traducción de la 5.ª edición italiana en *La unidad del Derecho Privado en materia de obligaciones*, de César Vivante, 105 páginas, Madrid, 1925; *El Derecho Mercantil español en el siglo XVII*, Madrid, 1935. A. BERCOVITZ, «Origen histórico del Derecho Mercantil», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs. 1-44, esp. págs. 32-44. BOIX RASPALL, «Derecho Mercantil», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1950, págs. 693-724, esp. págs. 711-717. BROSETA, «Concepto sustancial del Derecho Mercantil», en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milán, 1969, págs. 2706 y sigs.; *Manual de Derecho Mercantil*, 9.ª edición, Madrid, 1991. CALVO ALFAGEME, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6.ª edición, Valencia, 1960. VICENTE DEL VALLE y MANUELA ZARAGOZA, *Derecho Civil y Derecho Mercantil*, Madrid, 1994, pág. 103. ESPEJO DE HINOJOSA, *Curso de Derecho Mercantil*, 9.ª edición, Barcelona, 1935, págs. 29-51, esp. págs. 39-51. FERNÁNDEZ RUIZ, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, págs. 3-12. GARRIGUES, «Setenta y cinco años de Derecho Mercantil», en *Homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 263-279; «Concepto del Derecho Mercantil», en *RDP*, 1943, págs. 369-383; *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2.ª edición, Madrid, 1948, págs. 1-18; «La crisis del Derecho Mercantil contemporáneo», en *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, lecciones y conferencias*, Madrid, 1971, págs. 201-226, esp. pág. 212. GIRÓN TENA, «El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho Comparado», en *ADC*, 7, 1954, 3, págs. 695-807. GÓMEZ SEGADE, «Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil», en *Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 209-230. GONDRA ROMERO, *Derecho Mercantil*, I. Introducción, Madrid, 1992. JIMÉNEZ DE PARGA, «Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de su formación», en *Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 315-333. LANGLE, *Manual del Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, págs. 101-218. LÓPEZ SANZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 4.ª edición, Valencia, 1991, págs. 11-20. MARTÍ DE EIXALÀ, *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, Madrid, 1848. MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, traduce Francisco Hernández Borondo, Madrid, 1948. MUÑOZ PLANAS, «La objetivación del Derecho Mercantil en la Codificación Napoleónica», en *Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, Valencia, 1995, págs. 2541-2570. OLIVENCIA RUIZ, «Concepto del Derecho Mercantil», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., págs. 37-46; «El Derecho Mercantil. Origen y evolución histórica», en *Derecho Mercantil*, coordinación de Guillermo Jesús Jiménez Sánchez, Barcelona, 1990, págs. 3-46. PASCUAL QUINTANA, «Aspecto histórico del Derecho Mercantil», en *RDM*, 69, 1958, págs. 7-38. POLO, «El concepto y los problemas del Derecho Mercantil en la legislación y jurisprudencia españolas», en *RDP*, págs. 1175-1191 y 1957, págs. 3-28. PUENTE MUÑOZ, «Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho Mercantil», en *Homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, págs. 75-85. REHME, *Historia Universal del Derecho Mercantil*, traduce Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, 1941. ROCCO, *Principios de Derecho Mercantil*, 10.ª edición, traduce Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 5-33. RUBIO, In-

ninguno de ellos se menciona la discrepancia en la denominación existente entre España y los países de nuestro entorno (23).

Toda esta problemática planteada tiene una manifestación clara en la pretensión de encontrar el concepto de «acto de comercio objetivo» (24), así como su consecuencia, que no es otra que al aplicar por extensión a los no comerciantes la normativa mercantil cuando contratan con un comerciante, conlleva la progresiva disminución del carácter de su especialidad, bien al generalizarse (25), o bien por el camino de la disolución por fragmentación (26) en otras tantas especialidades nuevas, las cuales, naturalmente, también reclaman autonomía doctrinal, científica y legislativa (27), apoyadas sin duda en el momento actual por la preponderancia y la tendencia de proliferación de las leyes especiales frente a los textos legales codificados (28);

Introducción al Derecho Mercantil, Barcelona, 1969, págs. 5-240; «Sobre el concepto del Derecho Mercantil», en *RDM*, 12, 1947, págs. 317-380. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, *Manual de Derecho Mercantil*, Bilbao, 1992, págs. 27-43. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 15.ª edición, Madrid, 1991. SANTOS MARTÍNEZ, «Sobre los conceptos, sistema y principios del Derecho Mercantil», en *Honor al Profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, págs. 739-762; *Para una didáctica del Derecho con especiales referencias al Derecho Mercantil*, Murcia, 1978. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, «Crítica del saber de los mercantilistas», en *Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 1141-1152. URÍA, *Derecho Mercantil*, 23.ª edición, Madrid, 1996. GIUSEPPE VALERI, «Autonomia e limiti del nuovo Diritto Commerciale», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1943, I, págs. 22 y sigs.; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 9.ª edición, Valencia, 1996; «Doctrina, Ciencia de la Legislación e Institucionalización del Derecho Mercantil en la última década», en *Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, págs. 4043-4121; «El Derecho Mercantil del Neocapitalismo», en *RDM*, 139, 1976, págs. 7-69. VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 2 volúmenes, Zaragoza, 1944-1945.

(23) Aunque no he obtenido respuesta a la pregunta que planteo en el texto, puede dar alguna luz al respecto el trabajo de CASTÁN VÁZQUEZ, «La recepción de voces de Derecho Mercantil en el Diccionario de Autoridades», publicado en *Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, págs. 213-225.

(24) Las dificultades para construir el acto de comercio objetivo han sido reconocidas por la generalidad de la doctrina mercantil. Por todos, véase, GARRIGUES, *Instituciones...*, op. cit., pág. 55. También del mismo autor, la afirmación contenida en la «Conferencia de clausura» en las *Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, 1979, pág. 373.

(25) Cfr. GARRIGUES, «Setenta y cinco años de Derecho Mercantil», cit., pág. 268.

(26) Cfr. LANGLE, «El inquietante problema...», op. cit., págs. 319-377, esp. pág. 319.

(27) Quizá se está perdiendo una visión de síntesis y del sistema, nada más citar, entre otras, las nuevas especialidades que están surgiendo, el «Derecho del Consumo», «Derecho de los Consumidores y Usuarios», «Derecho de Sociedades», «Derecho de la Competencia y Distribución» (...).

(28) Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Constitución, Código y Leyes Especiales. En torno a la llamada descodificación», en *Academia Sevillana del Notariado*, IV, Madrid, 1991, págs. 451-472, esp. pág. 472. DÍEZ-PICAZO, «Codificación, descodificación y recodificación», en *ADC*, 45, 1992, 2, págs. 473-484.

que además éstos, en muchas ocasiones, no se tienen en cuenta a pesar de la relevancia que siguen conservando (29), circunstancia ésta puesta de manifiesto de forma precisa por una parte de la doctrina italiana cuando habla del tránsito del monosistema al polisistema (30).

Sin embargo, esta incertidumbre no es nueva, está ya anunciada hace bastante tiempo por GARRIGUES (31), concretamente desde el año 1948, quizá en términos que el paso del tiempo ha demostrado excesivamente pesimistas, pero con una gran clarividencia de los acontecimientos manifestó que podrá llegar a disolverse la especialidad por absorción, pero eso no supondrá «su muerte» sino su gloria y pervivencia como tal, aunque sea con otro nombre, por cuanto hay necesidades permanentes a las cuales es preciso atender, aunque es evidente que no haya garantía alguna acerca de la perdurabilidad de las especialidades ni de las concepciones heredadas para afrontarlas (32).

Efectivamente, en una sociedad tan compleja como es la actual, con una aceleración de los acontecimientos sociales y económicos que no ha tenido parangón en toda la historia de la humanidad —y que no se parece en nada a aquella sociedad medieval de artesanos, gremios..., en la cual se estaban dando los primeros pasos del futuro Derecho Mercantil—, es difícil delimitar con nitidez unas señas de identidad precisas de lo «mercantil» o de la «mercantilidad» (33), por ello, creo que actualmente debemos centrar nuestros esfuerzos sobre otros ángulos distintos, potenciando precisamente unas líneas de acercamiento entre ambas materias, sin menoscabo de una a costa de la otra, que propició que en el año 1959 se impartiera en Madrid una conferencia con el beligerante título, «Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles» (34), plasmada posteriormente en los «*Anales del Notariado*», aunque creo que la sensación actual, tanto en la doctrina civil como en la doctrina mercantil, hace que ese título hoy se nos aparezca ya como algo superado, porque ni la doctrina civil ni la mercantil van por ese camino.

(29) Cfr. GIORGIANNI, «Tramonto della Codificazione. La morte del Codice ottocentesco», en *Rivista di Diritto Civile*, 26, 1980, I, I, págs. 52-55.

(30) Expresiones de IRTI, véase, «Leggi speciali», en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1979, págs. 141 y sigs., y el clásico de este autor, *La edad de la descodificación*, traducción de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, págs. 97-99.

(31) Vid. GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2.ª edición, Madrid, 1948, pág. 21.

(32) Cfr. GARRIGUES, «Derecho Mercantil y Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 444.

(33) Cfr. GARRIGUES, «Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil», *cit.*, pág. 55.

(34) Vid. FIGA FAURA, «Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 28, 1985, págs. 173-192, esp. pág. 189.

En este sentido, además, se ha visto cómo la unificación legislativa hecha por el Código Civil italiano no ha afectado en Italia ni a la autonomía, ni al propio ser de lo «comercial», aunque en los momentos iniciales hubiera por parte de ambos sectores dudas razonables, más o menos fundadas, en torno al desarrollo de la nueva situación (35). Por tanto, este acercamiento entre ambas especialidades que no se vea como un intento de comercializar el Derecho Civil, y tampoco tratar de civilizar —lo cual aún tiene connotaciones más peyorativas— el Derecho Mercantil.

Entiendo que es más sencillo que todo eso, porque se trata de todo lo contrario, en vez de exagerar elevando las señas de identidad de la especialidad del Derecho Mercantil frente al Derecho Civil, reconocer y promover un grado de aproximación entre estas dos materias de Derecho Privado llamadas a coexistir y a conservarse, en el que desaparezcan infundadas divergencias y discrepancias, porque además hoy se es plenamente consciente (36) de cuán poco afecta a la autonomía e independencia del Derecho Mercantil el seguir por ese camino, y sin embargo, cuantos beneficios reporta a la claridad, a la seguridad y al perfeccionamiento de nuestro Ordenamiento Jurídico, el posibilitar un acercamiento (37) de ambas materias; y siendo conscientes del tiempo que ha transcurrido desde la promulgación de ambos Códigos, proponer una modernización, en donde al mismo tiempo que vuelva el Derecho Mercantil al seno de su origen profesional, se suprima la necesidad de precisar cuál es el verdadero carácter de la mercantilidad, y simultáneamente se vaya limitando la expansión de un concepto en aras de un principio de justicia (38) firmemente asentado como uno de nuestros principios constitucionales (39), consiguiendo a la vez una adecuación del Ordenamiento Jurídico a los signos de los tiempos actuales en que debe aplicarse, tal como en el año 1974 propugnaba nuestro Código Civil en el apartado 1 del artículo 3 (40), acercando y unificando poco a poco, todo aquello que sea posible de las dos especialidades de forma adecuada y prudente, buscando en el

(35) Véase las significativas palabras de VIVANTE en el primer párrafo del primer tomo de su *Tratatto di Diritto Commerciale*, Milán, 1934, págs. 1-25.

(36) Cfr. VICENT CHULIÁ, «Introducción al Derecho Mercantil», *op. cit.*, págs. 22-24.

(37) Cfr. A. BERCOVITZ, «En torno a la unificación...», *cit.*, pág. 152.

(38) Para Vivante constituye un problema de justicia la aplicación de un «derecho de clase», el derecho comercial, a quien no es comerciante, si bien matiza, que como profesor debería sentirse feliz de esa difusión a extraños de la disciplina, como ciudadano considera perturbador que una legislación de clase perjudique a la solidaridad social que debería presidir todos los designios del legislador. Cfr. VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, I, Milán, 1934, pág. 13.

(39) Vid. Artículo 9.3 de la Constitución.

(40) Cfr. SALVADOR CODERCH, «Comentario al artículo 3.1 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, dirigido por Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz y Pablo Salvador Coderch.

Derecho positivo aquella solución que sea más justa y demande la sociedad actual, independiente del origen y ubicación de la norma, eliminando los futuros autores de estas propuestas estereotipos doctrinales de especialidad o de escuela (41).

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO
Doctor en Derecho
Profesor Asociado del Area de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

(41) Cfr. VICENT CHULIÁ, «Introducción al Derecho Mercantil», *op. cit.*, págs. 21 y sigs., con el cual comparto en este tema sus ideas, aunque habla de un sentido «estricto» de Derecho Mercantil y de otro sentido «amplio del Derecho Mercantil», sin precisar en qué terreno se quiere situar al Derecho Mercantil, aunque termina por decir que en vista de la generalización y aceptación se produce una unificación de hecho y deja de ser una categoría histórica.

El derecho de retención en Cataluña.

Concepto y fundamento

SUMARIO: A) EL DERECHO DE RETENCION ANTES DE LA LEY DE GARANTIAS POSESORIAS: 1. CONCEPTO. 2. SUPUESTOS EN QUE SE CONCEDE DERECHO DE RETENCIÓN. 3. RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA JURÍDICA. 4. EL DERECHO DE RETENER EN PRENDA.—B) EL DERECHO DE RETENCION EN LA LEY 22/91: 1. CONCEPTO. 2. NATURALEZA. 3. CARACTERES. 4. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—C) EL FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCION: 1. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN. 2. EL FUNDAMENTO DE LA NEGATIVA A DEVOLVER. 3. EL FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA.

A) EL DERECHO DE RETENCION ANTES DE LA LEY DE GARANTIAS POSESORIAS

La Ley catalana 22/91, de 29 de noviembre, «de garanties possessòries sobre cosa moble» representa un fuerte impulso para el asentamiento definitivo del derecho de retención que hasta la entrada en vigor de esta norma se debatía entre la confusión y la ambigüedad. Antes de la Ley, el derecho de retención se presentaba como una garantía para el cumplimiento de determinadas obligaciones; sin embargo, carecía de un contenido claro, sus contornos eran difusos y las facultades que atribuía quedaban indeterminadas, por lo que era habitualmente ignorado desde amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia. Esta anárquica situación era el resultado de la falta de una regulación completa y sistemática de esta institución. En efecto, la anterior normativa simplemente concedía derecho de retención frente a algunas obligaciones, pero no establecía su concepto ni su régimen legal; nos encontrábamos con una regulación casuística en la que únicamente se designaban los supuestos en que se podía retener, pero no se concretaban las facultades y los deberes derivados de esta figura.

Esta falta de regulación se remonta al nacimiento de la retención. El origen de esta institución acostumbra a situarse en Roma (1); sin embargo, los juristas romanos no elaboraron una teoría general del derecho de retención y ni siquiera concibieron esta figura como una institución jurídica independiente. Así, la evolución posterior de esta garantía en el *ius comune* y, después, en el período codificador europeo viene marcada por la herencia del Derecho romano y está presidida por la falta de una concepción unitaria sobre el derecho de retención, lo que explica su ausencia de regulación, de ubicación sistemática y de elaboración doctrinal. La exigua de tradición jurídica de esta institución ha quedado reflejada en nuestros cuerpos legales históricos, como los Usatges (2) o las Partidas (3), en los que esta figura aparece simplemente nombrada pero no desarrollada, y esta situación se ha arrastrado a la Compilació y, también, al Código Civil.

La ausencia de una regulación general de la retención propicia que los autores hayan agotado los epítetos que califican la dificultad de la materia. Los juristas que han estudiado esta figura no han disfrutado de un soporte legal sobre el que construir sus teorías. Ante esta falta de regulación legal, la aportación de la doctrina y, en menor medida, del Tribunal Supremo (por ejemplo, en su sentencia de 24 de junio de 1941), ha sido decisiva para tratar de esclarecer el concepto del derecho de retención; sin embargo, la labor hermenéutica es difícil y las posiciones doctrinales sobre el alcance, la naturaleza y las facultades que derivan de esta garantía son enormemente dispares, según los autores, proclamándose con igual soporte legal posiciones contradictorias.

(1) La mayoría de los tratadistas sitúan el origen del derecho de retención en el Derecho pretorio, como remedio del magistrado para evitar las consecuencias excesivamente rigurosas del sistema jurídico romano caracterizado por la tasación de las acciones. Esta institución se presenta como una *exceptio*, fundada en la equidad, concedida por el pretor cuando alguien intenta recuperar una cosa propia sin abonar los gastos que sobre ella había realizado el detentador material de la misma. Esta excepción, sin embargo, no es específica de la retención, sino que aparece integrada en la más amplia *exceptio doli*. Sobre este tema, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, PABLO, *El derecho de retención en el Código Civil Español*, págs 12 a 18.

(2) El Usatge *si quis in alieno* (Libro VII, Título I, constitución única del volumen 1.º de las «Constitucions y altres drets de Catalunya»), que es un claro precedente del artículo 278 de la CDCC, dice: «Si algú en lo sol de altre de sa propia materia edifica casa, de aquell sie la casa de qui sera lo sol; pero si a bona fe haurà edificat crehent lo sol esser seu, poras retenir la casa fins que lo preu de la materia e lo loguer dels metres li sie restituit...»

(3) L. 44, tit. XXVIII, Partida 3, en relación a la posesión; L. 9, tit. II, Partida 5, en relación al comodatario; L. 22, tit. XIII, Part. 5, en relación al acreedor pignoraticio; L. 10, tit. III, Part. 5, en relación al gestor de negocios ajenos.

1. CONCEPTO

El ordenamiento catalán, al igual que el español, ha dado un tratamiento casuístico y excepcional a esta figura, concediendo derecho de retención frente a unas obligaciones determinadas. La enumeración de supuestos que permiten retener, plantea la duda de si tratamos con una única institución o, por el contrario, se trata de diferentes casos inconexos ante los que es imposible hacer una construcción unitaria. Personalmente, considero necesario hablar de un único derecho de retención: porque parece difícil afirmar que cada vez que el legislador concede derecho de retención esté pensando en una institución diferente y porque los casos relacionados permiten extraer una estructura básica común a todos los derechos de retención (4). Estos presupuestos, que admite gran parte de la doctrina (5), son:

1. Posesión de la cosa. El que pretende retener la cosa ha de poseerla, se trata de una posesión inmediata, ya que sólo puede retener quien ostenta la tenencia material de la cosa. Salvo casos particulares, como el artículo 278 y el 301 CDCC, pueden ser objeto de retención, tanto los bienes muebles como los inmuebles, y siempre se tratará de una cosa ajena.

2. Existencia de un derecho de crédito. El retentor puede negar la entrega de la cosa porque existe un crédito a su favor. Quien ostenta la posesión

(4) DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, *El derecho de retener en prenda del depositario*, elabora el trabajo que más seriamente defiende la inviabilidad de realizar una construcción unitaria de esta institución y asevera la existencia de una pluralidad de derechos de retención. La base de su teoría se sustenta en que, entre los diversos supuestos que conceden derecho de retención, pueden inferirse palpables diferencias que Del Pozo esquematiza en su obra (págs. 24-26): variando la función, el fundamento y el contenido del derecho de retención en cada caso. Para este autor esta heterogeneidad tiene su justificación en que tratamos derechos de retención diversos. En cambio, JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *Comentario a la sentencia de 7 de julio de 1987*, pág. 4781, a pesar de reconocer que existe heterogeneidad, señala que los límites de esta heterogeneidad son, claramente, los institucionales de la figura.

En mi opinión, el derecho de retención es una única institución jurídica, no son seis o siete figuras distintas, sin ninguna conexión entre sí, con una regulación diferente y con total independencia de unos casos con otros. Debemos hablar de una única institución ya que, a pesar de las diferencias, no varía la esencia del derecho de retención caracterizado por la prórroga en la posesión de la cosa. El derecho de retención es una facultad concedida en garantía de determinados derechos de crédito; por ello, las diferencias entre los supuestos de retención tienen su origen en la configuración propia de los derechos subjetivos en que se engarza, no en la existencia de diferentes garantías.

(5) Recogen estos presupuestos, entre otros: ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, *Significación procesal del derecho de retención*, pág. 116 y sigs., que apunta la posibilidad de otro presupuesto que sería el reconocimiento expreso legal; VIÑAS MEY, JOSÉ, *El derecho de retención*, pág. 110; BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 71 y sigs.; LÓPEZ LÓPEZ, ANGEL M., *Retención y mandato*, pág. 21 y sigs., y GÓMEZ CALERO, *El derecho de retener en prenda del artículo 1.600 del Código Civil y su problemática respecto de los vehículos de motor*, pág. 1077.

de la cosa debe ser el acreedor del crédito y deudor aquel a quien la cosa se debe restituir. En garantía de la satisfacción de esta obligación se posibilita que el retentor no devuelva la cosa hasta el completo pago de lo debido.

3. Conexión entre crédito y cosa. El crédito del retentor debe tener su origen en la cosa retenida o por razón de ella y no es posible retener por deudas extrañas a la cosa (6). Este requisito presenta una excepción en el artículo 1.866.2 del Código Civil, que parte de la doctrina esquivada, afirmando: bien que la conexión no es esencial en la estructura del derecho de retención, bien que este precepto regula un supuesto de prenda (7). Por último, para aquellos autores que defienden la posibilidad de aplicar el derecho de retención a supuestos no regulados por la Ley, la conexión entre el crédito y la cosa es el elemento distintivo de los créditos a los que se puede extender esta garantía (8).

Los presupuestos del derecho de retención (9) nos aproximan al concepto de esta garantía (10) de origen legal. Su definición es relativamente semejan-

(6) Por contra, LÓPEZ DE HARO, CARLOS, *El derecho de retención*, pág. 10, considera que el *ius retentionis* no es taxativo a los casos en que la obligación sea exclusivamente por causa o razón de la cosa retenible; en página 34 afirma que es absurdo que quien tiene un derecho contra una persona y además una cosa de ella, si esta cosa le puede asegurar la realización de aquel derecho, se la entregue, quedándose o pudiendo quedarse burlado; en páginas 38 y 39 sostiene que tanto hay enriquecimiento injusto del deudor si hay relación entre la cosa y el crédito como si no la hay. SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *La facultad de retención posesoria*, pág. 247, tampoco lo considera como un presupuesto de esta figura, ya que unas veces el crédito está relacionado con la cosa y otras veces no hay más relación que la preexistente posesión de la cosa por el acreedor.

(7) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La retención de cosa ajena*, pág. 51.

(8) ALMAGRO NOSETE, pág. 118. Esta teoría, propuesta por BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 44 y sigs., considera que si no hay disposición alguna que prohíba expresa y genéricamente el derecho de retención, el concurso del principio de la equidad (que en este caso actuaría en defecto de norma) y la analogía lograrían que, ante un mismo supuesto de hecho, se aplicara una misma consecuencia jurídica. De igual opinión es LÓPEZ DE HARO, pág. 161, y CANO, pág. 47, quien añade a esta opinión la existencia de un precepto general enmarcado en el artículo 453 del Código Civil. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 1941, se muestra contrario a la extensión analógica del derecho de retención. Igual criterio sostiene VIÑAS MEY, porque considera que el derecho de retención es una excepción al principio que proscribe la autodefensa (441 del Código Civil) y se trata de un derecho personal y no absoluto. Por su parte, SANCHO REBULLIDA, pág. 251, tampoco es partidario de la aplicación analógica, ya que no encuentra un principio general-fuente aplicable a distintos supuestos (este autor considera que el fundamento del derecho de retención es el art. 1.911 del Código Civil, esto es, el principio de la responsabilidad patrimonial).

(9) A los presupuestos señalados, SABATER BAYLE, ELSA, *Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria*, pág. 1974, añade otro, que es la extinción o decadencia del título posesorio; de igual forma, aunque otros autores no incluyen este requisito como parte de la estructura del derecho de retención, también reconocen su necesidad: CANO, pág. 37, y SANCHO REBULLIDA, pág. 245.

(10) CANO, pág. 60, mantiene que en rigor no es una garantía, sino que tiene una cierta función de garantía ya que, primeramente, supone una negativa a cumplir.

te entre los autores, así para BELTRÁN DE HEREDIA (11), es «la facultad concedida a quien se encuentra en la tenencia de una cosa perteneciente a otra persona, para oponerse a su restitución, cuando el propietario la reclame hasta que no se le satisfaga el crédito que contra él tiene el tenedor por razón de la cosa misma». Por su parte, el Tribunal Supremo, en su conocida sentencia de 24 de junio de 1941, lo considera como una facultad de tener la cosa por título distinto del originario que se engendra en una disposición legal.

El objetivo del derecho de retención es mantener la posesión de la cosa: el retentor se niega a devolver el bien cuando ha concluido su título posesorio con la finalidad de forzar al deudor a pagar la obligación. Por esta razón, frente a la reclamación judicial de la cosa, la actuación típica del retentor es de defensa que se concreta en una excepción procesal. Sin embargo, es importante remarcar que la excepción no es el único medio para constituir esta garantía y también puede constituirse por otros medios diferentes, siempre que conste la voluntad de retener (12).

(11) BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 9.

(12) Tradicionalmente, el derecho de retención se constituye como una excepción procesal en el momento de contestar la demanda. Esta situación, que se remonta al Derecho romano, era utilizada por LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, págs. 273-278, para defender el carácter procesal, que no civil, de esta figura. Para este autor se trata de una excepción puramente procesal por no tener su arranque en el derecho sustantivo, como la *exceptio inadimpleti contractus*, constituida en la idea de la reciprocidad obligatoria. Para LARENZ no hay reciprocidad entre las obligaciones de reintegro de la cosa y de reembolso de los gastos hechos en ella; pero dentro del procedimiento civil —no antes— ésta se produce *ex lege* por la oposición de la excepción de retención, por lo que ésta es exclusivamente procesal. Otros autores como VIÑAS MEY, JOSÉ, *El derecho de retención*, pág. 112; LÓPEZ DE HARO, págs. 31 y 68; BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 62 y 79, y GÓMEZ CALERO, pág. 1080, a pesar de considerar que esta institución es indiscutiblemente civil, mantienen que judicialmente únicamente se puede interponer el derecho de retención mediante excepción. ABRIL Y NAVAS, pág. 3, afirman el carácter constitutivo de la excepción de retención.

Frente a esta idea, ALMAGRO NOSETE, pág. 132 —cuya opinión comparto— defiende la posibilidad de accionar el derecho de retención. Considera que en el Derecho moderno no hay un sistema de acciones tasadas como en el Derecho romano, sino un poder general de accionar, y en base a ello quien tiene poder para excepcionar puede traducir a términos positivos su pretensión e igualmente puede accionar. El demandado tiene derecho a ejercitar en un proceso independiente aquellas pretensiones que como contenido de sus excepciones o defensas puede formular para impedir que prospere la pretensión del demandante. De esta forma, el retentor puede solicitar judicialmente que se declare su derecho de retención en supuestos de incertidumbre acerca de su naturaleza o su existencia.

El derecho de retención es una institución civil, ya que la acción judicial solamente declara un derecho ya existente. Parece que la jurisprudencia lo ha entendido de igual forma y, según la STS de 30 de mayo de 1969, el derecho de retención se formula en ejecución de sentencia como una *demanda* incidental.

2. SUPUESTOS EN QUE SE CONCEDE DERECHO DE RETENCIÓN

La situación anterior a la Ley 22/91 se caracteriza por la ausencia de una regulación unitaria y sistemática del derecho de retención (13), limitándose a recoger, sin desarrollar, casos específicos en que se concede esta garantía.

En el Derecho Civil catalán se concede derecho de retención en los siguientes supuestos:

- El artículo 278 CDCC confiere esta garantía en favor del que ha edificado, sembrado, plantado o roturado la tierra de otro de buena fe para el caso de que no se le satisfaga el importe de lo realizado. Se trata de un caso de retención sobre bienes inmuebles y su ejercicio corresponde a cualquier poseedor (14).
- El artículo 206 CDCC, que estaba en vigor al aparecer la Ley de Garantías Posesorias, fue derogado por el Código de Sucesiones y sustituido por los artículos 237 y 238 de dicho cuerpo legal, que lo reproducen casi literalmente, permite al fiduciario retener la herencia o el legado por razón de alguno de los créditos a que se refiere el artículo 208 CDCC (art. 240 del actual Código de Sucesiones).
- Y el artículo 301 CDCC, que ha sido derogado por la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de censos, atribuía derecho de retención al dueño del dominio útil frente al dueño del dominio directo por las mejoras realizadas sobre un bien inmueble.

Además, la ausencia de una regulación general de la retención en Derecho catalán provocaba que la legislación estatal también fuera aplicable en Cataluña. De esta forma, procedía la aplicación de las disposiciones del Código Civil (15), que conceden derecho de retención al poseedor de buena fe en garantía del pago de gastos necesarios y útiles (art. 453); al usufructuario, por las reparaciones extraordinarias realizadas (arts. 502 y 522); en el arrendamiento de obra se concede retención al que ha ejecutado una obra en garantía

(13) La STS de 24 de junio de 1941 afirma que no se ha construido una teoría del derecho de retención ni se ha cuidado de agrupar bajo una rúbrica común todos los supuestos que en el Código Civil y en el de Comercio aluden a él. En la misma línea se pronuncia O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Comentario al artículo 306 de la Compilación*, pág. 426. Sin embargo, es contrario a esta opinión MIRÓ I GILI, MARIUS, *El dret de retenció d'immobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació*, pág. 28, quien sostiene que «la CDCC, contràriament al CC i com altres ordenaments jurídics, conté una regulació unitaria del dret de retenció com a institució propia, existent en si mateixa».

(14) MIRÓ I GILI, pág. 10 y sigs., defiende que este artículo es aplicable a cualquier poseedor.

(15) DEL POZO, pág. 26 y sigs., y VIÑAS MEY, JOSÉ, *Más sobre el derecho de retención*, pág. 1 y sigs., hacen un estudio detallado de cada uno de los supuestos recogidos en este cuerpo legal.

del pago de la misma (art. 1.600); al mandatario, por la existencia de un crédito por el anticipo de las cantidades necesarias para la ejecución del mandato y por los daños y perjuicios causados durante el cumplimiento del mismo (art. 1.730); al depositario, en garantía del completo pago de la cantidad debida por razón del depósito (art. 1.780); en la prenda se concede retención al acreedor pignoraticio si el deudor contrajese con él otra deuda antes de haber pagado la obligación garantizada (art. 1.866); de igual modo ocurre en la anticresis, ya que el artículo 1.886 remite al artículo 1.866; y, finalmente, se niega la posibilidad de retener al comodatario (art. 1.747) (16).

3. RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA

Al abordar este tema, es necesario señalar que, aunque la posición que mantengo puede considerarse mayoritaria, es fácil encontrar opiniones muy diferentes, debido a las continuas discrepancias de la doctrina en este punto.

Régimen jurídico. El aspecto más pacífico (aunque también discutido), que servirá de punto de partida para estudiar esta figura, es la declaración del carácter posesorio de la retención (17). El retentor es poseedor, pues mantiene la cosa bajo la esfera de su poder jurídico y, como tal, puede utilizar los interdictos que la Ley concede a todo poseedor (18). Otras características del derecho de retención son:

- Carece de privilegio: el retentor no tiene preferencia para el cobro del crédito.

(16) Un ejemplo de la disparidad de criterios sobre el derecho de retención es que, ante un precepto aparentemente tan claro, LÓPEZ DE HARO, CARLOS, *El derecho de retención*, pág. 150, afirma que se limita la prohibición de retener al comodatario únicamente a los casos que el artículo determina: créditos independientes de la cosa y las expensas, pudiendo retenerse por otro tipo de derechos.

(17) CANO, pág. 27, afirma que la retención constituye una posesión natural con un título propio o autónomo y que este punto es indiscutido e indiscutible, y en la página 76 afirma que aunque puede usar los interdictos, sólo podrá exigir la devolución de la cosa a alguien que tenga un título posesorio inferior al suyo. DEL POZO, pág. 31, afirma que se trata de una prórroga en la posesión de la cosa. LÓPEZ DE HARO, págs. 77 y 78, afirma que al retentor puede aplicársele el concepto de los artículos 431 y 432 del Código Civil por cuanto ejerce posesión en nombre ajeno. RAMOS GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, *El ámbito del derecho de retención. Su problemática*, pág. 959, afirma que es una modalidad posesoria y todo retinente es poseedor. SANCHEZ REBULLIDA, pág. 255, también comparte esta opinión.

(18) ALMAGRO NOSETTE, pág. 149 y sigs., además de afirmar la protección interdictal del retentor manifiesta que, debido a que las sentencias recaídas en este tipo de juicios no producen eficacia de cosa juzgada material, el retentor que no hubiera podido defenderse adecuadamente en el interdicto podrá instar frente al propietario un proceso declarativo en el que se decida cuál es la persona a que corresponde la posesión definitiva de la cosa.

- Carece de reipersecutoriedad: como retentor no puede recuperar la cosa perdida, aunque sí puede hacerlo como poseedor a través de interdictos (19).
- Tiene eficacia *erga omnes*: una interpretación literal de esta figura indica que se puede retener la cosa hasta el pago de lo debido, con independencia de quien la reclame y, por tanto, con eficacia frente a terceros. Otro dato que avala esta opinión es el origen legal de la garantía, el retentor puede haber recibido la cosa de persona distinta del propietario y, a pesar de ello, puede retener frente al propietario, por tanto, es lógico pensar que también pueda retener frente a terceros.

La doctrina mayoritaria también defiende la eficacia *erga omnes* del derecho de retención, incluso por autores que afirman la naturaleza personal de esta garantía (20).

(19) ROGER, MARIANO, *Enciclopedia Jurídica Española*, pág. 106, advierte que cuando la cosa retenida ha pasado a poder de terceros por voluntad del retentor, carece éste de derecho para su reintegración; sin embargo, cuando ha pasado a poder ajeno por actos de despojo, tiene el acreedor el derecho de perseguir la cosa retenida en manos de los terceros.

(20) JORDANO FRAGA, págs. 4773-4775, señala que aunque no exista un pronunciamiento legal expreso sobre la cuestión, los argumentos que se adopten deben tener apoyo legal. Así, este autor sustenta la oponibilidad frente a terceros de la *exceptio retentionis*, basándose principalmente en la interpretación finalista de las leyes (art. 3.1 del Código Civil), de este modo, si la *ratio* de dichas normas es otorgar una garantía a quien está obligado a restituir las cosas, lo más conforme con dicho fundamento garantístico es entender que se garantiza el cobro de su crédito en abstracto, entender otra cosa es vanificar la garantía del retentor. Este autor considera además, entre otros argumentos, que si el artículo 1.771 del Código Civil establece que el depositario no puede exigir al depositante que pruebe ser propietario de la cosa depositada, en conexión con el artículo 1.780 del Código Civil, el legislador presupone que la retención del depositario funciona también frente al *dominus* extraño al contrato de depósito.

GÓMEZ CALERO, págs. 1079 y 1080, en su estudio sobre el artículo 1.600 del Código Civil, también afirma la oponibilidad a terceros de este artículo en base a que se faculta la retención hasta «que se le pague», sin determinar quién debe ser este alguien (expresiones parecidas se utilizan en los arts. 453 y 1.780, en cambio, el art. 1.730 señala «hasta que el mandante», y el 522 «compete al usufructuario o sus herederos»); BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 85, basándose en que si no la garantía del retentor sería ilusoria y que el propietario no puede transmitir más derechos de los que tiene sobre la cosa retenida, igual opinión sostienen ALMAGRO NOSETTE, pág. 121, FELÍU REY, MANUEL IGNACIO, *Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991)* y *unidad de mercado*, pág. 14; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, *El derecho de retención del mandatario. ¿Un derecho de prenda?*, pág. 159, y CANO, pág. 64.

Se manifiesta contrario a esta opinión, LÓPEZ LÓPEZ, pág. 50, atendiendo a que las leyes no conceden en ningún momento eficacia *erga omnes* al derecho de retención, y un tercero que adquiera la cosa de buena fe no estará vinculado por el derecho de retención que sólo es oponible *inter partes*. La excepción de retención será para el tercer actor *res inter alios acta*.

- Carece de *Ius distrahendi*. Esta característica revela la fragilidad de esta figura, ya que carece del principal argumento de una garantía eficaz: la posibilidad de vender el bien retenido para satisfacer el crédito.

El derecho de retención no permite la venta de la cosa, ya que no es una forma de extinción del crédito, sino que únicamente pretende compeler a su satisfacción. El contenido de esta garantía acaba con la facultad de retener como medio de conminar al pago de la deuda; para ello el retentor se opone a la restitución de la cosa hasta que se satisfaga el crédito garantizado (21). Entre los autores que defienden la posibilidad de vender la cosa se encuentra MANRESA (22).

Naturaleza jurídica. Se ha discutido extensamente sobre el carácter real o personal del derecho de retención; sin embargo, esta discusión no era la única, y paralelamente algunos autores han sostenido que el derecho de retención tenía una naturaleza mixta, otros se han decantado por considerarlo de naturaleza especial e, incluso, se ha señalado que esta institución pone en tela de juicio la diferencia entre derechos reales o personales al no encajar claramente en ninguno de ellos (23).

BELTRÁN DE HEREDIA realizó una completa recopilación de las opiniones vertidas en torno a la naturaleza del derecho de retención para centrarse en el debate entre naturaleza real o personal (24) y acabar afirmando el carácter personal del derecho de retención en base a que su origen histórico se encuentra en la *exceptio doli generalis*, como una excepción de carácter personal concedida por el pretor; además, en ninguna disposición de derecho positivo se declara el carácter real del derecho de retención (como hace el Código Civil en la prenda y la hipoteca, arts. 1.858 y 1.876); y, finalmente, las

(21) Comparten este criterio: GÓMEZ CALERO, pág. 1080; LÓPEZ LÓPEZ, pág. 20; BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 41 y 64; JORDANO FRAGA, pág. 4776; DE ANGEL YAGÜEZ, pág. 159; LÓPEZ DE HARO, pág. 14, y COVIELLO, NICOLÁS, *Doctrina General del Derecho Civil*, pág. 574.

(22) MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, pág. 330, quien afirma que el derecho de retención es el derecho de prenda o el de anticresis constituido por la ley con independencia de la voluntad de las partes.

(23) CANO, pág. 37, en cambio, lo califica como un acto jurídico en base a que no es derecho aquello que no tiene acción y la retención no tiene acción, solamente tiene excepción (ver nota 12). Para este autor, la naturaleza del derecho de retención se consigue atendiendo a su situación jurídica, esto es, la de una posesión natural con un título específico, el de retentor. Tal posesión es un acto de voluntad de mantenerse en la tenencia material de una cosa que se recibió por un título ya extinto, es un acto posesorio, un acto jurídico.

(24) Para repasar los argumentos respectivos entre los defensores de la naturaleza real y los defensores de la naturaleza personal de la retención, puede verse BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 28-43.

facultades de esta figura recuerdan a un derecho personal: se trata de un derecho sin acción, no es un *ius in re*, carece de reipersecutoriedad, preferencia y de poder de realización del valor de los bienes (25).

A pesar de la controversia en torno a la calificación de esta figura como derecho real o personal, la tendencia actual de la doctrina se decanta a considerar el derecho de retención como una facultad (26). La diferencia entre derecho subjetivo y facultad no siempre ha sido clara y, por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA califica esta figura alternativamente como facultad y como derecho personal. A mi modo de ver, la principal razón para calificar el derecho de retención como facultad es que esta garantía no aparece de forma independiente, sino vinculada a determinados derechos subjetivos, a los que concede una nueva posibilidad de actuar: retener la cosa (27). El legislador no ha agrupado bajo una rúbrica común todos los supuestos que aluden a esta figura y la regulación legal del derecho de retención en las normas catalanas anteriores a la Ley 22/91 y en el Código Civil es exclusivamente casuística: existe solamente en relación a otras figuras, no de forma independiente (28).

(25) LÓPEZ LÓPEZ, pág. 43 y sigs., también sostiene el carácter personal del derecho de retención, ya que el derecho real está pensado para regular situaciones jurídicas de trascendencia social, y tiene vocación de permanencia. Solamente situaciones de poder sobre la cosa con trascendencia social tienen esa consideración. Y esta garantía carente de reipersecutoriedad, cuasi excepcional y con limitaciones jurisprudenciales y legales, no lo es. El mismo criterio comparte en la doctrina italiana, D'AVANZO, WALTER, *Ritenzione*, pág. 174, y en la francesa, CATALA-FRANJOU, NICOLE, *De la nature juridique du droit de rétention*, pág. 42 y sigs., quien considera que aunque el derecho de retención cumple una función de garantía del acreedor, este derecho debe disociarse del grupo de las garantías reales. Aunque lo incluye dentro del epígrafe «Tipos dudosos de derechos reales», un criterio similar sostiene CASTÁN, pág. 71. En contra de esta opinión, FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*, pág. 61, lo considera como un derecho real de efecto atenuado, ya que no permite la venta de la cosa, aunque para este autor esta característica no es definidora de las garantías reales.

(26) Por ejemplo, CASTÁN, págs. 71 y 72, o LACRUZ, pág. 270.

(27) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, págs. 575-577 y 601-602, señala que el derecho subjetivo es un centro de unificación de facultades que satisface la necesidad de dar asiento a los distintos haces de facultades, con una sustantividad tal que le permite subsistir al separarse de su titular y que se manifiesta al exterior como una situación jurídica unitaria y defendible por el juego de las acciones; y la facultad es la posibilidad de actuar concedida a una persona por formar parte del contenido de una situación jurídica, que carece de independencia y está unida a una situación jurídica principal.

(28) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 1941, considera que no es propiamente un derecho autónomo con naturaleza propia, sino una facultad que en ciertos casos la ley concede al acreedor.

4. EL DERECHO DE RETENER «EN PRENDA»

Las referencias y relaciones entre el derecho de retención y la prenda siempre han sido objeto de discusión por la doctrina. Incluso se ha pretendido que, en los bienes muebles, el derecho de retención tenga la misma regulación que la prenda. Esta teoría, defendida ya por MANRESA (29), no ha sido acogida por la doctrina; en cambio, la ambigua expresión «retener en prenda», utilizada en los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 del Código Civil, ha permitido abrir la posibilidad de que estos supuestos se regulen como la prenda o que se califiquen directamente como un derecho de prenda legal (30).

La expresión «retener en prenda» ha sido omitida por muchos autores que han estudiado la retención y, además, los que la han estudiado han propuesto soluciones divergentes. Así, las posturas se dividen entre quienes niegan la existencia de una prenda de origen legal y, por tanto, no consideran posible regular el derecho de retención en prenda como una verdadera garantía pignoratícia (por ejemplo: GÓMEZ CALERO, GUILARTE ZAPATERO, VIÑAS MEY y DE ANGEL YAGÜEZ) (31) y quienes lo consideran posible. Los partidarios de esta última postura parten de la base de que no puede hacerse una construcción unitaria del derecho de retención o que, como mínimo, hay dos tipos de derechos de retención: simple y en prenda. Sus principales defensores son: SANTOS BRIZ, quien considera que en otro caso la garantía del mandatario sería vana y se hubiera utilizado otra terminología; DEL POZO, que equipara el derecho de retención *en prenda* del depositario a la prenda, y ABRIL CAMPOY; además, este criterio ha sido acogido a nivel jurisprudencial por la STS de 7 de julio de 1987 (32).

(29) MANRESA NAVARRO, pág. 328 y sigs., equipara el derecho de retención a la prenda en los bienes muebles y a la anticresis en los inmuebles y afirma que el derecho de retención es el derecho de prenda constituido por la ley con independencia de la voluntad de las partes. Sin embargo, este autor no sustenta su teoría en ninguna base legal, sino que expresa su propia concepción sobre lo que debería ser el derecho de retención.

(30) SANTOS BRIZ, pág. 379, no se explica por qué se reduce el sentido de la expresión «retener-en-prenda» al término retener y no al término prenda. Para este autor no hay ningún obstáculo que impida crear un derecho de prenda legal y desecha, por ineficaz, que se trate de un derecho de retención. Sobre este tema, ver también DEL POZO, págs. 113 a 141.

(31) GÓMEZ CALERO, pág. 1075; GUILARTE ZAPATERO, págs. 395 y 427, y VIÑAS MEY, pág. 7, quien afirma que el Código utiliza las palabras retener en prenda para estatuir casos indudables de retención. DE ANGEL YAGÜEZ, págs. 521 a 533, relaciona los partidarios de una y otra teoría y considera que, en la actualidad, salvo excepciones, el criterio general es el que niega que el derecho de retención en estos supuestos se regule como un derecho de prenda. Finalmente, LACRUZ, pág. 300, señala que no existen, propiamente, las prendas legales.

(32) La evolución del derecho de retención en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido estudiada por DEL POZO, págs. 19-21, y SABATER BAYLE, *La facultad...*, págs. 79-81.

La consideración del derecho de retención en prenda como un derecho real de prenda ha tenido una rápida réplica. DE ANGEL YAGÜEZ (33) rebate la opinión de SANTOS BRIZ (que, según ese autor, es el inspirador de la sentencia de 7 de julio de 1987), ya que este autor utiliza como argumento —la garantía es vana—, lo que pretende demostrar —debe ser de naturaleza real—, sin que sea clara la intención del legislador de constituir una garantía real. De igual forma, DE ANGEL YAGÜEZ y JORDANO FRAGA consideran que la sentencia de 7 de julio de 1987 (en la que se regula el derecho de retención en prenda del mandatario como un derecho real de prenda) está motivada por la búsqueda de una solución justa al caso concreto y, así, sortear la afirmación vertida en la sentencia de 24 de junio de 1941, en la que se negó la eficacia *erga omnes* del derecho de retención y cuya aplicación al caso no sería justa (34). Incluso, el propio Tribunal Supremo parece haber rectificado su opinión y en la sentencia de 4 de octubre de 1989, relativa al mandatario (con derecho de retención en prenda), vuelve a la línea seguida en la sentencia de 1941, al afirmar que el derecho de retención es «un especial derecho de garantía dirigido principalmente a potenciar en cierta medida la protección de aquellos acreedores que tengan en su poder la cosa o el bien de su deudor, autorizándose a dilatar en orden al tiempo su devolución o entrega» (considerando 8.º).

En mi opinión, la regulación del Código Civil difícilmente permite equiparar la regulación del derecho de retención en prenda a la de la prenda. La doctrina ha mantenido que esta expresión no es suficiente base legal para determinar la constitución de una prenda legal (35). Que el uso de la preposición «hasta» de los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 excluye la aplicación del *ius distrahendi* (36). Y, finalmente, que en el Código Civil parece imposible

(33) DE ANGEL YAGÜEZ, págs. 526 y 530-531.

(34) JORDANO FRAGA, págs. 4778-4782, funda su oposición a la STS de 7 de julio de 1987, a pesar de que el argumento del Tribunal Supremo tiene un sólido apoyo literal, porque el significado de las palabras debe buscarse en relación a las restantes del precepto interpretado: «...podrá retener... hasta que el mandante realice la indemnización y el reembolso» que reflejan el típico efecto de la *exceptio retentionis* al prolongar la posesión hasta el momento del pago y no el de un derecho real de prenda que permite proceder a la realización del valor de la garantía. La posesión prendaria tiene sentido de garantía antes del vencimiento de la obligación (con el fin de asegurar el *ius distrahendi*) y la posesión retentoria cobra sentido después del vencimiento de la obligación (para compeler al pago). Además, las expresiones de los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 son herederas de los artículos 1.541, 1.620 y 1.865 del proyecto de 1851, que GARCÍA GOYENA refería inequívocamente al *ius retentionis*.

(35) GÓMEZ CALERO, pág. 1075, y JORDANO FRAGA, pág. 4780, quien señala que el Código Civil desconoce las prendas legales y contempla sólo la constitución voluntaria de dicho derecho, además la generalidad-libertad del dominio y el principio de economía jurídica producirían conjuntamente, de existir alguna duda, el resultado de no presumir el gravamen real y optar por el efecto garantístico menos gravoso.

(36) BADOSA COLL, pág. 187.

constituir el derecho de prenda independientemente de la voluntad del deudor. De esta forma, la expresión «en prenda» sería una forma gráfica y vulgar de insistir y reafirmar el significado del derecho de retención, pero sin ninguna referencia a la garantía pignoratícia.

* * *

La lenta evolución del derecho de retención viene marcada, como se ha apuntado, por la ausencia de una pauta a seguir procedente del Derecho romano. La fragilidad de esta garantía, así como su defectuosa regulación, explican el escaso interés jurídico y práctico que ha despertado esta institución. Sin embargo, varios autores han manifestado que nos encontramos ante una institución inacabada y han intuido el futuro del derecho de retención como un verdadero derecho real de garantía (37). LÓPEZ LÓPEZ (38), tras comparar el desarrollo de esta figura en varios Códigos Civiles europeos, descubre «un derecho de retención en la aurora misma del Derecho Civil codificado, estrecho, restringido, garantía grosera e imperfecta... necesitada de que doctrina y jurisprudencia lo extiendan y adecúen a nuevos conflictos, junto a un derecho de retención más pulido y acabado, más próximo a un derecho real de garantía que otra cosa; y en el vértice de la evolución de un derecho de retención que apenas conserva otra cosa que el nombre, pues ya es un verdadero derecho real de garantía». Constatando esta afirmación, en el Derecho Civil catalán la evolución del derecho de retención culmina con la Ley de garantías posesorias sobre cosa mueble.

B) EL DERECHO DE RETENCIÓN EN LA LEY DE GARANTIAS POSESORIAS

La Ley 22/1991, de 29 de noviembre, «de garanties possessòries sobre cosa moble» (39) ha llenado el vacío legal existente sobre esta materia reco-

(37) Por ejemplo, SABATER BAYLE, ISABEL, *La facultad de retención posesoria*, pág. 98.

(38) LÓPEZ LÓPEZ, pág. 88.

(39) Otros artículos que pueden consultarse sobre este tema son: ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL, «El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1994, septiembre-octubre, núm. 624, págs. 1885-1925. ABRIL CAMPOY, JOSÉ MANUEL y NAVAS NAVARRO, SUSANA, «El derecho de retención. Presupuestos, ejercicio y extinción», en *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 82, junio 1994, págs. 1-6. CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, «En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble», en *La Notaría*, julio-agosto 1996, págs. 93-134. FELÍU REY, MANUEL IGNACIO, «Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado», en *Derecho de los Negocios*, año 3, núm. 20, mayo 1992,

giendo, en gran parte, las teorías más avanzadas propuestas por la doctrina. Separándose del modelo que presenta la Compilación de Derecho Civil catalán, el Código Civil español, el francés o el italiano, caracterizados por una regulación fragmentaria y casuística del derecho de retención, la Ley 22/91 continúa el modelo seguido por otros códigos como el suizo, el portugués, el argentino o el B.G.B alemán (40), entre otros, que articulan una regulación general y orgánica de esta institución. Es la primera ocasión en el ordenamiento jurídico catalán (y en el español) que una ley desarrolla de forma completa y sistemática una teoría general y unitaria sobre el derecho de retención (41).

La Ley 22/91 desarrolla dos garantías reales que utilizan la posesión como soporte de varias facultades encaminadas a garantizar el cumplimiento de una obligación: el derecho de retención y la prenda. Por aplicación de las normas sobre competencia territorial (art. 10.1 del Código Civil), esta ley será aplicable cuando la cosa mueble que se pretende retener se encuentre en Cataluña.

1. CONCEPTO

La regulación sistemática, general y unitaria que nace de la nueva ley ha acabado, en Derecho Civil catalán, con la desorientación, la confusión, la anarquía y la ambigüedad que encajonaba al derecho de retención. Las previsiones doctrinales se han cumplido y la Ley de Garantías Posesorias ha transformado esta institución en un verdadero derecho real de garantía, renovando radical y sustancialmente su regulación que, respecto a la anterior configuración legal, conserva poco más que el nombre.

págs. 12-20. MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, «Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, págs. 712-717. PUIG FERRIOL, LLUIS, y ROCA TRÍAS, ENCARN, «*Institucions del Dret Civil de Catalunya*». Part General: obligacions i Contractes. Drets Reals, València, 1993. LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana», en *La Notaría*, juny 1997, págs. 71-106, y LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «Les obligacions garantides amb dret de retenció a la Llei catalana de garanties possessòries sobre cosa moble», en *Revista Jurídica de Catalunya*, año 2001, págs. 67 a 81.

(40) El BGB alemán ha acostumbrado a presentarse como el paradigma de la regulación unitaria del derecho de retención (parágrafo 273 de dicho cuerpo legal).

(41) La promulgación de una ley que regula de forma general el derecho de retención no debería calificarse de chocante y paradójico, como hace FELIU REY, pág. 13. El legislador catalán no está vinculado, ni tampoco olvida los antecedentes históricos de esta figura al articular la Ley 22/91, como considera este autor, pág. 14; simplemente se aparta de ellos, ya que el desarrollo de esta garantía pasa por una Ley sistemática y unificadora que acabe con el caos imperante en los anteriores textos legales que, en materia de derecho de retención, de ninguna forma representan un modelo a repetir. Así, con esta Ley, el Derecho Civil catalán se alinea con las legislaciones consideradas progresistas.

La Ley 22/91 ha innovado el derecho de retención transformándolo en mucho más que un simple *derecho a retener* la cosa. La retención del bien ha dejado de ser el único argumento de esta institución (solamente eficaz para compeler al pago de la obligación) (42) y se ha convertido en una más de las facultades que aglutina esta figura. La retención en la actual regulación tiene un doble significado: por una parte, continúa siendo una conminación al deudor para que pague si quiere recuperar la cosa y, por otra parte, asegura que el acreedor tendrá la cosa en su poder para cobrarse con sus frutos o para instar la realización del valor del bien.

La ley no define el derecho de retención, sin embargo perfila su contenido al analizar su constitución, desarrollo y extinción. Sobre esta base, podemos definir el derecho de retención como un derecho real de garantía otorgado por la ley al poseedor de buena fe de cosa mueble ajena, acreedor de su titular, para el cobro de las deudas previstas expresamente por la ley y con facultad para retener la cosa hasta el pago de la obligación, cobrarse con sus frutos y enajenarla. Así, el derecho de retención deja de ser simplemente un medio para vencer la voluntad rebelde del deudor y se convierte en una institución con finalidad de garantía y protección del crédito.

La aparición de la Ley de Garantías Posesorias permite defender que se han alterado ligeramente los presupuestos básicos del derecho de retención apuntados por la doctrina, al añadir un nuevo elemento. Por tanto, los presupuestos del derecho de retención en la Ley 22/91, serán los siguientes:

- a) Posesión de la cosa: para constituir el derecho de retención se requiere posesión de buena fe de cosa ajena (art. 3 LGP).
- b) Existencia de un crédito: en el artículo 4 LGP se relacionan las obligaciones que originan el derecho de retención.
- c) Conexión entre el crédito y la cosa. Las deudas reseñadas en el artículo 4.1 LGP tienen una evidente relación con la cosa: el apartado a) se origina «per a la conservació i la gestió de la cosa», los apartados b) y c) «per raó de la cosa», y el apartado d) deriva de las restantes obligaciones. De este modo, en tanto que el desarrollo del apartado e) de este artículo no modifique este criterio, se trata de un presupuesto plenamente vigente.
- d) Reconocimiento legal expreso. Este elemento, que ya había sido apuntado por algunos autores (43), es reafirmado con la aparición de esta norma, que en el artículo 4.1.e) exige que la deuda esté expresamente

(42) El contenido del derecho de retención se resumía en expresiones como: prolongar la situación posesoria, conservar en su poder las cosas, prolongar la tenencia de una cosa, demorar su entrega, conservar la cosa del deudor, dilatar la entrega de una cosa, conservar o retener la posesión o detentación, no restituir una cosa que tiene en su poder...

(43) SABATER BAYLE, ELSA, *Presupuestos...*, pág. 1974.

recogida en la ley, por tanto, debe rechazarse la opinión que defendía la aplicación analógica de esta garantía.

Por último, la aplicación de la Ley ha ocasionado confusiones con otras figuras jurídicas, incluso de Derecho Penal (44). Se trata de discusiones puntuales producidas por el desconocimiento, más o menos general, del derecho de retención. Por ello, es interesante tomar conciencia de la diferencia entre la tenencia de una persona que sin derecho mantiene una posesión ilícita de la cosa y el ejercicio unilateral de un derecho autorizado por Ley. En ambos casos podemos decir vulgarmente que se retiene, pero el primero realiza un acto de abuso que cederá ante una acción judicial, en cambio, el segundo actúa conforme a Derecho y puede oponerse judicialmente a la restitución de la cosa.

2. NATURALEZA

La regulación de la Compilación y del Código Civil vinculaba el derecho de retención a algunos derechos subjetivos a los que se concedía la facultad de retener la cosa. Ahora, en cambio, la Ley de Garantías Posesorias ha acabado esta vinculación a otros derechos y ha conferido autonomía propia a esta institución. La retención ha dejado de ser una simple facultad, ha adquirido independencia y se ha convertido en un derecho subjetivo que se manifiesta al exterior como una situación jurídica unitaria y defendible (45). Es un derecho subjetivo *per se* que unifica diferentes facultades. Estas facultades son:

1. La posesión o tenencia de la cosa y su retención frente a cualquier reclamación de la misma: es la facultad característica de esta institución y permite al retentor mantener la cosa en su poder (art. 2.1.a LGP).

2. La imputación de los frutos de la cosa a los intereses o al capital. Está establecida, en común con la prenda, en el artículo 2.1.b) LGP.

3. *Ius distrahendi*. La posibilidad de venta de la cosa es el principal argumento que concede la Ley para vencer la voluntad rebelde del deudor. Esta facultad se apoya en un procedimiento especial que permite la subasta notarial de la cosa y pretende evitar la lentitud de un procedimiento judicial. Artículos 2.1.c) y 6 LGP.

(44) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de 21 de enero de 1993, revoca una sentencia del Juzgado de Instrucción en el que se condenaba como autora de una falta de coacciones a una poseedora de buena fe por negarse a devolver un perro por los gastos realizados en él y remitió el asunto a la jurisdicción civil por tratarse de un derecho de retención.

(45) CANO, pág. 26, afirma que las facultades son poderes jurídicos no autónomos que cuando pierden la dependencia del derecho subjetivo, al cual pertenecen, dejan de ser facultades e integran un derecho distinto.

4. El deudor, por su parte, puede sustituir la cosa retenida por una garantía real o una fianza solidaria de entidad de crédito (art. 7 LGP).

A la vista de estas facultades, la discusión sobre el carácter real o personal del derecho de retención ha quedado resuelta y podemos afirmar, sin duda, que se trata de un derecho de naturaleza real. No sólo porque las facultades y los caracteres de esta figura están configurando un derecho real, sino porque así lo afirma expresamente el Preámbulo de la Ley al establecer «el dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia» (46).

La declaración de la naturaleza real del derecho de retención es un acontecimiento fundamental en la historia de esta garantía en Cataluña; sin embargo, esta institución presenta un rasgo excepcional respecto a las características típicas de los derechos reales de garantía: el retentor carece de preferencia para el cobro de su crédito. El punto de partida para llegar a esta conclusión es el artículo 2.2 LGP.

El artículo 2.2 LGP establece que el crédito «se somet a les regles generals sobre prelatió de crèdits». Así, este precepto remite a la legislación vigente sobre prelación de créditos que, en ausencia de una normativa catalana, viene establecida por la legislación estatal (art. 1.921 a 1.929 del Código Civil, entre otros). De esta forma, cada una de las instituciones reguladas en la Ley de Garantías Posesorias seguirá un régimen diferente según las normas generales que prevé el ordenamiento jurídico, en este caso, el Código Civil: la prenda tendrá prelación en el cobro de sus créditos, tal como establecen los artículos 1.922.2 y 1.926.1 del Código Civil, y como reconoce el propio Preámbulo de la Ley al decir que «es manté l'eficàcia d'aquesta tradicional figura de garantia». Por el contrario, el derecho de retención carece de preferencia para el cobro de los créditos garantizados, ya que el ordenamiento jurídico vigente no le reconoce ningún tipo de prelación; por ello, el retentor concurrirá al cobro de su débito como un acreedor quirografario.

En contra de esta conclusión se han manifestado algunos autores en base a que el derecho de retención y la prenda se configuran como garantías con un contenido idéntico y por tanto la retención también gozaría de preferen-

(46) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 416, comparten el mismo criterio. La calificación de la retención como un derecho real también tiene precedentes en el Derecho comparado: el Code Civil suisse confiere carácter real a esta figura e, incluso, le otorga facultad para vender la cosa (art. 898). Se encuentra regulado en el Libro IV: «De los derechos reales», segunda parte: «Otros derechos reales», Título 23: «De la prenda mobiliaria», artículo 895, que establece: «Le créancier qui, du consentement du débiteur, se trouve en possession de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à ce dernier, a le droit de les retenir jusqu'au paiement, à la condition que sa créance soit exigible et qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu...».

cia (47). Sin embargo, la Ley catalana no concede expresamente ninguna nueva preferencia al derecho de retención y si ésta hubiese sido la voluntad del legislador el precepto podría haber sido mucho más preciso, ya que en su redacción actual lo único que queda claro es una remisión a las normas generales de prelación de créditos, sin que, desde esta remisión, pueda encontrarse ningún precepto que conceda preferencia a la retención (48).

La falta de preferencia en el derecho de retención no es una novedad, sin embargo es una noticia importante que la Ley configure una garantía real sin privilegio en el reintegro de las obligaciones aseguradas. La primacía en el cobro depende del crédito, no de la garantía. Esta falta de preferencia disminuye la eficacia de la retención ya que, en buena parte, deja de asegurar el cobro de lo debido. El acreedor puede emplear tiempo y dinero en realizar el valor de la cosa para ver como todo su empeño acaba en manos de un tercero, quedando en una ilusión la garantía concedida por el derecho de retención. Esta decisión legislativa se debe a la voluntad de no alterar el orden general de concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, pero cuestiona (quizá de un modo extremo) la eficacia de este derecho real (49).

A pesar de esta disposición legal es posible que, de hecho, se conceda preferencia al derecho de retención, ya que el retentor puede mantener la cosa en su poder, incluso frente a terceros, hasta el pago de su crédito. Esta circunstancia puede propiciar un acuerdo para que el retentor sea el primero en satisfacer su deuda, a fin de que libere la cosa y los demás acreedores puedan cobrar lo adeudado.

(47) ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL, *El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán*, pág. 1923, señala que el derecho de retención concede preferencia sobre el valor del bien. Su argumentación es la siguiente: tras afirmar que al ser concebidos la prenda y el derecho de retención como derechos de contenido idénticos es consecuente con ello la atribución de la misma preferencia; por tanto, la remisión a las normas generales sobre prelación de créditos se entiende efectuada a las normas que establecen la preferencia del crédito pignoraticio (arts. 1.922.2 y 1.926.1 del Código Civil). En la misma línea se pronuncian PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 430.

(48) Comparte este criterio MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, *Ley catalana 22/91, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble*, pág. 712.

(49) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil. T. III*, pág. 286, señala cuáles son las funciones de los derechos reales de garantía: a) Mantener solvente el patrimonio del deudor; b) Satisfacer el crédito sin y aún contra la voluntad del deudor; c) Anteponer el crédito garantizado, mediante su preferencia, a cualesquiera otros concurrentes; d) Potenciar la responsabilidad patrimonial del deudor y aumentarla en su caso; e) La función económica de facilitar y potenciar el crédito. Todas estas funciones, en mayor o menor medida, pueden ser discutidas en el derecho de retención debido a la falta de preferencia de esta garantía.

3. CARACTERES

Partiendo del concepto y de la naturaleza del derecho de retención, podemos señalar sus principales caracteres:

- Es un derecho real de garantía.
- El derecho de retención tiene carácter accesorio de la obligación. Se constituye para garantizar el cumplimiento de un crédito preexistente del cual depende (50).
- Es una garantía de origen legal, no precisa acuerdo previo y se constituye con total independencia de la voluntad del propietario de la cosa: no es necesaria la autorización del dueño ni tampoco del deudor, quienes pueden carecer de capacidad o de poder de disposición sobre la cosa (únicamente se solicita la intervención del propietario para fijar la valoración de la cosa para proceder a la subasta: art. 6.2 LGP). El poseedor puede ejercer el derecho de retención unilateralmente cuando concurren los requisitos exigidos en la Ley.
- Tiene eficacia *erga omnes*: la Ley de Garantías Posesorias respalda la opinión sostenida por la mayoría de la doctrina y permite al retentor mantener la posesión de la cosa hasta el pago de lo debido, incluso frente a terceros (art. 5.1 LGP) (51). La eficacia *erga omnes* implica, además, la reipersecutoriedad de la cosa, es decir, el retentor puede demandar la cosa de cualquier persona que la tenga en su poder (52).

(50) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo V, pág. 355, señala las características de un derecho accesorio: 1.º Que no pueden nacer sin un crédito, cuya extinción por cualquier causa provoca la de la garantía. 2.º Que ésta, como derecho real, sólo corresponde al titular del crédito personal. 3.º Que la transmisión del crédito es presupuesto necesario y suficiente para la transmisión de la garantía, y 4.º Que el titular pasivo de la garantía, en el supuesto de no serlo el propio deudor personal, puede oponer al acreedor personal las mismas excepciones que aquél.

(51) MALUQUER DE MOTES, CARLOS, *Dret Civil català*, pág. 98, también comparte esta opinión.

(52) En contra de esta opinión, FELIU REY, pág. 14, sostiene que el artículo 5 de la Ley no establece la reipersecutoriedad propia de los derechos reales, sino exclusivamente la posibilidad de oponer la retención frente a terceros. No comparto esta opinión, ya que considero pacífica la opinión de que los titulares de un derecho real están legitimados para que se les reconozca su derecho y se les reintegre en sus facultades en caso de vulneración o pérdida (por ejemplo, Díez-PICAZO, pág. 435). En la misma línea, GUILARTE ZAPATERO, pág. 446, sostiene que el acreedor pignoraticio (de quien no se discute su reipersecutoriedad) no precisa la declaración del artículo 1.869 del Código Civil para defender la integridad de su derecho frente al pignorante o frente a terceros. JORDANO FRAGA, pág. 4772, también integra el concepto de derecho real con el de reipersecutoriedad, ya que se tiene un poder directo sobre la cosa. Recientemente, ABRIL Y NAVAS, pág. 6, han ratificado esta opinión al afirmar que la realidad del derecho de retención permite entender que de él dimana una acción real; asimismo, ABRIL CAMPOY, pág. 1925,

Esta acción tiene un plazo de prescripción de seis años de acuerdo con el artículo 344 CDCC.

- A diferencia de la prenda, la retención no precisa la entrega de la cosa para su constitución. La cosa se encuentra en poder del retentor, quien solamente ha de manifestar, con los oportunos requisitos legales, su voluntad de retener.
- Es incompatible con otras garantías reales sobre el mismo crédito, ya que la buena fe impide retener la cosa si la deuda ya está suficientemente asegurada (53) y, además, el artículo 7.1 LGP señala como causa de extinción del derecho de retención su sustitución por otra garantía real.
En cambio, la retención es compatible con otras garantías sobre la misma cosa que aseguren créditos distintos (54).
- El artículo 5.1 LGP permite al retentor negarse a entregar la cosa hasta el pago *total* de las deudas que generaron la retención, por lo que se rechaza la posibilidad de que un pago parcial permita liberar proporcionalmente la cosa. De este modo, se acaba con el vacío legal sobre este tema y el retentor, como venía sosteniendo la doctrina (55), puede negarse a la restitución del bien hasta que se hayan pagado totalmente *las deudas que generaron la retención*. Esta expresión debe ser interpretada en sentido amplio (ya que estrictamente sólo genera retención una de las deudas del art. 4 LGP) y debemos admitir que el retentor pueda oponerse a la devolución de la cosa por el impago de la deuda principal, sus intereses (art. 4.1.c LGP) o los gastos necesarios ocasionados por la conservación de la cosa (art. 5.2 LGP). La razón de esta interpretación extensa radica en que el artículo 5.1 LGP (a diferencia del art. 7.2 LGP, que utiliza una expresión similar) habla de «deudas», en plural.

Los gastos derivados del procedimiento (para constituir la retención o para subastar la cosa) no generan retención; por ello, aunque son de

afirma que parece del todo punto consecuente atribuir acción real al derecho de retención que consistirá en poder ejercitar todas aquellas acciones para reclamar el bien o defenderlo de terceros.

(53) En la misma línea, BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil argentino*, pág. 297, consideraba que el derecho de retención no debe ser ejercido abusivamente; se trata de arbitrar una garantía al acreedor; pero cubierta satisfactoriamente esa garantía, el mantenimiento de la retención puede significar un verdadero chantaje. Por otra parte, LARENZ, pág. 277, señalaba que la buena fe impide que se retenga una cosa de gran valor en garantía de un crédito proporcionalmente insignificante.

(54) CANO, pág. 67, exige en este caso que las otras garantías no impidan la posesión del bien.

(55) Por ejemplo, LÓPEZ DE HARO, pág. 68; BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 60; GÓMEZ CALERO, pág. 1080; CANO, pág. 60, y DEL POZO, pág. 84.

cargo del deudor, no es posible retener la cosa en caso de impago. Esta distinción también es recogida por la Ley, que en su artículo 6.5 diferencia claramente entre las obligaciones que generaron retención y los gastos originados por el procedimiento.

- Al establecer que los pagos parciales no permiten la liberación proporcional de la cosa estamos haciendo referencia a otra característica típica de esta garantía: la indivisibilidad (56). Esta cualidad se predica de las garantías reales en general y, por tanto, también del derecho de retención. Otras consecuencias de la indivisibilidad son: *a)* Si la cosa gravada es objeto de división, los titulares de cada una de las partes carecen de facultad frente al titular de la garantía para que se distribuya el crédito entre las distintas partes, y *b)* En el supuesto de división del crédito asegurado, cada uno de los distintos acreedores podrá actuar por la parte que le ha correspondido sobre la totalidad de la cosa dada en garantía (57) y, al revés, si ha cobrado íntegramente la parte que le corresponde no puede devolver la cosa en perjuicio de los otros acreedores.

4. LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

La Ley de Garantías Posesorias no regula la transmisión del derecho de retención; sin embargo, todo apunta a la posibilidad de ceder esta garantía cuando se transmita el crédito que garantiza. Así, a pesar del escaso desarrollo del derecho de retención en el Código Civil español, la mayoría de la doctrina considera que es una institución transmisible (58), ya que no existe ningún motivo para excluirla de la regla general del artículo 1.528 del Código Civil; además, en el Derecho catalán, la Ley 22/91 reafirma esta posibilidad al configurar esta garantía como un derecho de naturaleza real.

(56) GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones*, vol. II, pág. 451, seguido en España por ROGER, pág. 105, también defiende la indivisibilidad del derecho de retención; con la excepción de que los créditos sean diversos y relativos a cosas separadas, en cuyo caso no podría el detentor retener una de ellas para garantía de un crédito relativo a otra cosa distinta.

(57) GUILARTE ZAPATERO, pág. 374.

(58) GÓMEZ CALERO, pág. 1081; ALMAGRO NOSETE, pág. 156; VIÑAS MEY, pág. 112; MANRESA Y NAVARRO, pág. 332; ROGER, pág. 105, y BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 61. En contra de esta opinión se manifiesta SANCHO REBULLIDA, pág. 260, quien considera que es posible que el derecho de retención sea transmisible pero dificulta su admisión el que muchos de los supuestos de cesión de crédito no requieren consentimiento del deudor, acreedor de la cosa retenida, al cual puede perjudicarle el cambio de retentor. Por ello pudiera entenderse que la retención no es cedible, pero sí conservable por el retentor, tras la cesión del crédito y hasta el pago del mismo al nuevo acreedor, transformándose así, automáticamente, la figura en la de depósito de garantía.

La retención es un derecho accesorio que acompaña a la obligación principal: el artículo 1.528 del Código Civil establece que «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio». En este caso, el adverbio *como* denota que se trata de una relación enunciativa y no limitativa, por lo que también puede ser ampliada al derecho de retención (59). De este modo, la vinculación entre el crédito y la garantía es de tal naturaleza que para transmitir el primero, como elemento principal, sin la segunda, como elemento accesorio, es preciso la renuncia a la garantía (60). Sin embargo, para que la cesión surta efectos frente al deudor y frente a terceros, son necesarios dos requisitos:

1. Notificar la transmisión al deudor, ya que así se desprende del artículo 1.527 del Código Civil en relación a los créditos y demás derechos incorporales. Con este requisito se pretende vincular al deudor con el nuevo acreedor, de otro modo, aquél continuaría ligado con el primer acreedor y si le satisface el importe del crédito quedará liberado de la obligación.

2. La entrega de la cosa. La doctrina mayoritaria del Código Civil considera que se trata de un requisito esencial, además de la cesión del crédito, para transmitir la garantía (61), ya que en este cuerpo legal no se entiende el derecho de retención sin la posesión de la cosa. Sin embargo, en la Ley catalana no es imprescindible la entrega del bien para transmitir la garantía, ya que la posesión no es esencial para que subsista la retención y ésta puede obtenerse posteriormente a través de las acciones que prevé el ordenamiento. A pesar de ello, no es ajeno que la cosa sigue siendo un elemento fundamental en esta garantía, ya que una de las características fundamentales de la retención es la tenencia material del bien que permitirá al acreedor el ejercicio de las facultades propias de esta institución; además, no tiene sentido que la cosa continúe en poder del cedente de la retención que se convertirá en un tercero.

A mi modo de ver, la entrega de la cosa actúa como medio de publicidad frente a terceros, ya que la posesión de la cosa es el instrumento esencial de publicidad en los bienes muebles. Así, si la posesión del bien es el único medio que tienen los terceros para conocer la transmisión de esta garantía, podemos concluir que, hasta la entrega de la cosa, la cesión de la retención no puede oponerse frente a terceros de buena fe. De esta forma, la entrega del

(59) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 428, señalan que debido a que el legislador catalán configura el derecho de retención como un derecho real, debe aplicarse el artículo 1.528 del Código Civil.

(60) Así lo entienden BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 61, en relación al derecho de retención y la mayoría de los autores con referencia a los derechos reales en general; por ejemplo, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, *Derecho Hipotecario*, pág. 868, en relación a la hipoteca.

(61) ALMAGRO NOSETE, pág. 157; MANRESA Y NAVARRO, pág. 332; ROGER, pág. 105, y BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 61.

bien no es un requisito esencial para la cesión de la garantía, pero sí lo es para su eficacia frente a terceros.

Es interesante estudiar más detalladamente este requisito desde otro punto de vista, ya que el derecho de retención se extingue por la devolución voluntaria de la cosa (art. 5.3 LGP). Por ello es preciso determinar si el derecho de retención se extingue solamente con la entrega al propietario (o deudor) o, en cambio, si la entrega a un tercero también extingue la garantía. En caso de defenderse esta última postura sería imposible transmitir el derecho de retención porque se extinguiría al entregar la cosa. Personalmente soy partidario de la primera interpretación. Con este precepto se regula una forma de renuncia a la garantía (no a la obligación) consistente en la entrega voluntaria de la cosa al acreedor a su recepción; se presume que el retentor renuncia a la garantía si devuelve la cosa al deudor. En este sentido, el artículo 5.3 LGP utiliza el término «torna» («devuelve») que implica la entrega a quien ya poseía anteriormente; por ello, sólo la entrega voluntaria de la cosa al deudor o al propietario —no a un tercero— extinguirá el derecho de retención (62).

Para transmitir el derecho de retención se precisa la cesión del crédito y no puede transmitirse la garantía sin el crédito, ya que la finalidad de la retención es asegurar el cumplimiento de una obligación. De igual forma, si se cede la cosa sin el crédito, el derecho de retención no se transmite, su titular continúa siendo retentor y podrá recuperar la cosa posteriormente.

Por último, tampoco supone un obstáculo para la transmisión de esta garantía el requisito de que el derecho de retención deba constituirse por la persona que realizó los desembolsos, ya que no es un derecho personalísimo y, una vez constituido, se puede ceder.

C) FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCION

El derecho de retención es un derecho de origen legal que se constituye al margen del acuerdo de voluntades; cuando concurren los requisitos establecidos en la Ley, el poseedor de buena fe podrá constituir la retención de forma unilateral. Esta circunstancia hace necesario analizar las razones que impulsan al legislador a conferir esta garantía al poseedor de la cosa, esto es, descubrir el fundamento del derecho de retención. El tema es interesante, ya que desde algún sector doctrinal se ha cuestionado esta institución (63).

(62) En el mismo sentido, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 431.

(63) ACUÑA, *El derecho de retención*, pág. 7, citado por ALMAGRO NOSETTE, pág. 125, afirma que el derecho de retención se trata de un valor económico, patrimonial y jurídicamente negativo. Económicamente porque inmoviliza valores; patrimonialmente porque no constituye una fuente de resarcimiento, y jurídicamente porque desmembra sin utilidad dos derechos —el de propiedad y el de posesión— que se complementan y se integran

Al tratar el fundamento del derecho de retención se intenta «buscar el apoyo extrajurídico de este instituto, no el jurídico» (64). Se pretenden descubrir los principios que mueven al legislador a articular esta garantía con independencia (en la medida de lo posible) de un ordenamiento jurídico positivo concreto. No se examina una legislación determinada, sino la filosofía que impulsa la retención. Como consecuencia, el fundamento último de esta institución debe ser común a las legislaciones que regulen el derecho de retención, con independencia de su articulación específica y, por tanto, aplicable al Código Civil, a la Compilación o a la Ley de Garantías Posesorias.

La doctrina, generalmente, ha abordado este tema de una forma global, construyendo una única teoría que dé una respuesta integral al fundamento del derecho de retención (65). Sin embargo, para una mejor comprensión de los motivos que justifican la concesión de esta garantía, considero más acertado dividir su estudio en tres partes: el fundamento de la obligación, el de la negativa a devolver la cosa y el de la garantía.

sin que ni uno ni otro de los titulares pueda ejercerlo con eficacia. Por su parte, ABRIL CAMPOY, pág. 1887, explica el rechazo del Code francés al derecho de retención en base a los abusos que podía ocasionar esta figura y a que obstaculizaba uno de los derechos más queridos de la codificación liberal: el derecho de propiedad.

(64) CANO, pág. 41, señala que el apoyo jurídico de la institución es más bien presupuesto, o sea, requisito fundamental de la figura, pero de ningún modo su fundamento, que hay que buscar fuera y por debajo del derecho. En la página 44 señala que hay que buscar el fundamento del derecho de retención al menos con un pie fuera del derecho positivo, en caso contrario habríamos topado con un presupuesto, no con un fundamento. Por tanto, considero que no es posible acoger la postura de algunos autores (como BERGERIO) que sostienen que el verdadero fundamento del derecho de retención sólo cabe buscarlo en la voluntad expresa del legislador.

(65) Entre las teorías que intentan explicar el derecho de retención, globalmente destacamos:

— La justicia privada o la autotutela como justificante para inhibirse de la obligación de devolver la cosa a su legítimo propietario; defienden esta teoría LÓPEZ DE HARO, pág. 247, y D'AVANZO, págs. 169-171. En mi opinión debe rechazarse esta idea, pues no es lo mismo autotutela que el ejercicio de un derecho declarado unilateralmente, concedido por la Ley y sujeto a control jurisdiccional. De igual forma discrepa ALMAGRO NOSETE, pág. 127 y sigs.

— La ética como argumento que obliga al deudor al pago de los gastos realizados: se faltaría a este principio si el retentor carga con los gastos de la cosa (art. 3.2 del Código Civil). Es defendida por BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 23 a 27; sin embargo, considerar la ética como fundamento de la retención no aporta nuevos elementos de juicio al análisis de esta institución, y traslada el problema a concretar la frontera entre lo ético y lo no ético.

— El principio de la responsabilidad patrimonial derivado del artículo 1.911 del Código Civil (defendido por SANCHO REBULLIDA, pág. 258), en mi opinión, este principio por sí solo no explica por qué se concede derecho de retención a determinadas obligaciones.

— El enriquecimiento injusto: considero que este principio únicamente indica el fundamento de la obligación del deudor, pero no es suficiente para explicar por qué la cosa retenida se convierte en garantía de la obligación.

1. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN

El derecho de retención nace para garantizar los desembolsos que ha realizado el poseedor por razón de una cosa ajena. El poseedor no efectúa estos desembolsos en beneficio propio, no obedecen a ninguna obligación jurídica y tampoco tiene porqué soportarlos. Se trata de una situación consumada en la que el poseedor ha llevado a cabo unos dispendios que le han perjudicado y que, paralelamente, han favorecido al deudor; por ello, cuando el poseedor realiza estos gastos, el deudor está obligado a reembolsárselos.

El fundamento de esta obligación es el enriquecimiento injusto: es preciso impedir el desplazamiento patrimonial sin causa a favor del deudor y en contra del poseedor, que se produciría si no se devuelven los gastos realizados por el poseedor. Se «pretende impedir que unas personas obtengan beneficios de otras sin causa que lo justifique» (66).

El Tribunal Supremo ha enumerado los requisitos jurisprudenciales para hablar de enriquecimiento sin causa (por ejemplo, en su sentencia de 19 de mayo de 1993), que son: 1.º Un enriquecimiento del demandado que puede producirse por un aumento de patrimonio o por una no disminución del mismo; 2.º Correlativo empobrecimiento del actor, representado también por un daño positivo o un lucro frustrado; 3.º Relación de causa a efecto o conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; 4.º Falta de causa que justifique el enriquecimiento; 5.º Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa (67). Por otra parte, la cantidad a satisfacer se determinará estableciendo la cuantía en que concurren enriquecimiento y empobrecimiento (68).

(66) PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II-3.º, págs. 50 y 51, considera que «de enriquecimiento injusto se habla propiamente cuando la ley no ha previsto una situación en la que se produce un desplazamiento patrimonial que no encuentra una explicación razonable en el ordenamiento vigente», y considera como causas de enriquecimiento injusto, recogidas en la ley, algunas a las que el Código Civil concede el derecho de retención (como la posesión o el depósito) aunque este autor no se refiere a esta institución de forma expresa.

(67) MOISSET DE ESPANES, LUIS, *Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, pág. 270, añade otros dos requisitos: en primer lugar, que haya ausencia de culpa en el empobrecido, que no sea causado por una actuación negligente; y, en segundo lugar, que el empobrecido no actúe en interés personal: si realizara una actuación en provecho e interés propios y además beneficiara a otras personas, no podría accionar por enriquecimiento sin causa.

(68) MOISSET DE ESPANES, pág. 279, afirma que la cantidad a restituir tendrá como medida el enriquecimiento del deudor y no podrá excederlo en ningún caso; pero, al mismo tiempo, tendrá también como medida el empobrecimiento del poseedor y aunque el deudor se hubiese enriquecido en una suma mayor, la acción tampoco podrá sobrepasar la cantidad en la que se empobreció el actor. Este autor considera (págs. 273-275) como formas de enriquecimiento: a) el lucro emergente, que ocurrirá cuando se acrecienta el patrimonio, bien porque aumenta el activo patrimonial o bien porque disminuye el pasivo

La Ley 22/91 recoge este fundamento, ya que garantiza obligaciones eventuales (69). Se intenta subsanar el enriquecimiento del deudor y el consiguiente empobrecimiento del poseedor producido por alguno de los desembolsos establecidos en el artículo 4.1 LGP: gastos necesarios, daños, actividad ejecutada por encargo (70) y los intereses de estas deudas. Sin embargo, la cantidad a reembolsar no se determina atendiendo al importe en que concurren enriquecimiento y empobrecimiento, sino que únicamente es preciso determinar la cuantía de los gastos, los daños, el presupuesto o los intereses, ya que el legislador presume *iuris et de iure* que representan la cantidad en que se ha empobrecido el retentor y enriquecido el deudor.

2. EL FUNDAMENTO DE LA NEGATIVA A DEVOLVER

El estudio de las razones que fundamentan la negativa a devolver la cosa debe iniciarse con la relación jurídica existente al constituir el derecho de retención: las prestaciones debidas entre ambas partes y el fundamento de cada una de ellas:

- a) Por una parte, el poseedor está obligado a la entrega de la cosa. El fundamento de esta obligación es evidente: se trata de una cosa ajena que debe ser devuelta a quien tenga derecho a poseerla.
- b) Por otra parte, el deudor debe satisfacer al poseedor los desembolsos realizados por razón de la cosa. El fundamento de esta obligación es, como hemos visto, el enriquecimiento injusto.

En esta situación, nos encontramos ante dos obligaciones confrontadas en las que ambas partes intercambian sus papeles de deudor y de acreedor. De esta forma, frente a la negativa del deudor a abonar los desembolsos, el retentor responde reteniendo la cosa y negándose a devolverla hasta el pago de lo debido. Este planteamiento recuerda enormemente a la excepción por incumplimiento contractual (71). No debemos confundir ambas figuras, ya

(pago de una obligación no debida); y *b*) el daño cesante, por una no disminución del patrimonio en los casos en que debía disminuir, evitándose la salida de valores y economizando gastos injustamente. El empobrecimiento puede ocurrir por pérdida de un bien, tanto cosas como derechos, como por la pérdida de una expectativa de ganancia o por no pagarse la justa retribución de unos servicios.

(69) BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, pág. 184 y sigs., considera que el derecho de retención es una garantía de la obligación eventual, que califica como «l'obligació legal fonamentada en el principi general de l'empobriment sense causa».

(70) Comparten esa opinión, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 421; sin embargo, ABRIL CAMPOY considera que el fundamento de la obligación señalada en el artículo 4.1.c) no es el enriquecimiento injusto sino la causa onerosa.

(71) BUTERA, *Del Diritto di ritenzione*, pág. 15, afirma que el fundamento del derecho de retención es una aplicación de la *exceptio non adimpletus contractus*, y BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 68, considera que ambas instituciones se fundamentan en la equidad.

que las diferencias entre el derecho de retención y la *exceptio inadimpleti contractus* han quedado suficientemente establecidas por la doctrina (72); sin embargo, el fundamento de ambas instituciones es esencialmente el mismo, al supeditar el cumplimiento de la obligación a la satisfacción del crédito o, dicho de otra forma, no se puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia.

En el derecho de retención ambas obligaciones son independientes, ya que ninguna está supeditada a la otra; y no son recíprocas, ya que no se origina una en función de la otra ni se exige su cumplimiento simultáneo. La relación y la dependencia entre ambas pretensiones (que permite incumplir la obligación propia si se incumple la ajena) no surge en su origen, sino de «la conexión» entre la cosa y la deuda que encuentra su detonante en la negativa del retentor a devolver la cosa (73). De esta forma, en el derecho de retención, la relación entre ambas prestaciones puede designarse como sinalagma imperfecto o sinalagma funcional (74) y conduce a que no se puede pretender el cumplimiento de una obligación sin avenirse al cumplimiento de la otra.

3. EL FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA

En algunas legislaciones, entre las que se incluye la catalana, el derecho de retención no limita sus facultades a mantener la posesión de la cosa, sino que, además, ésta se convierte en garantía del pago de los desembolsos realizados sobre ella. Nos encontramos con un importante cambio: la cosa retenida deja de tener un papel pasivo para convertirse en garantía de las deudas contraídas. Las razones que impulsan al legislador a este cambio parten de la probada insuficiencia de limitar el derecho de retención únicamente a la negativa a devolver la cosa (75). Esta ineficacia práctica se

(72) La doctrina ha abordado, en varias ocasiones, la distinción entre ambas instituciones, por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 63 y sigs.; VIÑAS MEY, pág. 104 y sigs., y SABATER BAYLE, *Presupuestos...*, pág. 1984 y sigs. Por su parte, CANO, pág. 51 y sigs., llega a decir que «en rigor, la retención es limítrofe, exclusivamente, a la excepción de incumplimiento de contrato, de la que todo trabajo es inútil para distinguirla».

(73) Para LARENZ, pág. 273, la relación de dependencia entre ambas prestaciones queda establecida mediante la negativa a la prestación.

(74) PUIG BRUTAU, Tomo I, Vol. II, pág. 122, y Díez-PICAZO, pág. 547, distinguen entre sinalagma genético y sinalagma funcional. El primero supone que la obligación que asume una parte es para la otra su razón de ser. El segundo no se refiere al origen de la obligación sino a su ejecución o consumación.

(75) MANRESA Y NAVARRO, Tomo IV, pág. 330, afirma que la idea de retención como depósito no satisface, ya que «si el deudor o propietario no paga en muchos años, ¿tendrá el poseedor la carga perpetua de gastar, hacer producir, rendir cuentas y guardar para el

complementa con otras razones que parten de la relación jurídica creada entre ambas partes:

* Por una parte, el deudor se niega a pagar los desembolsos y además reclama la devolución de la cosa.

* Por otra parte, el retentor no niega la obligación a entregar la cosa, simplemente se opone temporalmente a ello hasta que le sean reembolsadas las cantidades invertidas por razón de la cosa y que ha satisfecho con su propio patrimonio.

Esta comparación permite hacer nuevas afirmaciones:

- El deudor actúa de mala fe: pretende recuperar la cosa sin abonar los desembolsos realizados sobre ella (76). El retentor actúa de buena fe: hizo unos gastos que no tenía ningún deber jurídico de realizar y al negarse a devolver la cosa no busca ningún beneficio personal, sino que intenta no salir perjudicado económicamente por los desembolsos realizados en provecho del deudor.
- El retentor se encuentra en una posición de debilidad, ya que como premio a su buena fe puede verse en la necesidad de iniciar un procedimiento judicial para recuperar el dinero que invirtió en su calidad de poseedor diligente y en provecho de la persona contra la que debe reclamar. Ante esta situación, el derecho de retención, entendido como la negativa a devolver la cosa, es una garantía excesivamente frágil y puede ser infructuoso si el propietario no quiere recuperar la cosa inmediatamente, ya que la retención se convierte en un depósito no retribuido y sin otra esperanza para cobrar los gastos realizados que un procedimiento judicial, excesivamente largo y costoso.
- Esta situación no queda empañada por el hecho de que ambas prestaciones puedan ser económicamente desproporcionadas, de forma que el valor de la cosa sea muy superior al valor de los gastos ocasionados, ya que el deudor recuperaría la cosa simplemente con el pago de lo debido. Tampoco es ningún obstáculo que el propietario no haya intervenido en la relación jurídica previa, ya que los gastos han sido ocasionados por razón de la cosa y el beneficiado por estos desembolsos siempre será el dueño.

otro? ¿No se ve que esto es absurdo? ¿No se ve claramente que la ley concede un derecho, y que con la explicación dada se impone una obligación?»

(76) CANO, pág. 38, afirma que si tras la notificación de la retención se insiste en la reclamación de la cosa, aparece la presunción *de iure* de dolo.

De este modo, con el derecho de retención, el legislador pretende dar respuesta a una situación sobrevenida y consumada, a consecuencia de la cual se ha producido un enriquecimiento injusto. Por ello, para garantizar el pago de lo adeudado y evitar dilaciones de mala fe que aplazarían o impedirían la satisfacción del crédito, en perjuicio de la correcta y ejemplar actuación del poseedor, la cosa se convierte en garantía del cobro de la deuda.

ADOLFO LUCAS ESTEVE

Las garantías del derecho de crédito y la reforma del Código Civil del Perú de 1984 (1)

SUMARIO: I. EXPLICACION PREVIA.—II. UNA NECESARIA PRECISION TERMINOLOGICA.—III. ARRAS: a) LAS ARRAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984; b) LAS ARRAS CONFIRMATORIAS; c) LAS ARRAS PENALES; d) LAS ARRAS DE RETRACTACIÓN.—IV. FIANZA: a) DEUDA Y RESPONSABILIDAD; b) CONCEPTO DE FIANZA. ¿PAGO POR TERCERO? c) ¿GARANTÍA PERSONAL O REAL? d) ¿DEBE PROCEDER LA SUBROGACIÓN EN LA FIANZA?—V. LA PENA OBLIGACIONAL: a) DENOMINACIÓN; b) ¿MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE LA PENA? SISTEMA A ELEGIR.

I. EXPLICACION PREVIA

El presente ensayo no tiene por propósito un análisis dogmático de las distintas instituciones que pueden ser comprendidas dentro de la categoría de «garantías del derecho de crédito», sino más bien una evaluación crítica de algunas soluciones del Código Civil del Perú de 1984, respecto de determinadas figuras —evaluación que sustenta la necesidad de su modificación, lo que es materia de estudio por la Comisión oficial designada al efecto actualmente en funciones, la misma que tengo el honor de integrar— y que puede servir de referencia para los trabajos de reforma del Código Civil de Puerto Rico.

(1) El presente texto corresponde, con algunas modificaciones, a la ponencia presentada por el autor en el II Congreso de Derecho Civil organizado por el Colegio de Abogados de Puerto Rico y realizado en la ciudad de San Juan entre los días 3 y 5 de mayo de 2000.

II. UNA NECESARIA PRECISION TERMINOLOGICA

El vocablo «garantía» reconoce diversas acepciones y aplicaciones en las distintas ramas del Derecho (2).

Puede concebirse como tal, en una comprensión amplia, cualquier mecanismo enderezado a proteger o asegurar la satisfacción del derecho de crédito. En este sentido, cabría encuadrar dentro de las «garantías» del derecho de crédito, los comúnmente denominados «efectos de las obligaciones», expresión ésta que comprende la ejecución forzada, la ejecución por un tercero, la pretensión indemnizatoria, la llamada acción subrogatoria, indirecta u oblicua, la acción de inventarios, la acción de fraude de los acreedores, usualmente conocida como revocatoria o pauliana, la declaración de insolvencia del deudor, la quiebra, etc.

A decir de ROBERTO DE RUGGIERO (3), «el concepto general de garantía comprende en sí todo medio con el cual se asegura al acreedor la exacta ejecución de la prestación. Cumplen esta misión con eficacia e intensidad diversos medios de carácter muy diferente. Algunos de éstos constituyen relaciones típicas de derecho real o personal, encaminadas a prevenir el peligro de una violación de la obligación por parte del deudor, y constituyen las formas más características del derecho de garantía en sentido estricto; tales son las garantías reales de la prenda y la hipoteca, las personales de la fianza y del aval cambiario. Mediante ellas, una determinada cosa mueble o inmueble es ofrecida por el deudor o por otros en su nombre en prenda o hipoteca al acreedor, o bien, un segundo deudor se adiciona con carácter subsidiario al primero de forma que el acreedor, en caso de insolvencia del obligado, pueda realizar su crédito con el valor de la cosa o dirigir su acción contra el fiador».

Añade que «también existen otras garantías reales que no generan en su titular un derecho de carácter real; tales, por ejemplo, los depósitos constituidos como caución de determinadas obligaciones, las arras, el derecho de retención, el contrato anticrético. La ley reconoce además a ciertos créditos determinadas cualidades que les hacen preferentes a los demás y sustrayéndoles al concurso y al consiguiente peligro de reducción, son satisfechos de modo preferente con el valor de un inmueble o de una cosa mueble: tales son los privilegios. Otras, como la pena convencional, constituyen una liquidación preventiva de los daños que pueden derivar del incumplimiento que asume una función de garantía también en cuanto refuerza el vínculo obligatorio».

(2) Cfse. ALBERTO J. BUERES y JORGE A. MAYO, «Lineamientos generales sobre las "garantías" de la obligación en el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 2. Garantías. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 1993, págs. 7 a 18.

(3) ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Tomo II, volumen primero. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1944, págs. 149 y 150.

Para Díez PíCAZO (4), «en sentido general, se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. La garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho. En el sentido anteriormente indicado, no puede ser considerada, a nuestro juicio, como una garantía en sentido propio la responsabilidad patrimonial del deudor o el poder que los acreedores tienen para ejecutar sobre los bienes del deudor su derecho de crédito. La responsabilidad del patrimonio del deudor no constituye, en rigor, ningún contenido especial del crédito, ni tampoco ninguna forma especial de refuerzo, sino que es algo inherente al crédito mismo, al que nada añade».

Y agrega: «Si la garantía es un refuerzo de la posición jurídica del acreedor, es claro que esto sólo puede ser conseguido ampliando el ámbito del poder jurídico del acreedor. Toda garantía consiste por ello en un nuevo derecho subjetivo o en una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar. Por ello, lo que en sentido económico pueden llamarse garantías, en sentido jurídico son, en puridad, derechos subjetivos o facultades con función de garantía».

Entendida la garantía en los términos restringidos propuestos, cabe distinguir entre las reales y las personales. Las primeras estarán referidas a un bien específico sobre el cual recae el gravamen, como sucede en los casos de la prenda y la hipoteca, habiéndose propuesto ampliar el concepto al punto de comprender entre ellas a figuras como el pacto de reserva de propiedad y las arras (5). Las segundas, en cambio, otorgan al acreedor una facultad que no involucra la afectación de un bien determinado, sino que puede hacerse efectiva directamente contra el deudor o un tercero.

A este respecto, en opinión de Díez PíCAZO (6), los modos básicos de las garantías personales son dos:

(4) LUIS Díez PíCAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta edición. Editorial Civitas, Madrid, 1996, págs. 395 y 396.

(5) En este sentido se señala que «pueden ser considerados también como garantías reales aquellos casos en que al acreedor se le atribuye la propiedad de una cosa determinada o la titularidad de un derecho (transmisión fiduciaria o *fiducia cum creditore*) o en que el acreedor se reserva la propiedad de la cosa que transmite hasta el completo cumplimiento de la obligación asegurada (por ejemplo, pacto de reserva de dominio en la venta a plazos). Por último, cabe hablar de garantías reales cuando lo que se confiere al acreedor son facultades posesorias o de prolongación o continuación de una situación posesoria sobre cosas determinadas o sobre una suma de dinero (arras, derecho de retención)» (LUIS Díez PíCAZO, *op. cit.*, pág. 396).

(6) *Op. cit.*, pág. 397.

«1.º La atribución al acreedor de un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto con el deudor o en sustitución de éste: fianza, aval, solidaridad en función de garantía.

2.º La concesión al acreedor de una facultad subsidiaria contra el mismo deudor y la imposición a éste de una prestación adicional (pena convencional)».

Paso a desarrollar algunos aspectos que estimo de interés a propósito de tres figuras entre las nombradas: las arras, la fianza y la pena obligacional.

III. ARRAS

a) LAS ARRAS EN EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1984

A diferencia del Código Civil de 1936 que, sin identificarlas específicamente, se ocupaba de las arras confirmatorias y penitenciales regulándolas en un mismo título (arts. 1.348 a 1.350) (7), el Código vigente de 1984 se refiere a las arras confirmatorias, a las penales y a las de retractación, regulándolas en dos títulos separados: uno contempla las dos primeras categorías (arts. 1.477 a 1.479) y el otro la última (arts. 1.480 a 1.483).

b) LAS ARRAS CONFIRMATORIAS (8)

De acuerdo con FÉLIX HERNÁNDEZ GIL (9), «arras confirmatorias son aquellas que van dirigidas a reforzar de algún modo la existencia del contrato,

(7) Código Civil del Perú de 1936:

Artículo 1.348: «Las arras que se entreguen por uno de los contratantes al otro se reputarán dadas en señal de la conclusión del contrato».

Artículo 1.349: «Pueden las partes estipular el derecho de retractarse. En este caso, si se retractara la parte que dio las arras, las perderá en provecho del otro contratante; si se retractare el que las recibió, las devolverá dobladas».

Artículo 1.350: «No habiendo estipulación en contrario, las arras se considerarán como parte de pago de la obligación. Cuando por la naturaleza de la prestación estipulada, no fuese ello posible, deberán ser restituidas al tiempo en que el contrato sea ejecutado».

(8) Artículo 1.477 del Código Civil del Perú de 1984: «La entrega de arras confirmatorias importa la conclusión del contrato. En caso de cumplimiento, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación».

Puede advertirse que el texto encierra una contradicción. En efecto, ¿cómo es que aquél que recibió las arras podrá imputarlas sobre su crédito «en caso de cumplimiento»? Si la ejecución de la prestación ya se produjo —y en esto consiste el cumplimiento— lo único que cabe es restituir las arras, pues el crédito ya se extinguió. Ya no procede imputación alguna, que estará admitida sólo de manera previa a efectos de verificar precisamente el cumplimiento o contribuir a él.

(9) FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, *Las arras en el derecho de la contratación*. Acta Salmanticensia. Derecho. Tomo III, núm. 2. Universidad de Salamanca, 1958, pág. 77.

ya constituyan un signo o señal de haberse celebrado o un principio de ejecución».

Por su parte, Díez Pícazo (10) indica que la entrega de las arras confirmatorias, «cumple una función de señal de la celebración de un contrato o de prueba de su perfección». Y agrega más adelante que «ejercen una función probatoria: demuestran que el contrato se ha celebrado y ha comenzado a ser cumplido. Suponen un principio de ejecución del contrato y, por consiguiente, una prestación realizada en cumplimiento de una relación obligatoria».

A su turno, Arias Schreiber (11) indica que las arras confirmatorias «no vienen a ser sino la reiteración material de que las partes han concluido un contrato y en muchos casos representan un adelanto de la prestación cuya ejecución aún no se ha materializado. Ellas presuponen, en consecuencia, la celebración de una relación contractual que se refuerza a través o mediante un signo o señal».

De lo expuesto se concluye entonces que se atribuye a las arras confirmatorias la función de probar la celebración de un contrato. Ello explica que posteriormente a la concertación del acto, quien recibió las arras deba devolverlas o imputarlas sobre su crédito dependiendo, en este último caso, de la naturaleza de la prestación en que ellas consisten.

¿Qué sentido práctico conservan en nuestros días las arras confirmatorias?

Si como se ha indicado, su propósito es probar la celebración de un contrato, debe reconocerse que su función se agotará en el mismo momento de la concertación de aquél, pues corresponderá que se devuelvan a la otra parte de manera inmediata o se imputen al crédito. En tal caso, lo que propiamente se configurará será un pago a cuenta o, eventualmente, uno total, que no corresponde desnaturalizar, encubriéndolo bajo la denominación de arras, pues no guarda conformidad con la realidad: *ex re sed non ex nomine*. Lo que procede es, respetando la exacta naturaleza de las cosas, llamarlas por el nombre que propiamente les corresponde y no atribuirles calificaciones distintas que no contribuyen a una buena técnica jurídica, sino más bien a crear confusión (12).

(10) *Op. cit.*, pág. 405.

(11) Max Arias Schreiber Pezet, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quiros y Angela Arias Schreiber Montero, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I, Contratos: Parte General. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998, pág. 334.

(12) Sobre el particular, María Elvira Afonso Rodríguez (*Las arras en la contratación*. José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1995, págs. 137 y 138), señala que «si el término arras confirmatorias se utiliza para designar aquellas cantidades de dinero que, entregadas por un contratante al otro en el momento de constitución del vínculo, sirven para probar su existencia, careciendo en absoluto de eficacia punitiva del incumplimiento, hay que afirmar, sin más, que esta modalidad arral, así entendida, no es otra cosa que un residuo histórico, vacío de contenido, que no alcanza actualmente una configuración jurídica autónoma, por cuanto normalmente corresponden con la entrega de un anticipo o pago a cuenta del precio que realiza el comprador en el acto de celebración del contrato».

En un sistema como el peruano en el que la regla imperante, a propósito de las formalidades del acto jurídico, es que cuando la ley no haya establecido una específica puede usarse la que se tenga por conveniente (art. 143 del Código Civil), la misma que constituirá medio de prueba de su existencia, carece de sentido la subsistencia de las arras confirmatorias, temperamento éste que ha sido acogido por la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, por lo que se ha decidido su supresión.

Debe hacerse notar adicionalmente que las arras confirmatorias no cumplen con propiedad función de garantía alguna. A este respecto, participo de la opinión de DÍEZ PICAZO (13) cuando señala que «su función de garantía no es otra que la que pueda suponer precisamente esta prueba de la conclusión de un contrato y expresión de ejecución como demostrativo de un propósito de obligarse contractualmente. Por ello, puede decirse que en realidad no constituyen verdadera garantía y que, cuando una cantidad es simplemente anticipada no por ello existen arras genuinas, como ha señalado F. JORDANO».

c) LAS ARRAS PENALES (14)

Es de advertir que, seguramente en atención a la carencia de una función de verdadera garantía, a las arras confirmatorias se les haya atribuido un efecto de pena obligacional.

No es extraño por ello que, por ejemplo, DE RUGGIERO (15), aludiendo a las arras confirmatorias, señale que «arras es lo que al celebrar un contrato, una parte da a la otra con la intención de perderla en beneficio del accipiente si la condición no se cumple; es una caución por el resarcimiento del daño en caso de incumplimiento y al mismo tiempo una señal o signo de haberse celebrado la convención, pudiendo también constituir un principio de ejecución. Son éstas las arras llamadas confirmatorias, que algunos incluyen en el concepto de pena convencional presentándola como una especie de ésta».

(13) *Op. cit.*, pág. 405.

(14) Artículo 1.478 del Código Civil peruano de 1984: «Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras».

Artículo 1.479 del mismo Código: «Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales».

(15) *Op. cit.*, pág. 161.

En el caso peruano, el artículo 1.478 del Código Civil, que acoge la figura de las arras penales, reconoce como fuente legislativa el segundo párrafo del artículo 1.385 del Código italiano (16).

Comentando este artículo, MICCIO (17) señala que «estando al artículo 1.385, dos son bajo el perfil descriptivo los significados de la señal confirmatoria que parecen emerger de la voluntad del legislador, el primero es aquél de un pago a cuenta, de un parcial y anticipado pago efectuado por una de las partes; el segundo es una previsión eventualmente sustitutiva del resarcimiento del daño. De estos dos el primero es solamente instrumental del segundo, constituyendo este último, en cambio, el verdadero sentido del precepto. Usualmente los estudiosos vienen confundidos respecto al carácter real del pacto, por el hecho de que no ven a un deudor que se obliga a dar, sino una parte que da una cosa al momento mismo de la conclusión del acuerdo, y de este pacto transitan hacia la idea de un reforzamiento del crédito o de su tutela preventiva, pero no reflexionan que la intención del legislador es solamente proporcionar un instrumento de simplificación de la fase patológica de la relación, vale decir del incumplimiento. La primera prueba se encuentra en la última parte del primer párrafo del artículo 1.385, donde se lee que en caso de cumplimiento, la señal debe ser restituida o imputada a la prestación debida, lo cual vale decir que si la relación de crédito tiene un desarrollo normal, la señal no tiene función alguna concreta. Esta función toma cuerpo, en cambio, cuando una de las partes sea incumplidora...».

Las denominadas arras penales, en opinión de HERNÁNDEZ GIL (18), «son, en puridad, una especie de las confirmatorias que tienen como finalidad establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante la pérdida de las arras o su devolución doblada caso de incumplimiento».

(16) «1.385. Señal confirmatoria. Si en el momento de la conclusión del contrato una de las partes diera a la otra, a título de señal, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, la señal, en caso de cumplimiento, deberá ser restituida o imputada a la prestación debida.

Si la parte que hubiese dado la señal no cumpliera, la otra podrá rescindir el contrato reteniendo la señal; si por el contrario la incumplidora fuese la parte que la ha recibido, la otra podrá rescindir el contrato y exigir el doble de la señal.

Pero si la parte que no es incumplidora prefiriese demandar la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regulará por las normas generales».

Cabe formular al primer párrafo del artículo 1.385 del Código italiano, la misma observación planteada a propósito del artículo 1.477 del Código peruano (vid. *supra* nota 8).

(17) Citado por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV. Segunda parte. Tomo VI. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1993, pág. 157.

(18) FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 7.

BUERES y MAYO (19) indican que las arras penales se pierden o se devuelven duplicadas, «no porque exista, en favor de las partes, una facultad de desistir del contrato, sino porque a raíz del incumplimiento (absoluto o relativo), esas arras juegan un rol de pena y de reparación. En tales condiciones, el instituto tiene una fuerte función garantizadora, pues dado el incumplimiento actúan como una suerte de cláusula penal compensatoria».

En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ PICAZO (20) cuando afirma que «las arras penales son las únicas que desarrollan una función estricta de garantía y presentan una indudable analogía con las cláusulas penales. La diferencia entre unas y otras estriba en que las primeras suponen promesa de entrega para caso de incumplimiento, mientras que las segundas suponen una entrega inicial que se destina a la otra parte para el caso de cumplimiento, con la promesa de entrega del duplo para la otra parte».

DE LA PUENTE Y LAVALLE (21) señala que «la naturaleza jurídica de las arras penales es, pues, la misma que la de las arras confirmatorias, esto es, ser un pacto accesorio al contrato principal que otorga a las arras entregadas el carácter de prueba irrefutable de la celebración de este contrato. Su única diferencia es que, en vez de constituir un refuerzo del contenido contractual, se concede a las arras el rol de ser una determinación convencional y anticipada de los daños reclamables en caso de incumplimiento del contrato principal».

A pesar de las opiniones transcritas, tampoco se justifica el mantenimiento de las arras penales por las razones siguientes:

Dado que las arras penales presuponen la existencia de las confirmatorias, al sostenerse la inutilidad de éstas y la procedencia de su supresión, como se ha explicado antes, la subsistencia de las primeras deja también de tener justificación al sustraerse su base.

Se afirma la cercanía existente entre las arras penales y la pena obligacional. A este respecto, debe hacerse notar que la pena, conforme al Código Civil del Perú (art. 1.346), es susceptible de ser reducida por el juez, a solicitud del deudor, cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida (22), reducción cuya procedencia no está prevista para el caso de las arras penales, lo que no resulta técnicamente congruente y puede prestarse a abusos de una u otra parte.

Las arras, a diferencia de la pena obligacional, no cubren el supuesto de la mora del deudor en el cumplimiento de la prestación a su cargo. Adicionalmente, las arras penales pueden resultar una cobertura insuficiente de los

(19) *Op. cit.*, pág. 28.

(20) *Op. cit.*, pág. 406.

(21) *Op. cit.*, pág. 187.

(22) Esta última posibilidad es la que contempla el Código Civil de Puerto Rico en su artículo 1.108 (3.133 LPRA).

daños efectivamente irrogados al acreedor en caso de incumplimiento total cuando tales daños fueran mayores en cuantía a la prestación en que consisten las arras, a diferencia del caso de la pena en que, al menos conforme al Código peruano, es posible el pacto de indemnización del daño ulterior (art. 1.341), lo que le permitirá al acreedor, si así lo prueba, la obtención de un mayor monto indemnizatorio.

En relación con este mismo asunto, se afirma la ventaja de las arras sobre la pena obligacional en la medida en que en las primeras se produce la entrega de un bien al tiempo de establecerse, a diferencia de la segunda en que la prestación en que ella consiste deberá ejecutarse recién una vez producido el incumplimiento.

Tal ventaja es sólo aparente, pues en todo caso se presentará únicamente cuando quien tenga en su poder las arras sea el perjudicado con el incumplimiento. Si en cambio lo es quien las entregó, éste seguramente tendrá que proceder a iniciar un proceso judicial para obtener la devolución de las arras dobladas.

De otro lado, debe llamarse la atención de que en el caso del Código Civil peruano, a propósito de la prenda, anticresis, hipoteca y derecho de retención (arts. 1.066, 1.096, 1.111 y 1.130, respectivamente), es nulo el pacto que autoriza al acreedor a hacer suyo el bien materia de garantía por el valor de ésta, aunque no se cumpla la obligación —pacto comisorio—, circunstancia que de hecho estaría admitida a propósito de las arras, configurándose así, también en este caso, un tratamiento disímil carente de justificación.

Si el propósito es asegurar debidamente el cumplimiento de la prestación de cargo del deudor, es razonable considerar que más eficiente resultará para ello la constitución de una garantía prendaria o hipotecaria o una fianza.

d) LAS ARRAS DE RETRACTACIÓN (23) (24)

Finalmente, a propósito de las llamadas arras de retractación, en el caso del Código Civil peruano, ellas proceden sólo en los contratos preparatorios y conceden a las partes el derecho de retractarse de ellos (art. 1.480).

(23) En opinión de Díez PICAZO, «la función de las llamadas arras penitenciales o arras de desistimiento no es de garantía. Sólo puede encontrarse un atisbo de esta función en la medida en que la onerosidad que significa la pérdida de lo entregado para quien hizo la entrega o la restitución del duplo para quien las recibió, actuará entre las partes como un medio de presión hacia el cumplimiento. Sin embargo, el núcleo central de esta figura es la facultad liberatoria o de desistimiento que constituye una facultad solutoria o facultad alternativa» (*op. cit.*, pág. 406).

(24) Código Civil del Perú de 1984:

Artículo 1.480: «La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos».

A diferencia de otros ordenamientos legales, el Código peruano excluye la aplicación de este tipo de arras (conocidas en ellos como penitenciales) a los contratos en general, circunstancia que sí admitía el Código anterior de 1936 (art. 1.349) (25) (26).

Como explica ARIAS SCHREIBER (27), refiriéndose al artículo 1.480 del Código Civil, «este precepto, en su primera parte, no tiene antecedentes legislativos, pero responde a la filosofía del Código, orientada al cumplimiento de los contratos y al desaliento de los medios que faciliten el arrepentimiento de los contratantes. Es por esto que la retractación sólo es posible en el caso de los contratos preparatorios, pues en ellos todavía no se ha concretado la relación contractual final. En otras palabras, el propósito de esta restricción no es otro que fortalecer la contratación».

Conviene advertir que el Código vigente distingue dos modalidades de contratos preparatorios: el compromiso de contratar y el contrato de opción. Por el primero (art. 1.415), las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. En tal sentido, se hace necesario que las partes, posteriormente, se pongan de acuerdo en la concertación del menciona-

Artículo 1.481: «Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante. Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho».

Artículo 1.482: «La parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retractación».

Artículo 1.483: «Si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación».

(25) Vid. *supra* nota 7.

(26) El Código Civil de Puerto Rico se ocupa de esta clase de arras vinculándolas particularmente con el contrato de compraventa. Así, su artículo 1.343 (3.750 LPRR) señala: «Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas». La norma corresponde al artículo 1.454 del Código Civil español.

Una sentencia del Tribunal Supremo español, de 20 de mayo de 1967, señaló que «en virtud del principio de libertad que preside el sistema español de contratación, las partes del contrato de compraventa con gran frecuencia conciertan entregas dinerarias previas a la consumación con muy diversas finalidades: unas veces meros signos externos de perfección, otras veces como garantía o cláusula penal, otras llevando implícita una posibilidad de resolución onerosa para la parte que tome la iniciativa en el voluntario incumplimiento de estas entregas llamadas arras o señal; cuando están en el contrato cumplidamente previstas y no son contrarias a la ley, han de ser respetadas; pero cuando la expresión de la voluntad no aparece clara, ya sea por parquedad o confusión, han de ser objeto de interpretación conforme a las normas generales, y cuando, en definitiva, de dicha interpretación se puede deducir solamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras en el contrato, sin especificar sus consecuencias, procederá la aplicación en forma supletoria del único precepto legal que bajo ese nombre regula la institución» (cit. por GABRIEL GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pág. 108).

(27) *Op. cit.*, pág. 343.

do contrato definitivo. En otras palabras, es indispensable un nuevo consentimiento.

En cambio, por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no (art. 1.419).

Planteados estos conceptos, debe concluirse que el artículo 1.480 ha incurrido en un exceso al autorizar la retractación «en los contratos preparatorios», pues debió hacer referencia exclusivamente al compromiso de contratar.

En el contrato de opción la declaración del concedente importa una oferta irrevocable a favor del titular de la opción. En ese orden de ideas, ¿cómo podría admitirse la retractación? Si pudiera retractarse libremente con propiedad, no estaría concediendo opción alguna. De otro lado, carece de sentido que el titular de la opción pacte la posibilidad de retractarse porque la celebración o no del contrato definitivo depende, por la naturaleza del contrato, de su sola declaración, pudiendo decidir libremente, esto es, sin condicionamiento alguno, por la no conclusión del contrato definitivo. Para ello será suficiente, por ejemplo, que deje transcurrir el plazo otorgado para el ejercicio de la opción sin hacer efectiva ésta.

En atención a lo expuesto, la Comisión Reformadora ha acordado que la entrega de las arras de retractación —que, por lo demás, serán las únicas que subsistan en el Código (esto es, obviamente, si prospera la reforma)— sea válida sólo en el compromiso de contratar.

IV. FIANZA

a) DEUDA Y RESPONSABILIDAD

Ha escrito ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (28), a propósito de la responsabilidad en el marco de la relación obligatoria, que ella «se halla constituida por el conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor». Y más adelante añade que «la responsabilidad refleja la total sanción que incorpora el ordenamiento jurídico al deber asumido. La sanción no consiste en hacer que necesariamente el deber se observe por el obligado, porque la conducta no es materialmente coercible; pero sí en preestablecer un conjunto de efectos jurídicos que son realizables mediante la adecuada intervención de los órganos judiciales».

(28) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid, 1983, págs. 73 y 74.

Y termina sosteniendo lo siguiente: «El deber de prestación y la responsabilidad, incluso en el aspecto patrimonial de ésta, coexisten. La responsabilidad no es una fase de la obligación en la que se penetra sólo a través del incumplimiento. Conforme al artículo 1.911 (del Código Civil español), del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. Responde del cumplimiento, o sea, la responsabilidad se contrae, no porque ha incumplido, sino porque ha asumido el deber de cumplir. Pero, eso sí, la responsabilidad aparece subordinada al deber. El deudor no puede optar entre cumplir el deber o atenerse a las consecuencias de la responsabilidad. El no observar el deber supone incidir en una transgresión que pone en marcha la actuación de la responsabilidad».

Y es que, como señala BELTRÁN DE HEREDIA (29), «la obligación no va ni puede ir destinada a ser incumplida, sino, por el contrario, a que el deudor cumpla, que es, en definitiva, a lo que se comprometió».

Deuda y responsabilidad son elementos que marchan unidos entre sí, que se exigen mutuamente.

No obstante, no es infrecuente encontrar que los autores (30) se planteen la existencia de supuestos de débito sin responsabilidad, calificando como tal el caso de las obligaciones naturales y de responsabilidad sin deuda o sin deuda propia, comprendiendo en ese supuesto, entre otros, precisamente el caso de la fianza, que constituye una garantía personal, según la opinión generalizada de los autores, que importa la afectación de un comportamiento de un tercero al cumplimiento de una obligación principal ajena.

Del modo como se conceptúe la fianza dependerá la producción o no de determinados efectos. A este respecto, interesará particularmente referirse al tema de la subrogación que los Códigos consideran opera cuando el fiador honra la garantía prestada.

b) CONCEPTO DE FIANZA. ¿PAGO POR TERCERO?

El Código Civil de 1984 ofrece una definición de la fianza que difiere considerablemente de la que contienen otros Códigos.

En efecto, el primer párrafo del artículo 1.868 señala que: «Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor».

De esta definición resulta entonces que:

(29) Citado por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, S.A., Madrid, 1988, pág. 319.

(30) Cfse., por ejemplo: JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 313.

- La fianza se celebra entre el fiador y el acreedor.
- El fiador se obliga a cumplir determinada prestación, que puede ser de cualquier clase. *Nótese que el artículo no señala que el fiador se encuentra obligado a ejecutar la prestación que el deudor ha dejado de verificar.*
- El fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena.
- El fiador responde en caso de incumplimiento del deudor.

Estos rasgos, sin embargo, no se presentan con la misma claridad en todos los Códigos.

Así, el Código español (primer párrafo del art. 1.822) indica: «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste».

El mismo texto aparece en los Códigos de Puerto Rico (art. 1.721, primer párrafo —4.871, primer párrafo, LPRA—), Panamá (art. 1.512, primer párrafo) y Honduras (art. 2.021, primer párrafo).

El Código de México D.F. (art. 2.794) señala: «La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace».

En los mismos términos se pronuncia el Código del Estado de Jalisco (art. 2.724).

El Código Civil para el Estado de Quintana Roo (art. 2.958, primer párrafo) establece: «La fianza es un contrato accesorio, generalmente gratuito, que debe formalizarse por escrito y por el cual el fiador *se compromete a pagar por el deudor* si éste no lo hace».

El de Cuba (art. 280.1) expresa: «En virtud de la fianza, una persona asume, frente al acreedor, la obligación de *cumplir en lugar del deudor* en caso de no hacerlo éste».

El francés (art. 2.011) indica: «El que se constituye en fiador de una obligación se compromete, para con el acreedor, a *satisfacer esa obligación*, si el deudor no la satisface por sí mismo». El mismo texto es reproducido por los artículos 2.011 de los Códigos de Bélgica y de República Dominicana.

El de Chile (art. 2.335, primer párrafo) señala: «La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a *cumplirla en todo o parte*, si el deudor principal no la cumple».

El mismo texto aparece en los Códigos de Colombia (art. 2.361, primer párrafo), Ecuador (art. 2.262, primer párrafo), El Salvador (art. 2.086, primer párrafo) y Nicaragua (art. 3.653, primer párrafo).

El Código de Quebec (art. 2.333) contempla que «la caución (*suretyship*) es el contrato por el cual una persona, el fiador (*the surety*), se obliga ante

el acreedor, gratuitamente o a cambio de una remuneración, *a ejecutar la obligación del deudor si éste no la satisface*».

El Código de Luisiana (art. 3.035) establece: «Definición de fianza (*suretyship*). La fianza es un contrato accesorio por el cual una persona se obliga ante el acreedor *a cumplir la obligación de otro* ante el incumplimiento de éste».

El Código Civil y Comercial de Tailandia (Sección 680, primer párrafo) expresa: «La fianza (*suretyship*) es un contrato en el cual una tercera persona llamada fiador (*surety*), se obliga personalmente ante el acreedor *a satisfacer una obligación en la eventualidad de que el deudor deje de cumplirla*».

El Código de Japón (art. 446) indica: «Responsabilidad del fiador. Un fiador (*surety*) es responsable *de ejecutar la obligación en los casos en que el principal obligado incumpla*».

El Código de Uruguay (art. 2.102, primer párrafo) señala: «Fianza es la obligación de *pagar o cumplir por un tercero* en el caso de que éste no lo haga».

El de Guatemala (art. 2.100, primer párrafo) establece: «Por el contrato de fianza una persona se compromete *a responder por las obligaciones de otra*».

Un texto muy similar al mencionado en último término es el del artículo 916.I, del Código de Bolivia.

El Código de Costa Rica (art. 1.301) expresa: «El que se constituye fiador de una obligación, *se sujeta respecto del acreedor a cumplirla*, si el deudor no la satisface por sí mismo».

El Código de Brasil indica: «Se da el contrato de fianza cuando una persona se obliga por otra, respecto de su acreedor, *a satisfacer la obligación*, en el caso de que el deudor no la cumpla».

El de Venezuela (art. 1.804) señala: «Quien se constituye fiador de una obligación *queda obligado para con el acreedor a cumplirla*, si el deudor no la cumple».

El Código de Paraguay (art. 1.456) establece: «Por el contrato de fianza una parte se obliga accesoriamente respecto de la otra, *a cumplir la obligación de un deudor de éste...*».

El Código portugués (art. 627.1) expresa: «El fiador *garantiza la satisfacción del derecho de crédito*, quedando personalmente obligado ante el acreedor».

El Código alemán (art. 765, primer párrafo) indica: «Por el contrato de fianza *se obliga el fiador, frente al acreedor de un tercero, a responder del cumplimiento de la obligación del tercero*».

El Código suizo de las obligaciones (art. 492.1) señala: «Por la fianza, el fiador se constituye en *garante del deudor principal ante el acreedor para la satisfacción de la deuda*».

El Código argentino (art. 1.986) establece: «Habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría» (31).

Finalmente, el Código italiano (art. 1.936, primer párrafo) expresa: «Es fiador aquél que, obligándose personalmente ante el acreedor, garantiza el cumplimiento de una obligación ajena».

Como puede apreciarse, la mayoría de Códigos citados conciben a la fianza como un contrato en el cual el fiador constituye un tercero convencionalmente previsto para hacerse cargo de la deuda no satisfecha por el deudor.

En ese orden de ideas, producido el incumplimiento, el fiador queda obligado a cumplir la prestación del deudor antes que una prestación propia.

Esto se ve corroborado si confrontamos lo que expresan los artículos 1.991 y 1.992 del Código Civil argentino:

«La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal».

«Cuando la obligación principal no tuviese por objeto el pago de una suma de dinero, o de un valor apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, o algún hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador de la obligación sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por inejecución de la obligación» (32).

De esta manera, se exige que el contenido de la relación obligatoria de fianza esté constituido, en principio, por una prestación idéntica a la que debe ser ejecutada por el deudor en el marco de la obligación afianzada.

En la doctrina se formula el mismo planteamiento. Así, por ejemplo, se sostiene que «en caso de que se afiancen obligaciones de dar cosa fungible, el fiador debe esas mismas cosas» (33).

(31) Debe destacarse que el Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio de 1998, en términos semejantes a los del artículo 1.868, primer párrafo del Código Civil peruano, establece en su artículo 1.486, primer párrafo, lo siguiente: «Definición. En el contrato de fianza una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento».

(32) La regla del artículo 1.982 del Código argentino ha sido mantenida en el proyecto de 1998. El segundo párrafo de su artículo 1.486 establece: «Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución».

El texto transcrito restringe contradictoriamente los alcances amplios del primer párrafo del artículo 1.486 (vid. *supra* nota 31), pues afirma que la prestación del fiador, en los casos que contempla, necesariamente se traducirá en una suma de dinero como materialización de la indemnización, descartando que tal prestación del fiador pueda revestir cualquier otra modalidad.

(33) JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ambito de responsabilidad*, COMARES, Granada, 1988, pág. 110.

Mientras que «si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa no fungible, la mayor parte de la doctrina científica afirma que la obligación del fiador se reduce a la satisfacción de los daños producidos por el incumplimiento de la obligación principal» (34).

No se advierte, empero, que el fiador puede obligarse por menos, con lo cual no se presentaría la identificación exigida entre la prestación del deudor y la del fiador.

Lo expuesto ratifica el hecho de considerarse al fiador como un tercero que ejecutará la prestación del deudor en caso de incumplimiento de éste. De lo contrario, no podría justificarse la exigencia de identidad entre la prestación del fiador y la del deudor.

Sin embargo, ¿por qué no asumir que lo que ocurre propiamente es que el fiador garantiza con una prestación propia de cualquier clase la ejecución de una prestación ajena?

En tal supuesto no habría el menor inconveniente en que el contenido de la relación obligatoria de fianza no guardara identidad con el de la obligación afianzada, ni tendría especial interés discutir sobre si tal circunstancia es factible o no en la fianza, como se detienen a evaluarlo los autores.

La relación obligatoria de fianza, que reúne todos los requisitos propios de una relación jurídica con contenido patrimonial (partes acreedora y deudora, vínculo jurídico, interés del acreedor, deber de prestación), es distinta de la relación obligatoria garantizada, si bien tiene el carácter de accesoria, con todas las consecuencias que de ello derivan.

El fiador es un verdadero deudor ante el acreedor respecto de una prestación propia que deberá satisfacer si el deudor no ejecuta la suya. El fiador es responsable del cumplimiento de la prestación que ha asumido en garantía de la ejecución de la prestación del deudor contraída por éste en el marco de la obligación principal.

La relación obligatoria de fianza se extinguirá por el cumplimiento de la prestación del fiador y también, por supuesto, en el caso de que se extinga la relación obligatoria principal.

Ahora bien, en caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada, el fiador deberá ejecutar la prestación que se comprometió a cumplir, la cual, si bien es cierto, podrá identificarse con la prestación incumplida, y tal vez eso sea lo frecuente, no necesariamente debe revestir tal condición, pues el fiador puede obligarse a un dar distinto de la entrega de una suma de dinero, a un hacer o, incluso, a un no hacer.

Pensemos en un contrato de obra donde la fianza se celebra en garantía del fiel cumplimiento de la prestación del contratista, que importa un hacer, y que tiene como contenido una prestación dineraria de cargo del fiador.

(34) *Op. cit.*, en nota anterior, págs. 112 y 113.

Puede decirse entonces, como lo hace Díez Pícazo (35), que «normalmente la obligación del fiador es idéntica a la del deudor» y que «la prestación debida por el fiador es la misma y debe ejecutarse en las mismas condiciones», pero no sostener que necesariamente tiene que serlo y, por tanto, que el fiador deba obligarse a lo mismo que el deudor de la obligación garantizada.

En este sentido, constituye un acierto del Código Civil peruano, haber puesto de manifiesto que el fiador se obliga frente al acreedor con una prestación propia que puede ser de cualquier clase, apartándose de la generalidad de Códigos que dan a entender que el fiador cumple ejecutando necesariamente la prestación que asumió el deudor y que éste no verificó.

En consecuencia, debe descartarse la afirmación de que la fianza ejemplifica un supuesto de responsabilidad sin deuda, por cuanto el fiador es un verdadero deudor, un deudor en sentido estricto frente al acreedor, respecto de una prestación concreta y propia que deberá satisfacer de no ejecutar el deudor la que le compete.

c) ¿GARANTÍA PERSONAL O REAL?

La fianza es considerada la garantía personal por excelencia. Sin embargo, algunos autores la califican como garantía real. Amorós Guardiola (36) sustenta este planteamiento partiendo de la idea de que «la garantía se obtiene ampliando la responsabilidad del patrimonio del deudor con un nuevo objeto que queda especialmente vinculado al cumplimiento en cuanto la fianza supone la afección de un patrimonio sucesiva y accesoriamente».

La fianza, en este orden de ideas, constituiría una garantía real en la medida en que un nuevo patrimonio se encuentra sujeto al cumplimiento de la obligación principal.

No obstante, es preciso advertir que el fiador no se obliga a someter su patrimonio en general en relación con el cumplimiento de una obligación ajena, sino, como se ha expresado antes, a ejecutar una prestación determinada, en caso de que el deudor no cumpla con la que le corresponde.

El contenido de la relación obligatoria de fianza es una prestación del fiador, esto es, una conducta determinada exteriorizada en un dar, hacer o no hacer. Dicho contenido no está dado por el patrimonio del fiador. Es de observar que el patrimonio del fiador no se ve afectado por el incumplimiento del deudor.

(35) *Op. cit.*, pág. 429.

(36) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1972-I, págs. 285 y 286.

De lo que no existe duda alguna es de que en caso de que el fiador no satisfaga la prestación a su cargo, el acreedor hará efectiva la correspondiente responsabilidad sobre la totalidad de su patrimonio, como ocurre en cualquier relación obligatoria donde el acreedor está amparado siempre por una garantía real genérica.

La responsabilidad patrimonial universal asumida por el fiador se presenta, en la relación obligatoria de fianza, en razón de su condición de deudor sujeto a un deber de prestación a favor del acreedor.

En cambio, como señala ALVENTOSA (37), en las garantías reales, «cuando se produce el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor no se dirige contra el garante para que éste realice una prestación, sino que se dirige directamente sobre la cosa afectada al cumplimiento de dicha obligación».

d) ¿DEBE PROCEDER LA SUBROGACIÓN EN LA FIANZA?

La generalidad de Códigos reconoce que el fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor: artículo 1.738, primer párrafo del Código Civil de Puerto Rico (4.912, primer párrafo LPRA); artículos 2.029 y 2.030 del Código argentino; 1.839, primer párrafo del Código español; 1.949 del Código italiano; 2.830 del Código mexicano del D.F.; 2.991 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo; 2.760 del Código del Estado de Jalisco; 284 del Código cubano; 2.029 de los Códigos francés, belga y de la República Dominicana; 507 del Código Suizo de las Obligaciones; 1.530 del Código de Panamá; 2.038 del Código de Honduras; 3.047 y 3.048 del Código de Luisiana; Sección 693, segundo párrafo del Código tailandés; 1.476 del Código de Paraguay; 2.114 del Código de Guatemala; 644 del Código de Portugal; 934 del Código de Bolivia; 1.651, 1.656, inciso 3, y 2.355 del Código de Quebec; 1.822 del Código de Venezuela; 2.132 del Código de Uruguay; 774 del Código alemán; 1.495 del Código brasileño; 1.668, inciso 3, del Código colombiano; 1.480, inciso 3, del Código salvadoreño; 1.563, inciso 3, del Código ecuatoriano; y 1.610, inciso 3, del Código chileno.

El Código peruano no se aparta de esta tendencia. Así, el primer párrafo del artículo 1,889 establece que «el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor».

Nótese que el texto se refiere inapropiadamente al pago de *la* deuda, aludiéndose con esa expresión a la deuda de cargo del deudor de la obligación principal, cuando lo correcto hubiera sido hacer mención al pago de *su* deuda o de la deuda *a su cargo* para guardar concordancia con lo establecido en el primer párrafo del artículo 1.868.

(37) *Op. cit.*, pág. 7.

El denominado pago con subrogación, a decir de BUSTAMANTE ALSINA (38), «al sustituir la persona del acreedor por otro sujeto que hace el pago al deudor poniendo al solvens en la misma situación jurídica en que aquél se encontraba frente a su deudor, constituye un fuerte estímulo para concitar a los terceros a solventar deudas ajenas cuando consideren que alguna ventaja les reporta».

Se trata, entonces, de un mecanismo concebido para operar fundamentalmente en los casos de pago por tercero, si bien se admite, y ello está plenamente justificado, que opere también en los supuestos de pago por uno de los deudores solidarios o de prestación indivisible (art. 1.260, inciso 1, del Código Civil) y cuando es el propio deudor el que paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en la ley (art. 1.261, inciso 3, del Código Civil).

Sin embargo, la aplicación de la figura carece, a mi entender, de sentido en el caso de la fianza, si se conviene, como lo propongo, en que lo que hace el fiador es ejecutar una prestación propia, antes que ejecutar la prestación del deudor no verificada por éste. Una vez realizada la ejecución de su prestación por el fiador, es decir, el pago, la relación obligatoria de fianza debe entenderse extinguida.

Si al fiador no puede atribuírsele la calidad que ostenta un tercero que paga por el deudor, debe excluirse la aplicación de la subrogación.

Pero aparte de ello, la figura carece de sentido práctico si se aplica a la fianza, pues como es sabido, la subrogación autoriza al subrogado sólo al ejercicio de los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, *hasta por el monto de lo que hubiese pagado* (cfse. art. 1.262 del Código Civil). Adviértase, además, el hecho de que la subrogación procede con propiedad sólo respecto de relaciones obligatorias que versan sobre prestaciones dinerarias o de bienes fungibles y consumibles y no respecto de otro tipo de prestaciones, aun cuando pudiera pensarse que tiene alcances más amplios. Así, ¿qué efectos podría producir la subrogación, por ejemplo, en el caso de que la obligación afianzada tuviera por contenido una prestación de hacer?

Ocurre, sin embargo, que el fiador puede haber incurrido en gastos al tiempo de ejecutar la prestación a su cargo o haber sufrido daños, todo lo cual no podría ser objeto de satisfacción a través de la subrogación, que sería insuficiente para amparar debidamente los derechos del fiador.

Para suplir esta deficiencia se consagró, junto con la subrogación, la acción de reembolso (cfse. art. 1.890 del Código Civil peruano) que autoriza al fiador a obtener el total de lo pagado por él, los intereses legales correspon-

(38) JORGE BUSTAMANTE ALSINA, «Naturaleza jurídica del pago con subrogación», en *La Ley*. Año L, núm. 222, pág. 12.

dientes, los gastos ocasionados y la indemnización por daños (cfse. el art. 1.737 del Código Civil de Puerto Rico (4.911 LPRA), así como los artículos 1.838 del Código español; 2.828 y 2.829 del Código mexicano del D.F.; 2.990 y 2.991 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo; 2.759 del Código del Estado de Jalisco; 2.028 de los Códigos francés, belga y de la República Dominicana; 1.529 del Código de Panamá; 2.037 del Código hondureño; 1.477 del Código paraguayo; 2.356 del Código de Quebec; 3.047 y 3.049 del Código de Luisiana; Sección 693, primer párrafo del Código tailandés; 933 del Código boliviano; 1.821 del Código venezolano, y 2.131 del Código uruguayo; 2.395 del Código colombiano; 2.120 del Código salvadoreño; 2.296 del Código ecuatoriano, y 2.370 del Código chileno) (39).

Empero, la existencia de esta segunda vía originó inevitablemente la discusión acerca de si es posible o no el ejercicio simultáneo de ambos derechos.

En mi opinión, la consagración de la subrogación a favor del fiador no tiene justificación y, por tanto, debe ser suprimida, debiendo contemplarse sólo la existencia de la acción de reembolso que asegura, adecuadamente a mi entender, los intereses del fiador. Ello, en razón de que si el fiador ejecuta la prestación a su cargo, la relación obligatoria de fianza se extingue, pues el fiador ha cumplido con el deber de prestación al que se comprometió y no con aquello a lo que estaba obligado el deudor, aun cuando guarden identidad ambas prestaciones, la de la fianza y la de la obligación principal, habiéndose satisfecho así el interés del acreedor, y procediendo sólo a hacer efectiva la responsabilidad contra el deudor.

V. LA PENA OBLIGACIONAL

a) DENOMINACIÓN

Es frecuente que se emplee indistintamente, para referirse a esta figura, las expresiones «cláusula penal», «obligaciones con cláusula penal» o «pena». Sin embargo, en mi opinión, la expresión más adecuada es «pena obligacional».

(39) Conviene mencionar, a propósito del Proyecto argentino de 1998 que, al igual que en el Código de Vélez Sarsfield (art. 2.030), en él se contempla sólo la subrogación del fiador, pero con un contenido ampliado, como resulta del texto del artículo 1.502 del indicado proyecto: «Subrogación. El fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor y puede exigir el reembolso de lo que ha pagado con sus intereses desde el día del pago y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza».

Sin embargo, la regla transcrita no guarda concordancia con el inciso b) del artículo 851 del mismo Proyecto que, a propósito de los efectos de la subrogación, señala: «Efectos. La subrogación transmite al tercero todos los derechos y acciones del acreedor

Con la primera, cláusula penal, se alude a la estipulación accesoria a un acto principal que contiene la pena. Sin embargo, como es sabido, la denominada cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior a ella, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal. En este caso, hablar de «cláusula penal» resulta impropio.

La segunda —«obligaciones con cláusula penal»—, hace referencia a aquella obligación cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena. La tercera —«pena»—, sin estar unida a otro vocablo que la califique, tiene el inconveniente de emplearse con un sentido definido en otros ámbitos jurídicos, concretamente en el Derecho Penal.

La denominación «pena obligacional», en cambio, estará referida al mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria nacida de la ley —por lo que no sería propio hablar de «pena convencional» o «voluntaria»— o de la voluntad de las partes, constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor [o un tercero, según algunos autores y legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —por ejemplo, cuando no colabora con el deudor a fin de que éste pueda verificar la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—] se obliga a ejecutar en caso de inejecución total o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal.

b) ¿MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE LA PENA? SISTEMA A ELEGIR

Es necesario señalar que una de las cuestiones más controvertidas, a propósito de la pena obligacional, es la que se refiere a su mutabilidad o inmutabilidad, es decir, si puede o no ser modificada por decisión judicial cuando el deudor no ejecuta la prestación a su cargo de manera total.

Existe al respecto un importante debate doctrinario que ha trascendido a las codificaciones. En este sentido, puede observarse notoria diversidad de posiciones, a diferencia de lo que se presenta en el caso en que la prestación a cargo del deudor es ejecutada de modo parcial o irregular con aceptación del acreedor, donde la solución es uniforme. Efectivamente, en tal caso todos concuerdan en que la pena debe ser reducida proporcionalmente.

Por tal razón, las reflexiones siguientes estarán referidas sólo a la cuestión mencionada en primer término.

subrogado, y los accesorios del crédito, contra el deudor principal, sus coobligados y los garantes personales y reales, con las siguientes limitaciones: (...) *b) El subrogado sólo puede ejercer los derechos del acreedor hasta la concurrencia del valor de lo que ha desembolsado para liberar al deudor. (...)».*

Es notorio que la mayoría de códigos se inclina por el sistema de mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

El régimen vigente en el Perú no equilibra armoniosamente los intereses del acreedor y del deudor. El artículo 1.346 del Código Civil autoriza la reducción de la pena en caso de ser manifiestamente excesiva, pero no su aumento. Es cierto, como se mencionó anteriormente, que se contempla la denominada indemnización del daño ulterior, que en alguna medida atempera el problema, pero para pretenderla es indispensable el pacto previo y, por supuesto, la prueba posterior de los daños adicionales a cargo del acreedor. En otras palabras, si el acreedor no cuida en convenirla, no podrá exigir y obtener un mayor monto a título indemnizatorio, no obstante haber sufrido efectivamente y probado mayores daños.

El sistema de la mutabilidad absoluta al que me adhiero es cuestionado severamente, pues se considera que el hecho de autorizarse el aumento o reducción de la pena, a solicitud del acreedor o deudor, respectivamente, «parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba. Si la cláusula penal... se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en la mayoría de los casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto. Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación, cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal— por un juicio complejo y costoso en que se objeta el valor de ese pacto. Pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía» (40).

Es exacto que la pena cumple una función indemnizatoria, pero no puede desconocerse al mismo tiempo que las partes contratantes no se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita afirmar categóricamente que contratan con la misma libertad. La tradicional idea de que existe una paridad jurídica de los contratantes no puede sostenerse más en nuestros días. Baste referir la discusión que suscitan los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado, siendo frecuente que una de ellas se vea obligada por necesidad a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que usualmente se encuentran en manos de entes monopólicos.

(40) FELIPE OSTERLING PARODI, «Inmutabilidad de la cláusula penal», en *Derecho. Organo de la Facultad de Derecho*, núm. XXIV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1965, pág. 20.

Por ello el juez debe ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía privada.

En consecuencia, antes que hacer primar la pureza conceptual de una institución que, como resultado de una aplicación inflexible en el marco de la inmutabilidad absoluta, puede conducir a que se consumen abusos, debe tomarse partido por la justicia y la solidaridad y optar por la solución de la mutabilidad total de la pena, admitiendo, por consiguiente, tanto su aumento como su disminución, a pedido de parte. En este orden de ideas, la carga de la prueba recaerá sobre quien solicite el reajuste, es decir, el acreedor, para lograr el incremento, o el deudor, para obtener la reducción.

A este respecto, participo de la opinión de GORLA cuando señala que «la sanción en su determinación y en su aplicación da lugar... a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de manera directa o indirecta, se haya establecido convencionalmente, habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que haya que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de la justicia» (41). En razón de las mismas consideraciones se justifica plenamente la procedencia del aumento de la pena cuando fuese diminuta.

Debe observarse que la reducción o el aumento ha de proceder sólo en la medida en que exista una ostensible diferencia entre la cuantía de la pena y los daños irrogados. No ha de bastar entonces la mera diferencia. Nótese, a este respecto, que los Códigos que contemplan la reducción o el aumento de la pena o ambos suelen exigir para ello la existencia de un «monto desproporcionado» (Código argentino, art. 656, segundo párrafo) o que la pena sea «manifiestamente excesiva o diminuta» (Código francés, art. 1.152, segundo párrafo), «desproporcionadamente alta» (Código Civil y Comercial de Tailandia, sección 383, primer párrafo), «manifiestamente excesiva» (Código paraguayo, art. 459) o «extraordinariamente alta» (Código alemán, art. 343, primer párrafo).

A la fecha, son pocos los Códigos que mantienen la tesis de la inmutabilidad absoluta de la pena, esto es, que niegan la posibilidad de modificación de la pena, aun cuando resulte manifiestamente diminuta o excesiva. Se trata de una posición en franca retirada. Es notorio que la mayoría de Códigos

(41) GINO GORLA, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español por José Ferrandis Vilella. Tomo I. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, págs. 299-300.

se inclina por la mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

Algunos Códigos como el brasileño en su artículo 920 han intentado una solución distinta a la vigente hoy en Francia, conforme al artículo 1.152 del Código Napoléon, según el texto introducido por la Ley número 75-597, de 9 de julio de 1975, que autoriza tanto el aumento como la disminución de la pena (42).

El Código del Brasil establece que «el valor de la conminación impuesta por la cláusula penal no puede exceder el de la obligación principal».

En mi opinión, el establecimiento de límites máximos legales para la pena obligacional no resulta aconsejable, pues de ese modo pierde su carácter de compulsoriedad, dado que no incita al deudor a cumplir, y también se ve frustrada su función indemnizatoria, en razón de que no necesariamente cubrirá los daños que efectivamente haya sufrido el acreedor en exceso del valor de la prestación debida, si éste fuera, como lo es en Brasil, el límite legalmente establecido.

Por lo demás, como expresa PEIRANO FACIO (43), «en función de este límite y aun cuando en principio no debe admitirse la intervención judicial respecto de la determinación del *quantum* de la pena, los jueces pueden in-

(42) El Código Civil holandés establece lo siguiente en el artículo 94 de su Libro 6: «1. El juez puede reducir la pena estipulada, a requerimiento del deudor, si es evidente que la equidad así lo exige; el juez, sin embargo, no puede otorgar al acreedor menos que la reparación legal por la inejecución de la obligación.

2. El juez puede otorgar una indemnización suplementaria, a requerimiento del acreedor, si es evidente que la equidad así lo exige; esta compensación es adicional a la pena estipulada destinada a reemplazar la reparación legal.

3. Son nulas las estipulaciones derogatorias del párrafo 1».

Por su parte, el Proyecto argentino de 1998 establece lo siguiente:

«Artículo 1.645.—Reducción. El Tribunal sólo tiene atribuciones para reducir la cláusula penal si hay petición de parte interesada, en los siguientes casos:

a) Si la obligación fue cumplida parcialmente y reportó utilidad para el acreedor.

b) Si su monto resulta notablemente desproporcionado con relación al daño sufrido por el acreedor.

En ambos casos se toma en cuenta el interés del acreedor, de cualquier índole, en el cumplimiento de la obligación principal.

En los contratos discrecionales, la reducción puede ser excluida por estipulación expresa».

«Artículo 1.646.—Reparación mayor. El acreedor no tiene derecho a que le sean reparados los daños que excedan el valor de la cláusula penal, aunque pruebe la insuficiencia de lo pactado, salvo que:

a) Haya estipulado lo contrario.

b) El deudor actúe con dolo.

c) Su monto sea ínfimo.

d) Su estipulación importe soslayar la prohibición legal de excluir o de limitar la responsabilidad».

(43) JORGE PEIRANO FACIO, *La cláusula penal*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, 1982, pág. 238.

tervenir en éste, reduciendo las penas que están por encima del límite dado y, en ciertos casos, apreciando cuál sea ese límite».

Como es de verse, aun en el sistema del límite legal, no es posible sustraerse a la eventualidad de que se promueva un proceso judicial en el que se discutan los alcances de la pena.

Otro problema se suscita cuando no puede determinarse claramente el valor de la prestación principal cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena, y por ello no resulta sencillo definir con certeza y confiabilidad si ésta se encuentra o no encuadrada dentro del límite legal, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en obligaciones con prestación unilateral (donación o suministro gratuito, por ejemplo) o en obligaciones con prestaciones recíprocas en que las prestaciones no tienen por objeto una suma de dinero (permuta, por ejemplo).

Los problemas se acrecientan si aun tratándose de una obligación con prestaciones recíprocas en que una de las prestaciones tiene por objeto una cantidad de dinero (compraventa, locación de servicios, obra, por ejemplo), la pena está constituida por una prestación de dar un bien cierto o por una de hacer o no hacer.

Producido el incumplimiento total, ¿puede descartarse acaso que en esos supuestos el deudor no podrá cuestionar la pena alegando que es excesiva, dada la fragilidad de los cálculos efectuados para su fijación? Definitivamente ello no será posible, siendo entonces inevitable someterse al arbitrio judicial, que es lo que teóricamente se deseaba evitar. Como consecuencia de lo anotado, puede incluso llegar a comprobarse que la pena es diminuta, no obstante lo cual no procederá su aumento.

En este orden de ideas, resultan plenamente fundadas las objeciones que formula CONTINENTINO (44), al comentar el artículo 920 del Código brasileño: «Resulta de este dispositivo que para ser aplicable la pena, se hace indispensable estimar previamente su valor, a fin de determinar si ella sobrepasa la obligación principal. Tal evaluación, sin una base cierta, resultante de cálculos en función de una precariedad notoria, cuya solución puede ser inevitablemente arbitraria, además de suprimir una de las ventajas de la pena, cual es la fijación previa extrajudicial de la indemnización, dificulta en vez de simplificar el proceso de liquidación de las pérdidas y daños».

Ponderando las distintas opciones que ofrece la cuestión, se opta en el proyecto de reforma del Libro VI del Código Civil del Perú por autorizar al juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, a reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta, siendo nulo todo pacto en contrario. En concordancia con ello, se suprime la indemnización del daño ulterior.

(44) Cit. por JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, *Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939, pág. 139.

Sin perjuicio de lo expresado, no puedo dejar de preguntarme si no tiene razón PALUDI (45) cuando señala «si, en realidad, no nos encontramos ante una figura jurídica que ha perdido vigencia, que respondía más a los fines de un derecho más acorde con otras épocas que a los de un derecho más actualizado. (...) Una concepción individualista y con fuerte preponderancia del principio de la “autonomía de la voluntad”, es lógico que nutra el contenido de las reglas que gobiernan una sociedad de neto corte individualista, pero esa concepción plasmada en normas jurídicas no va a servir de igual forma para regir una sociedad basada en otras formas de vida que protegen mucho más los intereses colectivos que los individuales ya que, poco a poco, se verá superada por esas pautas sociales que marcan un rumbo diferente del sistema jurídico. (...) De tal manera entonces las figuras jurídicas que fueron inspiradas en órdenes sociales diferentes y que respondían a necesidades en otras épocas, van a verse desubicadas con la realidad social nueva y van a necesitar, en algunos casos, un reacondicionamiento, una reforma que les permita seguir siendo útiles a los fines perseguidos por una sociedad que se mueve con pautas diferentes; y en otros, no alcanzará ese reacondicionamiento y deberán ser eliminadas porque de lo contrario caerán en el “desuetudo”. (...) Esto es lo que ocurre con la cláusula penal y su inmutabilidad. Al quitársele este último efecto y tratar de reacondicionarla o adaptarla a una sociedad con valores diferentes, pierde toda su eficacia y carece de sentido jurídico su utilización».

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS
Catedrático de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima
Académico correspondiente de la Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

(45) OSVALDO C. PALUDI, «Replanteo de la función de la cláusula penal», en *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social*, año XII, núm. 11, noviembre de 1970. Buenos Aires, pág. 584.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

Préstamos hipotecarios: La Comisión Europea pone en marcha un Registro de establecimientos que se adhiere al Código de Conducta Europeo sobre la Información del Consumidor

Este Código de Conducta, relativo a la información precontractual sobre préstamos hipotecarios, fue firmado en marzo de 2001 por cinco asociaciones de consumidores europeas y seis asociaciones de crédito que ofrecen préstamos hipotecarios. Su objetivo es asegurarse de que los consumidores que contraten una hipoteca dispongan de una información transparente antes de firmar el contrato hipotecario.

En concreto, deberán recibir información general sobre la variedad de productos que se ofertan, incluyendo los distintos tipos de intereses (fijos, variables o la combinación de ambos), y sobre toda carga adicional relacionada con la hipoteca.

B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

— Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

— Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las provincias.

C) Leyes Autonómicas

Cataluña.—Ley 18/2001, de 31-12-2001. Orientación agraria.

— Ley 22/2001, de 31-12-2001. Regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.

— Ley 23/2001, de 31-12-2001. Cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.

— Ley 25/2001, de 31-12-2001. Acceso y ocupación.

— Ley 27/2001, de 31-12-2001. Justicia juvenil.

Extremadura.—Ley 15/2001, de 14-12-2001. Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

Madrid.—Ley 11/2001, de 19-12-2001. Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 20/2002, de 24-1-2002. Regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

Navarra.—Decreto Foral 344/2001, de 17-12-2001. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-99.

— Decreto Foral 2/2002, de 7-1-2002. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

D) Conferencia en la Academia Aragonesa de Legislación

En Zaragoza, y en un Pleno de la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia, el Académico de Número de la misma y de la Real Academia de Doctores, JESÚS LÓPEZ MEDEL, Registrador de la Propiedad (R.), presentó una ponencia sobre el tema *Relevancia jurídica de la calificación registral*. Luego de exponer la doctrina y práctica sobre los «hechos» y sus consecuencias en el mundo jurídico-registral, el ponente analizó la naturaleza, sentido y efectos prácticos de la calificación como acto de purificación de los hechos, situaciones o intereses que deben estar excluidos de la publicidad registral. En el debate se plantearon diversas cuestiones sobre las modificaciones que la llamada Ley de Acompañamiento para el año 2002 ha introducido en materias de calificación y recurso gubernativo.

E) Universidad Antonio de Nebrija

Se ha celebrado un foro sobre «Derecho y empresa» con el siguiente programa:

— *La declaración del concurso: presupuestos y efectos*, por el Profesor Doctor don EMILIO BELTRÁN, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad San Pablo CEU.

— *La administración judicial*, por don FRANCISCO PRADA, Abogado y Economista.

— *La resolución del concurso: el convenio*, por el Profesor Doctor don ANGEL ROJO, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid. Vocal de la Comisión General de Codificación.

- *Los privilegios*, por la Profesora Doctora doña NURIA BERMEJO, Profesora ayudante. Universidad Autónoma de Madrid.
- *Las reestructuraciones empresariales*, por don ENRIQUE BUJIDOS, Director de Business Recovery Services Price Waterhouse Coopers.
- *La calificación del concurso y la responsabilidad de los administradores*, por don JOSÉ LUIS HUERTA, Abogado, Landwell.

Moderador: JOSÉ LUIS HUERTA, Abogado, Landwell.

II. Información de actividades

A) Colegio de Registradores

Durante los días 26 a 28 de febrero han tenido lugar en este Colegio unas jornadas sobre el tema *La sociedad europea*, con el siguiente programa:

- *Inauguración*, por el Ilmo. señor don TOMÁS GONZÁLEZ CUETO, Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional.
- *El reglamento comunitario de la sociedad europea en el marco del Derecho Comunitario de Sociedades*, por don LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Catedrático de Derecho Mercantil y Socio de Garrigues Andersen.
- *Características generales de la sociedad europea y jerarquía de normas aplicables*, por don LUIS VELASCO SAN PEDRO, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *Registro, domicilio y transferencia a otro Estado miembro*, por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Vocal de la Junta de Gobierno y Profesor de Derecho Mercantil.
- *Constitución por fusión*, por don ALFONSO SEQUEIRA MARTÍN, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *Constitución por holding y por filial*, por don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil.
- *Estructura de la administración: las distintas opciones*, por don GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *La asamblea general de accionistas*, por don FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *La sociedad europea y el control de concentraciones económicas*, por don ALBERTO ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil y Abogado.
- *Participación de los trabajadores: el problema en el ámbito comunitario y los principios inspiradores de la Directiva*, por don FERNANDO

VÁZQUES, Director de Unidad de Derecho del Trabajo. Servicios Jurídicos de la Comisión Europea.

- *Participación de los trabajadores: procedimiento de negociación y los distintos modelos de implicación*, por doña MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Catedrática de Derecho del Trabajo y Magistrada del Tribunal Constitucional.
- *La solución en caso de falta de acuerdo en la negociación: las alternativas del legislador español*, por don FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Catedrático de Derecho del Trabajo.

B) Club Siglo XXI

Dentro del ciclo «España en un mundo globalizado», el Decano Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, don FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, desarrolló el día 21 de marzo una conferencia sobre el tema *Función económica de los sistemas registrales*. Dado su interés, se publica su texto íntegro en este mismo número.

C) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

En los días 9 a 11 de abril ha tenido lugar un ciclo de conferencias sobre el tema general «Temas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7-1-2000», con el siguiente programa:

- *Problemas de la demanda ordinaria en la LEC*, por el Excmo. señor don VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, Académico de Número y Catedrático Emérito de la U.A.M.
- *La prueba en la nueva ley*, por el Excmo. señor don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Académico de Número.
- *La práctica de la LEC en los Tribunales de Cataluña*, por el Excmo. señor don JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ, Académico de Número.
- *El proceso monitorio en la LEC*, por el Ilmo. señor don JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, Catedrático de la Universidad «Jaime I» de Castellón.
- *Los recursos extraordinarios de la LEC*, por el Ilmo. señor don IGNACIO DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Catedrático de la Universidad ICADE de Madrid.
- *Relación entre los procedimientos de los recursos de la LEC y los de otras leyes procesales*, por el Excmo. señor don RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Académico de Número.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 2 de octubre de 2000.—RESPONSABILIDAD CIVIL.—Se anula sentencia de una Audiencia Provincial en la que se condena como responsables civiles subsidiarios, por la muerte de un trabajador, alterando de oficio el objeto del debate procesal.—Ponente: Señor Viver.

Antecedentes.—a) Por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ayamonte, se incoaron diligencias previas como consecuencia del desplome de una pared de una obra en construcción sita en La Redondela (Huelva), ocurrido el 2 de diciembre de 1994, que produjo el fallecimiento de doña Josefa Antonia Correa Barbosa. Tramitadas las oportunas diligencias, en las que se personaron los hijos de la fallecida en calidad de acusación particular, se celebró el juicio de faltas el día 9 de enero de 1997, en el que comparecieron como denunciados el aquí recurrente en amparo, don Antonio Marín Fatuarte, en calidad de arquitecto redactor del proyecto de ejecución de la obra; el aparejador don José María Contreras Camacho, solicitante del otro recurso de amparo acumulado, y don Tomás Martín Angulo, promotor de la obra. El Ministerio Fiscal instó únicamente condena para este último, como autor de una falta de imprudencia, consistente en una multa de 50.000 pesetas y al abono a los perjudicados de una indemnización de 16.000.000 de pesetas; el letrado de la acusación se adhirió a tal petición, haciéndola extensiva al resto de los denunciados, solicitando que, la indemnización se hiciese de forma conjunta.

b) Por sentencia de 10 de enero de 1997, el Juzgado de Instrucción número 2 de Ayamonte declaró extinguida la responsabilidad criminal de los acusados por prescripción de la falta, al valorar que las actuaciones judiciales habían estado paralizadas desde el 21 de julio hasta el 10 de octubre de 1996. Se dan como hechos probados que en mayo de 1994 el constructor paralizó las obras por falta de recursos económicos, manifestándolo a los dos técnicos, quienes no anotaron la paralización en el libro de obras, ni volvieron a visitarlas. El constructor las reinició en otoño de ese año, para lo cual levantó dos paredes laterales sin supervisión de los técnicos, a los que no avisó de tales trabajos. El derrumbe de uno de esos muros fue el que provocó la muerte de la señora Correa Barbosa.

c) La anterior resolución fue recurrida en apelación por los perjudicados, afirmando la responsabilidad de los tres denunciados, para los que solicitaron su condena como autores de una falta de imprudencia y el pago de 16.000.000 de pesetas a los herederos de la fallecida. Los hoy demandantes de amparo impugnaron el recurso de apelación, pidiendo la confirmación de la sentencia de instancia. La Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia el 30 de julio de 1997, en la que estimó el recurso de los perjudicados revocando la de instancia al no considerar acreditada la prescripción, y condenando al promotor de la obra, don Tomás Martín Anguío, como autor de una falta de imprudencia con resultado de muerte, y como responsables civiles subsidiarios al arquitecto y al aparejador, hoy demandantes de amparo.

El recurrente de amparo don Antonio Marín Fatuarte considera que la sentencia de apelación vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a ser informado de la acusación formulada y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), por cuanto declara su responsabilidad civil subsidiaria, petición que ninguna de las acusaciones formuló a lo largo del proceso, incluida la apelación. Asimismo, la sentencia impugnada conculcaría esos derechos al estimar como causas de interrupción de la prescripción una providencia del registro de faltas y la aportación de un exhorto.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

2.º Restablecerles en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 30 de julio de 1997, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, dictada en el recurso de apelación (rollo núm. 75/97), en el particular relativo a la declaración como responsables civiles subsidiarios de los recurrentes.

Fundamentos jurídicos.—1. Los demandantes en los recursos de amparo acumulados imputan a la sentencia de 30 de julio de 1997, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, dictada en el rollo de apelación número 79/97, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 y 2 CE) al haberles condenado en calidad de responsables civiles subsidiarios sin que ninguno de los intervinientes en el proceso penal formularan tal petición. Ambos recurrentes fueron absueltos por la sentencia de instancia de una falta de imprudencia y la consiguiente responsabilidad civil directa, acusación formulada por los perjudicados y reiterada en apelación, pero fueron condenados por la Audiencia Provincial, a su juicio de forma incongruente, como responsables civiles subsidiarios. Alegan los demandantes de amparo que no pudieron contradecir una pretensión no formulada por la parte recurrente en apelación, conteniendo la sentencia impugnada un pronunciamiento sorpresivo que vulneró el principio acusatorio y el derecho a la congruencia de las resoluciones judiciales, causándoles indefensión. Subsidiariamente, se imputa a la misma resolución una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por revocar de forma inmotivada la prescripción de la falta que en su momento se apreció en la sentencia de instancia.

El Ministerio Fiscal entiende que la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, que condenó a los recurrentes como responsables civiles subsidiarios, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al modificar el objeto del proceso, introduciendo una cuestión jurídica nueva que no pudo ser contradicha por aquéllos. Dado que resolvió una cuestión no pretendida, la resolución ahora recurrida habría alterado *ex officio* el objeto del debate procesal, resultando incongruente con el que se había sustanciado previamente. En atención a ello, solicita el otorgamiento del amparo a los recurrentes y la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva en lo relativo a la declaración como responsables civiles subsidiarios, dejando subsistente el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma.

2. Aun cuando los recurrentes residencian su denuncia de indefensión indistintamente en la vulneración tanto del principio acusatorio como del derecho a la congruencia de las resoluciones judiciales, lo cierto es que, al limitarse la condena que les ha sido impuesta al ámbito de la responsabilidad civil, el derecho más directamente implicado es este segundo, ya que, como hemos señalado en diversas ocasiones, el principio acusatorio «no es sin más trasvasable al campo de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal» (ATC 186/1994, de 6 de junio; en el mismo sentido, STC 125/1993, de 19 de abril).

Pues bien, respecto de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha declarado que el vicio de incongruencia entendido como desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones formuladas por las partes, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discorra la controversia procesal (entre las más recientes, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 29/1999, de 8 de marzo, FJ 2; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 17/2000, de 31 de enero, FJ 4; 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4). En esas mismas resoluciones hemos declarado que el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*), y en relación a estos últimos elementos hemos afirmado que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión. En el bien entendido que esta doctrina no impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, como expresa el viejo aforismo *iura novit curia*, los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes.

La que hemos llamado incongruencia *extra petitum* se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión o una causa de pedir que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y la causa del pedir o el *petitum* (SSTC 98/1996, de 10 de junio, FJ 2; 220/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4). Ahora bien, la incongruencia *extra petitum*

sólo tiene relevancia constitucional y lesiona el artículo 24.1 CE en la medida en que provoque indefensión al defraudar el principio de contradicción. Sólo si la sentencia modifica la *causa petendi* o el *petitum*, alterando la acción ejercitada, se habría dictado sin oportunidad de debate ni defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi* (STC 98/1996, FJ 2).

En este punto debe recordarse que el órgano judicial únicamente está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (STC 9/1998, FJ 2). En otras palabras, lo constitucionalmente decisivo desde las coordenadas procesales esenciales que exige el artículo 24 CE, es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en relación con todos los aspectos esenciales del conflicto en el que se halla inmerso y que van a ser objeto de pronunciamiento judicial. Y ello sucederá claramente en relación con los aspectos expresa y formalmente suscitados por las partes y con los que lógica o legalmente se hallan anudados a ellos, pero también podrá suceder con pretensiones implícitas de tal naturaleza que hagan «razonablemente previsible» su inclusión en el contenido del fallo (STC 144/1996, de 16 de octubre, FJ 4).

3. Pues bien, como se ha expuesto con detenimiento en los antecedentes, en el caso aquí enjuiciado, la sentencia de instancia, que declara extinguida por prescripción la posible responsabilidad criminal de los recurrentes en amparo, establece como hecho probado que la paralización de la obra «no se apuntó en libro de obras, y a partir del referido momento ni el arquitecto ni el aparejador volvieron a visitar la obra». En el recurso de apelación los recurrentes —hijos de la fallecida en el accidente— exigieron la responsabilidad del aparejador con el argumento de que el muro se construyó «con su presencia y anuencia» y la del arquitecto «por su obligación de exigir y vigilar el fiel reflejo de la obra en el correspondiente libro, y al no ser éste aportado, es obvio que su inexistencia prueba la falta de atención a la obra». En el suplico del recurso de apelación se solicitaba de la Sala que condenase «a los acusados como autores de una falta del artículo 586.bis del anterior Código Penal, de la que son autores los tres acusados, condenando a cada uno de ellos a la pena de 50.000 pesetas de multa, y solidariamente al pago de 16.000.000 de pesetas a los herederos».

En su respuesta al recurso de apelación, el arquitecto alega que «las alegaciones de la parte apelante, para intentar implicar al arquitecto, carecen de la menor fundamentación, pues la simple circunstancia de no haberse aportado el Libro de Ordenes de la obra, ni prueba su inexistencia, ya que dicho documento debe permanecer en la obra y su extravío no puede ser responsabilidad del arquitecto, ni ello puede constituir elemento probatorio de la supuesta falta de atención del mismo, pues no se comprende cómo tal circunstancia, caso de ser cierta, hubiera podido impedir el accidente, y que lo que resulta evidente es que, si el propietario decide suspender la obra, no puede exigírsele al arquitecto que esté constantemente pendiente de la reanudación, pues para ello tendría que visitar la obra a diario, obligación que ni siquiera

es exigible cuando la ejecución de la construcción se desarrolla con normalidad y sin interrupciones». La representación del aparejador insistió en que la conducta de su patrocinado «es ajena por completo al resultado del derrumbe parcial (las obras fueron paralizadas por falta de medios económicos del promotor-constructor, señor Martín Angulo, sin que por entonces se hubiera ejecutado el muro de la segunda planta derrumbado) tanto por no corresponder la ejecución material a sus atribuciones, su palmario desconocimiento de la reanudación de las obras y, en fin, por las causas directas del derrumbe causante que dimanen de circunstancias climatológicas extraordinarias, constitutivas de fuerza mayor como se halla acreditado en las actuaciones».

La sentencia de la Audiencia, dictada en apelación, condenó a los recurrentes en amparo como responsables civiles subsidiarios con el argumento de que «la imprevisión de los técnicos consiste en no anotar la suspensión de las obras en el libro correspondiente, dejando abierta su continuación en cualquier momento, como así ocurrió, sólo determina su responsabilidad civil subsidiaria, pues en definitiva seguían “abiertas” las obras, siguiendo el principio objetivo de que quien está a las ganancias debe ser a las pérdidas que inspira el artículo 22 del Código Penal de 1973, porque en el desempeño de la actividad el dependiente genera unas ventajas con riesgo de desventajas, este peligro de eventos desfavorables es el que deben asumir los técnicos que dejan que la actividad continúe, o que sea posible su continuación, porque ninguna medida adoptaron impidiendo su reanudación sin aviso previo para garantizar la supervisión de la ejecución en todo momento sin períodos incontrolados posibles».

De lo dicho se desprende que, aunque los hechos que dieron lugar a la condena civil —el no reflejo de la paralización de las obras en el correspondiente libro— pudieron ser debatidos y en realidad lo fueron a lo largo de las dos instancias, no es menos cierto que la pretensión sufrió una modificación sustancial al dictarse la sentencia de apelación, puesto que en ningún momento los recurrentes solicitaron la responsabilidad civil subsidiaria de los condenados, sino la responsabilidad penal como coautor de una falta de imprudencia con resultado de muerte y la responsabilidad civil directa. De este modo se alteró de oficio el objeto del debate procesal al introducir una pretensión nueva frente a la cual los recurrentes en amparo no pudieron defenderse ni entablar un debate contradictorio.

4. Esta constatación lleva a otorgar el amparo por este motivo y hace innecesario abordar el enjuiciamiento de los demás motivos alegados.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FERNANDO CURIEL LORENTE

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Registro de la Propiedad

Resolución de 14-12-2001
(*BCRE*, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 261)

ADJUDICACION NO FIRME.—POR APELACION.

Al ser una adjudicación provisional, sólo cabe la anotación preventiva.

Se deniega la inscripción de autos en el procedimiento del artículo 131, sobre adjudicación y cancelación de cargas, porque en los testimonios se expresa que ambas Resoluciones no son firmes por haberse interpuesto y admitido apelación a un solo efecto.

La Dirección General declara que no puede cerrarse el Registro a los procedimientos con autos apelados a un solo efecto, haciéndolo, eso sí, a través del asiento más conforme con su posible provisionalidad, cual es la anotación preventiva, si el interesado la solicita.

Resolución de 5-11-2001
(*BCRE*, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 228)

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA.—NO PROCEDE SI LA PRETENDE EL PROPIO TITULAR REGISTRAL EN SU FAVOR.

Ante una situación conflictiva en un procedimiento urbanístico, el titular de una finca obtiene un mandamiento judicial pretendiendo la anotación de una demanda para proteger el dominio que aparece inscrito en favor del propio demandante. La Dirección General confirma la nota denegatoria del Registrador y declara que es obvio que la propia situación del titular registral (art. 38 de la LH) es suficiente para que su dominio no pueda ser

cancelado sin su consentimiento, sin necesidad de la anotación ni otro asiento alguno.

Resolución de 23-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 249)

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO.—PENDENCIA DE RECURSO PREVIO PERO CON ASIENTO DE PRESENTACION CADUCADO.

Se deniega la práctica de una anotación por existir pendiente de resolución un recurso gubernativo, pero siendo dato a resaltar que cuando éste se interpuso ya había caducado el asiento de presentación del título que lo motivó.

Si se tiene en cuenta que conforme el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, no puede inscribirse ni anotarse título cuando están presentados anteriormente otros incompatibles, en tanto que se hayan vigentes los asientos de presentación de estos últimos, no podrá suspenderse el despacho del ahora cuestionado, so pretexto de la existencia de un título incompatible que no tiene asiento de presentación anterior y vigente.

Resolución de 31-10-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 224)

CAMBIOS EN LA ENTIDAD TITULAR.—TRACTO ABREVIADO.

Si se acompaña a la escritura de cancelación testimonio de los particulares del cambio de denominación de la entidad acreedora, así como de la escritura de escisión, inscritas en el Registro Mercantil, no hay inconveniente en que por el mecanismo de tracto abreviado se haga constar la cancelación perdida, previa la inscripción de la transmisión de la hipoteca causada por dicha escisión.

Resolución de 28-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 257)

CANCELACION.—DE ASIENTOS POSTERIORES.

No procede cuando había caducado la vigencia de la anotación a que se refiere el procedimiento que se ejecuta.

La caducidad de los asientos que nacen con duración determinada se opera de modo radical y automático, una vez llegado el día prefijado, y ello, tratándose de una anotación preventiva de embargo, determina que las cargas posteriores mejoran de rango registral, de modo que no procede acceder a la cancelación de éstas en virtud del mandamiento prevenido en los artículos 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 175.2 del Reglamento Hipotecario, dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si, al tiempo de presentarse aquél en el Registro, se había operado ya la caducidad, pues, caducada la anotación, el mandamiento carece de su virtualidad cancelatoria de anotaciones posteriores.

Resolución de 22-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 245)

CONCENTRACION PARCELARIA.—PROCEDIMIENTO EJECUTIVO SOBRE FINCAS DE PROCEDENCIA. DOBLE INMATRICULACION CON LAS DE REEMPLAZO.

No se puede negar la ejecución sobre determinada finca registral, so pretexto de que ésta se aportó a la concentración parcelaria al no existir asiento que menoscabe la presunción de la pertenencia del derecho inscrito. Si se da la doble inmatriculación deberán seguirse las vías preventivas establecidas en la legislación hipotecaria para remediar el defecto (arts. 42 y 313 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 26-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 251)

DERECHO DE REVERSION DE BIENES EXPROPIADOS.—POSIBILIDAD DE SU INSCRIPCION.

Se deniega la inscripción de una escritura por la que los titulares de una finca expropiada transmiten el posible derecho de reversión que en su día pudiera corresponderles.

La Dirección General declara inscribible este futuro derecho.

Normalmente, la cualidad del expropiado consta en el Registro sólo de manera implícita, pues en la inscripción de la expropiación consta la persona del anterior titular, contra quien se dirigió el expediente; ahora bien, legalmente está reconocida la posibilidad de transmisión de tal cualidad, puesto que el derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado y de sus causahabientes (cfr. art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa), por lo que los derechos que atribuye tal cualidad son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatez y eficacia *erga omnes* de todo derecho real. Pero para inscribir tales derechos han de concurrir todos los requisitos legales, y esencialmente, los de documentación pública y tracto sucesivo. También los requisitos establecidos por la normativa fiscal de que los actos traslativos estén liquidados de los Impuestos de Sucesiones o Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En consecuencia, son tres los hitos del «iter» de la reversión que pueden tener acceso al Registro: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los Tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. Nada obsta, reconocida la inscribibilidad del primer y el último paso de tal procedimiento, a la inscripción del segundo, que es análogo a un derecho real de adquisición, oponible a terceros, transmisible y perfectamente digno de protección registral.

Resolución de 3-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 227)

DONACION. ACEPTACION PRESUNTA DE LOS DONATARIOS.

En una escritura de donación comparecen los donatarios y hacen manifestaciones que presuponen la aceptación. La redacción no ofrece duda sobre el ánimo de hacer y recibir la donación y evidencian la aceptación de los donatarios, sin que tal aceptación exija determinados términos sacramentales.

Resolución de 12-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 238)

HERENCIA.—ACEPTACION Y ADJUDICACION. INTERVENCION DE LOS HEREDEROS.

La escritura de participación de herencia requiere la concurrencia de los herederos. No basta con que la herencia se tenga por aceptada en virtud del auto judicial en el procedimiento del artículo 1.004 del Código Civil. Para la participación hay que contar con los herederos cuyo consentimiento se había omitido. La simple aceptación, aún hecha ante el Juez, carece de toda efectividad para la participación.

Resolución de 31-10-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 224)

HIPOTECA.—CANCELACION.

Si se acompaña a la escritura de cancelación testimonio de los particulares del cambio de denominación de la entidad acreedora, así como de la escritura de escisión, inscritas en el Registro Mercantil, no hay inconveniente en que por el mecanismo de tracto abreviado se haga constar la cancelación perdida, previa la inscripción de la transmisión de la hipoteca causada por dicha escisión.

Resolución de 10-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 234)

HIPOTECA.—CANCELACION EN PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. NECESIDAD DE LA INTERVENCION DEL ACREEDOR.

En una finca sobre la que aparece inscrita una hipoteca, a continuación de la cual aparece una anotación preventiva del embargo trabado en unos autos sobre despido sin referencia alguna a una posible preferencia del crédito objeto de reclamación y una inscripción de la adjudicación aprobada en ellos en la que consta que el precio de remate, una parte lo es a cuenta del crédito ejecutado y en cuanto al resto el rematante se subroga en la hipoteca existente

sobre la finca, sin que en el acta de inscripción conste otra cosa que la inscripción de la transmisión; y por otro lado, un mandamiento, dimanante de los mismos autos en que se trabó el embargo, por el que se ordena la cancelación de la hipoteca al haber sido abonada y puesta a disposición del acreedor la cantidad en la que se había subrogado la rematante.

La Dirección General confirma la nota denegatoria del Registrador en cuanto que en el mandamiento se omite la constancia de la intervención del acreedor o que se le hubiera brindado la posibilidad de hacerlo, tal como exige para la validez de la consignación según los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 13-12-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 260)

IDENTIFICACION.—DEL OTORGANTE.

La especificación en la escritura de un segundo nombre propio de uno de los otorgantes, que antes no figuraba en el Registro de la Propiedad, en modo alguno impide desconocer la eficacia identificativa del resto de los datos suministrados respecto de dicha persona, que no dejan lugar a dudas de que el otorgante y el titular son el mismo sujeto.

Resolución de 8-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 230)

LEGADO.—TESTAMENTO POSTERIOR QUE NO LO CONFIRMA.

Es ineficaz el legado de fincas hecho en un testamento cuando hay otro testamento posterior en el cual el testador no expresa su voluntad de que tal legado subsista, lo que obliga a considerarlo revocado y por tanto no apto para sustentar una escritura de entrega de tal legado.

Las formas testamentarias son esenciales para constituir la voluntad del causante como ley de la sucesión. No puede subsistir un legado basado en un testamento anterior que no se ha salvado en el posterior.

Resolución de 30-10-2001

(BCRE, núm. 79 —2.ª Ep.—, enero 2002, pág. 221)

NOVACION PARCIAL DEL CREDITO HIPOTECARIO.—INTERES INFERIOR.

La novación modificativa de un préstamo, aplicado a una fracción del mismo, ya amortizado, un interés inferior que ha sido subsidiario y manteniendo para el resto un interés distinto y superior, no requiere una previa cancelación parcial de la hipoteca que lo garantiza.

La Dirección General declara que no es precisa la cancelación previa de la hipoteca existente como consecuencia de la amortización parcial del préstamo que lo garantizaba para poder inscribir la modificación novatoria

en cuanto a intereses y plazo de amortización que, naturalmente, sólo serán aplicables de futuro y únicamente en cuanto a la cantidad pendiente de amortización.

Resolución de 21-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 242)

OBRA NUEVA.—ACLARACION Y SUBSANACION.

No se precisa nueva licencia del Ayuntamiento que ampare la modificación cuando mediante la licencia de ocupación que se testimonia en la escritura queda acreditada, conforme a las disposiciones aplicables, que dicha modificación, que sólo afecta a unas plazas de aparcamiento, está ajustada a la legislación urbanística.

Igualmente se declara que de la letra y del contexto de las manifestaciones vertidas por el técnico director de la obra en la escritura presentada, resulta sin duda alguna que presta su conformidad a la descripción de la modificación de la obra y que ésta se ajusta al proyecto para el que obtuvo la licencia.

Resolución de 15-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 240)

SUBSANACION DE DEFECTOS.—PENDENCIA DE RECURSO GUBERNATIVO.

Se cuestiona si calificada negativamente la escritura e interpuesto recurso por el Notario autorizante, puede ser de nuevo calificada una vez que se ha presentado con la subsanación aunque dicho recurso se halle pendiente de resolución.

Mantiene el Registrador que no procede realizar la calificación solicitada, por resultar así del artículo 131 del Reglamento Hipotecario, en su redacción aprobada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, toda vez que no se trata del supuesto exceptuando de dicha prohibición en la misma norma reglamentaria, al ser —a su juicio— presentada la subsanación por el propio recurrente.

Este precepto ha sido declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2000.

En este sentido ha de entenderse que, según lo establecido en los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 112, último párrafo del Reglamento Hipotecario, la interposición del recurso gubernativo es incompatible con la subsanación de los defectos que lo motivaron, excepción hecha del recurso a efectos doctrinales que puede interponer el Notario autorizante. Por ello, debe reconocerse la posibilidad de que el recurso interpuesto a todos los efectos por el Notario autorizante quede convertido en recurso a efectos doctrinales si un tercero interesado en la inscripción no recurrente subsana el título y es eso, precisamente, lo que ha ocurrido en el presente supuesto, como se afirma en el auto apelado, sin que pueda compartirse el criterio del Registrador,

según el cual puede entenderse que el interesado está también representado por el Notario en la interposición del recurso.

Resolución de 27-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 254)

TRACTO SUCESIVO.—ANOTACION RECLAMANDO CANTIDAD QUE NO ALTERA LA TITULARIDAD DOMINICAL.

No procede la adjudicación judicial de una finca por estar ya inscrita a favor de persona que no ha sido parte en el procedimiento.

Son supuestos de hecho: Mediante el correspondiente mandamiento se ordena al Registrador anote la demanda. En el Registro se practica una anotación de demanda de reclamación de cantidad; con posterioridad a dicha anotación existe otra anotación de embargo, y, como consecuencia de la misma, la adjudicación de la finca al mejor postor. Después de dicha adjudicación, la finca ha sido vendida por el adjudicatario; en el procedimiento correspondiente a la primera anotación de demanda, que fue prorrogada en su día, se dicta sentencia estimatoria, y, en consecuencia de ella, se otorga por el Juez escritura pública de adjudicación de la finca en pago de la cantidad reclamada. Presentada dicha escritura en el Registro, el Registrador deniega la inscripción.

Se estima la existencia de un tercero que no está vinculado por la anotación de demanda que carecía de trascendencia real; así lo impone el principio de tracto sucesivo, al estar la finca ya inscrita a favor de persona que no fue parte en el procedimiento seguido, pues la anotación de demanda anterior se limitaba a reflejar una reclamación de cantidad, un mero crédito, que no altera ni modaliza la titularidad dominical.

Registro Mercantil

Resolución de 13-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 264)

ADMINISTRADORES.—NOMBRAMIENTO DE NUEVOS ADMINISTRADORES. REQUISITOS.

Entre los defectos que se señalan, uno es la falta de acreditación de la notificación exigida por el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil al anterior titular de la facultad de certificar. El requisito se ha cumplido al aportar tal justificación al presentarse el recurso.

Se acusa no haber aportado el acuerdo del consejo de convocar la Junta, o que no se considera necesario.

Por último, la existencia de un documento posterior sobre el uso de un determinado despacho ajeno al domicilio social para celebrar la junta, al no ser objeto de inscripción, no afecta a la calificación, pues sólo podría ser objeto de impugnación por la vía judicial.

Resolución de 30-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 273)

CAPITAL SOCIAL.—REDETERMINACION EN EUROS.

Se declara que la diferencia resultante de la redenominación es tan sólo de 1,01 euros, cantidad de escasa entidad económica que resulta compatible con el sistema de garantía previsto a favor de acreedores y no comporta merma de la seguridad jurídica, por lo que el defecto invocado carece de entidad suficiente para impedir la inscripción.

Resolución de 29-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 270)

REDETERMINACION EN EUROS.

Se declara que la diferencia resultante de la redenominación es tan sólo de 0,47 euros, cantidad de escasa entidad económica que resulta compatible con el sistema de garantía previsto a favor de acreedores y no comporta merma de la seguridad jurídica, por lo que el defecto invocado carece de entidad suficiente para impedir la inscripción.

Resolución de 14-11-2001

(BCRE, núm. 79 —2.^a Ep.—, enero 2002, pág. 268)

OBJETO SOCIAL.—MODIFICACION. JUNTA UNIVERSAL.

Es posible que una junta universal de socios adopte por unanimidad cualquier acuerdo, figure o no en el orden del día, por lo que ningún reparo se opone al hecho de ampliar el objeto social a la realización de operaciones inmobiliarias, aunque la convocatoria se refiriese únicamente a la adaptación de los estatutos sociales.

FERNANDO CURIEL LORENTE

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. PROHIBICION DE DISPONER.—CON LA EXCEPCION DE LA ENAJENACION A EXTRANJERO, YA PROHIBIDA EN LA LEY, ES APLICABLE A LA HIPOTECA DE BUQUE LA DOCTRINA DE LA DGRN QUE RECHAZA LA INSCRIPCION DE LAS PROHIBICIONES DE ENAJENAR O GRAVAR EL BIEN HIPOTECADO, NI AUN BAJO LA COBERTURA DE UNA CONDICION RESOLUTORIA DEL PLAZO PACTADO PARA LA DEVOLUCION DEL PRESTAMO GARANTIZADO, POR SER CONTRARIAS AL PRIN-

CIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACION, LIMITATIVAS DE LAS FACULTADES DE LIBRE DISPOSICION QUE FAVORECEN EL CREDITO Y AJENAS A LOS INTERESES DEL ACREEDOR EN ORDEN A LA CONSERVACION Y EFECTIVIDAD DE LA GARANTIA. (RESOLUCIÓN DE 22 DE FEBRERO DE 2001. BOE DE 3 DE ABRIL DE 2001.)

RESOLUCION de 22 de febrero de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador Mercantil de Buques de Gijón, don Enrique Albert Piñole, a inscribir un determinado pacto de una escritura de hipoteca sobre un buque.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador Mercantil de Buques de Gijón, don Enrique Albert Piñole, a inscribir un determinado pacto de una escritura de hipoteca sobre un buque.

Hechos.—I. Por escritura que autorizó el Notario de Cudillero, don Pablo de la Esperanza Rodríguez, el 21 de abril de 1997, la Caja de Ahorros de Asturias concedió un préstamo a don Julio Albuerne López con garantía de hipoteca sobre un buque propiedad del prestatario. Entre las estipulaciones de dicho contrato figuraba la siguiente: «Undécima. Deberes de información y otras obligaciones: El prestatario queda obligado a: ...e) No enajenar, gravar, arrendar el buque hipotecado o ceder su uso, sin previa autorización escrita de la Caja. ... Se conviene de modo expreso que cualquier incumplimiento dará lugar al vencimiento anticipado del plazo del préstamo, con facultad de la Caja de reclamar la cancelación del mismo».

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Buques de Gijón, se inscribió parcialmente, a excepción, según la nota de despacho, y en lo que interesa al presente recurso, de lo siguiente: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, y sin perjuicio de sus efectos obligacionales, no se han inscrito los siguientes pactos: ... de la estipulación undécima ... la palabra «enajenar» del apartado e) ...».

Nuevamente aportado el título se extendió a su pie la siguiente nota: «Presentada nuevamente la precedente escritura a las 11,25 del 26 de diciembre de 1997, asiento 277, folio 71 del Diario 11, en unión de un escrito firmado por don Jesús Alcalde Barrio, apoderado de la Caja de Ahorros de Asturias, en el que solicita la inscripción de “la prohibición de enajenar contenida en la cláusula undécima de la Escritura”, se extiende la siguiente nota de calificación: Se reitera la denegación de inscripción de la palabra “enajenar”, contenida en el apartado e) de la estipulación undécima, por entender que su inclusión en la inscripción de la hipoteca es contraria a la libre circulación de los bienes y no añade garantía de la que no esté dotada la hipoteca, como ha reiterado la jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, en Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 8 de noviembre de 1993, y se deduce, entre otros, de los artículos 18, 28, 39-5.º y 40 de la Ley de Hipoteca Naval; 582 del Código de Comercio; 79 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, y 8 del Convenio de Bruselas, de 10 de abril de 1926. Además, la prohibición de enajenar sin consentimiento del acreedor hipotecario con

la consecuencia del vencimiento anticipado de la hipoteca carece de trascendencia real, según expresa literalmente el considerando penúltimo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de octubre de 1979 y, por tanto, está expresamente excluida de la solicitud de inscripción en la estipulación decimoquinta de la escritura, por lo que no puede inscribirse por una mera solicitud y menos sin consentimiento de ambas partes firmantes. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en escrito dirigido al propio Registrador, en el plazo de dos meses a contar de la fecha de esta nota de calificación, conforme disponen los artículos contenidos en el Título II, especialmente el 49, 53 y 55, todos del Reglamento del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1956, que se consideran vigentes como "concordantes" en aplicación de la Disposición Final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y Disposición Transitoria sexta del Reglamento del Registro Mercantil, de 29 de diciembre de 1989, reproducida en la decimotercera del de 19 de julio de 1996. Gijón, 13 de enero de 1998.—El Registrador, Fdo. Enrique Albert Piñole».

III. Don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación, alegando: Que si bien es cierto que los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria no permiten imponer al deudor una prohibición de disponer, no ocurre lo mismo en la Ley de Hipoteca Mobiliaria, cuyo artículo 4.º impone directamente tal prohibición, justificada en su exposición de motivos en consideración a la propia naturaleza de las cosas objeto de garantía y no ser indiferente para el acreedor la persona del tercer poseedor de los bienes muebles, que exigen un cuidado y celo especial para asegurar su conservación; que la calificación de los buques como bienes inmuebles que se hace en el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, lo es a los «solos efectos» de su hipotecabilidad, ficción jurídica para superar la naturaleza mueble del buque en relación con el régimen sobre hipotecabilidad de los bienes existentes en aquella fecha, que tal ficción ha sido superada por la Ley de Hipoteca Mobiliaria, que se ha de aplicar supletoriamente a la Ley de Hipoteca Naval por cuanto su exposición de motivos, y en relación con la hipoteca de aeronaves, reconoce que se inspira y se asimila en gran parte a la hipoteca de buques; que, por tanto, la hipoteca sobre buques ha de considerarse como una hipoteca mobiliaria y ante el silencio de la Ley de Hipoteca Naval han de aplicarse subsidiariamente los preceptos de la de Hipoteca Mobiliaria: Que la ficción del artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, por último, ha de limitarse a lo que es objeto de la misma, sin que pueda extenderse al régimen que rija su enajenación, según ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1959.

IV. El Registrador decidió mantener su calificación con base en los siguientes argumentos: Que la cláusula denegada no puede inscribirse a solicitud tan sólo de la parte recurrente por cuanto se ha pactado que «las partes solicitan la inscripción de las cláusulas con trascendencia real» por lo que deberían ser ambas las que manifestasen su discrepancia con la calificación recurrida, que no cabe alegar frente a la doctrina de la Resolución de 13 de enero de 1998 el que la misma se refiera a bienes inmuebles, pues el que una estipulación carezca de trascendencia real es independiente de la naturaleza de los bienes; que no se puede pretender aplicar a los buques una normativa, como la Ley de Hipoteca Mobiliaria, que no se refiere a los mismos, máxime a través de una lectura parcial de su Exposición de Motivos, donde expresa-

mente se reconoce que la prohibición de disponer tal vez sea aconsejable eliminarla en ulteriores reformas legislativas; que ni la Ley de Hipoteca Naval, ni el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, ni el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, ni la Ley de Puertos del Estado, de 24 de noviembre de 1992, esta última posterior a la Ley de Hipoteca Mobiliaria, impiden que los buques puedan ser sucesivamente enajenados, como ocurre en la práctica con los que han sido en construcción y que posteriormente se hipotecan en garantía de otras deudas del propietario o propietarios sucesivos; que cuando el artículo 18 de la Ley de Hipoteca Naval regula la preferencia entre la hipoteca del buque y el precio aplazado de su compraventa está contemplando un supuesto del que ha huido expresamente la Ley de Hipoteca Mobiliaria; que los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria son fácilmente ocultables y sustraerse a la acción hipotecaria, porque su más eficaz garantía está unida a la posesión, en tanto que el buque es lo más aproximado que existe a los bienes inmuebles, pues siempre han de volver a puerto donde pueden ser retenidos; que, por el contrario, restringir su enajenación afecta a la libre circulación de la riqueza, por lo que pretender que la doctrina contraria a las prohibiciones de disponer no se aplique a los buques, no deja de ser una apreciación gratuita; que cuando el artículo 40 de la Ley de Hipoteca Naval prohíbe la venta del buque hipotecado a un extranjero sin consentimiento del acreedor, está admitiendo la venta libre a un español, y más allá llega el artículo 79 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante al permitir la libre exportación de buques mercantes, salvando el derecho de los acreedores a exigir garantías o consignaciones suficientes, y ello pese a que el Convenio de Bruselas, de 14 de abril de 1926, prevé el respeto a las hipotecas por los países contratantes y establece que los créditos privilegiados siguen al buque aunque cambie de dueño; y por último, que no cabe entender aplicable supletoriamente la Ley de Hipoteca Mobiliaria a la hipoteca sobre el buque cuando el artículo 52 de la Ley de Hipoteca Naval declara como supletoria la legislación hipotecaria entonces vigente, la Disposición Adicional cuarta del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, el Reglamento Hipotecario, cuando, para un caso concreto, como el referido a las aeronaves, se declara de forma concreta esta aplicación subsidiaria en el artículo 190, y cuando la doctrina de esta Dirección General jamás ha reconocido esa supletoriedad. Y en base a tal decisión procedió a elevar el recurso a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 12, 13, 18, 22, 26, 27, 28, 39.5.ª, y 40 de la Ley de Hipoteca Naval; 79 de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante; 57 del Reglamento del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1956, y las Resoluciones de 18 de octubre de 1979 y de 8 de noviembre de 1993.

1. Interpuesto recurso gubernativo frente a la calificación de un Registrador Mercantil de buques, y decidido por éste mantener aquélla, eleva el expediente directamente a este Centro sin que tal petición hubiera sido formulada por el recurrente, ni conste que a éste se le haya notificado aquella decisión y se haya alzado frente a la misma.

No es éste el cauce reglamentario, pues tal posibilidad tan sólo encuentra amparo en el supuesto de que el recurrente así lo haya solicitado expresamente (cfr. art. 71.1 del Reglamento del Registro Mercantil). No obstante, si se tiene en cuenta que el recurrente se ampara, a la hora de interponer el recur-

so, en lo previsto en los artículos 49, 53 y 55 del Reglamento de dicho Registro, de 14 de diciembre de 1956, aun cuando los mismos hayan sido derogados por el artículo 4.º del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, que aprobó un nuevo Reglamento cuya Disposición Transitoria sexta tan sólo dejaba temporalmente vigentes los artículos 145 a 190 del anterior —criterio que sigue la disposición de igual naturaleza decimotercera del Reglamento vigente, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio—, y habida cuenta que el artículo 57 del Reglamento, a cuyo amparo se interpone el recurso, preveía que caso de que el Registrador dictara resolución contraria a la reforma de su calificación había de elevar directamente el expediente a esta Dirección General, puede entenderse implícitamente formulada la alzada ante la desestimación del Registrador y habilitado, amén por razones de economía procedimental, el entrar en el fondo de la cuestión.

2. Se centra ésta en la admisibilidad como causa de vencimiento anticipado de un préstamo con garantía hipotecaria sobre un buque, del incumplimiento por parte del deudor hipotecante de la prohibición de «enajenar» dicho buque, defecto que, extrañamente, no se hace extensivo a la de gravarlo, arrendarlo o ceder su uso contenida en la misma cláusula de la escritura calificada.

El régimen de la hipoteca naval, contenido esencialmente en la Ley de 21 de agosto de 1893, es específico para el derecho real de hipoteca cuando tenga por objeto los buques, y si bien es cierto que dicha Ley, como cualquier otra, encardinada como está dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, ha de interpretarse e integrarse con arreglo a los principios generales (arts. 3 y 4 del Código Civil), no han de buscarse fuera de ellas solución a los problemas a los que da respuesta.

Siendo así, es de observar cómo según los artículos 12 y 13 de dicha Ley no puede repetirse en perjuicio de tercero que tenga inscrito su derecho en el Registro por cantidad superior a la que responda la nave por razón de la hipoteca, sin perjuicio de hacerlo por la diferencia frente a otras que conserve el deudor en su poner, lo que evidencia que se admite la posible existencia de terceros titulares de derechos posteriores a la hipoteca; que el artículo 28 sienta el principio de que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente las naves sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea su poseedor, lo que supone admitir la figura del tercer poseedor de nave hipotecada; que según el artículo 18, para que el precio aplazado en caso de venta de la nave y los créditos refaccionarios puedan perjudicar a la hipoteca naval es necesario que consten en el Registro Mercantil, con lo que está admitiendo la hipotecabilidad del buque previamente gravado, así como la constitución del gravamen posterior que supone la anotación y posterior inscripción de la hipoteca en garantía del crédito refaccionario (cfr. arts. 22, 26 y 27), y, por último, que en el artículo 40 prohíbe la enajenación del buque hipotecado a un extranjero y configura como causa para poder ejercitar la acción real el que se lleve a cabo dicha venta (art. 39.5.º), lo que supone admitir la libre enajenación a un nacional.

De todo ello cabe concluir que la libre transmisibilidad del buque hipotecado o la posibilidad de constituir sobre él sucesivos gravámenes es la regla general. Y es que no puede desconocerse que, sin perjuicio de las especialidades que dicha Ley introduce, no sólo a la hora de acudir a la ficción de considerar al buque como bien inmueble para ser objeto de garantía hipote-

caria, única entonces admitida sin desplazamiento de posesión, sino también de respetar el peculiar régimen de preferencia de los créditos marítimos (cfr. art. 580 del Código de Comercio en relación con los 31 a 35 de la Ley especial), las reglas generales vigentes y que la Ley respeta eran las contenidas en los artículos 1.857 y siguientes del Código Civil y, por remisión de su artículo 1.880, las prescripciones de la Ley Hipotecaria, todas ellas favorables a la libre transmisibilidad de los bienes hipotecados y a la posibilidad de constitución de sucesivos gravámenes sobre los mismos al margen de sus respectivas preferencias. Tan sólo el riesgo que para tales principios suponía la dificultad o imposibilidad de perseguir el buque cuando por enajenarse a un extranjero cambiase de matrícula, y consiguientemente de nacionalidad, determinó la prohibición contenida en el citado artículo 40 de la Ley, que ha de entenderse sustituida hoy por lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercantil, de 24 de noviembre de 1992, que tras señalar la libertad de exportación de buques mercantes españoles, establece: «No obstante, cuando sobre dichos buques existan cargas, gravámenes o créditos marítimos privilegiados reconocidos por la legislación vigente e inscritos en el Registro Mercantil o en los que le sustituyan, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, el acreedor podrá exigir, previamente a la exportación, que la empresa naviera preste garantía suficiente ejecutable sobre bienes o derechos en territorio español o que el naviero consigne el importe de la deuda en la forma prevista por los artículos 1.176 y 1.181 del Código Civil».

El hecho de que, más de medio siglo después, cuando el legislador dio entrada a nuevas modalidades de garantía mobiliaria, lo hiciera con gran cautela, e impusiera sobre aquellos principios importantes limitaciones, no puede llevar a entender que las mismas hayan de aplicarse a la hipoteca naval, nacida con sujeción a un régimen distinto y cuya vigencia se mantiene en la actualidad.

En consecuencia, y con la excepción dicha de enajenación del buque hipotecado a un extranjero, situación ya amparada por la Ley, es aplicable a la hipoteca del buque la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. por todas, Resoluciones de 18 de octubre de 1979 y 8 de noviembre de 1993) que considera las prohibiciones de enajenar o gravar el bien hipotecado como pactos de naturaleza puramente personal, y como tales, no susceptibles de acceder al Registro ni aun bajo la cobertura de una condición resolutoria del plazo pactado para la devolución del préstamo, en cuanto contrario al principio de libertad de contratación que inspira la legislación, limitativo de las facultades de libre disposición que favorecen el crédito y ajeno a los legítimos intereses del acreedor en orden a la conservación y efectividad de la garantía.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso confirmando la decisión apelada.

Madrid, 22 de febrero de 2001.—La Directora general, *Ana López-Montís Gallego*.

Señor Registrador Mercantil de Gijón.

COMENTARIO

Se cuestiona en esta Resolución la posibilidad de inscribir, o no, la estipulación contenida en un contrato de préstamo garantizado con hipoteca sobre un buque, en la que se establece la prohibición de enajenar dicho buque, sin consentimiento del acreedor hipotecario.

El Registrador de la Propiedad rechaza la inscripción por entender que este pacto es contrario a lo establecido en la Ley Hipotecaria (LH) y la Ley de Hipoteca Naval (LHN), para la hipoteca inmobiliaria, amén de que el mismo perjudica, o es contrario, a la libre circulación de los bienes.

Lo que subyace en esta discusión es cuál debe ser la legislación que hay que aplicar y debe regular la hipoteca sobre buque. Si se trata de la Ley de Hipoteca Naval junto con la LH (porque el art. 1 LHN considera al buque como inmueble), o bien, si debe ser la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (LHMPSD), al ser éste un bien mueble.

Los artículos 12 y 13 LHN establecen que no puede repetirse en perjuicio de tercero que tenga inscrito su derecho en el Registro sino por las cantidades a que cada nave esté afectada, y el artículo 28 LHN recoge el principio de la sujeción directa por la hipoteca de los bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor; en estos preceptos se contempla la posibilidad de que el buque haya pasado a manos de un tercero, no propietario, y por tanto se deduce de los mismos la posibilidad de enajenar el buque a otra persona como algo normal, de donde el pacto de prohibición de enajenación no debe admitirse. La Ley Hipotecaria, de forma más expresa y corroborando lo que se acaba de exponer, rechaza el pacto de prohibición de enajenación de los bienes hipotecados en sus artículos 26 y 27 LH. Por el contrario, si debe prevalecer la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, dicho pacto prohibitivo se admite sin dificultades (art. 4 LHMPSD), precisamente, para evitar la pérdida del bien hipotecado o pignorado.

Creo que ante la situación descrita debemos tratar de clarificar, en primer lugar, la naturaleza de los buques, si se tratan de bienes muebles o inmuebles; y en segundo lugar, hay que comprobar si dicha naturaleza determina, o no, la distinta regulación de la institución de la hipoteca naval.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL BUQUE

Tradicionalmente siempre se ha considerado que el buque es un bien mueble, y así ha sido admitido sin discusiones por la doctrina (1), y como tal se ha contemplado en la Ley, por ejemplo, en el artículo 585 del Código de Comercio, donde se establece expresamente dicha condición, y en el artícu-

(1) Véase: CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 1346 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, págs. 394 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998, págs. 398-401; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre garantías reales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 209 y sigs.; Díez-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, III, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 559 y sigs.; FERNÁNDEZ HERRERO, A., *La hipoteca de bienes muebles registrables*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 229-256.

lo 573 del Código de Comercio, donde su naturaleza de bien mueble queda patente al aplicársele los plazos de prescripción adquisitiva relativos a bienes muebles (tres y diez años).

Sin embargo, pese a la unanimidad sobre su naturaleza, las especiales características de los buques han hecho que parte de la doctrina ponga en entredicho esa condición, y se incline por pensar que se trata de un bien mueble, pero con características especiales que le aproximan a los bienes inmuebles.

En este sentido, GONZÁLEZ REVILLA (2) considera a los buques como bienes muebles-inmuebles, o muebles especiales, debido a su gran valor económico, lo que les convierte en parte importante de la riqueza nacional, ya que prestan servicios de alta rentabilidad, y por tanto son considerados bienes de interés público, asimismo, se trata de bienes muebles que no pueden por sí solos cumplir su destino, sin olvidarnos de que las naves son consideradas como parte del territorio de la nación cuya bandera enarbolan. Por todas estas características, dicho autor duda de que se traten de bienes muebles ordinarios, afirmación que apoya jurídicamente en el hecho de que dos de los axiomas fundamentales respecto de los bienes muebles en nuestro derecho no se cumplen para los buques: a saber, 1.º la posesión de buena fe de los muebles equivale al título, y 2.º los bienes muebles no pueden, en principio, hipotecarse (3).

Estas afirmaciones encuentran su contrapeso en otra serie de argumentos que resume muy bien RODRÍGUEZ HERRERO (4), al afirmar que un bien es o mueble o inmueble, sin mezclas, ya que «la naturaleza jurídica de las cosas se desprende de sus mismas cualidades físicas, sin que por consiguiente influya en ella lo más mínimo la voluntad del legislador». Considera entonces esta autora, que el buque es un bien mueble sin paliativos ni matices, ya que cumple perfectamente el requisito característico de movilidad o traslación de los muebles, y además, no es relevante el hecho de que para su adquisición sea necesario un título, no bastando la posesión de buena fe (como en los otros muebles), pues lo mismo ocurre para la adquisición de efectos públicos o valores, y nadie los considera como inmuebles. Además, tras la aparición de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, se admite la hipoteca sobre bienes muebles, por lo que el otro impedimento para su calificación como muebles quedaría asimismo desvirtuado. Por otra parte, el hecho de que estén sujetos a inscripción registral o que tengan nacionalidad se debe a motivos administrativos y fiscales en primer lugar (como los coches o motocicletas), y a motivos de seguridad y a los tratados internacionales que lo admiten, en el segundo caso.

Parece claro que la condición jurídica de los buques no es sino la de un bien mueble, y yo comparto plenamente esta opinión, por otra parte mayoritaria, aunque sí que considero que se trata de un bien mueble, cuando menos, peculiar, debido a sus propias características físicas y no tanto legislativas.

Si el buque es un bien mueble, y admitida ya en nuestro ordenamiento la hipoteca sobre bienes muebles, ¿qué Ley debe aplicarse a una hipoteca sobre el mismo, la Ley de Hipoteca Naval (en vigor antes de la admisión de hipo-

(2) GONZÁLEZ REVILLA, L., *La Hipoteca Naval en España*, Madrid, 1888, págs. 23-26.

(3) Téngase en cuenta que cuando se escribió esta obra todavía no existía la LHMPSD.

(4) Véase FERNÁNDEZ HERRERO, A., *La hipoteca de bienes muebles registrables*, ob. cit., págs. 229-256.

tecas mobiliarias), o la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento? Es decir, debemos ver si su condición jurídica de mueble determina su regulación por esta última Ley o en caso negativo, cuál debe ser la Ley aplicable.

2. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA HIPOTECA SOBRE BUQUE

La Ley de Hipoteca Naval en su artículo primero establece que pueden ser objeto de hipoteca los buques mercantes, y que «para este solo efecto se considerarán tales buques como bienes inmuebles...»

Por lo tanto y aunque en las líneas precedentes he afirmado que se trata de bienes con condición de mueble, a la hora de establecerse una hipoteca sobre ellos se consideran como inmuebles. ¿Por qué existe esta dualidad de condiciones para los buques?

Las razones son de política legislativa e históricas, y hay que retroceder en el tiempo al momento en que se aprobó la LHN (1893), para entender esta clasificación de los buques como inmuebles.

Los buques mercantes eran (y son) bienes de gran valor, que generan rendimientos económicos y con una importante función en el tráfico jurídico. Se empezó a plantear la necesidad de poder ofrecerlos como garantía de distintas transacciones mercantiles por su elevado valor; la necesidad de crear sobre estos buques una garantía sin desplazamiento posesorio era absolutamente necesaria (5), pero para poder establecer ese tipo de garantía, que no es otra que la hipoteca, había que salvar primero el escollo que suponía el que la hipoteca sólo podía establecerse sobre bienes inmuebles.

Que la hipoteca sólo recae sobre bienes inmuebles es un axioma que proviene de la primera Ley Hipotecaria de 1861, debido a la influencia francesa en nuestro Derecho, y que así pasó al Código Civil. Con anterioridad a dicha Ley no había obstáculo en el ordenamiento español para establecer hipotecas tanto sobre bienes muebles como inmuebles (6). El elemento diferenciador entre la prenda e hipoteca se encontraba, antes, en el desplazamiento posesorio, y no tanto en la condición de bien mueble o inmueble. Sin embargo, y como ya he dicho, las influencias del Derecho francés hicieron que la diferencia fundamental entre prenda e hipoteca se centrara en la condición de los bienes, estableciéndose que la hipoteca era garantía propia de inmuebles y la prenda de los bienes muebles.

Luego, ante la necesidad de establecer una garantía sin desplazamiento posesorio sobre los buques, el legislador sólo pudo recurrir a la ficción legal de considerar a éstos como inmuebles, ya que de otro modo, y por exigencias de nuestro propio ordenamiento, no podrían ser objeto del derecho real

(5) De nada servía al propietario del buque una garantía con desplazamiento posesorio (prenda), pues abandonar la posesión del mismo hacía imposible su explotación, fuente de sus ingresos para hacer frente al crédito. Había que hacer compatible la garantía del acreedor con la navegación marítima con fines comerciales por el propio propietario (deudor) del buque.

(6) Así, por ejemplo, en las Partidas la hipoteca podía recaer sobre bienes muebles e inmuebles, y ambos tipos de garantía (prenda e hipoteca) se englobaban bajo la misma denominación de *peños*.

de hipoteca (único sin desplazamiento posesorio) (7). Por ese motivo, la Ley de Hipoteca Naval de 1893, en su artículo primero tuvo que declarar antes que nada la condición de inmueble de los buques para poder ser hipotecados. Se trata, por así decirlo, de la primera excepción a la hipoteca sobre inmuebles propiamente dichos de nuestro Derecho, tras el Código Civil que, probablemente, abrió las vías a la posterior Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954, en la que la hipoteca sobre bienes muebles (eso sí, perfectamente determinados) se admite sin problemas.

Creo que fueron éstas, y no otras (8), las razones para admitir como excepción, y a esos solos efectos, la condición de bien inmueble de los buques. Pero válidas o no, el caso es que todavía hoy, y a pesar de admitirse ya sin problemas en nuestro ordenamiento la hipoteca mobiliaria, se siguen considerando como tales a la hora de establecer una hipoteca sobre los mismos, todo lo cual indica, según mi opinión, que debe ser la LHN en relación con la LH (pensada precisamente para bienes inmuebles) la que debe regir la hipoteca sobre buques mercantes. Aunque considero que esta ficción o equiparación debe quedar restringida a este ámbito; es decir, los buques sólo deben tener la consideración de inmuebles a los efectos de hipoteca, y no otros, donde se regirán por las disposiciones acordes a su naturaleza de bienes muebles.

La jurisprudencia se ha manifestado en el sentido expuesto en varias ocasiones (9), entre las cuales cabe destacar la doctrina de la STS de 12-7-83, que declara lo siguiente: «para todos los efectos del derecho, sobre los que no se hiciere modificación o restricción por los preceptos de este Código, seguirán los buques su condición de bienes muebles, texto inequívoco que atribuye naturaleza mobiliaria, en general, al buque aunque, doctrinalmente haya que reconocer el carácter *sui generis* de tal consideración, sólo alterada, en nuestro derecho, en cuanto se establecen determinadas modificaciones y restricciones al régimen ordinario que rige para los demás muebles, en punto a la exigencia de forma escrita, a la inscripción en el Registro correspondiente y a la usucapición, así como en lo relativo a créditos privilegiados y, muy singularmente, en la particular que hace a la hipoteca naval, cuya Ley reputa

(7) Esto lo confirma, por ejemplo, la Resolución de la DGRN, de 9 abril 1965, que afirma que «si bien la ficción jurídica de la inmovilización del buque, establecida en el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, debe su origen a la necesidad de soslayar el obstáculo que en dicha época suponía la admisión solamente de los inmuebles como bienes susceptibles de hipoteca, dificultad que hoy aparece, hasta cierto punto, superada, al estar legalmente reconocida la hipoteca mobiliaria...»

E igualmente la doctrina confirma estas ideas, véase, en este sentido, a CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 1346 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, ob. cit., págs. 394 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, ob. cit., págs. 398-401; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre garantías reales*, ob. cit., págs. 209 y sigs.; FERNÁNDEZ HERRERO, A., *La hipoteca de bienes muebles registrables*, ob. cit., págs. 229-256.

(8) La naturaleza de bien inmueble del buque por sus propias características especiales, como sostiene algún autor.

(9) Véase, asimismo, las SSTs 20-10-95, 27-5-77, 15-12-77, 22-2-78, 16-3-78, 28-3-78, y otras muchas que les siguen, en las que se afirma la condición mueble de los buques (sobre todo a efectos fiscales), y su consideración de inmuebles a los únicos efectos de la hipoteca.

inmuebles los buques, modificando en este sentido, radicalmente el citado artículo 585 del Código de Comercio, si bien que a los solos efectos de la hipoteca, dejando inalterado en lo demás aquella general consideración de muebles, cuya venta por el marido no resulta afectada, por tanto, por el requisito del consentimiento de la esposa...»

A esto hay que añadir el hecho de que la posterior LHMPSD establece de manera taxativa los bienes sobre los que puede recaer la hipoteca mobiliaria, tal y como afirma en su Exposición de Motivos (10) y se recoge en el artículo 12 de la propia Ley (11), entre los cuales no figuran los buques mercantes (12). Además, esta Ley es posterior a la LHN, y no sólo no ha modificado ni derogado aquélla, sino que explícitamente rechaza acudir al régimen establecido en la LHN (ficción de considerar a los buques como inmuebles para poder ser hipotecados), en su Exposición de Motivos (13), dando a entender que el régimen para buques sigue en plena vigencia (aunque sólo para ellos).

Todo esto me lleva a concluir que la LHMPSD no es de aplicación a la hipoteca sobre buques, aunque en puridad éstos sean muebles, sino que la hipoteca sobre buques debe seguir rigiéndose por la LHN, en la que, desde luego, se permite la enajenación del buque hipotecado a terceros, por lo que dicho pacto de prohibición de enajenación no cabría en este contrato de hipoteca por contradecir las disposiciones de la LHN y LH, que aunque sea «a esos solos efectos» son las que deben aplicarse en el caso descrito.

Por otra parte, no tiene sentido la prohibición de enajenar en el caso de buques hipotecados, ya que ésta se establece para los bienes muebles por la facilidad de desplazamiento posesorio que tienen, que puede ocasionar

(10) La Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento afirma que: «La determinación de los bienes susceptibles de una y otra forma de garantía, no podía dejarse a la libre interpretación. Por tratarse de una regulación nueva, se ha estimado indispensable fijar con exactitud y de un modo completo los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria y a prenda sin desplazamiento».

(11) Artículo 12 LHMPSD:

«Únicamente podrán ser hipotecados:

- 1.º Los establecimientos mercantiles
- 2.º Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular.
- 3.º Las aeronaves.
- 4.º La maquinaria industrial.
- 5.º La propiedad intelectual e industrial».

(12) El *numerus clausus* de bienes objeto de hipoteca mobiliaria es corroborado por la casi totalidad de la doctrina. Baste ver, a este respecto, las opiniones de: CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 1346 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, ob. cit., págs. 394 y sigs.; FERNÁNDEZ HERRERO, A., *La hipoteca de bienes muebles registrables*, ob. cit., págs. 229-256; Díez-Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil*, III, ob. cit., págs. 559 y sigs.

(13) En la Exposición de Motivos de la LHMPSD, al tratar sobre la naturaleza jurídica de estas nuevas garantías, se afirma que «podía seguirse el criterio de equipararla a la hipoteca, bien de modo de la hipoteca naval, alterando por disposición legal la naturaleza de los bienes al solo objeto del gravamen, bien introduciendo claramente la modalidad de la hipoteca mobiliaria...». Y continúa la Exposición: «nada resolvería en el orden teórico ni en el práctico seguir la ficción de la Ley de Hipoteca Naval, de considerar inmuebles los bienes muebles por naturaleza al solo objeto de hacer posible su hipoteca. En el actual estado de la ciencia jurídica se ha creído innecesario acudir a esta ficción».

la pérdida del bien dado en garantía si cambia de manos, y con ella la extinción de la propia garantía, con el riesgo que esto supone para el acreedor. Por el contrario, las propias características del buque impiden su desplazamiento posesorio con esa inmunidad, luego, la prohibición carecería de sentido sobre este tipo especial de bienes.

Considero, por tanto, acertada la doctrina de la DGRN, que rechaza el pacto o cláusula por la que se prohíbe la enajenación, pues ya he dicho que debe aplicarse, y aunque sólo para este caso, la LHN y LH que rechazan dicho pacto.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. POSPOSICION. REQUISITOS. TITULO FORMAL.—LA EQUIVOCADA UTILIZACION DEL TERMINO «ACTA» PARA DESIGNAR UN DOCUMENTO NOTARIAL QUE POR CONTENIDO ES REALMENTE UNA ESCRITURA, NO ES OBSTACULO PARA LA VALIDEZ DE LA POSPOSICION SI APARECEN CLARAS LA EXPRESION DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD FAVORABLE A LA POSPOSICION Y LA FE DE CONOCIMIENTO Y JUICIO DE CAPACIDAD EMITIDOS POR EL NOTARIO, QUE NO SON PROPIOS DE UN ACTA.

NO ES NECESARIO, PARA LA INSCRIPCION DE LA POSPOSICION DE UNA HIPOTECA, EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LA HIPOTECA ANTEPUESTA, DADO EL CARACTER UNILATERAL Y NO RECEPCION DE LA POSPOSICION, DIRIGIDA ESENCIALMENTE A LA PERDIDA DE RANGO DE LA HIPOTECA POSPUESTA. TAMPOCO, POR EL MISMO MOTIVO, ES NECESARIA LA EXPRESION DE UNA CAUSA, POR ANALOGIA CON EL SUPUESTO DE CANCELACION, POR RENUNCIA IMPLICITA, A QUE SE REFIERE LA RESOLUCION DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1992.

AUN CUANDO EN LA ESCRITURA DE POSPOSICION NO SE CONTENGA LA DESCRIPCION DE LA FINCA SOBRE LA QUE RECAEN LAS HIPOTECAS ANTEPUESTA Y POSPUESTA, LA PRESENTACION SIMULTANEA DE OTRO DOCUMENTO, RELATIVO A LA HIPOTECA POSPUESTA, PERMITE AL REGISTRADOR TOMARLO EN CONSIDERACION PARA LA CALIFICACION DE AQUELLA ESCRITURA, OBVIANDO EL INCONVENIENTE.

POR LO MISMO, TAMBIEN CABE TOMAR EN CONSIDERACION, PARA COMPROBAR LA REALIDAD DE LA REPRESENTACION ALEGADA, EN ESTE CASO LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL NOMBRAMIENTO DE UN CONSEJERO DELEGADO, OTRO DOCUMENTO PRESENTADO AL QUE SE ACOMPAÑA UNA CERTIFICACION DE DICHO REGISTRO QUE ACREDITA TAL CIRCUNSTANCIA. LO MISMO CABE DECIR DE LA ACREDITACION DE LOS PODERES, SI EN EL OTRO DOCUMENTO, OTORGADO AL MISMO TIEMPO, EL NOTARIO HACE CONSTAR QUE TUVO A LA VISTA LOS DOCUMENTOS PERTINENTES PARA LA COMPROBACION DE LA SUFICIENCIA DEL PODER. (RESOLUCIÓN DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2000. BOE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2000.)

RESOLUCION de 4 de noviembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Unión de

Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca», don Mariano Roca Meroño y don Alfonso Bas Pérez, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Mazarrón, don Eduardo Cotillas Sánchez, a inscribir una posposición de hipoteca en virtud de apelación del Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Sevilla Flores, en nombre y representación de «Unión de Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca», don Mariano Roca Meroño y don Alfonso Bas Pérez, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Mazarrón, don Eduardo Cotillas Sánchez, a inscribir una posposición de hipoteca en virtud de apelación del Registrador.

Hechos.—Por escritura otorgada el 21 de marzo de 1991 ante el Notario de Murcia, don Antonio Yago Ortega, la Caja de Ahorros de Murcia, como cesionaria universal del activo y pasivo de la «Caja Rural Provincial de Murcia, Sociedad Cooperativa Limitada», cedió un crédito hipotecario por importe de 455.000.000 de pesetas, de que era titular frente a la «Sociedad Cooperativa del Campo Exportadora de Tomates de Mazarrón, Sociedad Cooperativa», a las Sociedades Mercantiles «Compañía Taimati de Inversiones Extranjeras, Sociedad Anónima», «Pearl Bay Trading, Sociedad Anónima» y «Plouvi, Sociedad Anónima», las dos primeras de nacionalidad panameña, y española la última, que lo adquirieron en la proporción de un 39,905 por 100 la primera, un 39,825 por 100 la segunda, y un 20,270 por 100 la tercera. Entre las fincas gravadas con hipoteca en garantía de dicho crédito se encontraba una hacienda en términos de Mazarrón y Lorca, denominada «Coexto», que respondía de 200.000.000 de pesetas de principal más otras cantidades por razón de intereses. Dicha cesión, y en cuanto a la parte de finca radicante en término de Mazarrón, causó la inscripción 3.ª de la finca 31.186 con fecha 28 de febrero de 1997.

II. Por otra escritura otorgada el 5 de septiembre de 1991 ante el mismo Notario, número 3314 de protocolo, la «Sociedad Cooperativa del Campo Exportadora de Tomates de Mazarrón (COEXTO), Sociedad Cooperativa», constituyó hipoteca de máximo en favor de «Unión de Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca» («Undemur, S.G.R.»), sobre una finca rústica, sita en los términos de Mazarrón y Lorca, la parte de la cual sita en el primero figuraba inscrita bajo el número 31.186. Dicha hipoteca garantizaba el saldo de una cuenta corriente de crédito abierta por la citada sociedad de garantía recíproca a favor de la cooperativa hasta la suma de 50.000.000 de pesetas, más otras cantidades por razón de intereses, prestaciones accesorias y costas y gastos de ejecución, cuenta en la que serían partidas de adeudo las cantidades que la sociedad de garantía recíproca hubiera de abonar como consecuencia del aval prestado a un crédito concedido a la deudora por la Caja de Ahorros de Murcia. Dicha escritura causó la inscripción segunda de la citada finca 31.186 de Mazarrón, en fecha 17 de diciembre de 1991.

III. En igual fecha, 5 de septiembre de 1991, y por el mismo Notario, señor Yago Ortega, con el número 3315 de protocolo, se autorizó un documento público en el que consta: Que comparece don Andrés Lietor Martínez; que interviene en nombre y representación de: «Compañía Taimati de Inversiones Exteriores, Sociedad Anónima» en virtud de escritura de poder que el Notario relaciona previa exhibición, indicando que se acompañará a las que se expidan de la que autoriza, de «Pearl Bay Trading, Sociedad Anónima», en

virtud de representación que acredita en los mismos términos, de «Plouvi, Sociedad Anónima», en su condición de Consejero-Delegado, reseñando la escritura de elevación a público del acuerdo de nombramiento que se transcribe parcialmente con indicación de que en lo omitido no hay nada que altere lo inserto; que el Notario da fe de conocer al compareciente y lo juzga, según interviene, con la capacidad legal necesaria para formalizar la presente «acta de manifestaciones»; que el compareciente expone que sus representadas son titulares del crédito reseñado en el «hecho», primero garantizado con hipoteca sobre la finca registral 31.186, reseñando el título de adquisición y haciendo constar que la cesión en su favor no consta aún inscrita en el Registro; dentro de la misma parte expositiva autoriza a la deudora para otorgar escritura de hipoteca sobre la misma finca a favor de «Undemur, S.G.R.», para responder del aval formalizado por la misma ante Caja de Ahorros de Murcia, por un máximo de 50.000.000 de pesetas de principal, más otras cantidades señaladas por otros conceptos, y que «Igualmente y en base a lo expuesto, de forma voluntaria, pospone el crédito hipotecario de que son titulares sus representadas por cesión de Caja de Ahorros de Murcia al que en uso de las facultades antes concedidas, la propia “Cooperativa Coexto, Sociedad Cooperativa” ha constituido, efectivamente, hoy a favor de “Undemur, S.G.R.” ante el Notario autorizante y bajo número de protocolo inmediatamente anterior al de la presente»; y que leída al compareciente por haber renunciado al derecho de hacerlo por sí del que se le advirtió tenía, «la presente acta», y encontrándola conforme la apuraba y firma con el Notario, que de cuanto antecede da fe.

IV. Presentada copia del último de los documentos relacionados en el Registro de la Propiedad de Mazarrón, fue calificada en una primera ocasión con nota que dice: «Examinado el precedente documento, una vez despachado el título previo de éste, presentado bajo el asiento anterior del mismo Diario, se observan las siguientes faltas: 1.^a En la exposición se alude a “Compañía Taimati de Inversiones Extranjeras, Sociedad Anónima” cuando en la intervención se dice “Compañía Taimati de Inversiones Exteriores, Sociedad Anónima”, surgiendo la duda de si se trata o no de la misma sociedad en ambos casos, y en este último supuesto cuál sea su denominación. 2.^a No se describe la finca gravada con la hipoteca pospuesta en la forma prevenida por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, no expresándose su situación, denominación, linderos ni superficie. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de diciembre de 1911, 27 de agosto de 1941 y 18 de mayo de 1904, entre otras. 3.^a Tratándose de un negocio jurídico, que no de un hecho o acto jurídico, no es el acta de manifestaciones el título hábil para recoger declaraciones de voluntad negociales, artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Notarial. Siendo, además, imprecisas las manifestaciones vertidas en dicha acta en relación a la posposición, pues no identifica clara e indubitadamente el crédito hipotecario que se pospone (en ningún momento se explicita en el párrafo segundo del exponendo IV que sea el crédito referido en los exponendos I y II). 4.^a No se acredita la inscripción en el Registro Mercantil del cargo del Consejero Delegado de “Plouvi, Sociedad Anónima”, ni su vigencia y facultades. 5.^a No se expresa la causa de la posposición. De suerte que, siendo nuestro sistema causal, todo negocio jurídico debe expresar su causa que será objeto de calificación y a cuya vista, asimismo, deberán calificarse los demás elementos del negocio jurídico, especialmente la capacidad de los otorgantes. Artículo 1.261

y concordantes del Código Civil. 6.^a No se acompañan los poderes del representante de las sociedades extranjeras sin los que no se puede calificar la capacidad del compareciente. Como tampoco sin conocer la causa de la posposición. Artículo 1.259 del Código Civil. 7.^a Tratándose de alterar el rango de dos hipotecas al día de hoy inscritas (y en relación a la fecha del acta calificada, una de ellas inscrita y otra ya escriturada pero pendiente de inscripción), en buena técnica estamos ante una permuta que no posposición de rango, por lo que será necesario el consentimiento no sólo de los titulares del crédito hipotecario pospuesto sino también de los titulares del crédito hipotecario que se antepone, por cuanto nadie puede adquirir derechos sin su consentimiento. Consentimiento del titular del crédito hipotecario que se antepone que aún para la posposición se da, siquiera sea implícitamente, cuando se constituye la hipoteca futura que se ha de anteponer en la forma prevista al pactar la posposición. Artículos 1.254, 1.257 y concordantes del Código Civil y 241 del Reglamento Hipotecario. 8.^a Habiéndose expedido certificación de cargas de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria para la hipoteca que se pospone, de despacharse la posposición se produciría discordancia en cuanto a la prelación de cargas existentes sobre la finca, según la certificación dicha y el Registro, al llegar al mismo la adjudicación y cancelaciones, resultado de la subasta, lo que redundaría en descrédito y falta de coordinación entre el Registro y el Juzgado que conoce de la ejecución hipotecaria, amén de irreparables perjuicios al adjudicatario que intervino en el procedimiento confiado en el contenido de la certificación registral obrante en autos que luego se ve defraudado al haber perdido su rango la hipoteca ejecutada. Por ello se hace preciso acreditar que el Juzgado que conoce del procedimiento ha tenido conocimiento de dicha posposición con anterioridad a la celebración de la subasta. Todas las faltas expresadas se consideran subsanables, salvo las indicadas bajo los números 3 y 7, que son insubsanables. Cumplido lo dispuesto en el artículo 429 del Reglamento Hipotecario se deniega la inscripción solicitada. Contra la precedente nota puede interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el plazo de cuatro meses, contados desde su fecha, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Mazarrón, 3 de marzo de 1997. Firma ilegible». Nuevamente presentado el mismo título, fue objeto de calificación idéntica a la anterior, según nota fechada el 10 de abril siguiente, con la única excepción de que su encabezamiento reza así: «Examinado el precedente documento, se observan las siguientes faltas:...»

V. El Procurador de los Tribunales, don Manuel Sevilla Flores, en representación de «Unión de Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca» («Undemur, S.G.R.»), don Mariano Roco Meroño y don Alfonso Bas Pérez, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Denominación social errónea. Que respecto a esta falta cabe citar la Resolución de 24 de enero de 1983. 2.º Descripción de la finca gravada con la hipoteca pospuesta que no se expresa en el título. Que se ha de partir del hecho de que la hipoteca de máximo y el acta de manifestaciones se otorgaron de forma simultánea, el mismo día y con números correlativos, de tal suerte que es evidente que no se había otorgado el préstamo de Caja de Ahorros de Murcia con el aval de la garante «Udemur, S.G.R.», si no hubiera sido por la posposición concedida, entre otros motivos, porque consta en la escritura de hipoteca y en la propia inscripción registral que la póliza de préstamo a

avaluar, se constituiría después. Que resulta claro que la remisión a la escritura de hipoteca que hace el acta notarial en cuanto a la descripción física de la finca y que ya obraba inscrita, así como la misma escritura de cesión que repite y que se presenta junto al acta, no ofrece género de dudas para, a través de su número registral, quedar perfectamente identificada, pudiendo entenderse, a estos efectos, que la cesión previamente inscrita constituye un auténtico documento complementario, de conformidad con el artículo 33 del Reglamento Hipotecario. Que hay que añadir que el negocio jurídico que se está discutiendo es la posposición de rango hipotecario, conforme al artículo 241 del Reglamento Hipotecario, que además de no exigir el reparo antes discutido, no precisa para su inscripción trasladar lo referente a la finca, a cuya descripción para nada afecta, entre otros motivos, porque su constancia pública a través de nuestro sistema registral se practica mediante nota marginal.

3.º Acta de manifestaciones como título inscribible que se considera insubsanable. Que hay que distinguir: a) En el aspecto material. Que lo que propiamente se inscribe o registra en nuestro sistema hipotecario «es el acto o negocio jurídico-real u otro registrable y no el título formal o documental», según los autores y la doctrina de la Dirección General. b) En el aspecto formal. Que es cuestión conocida, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterio de la Dirección General, que la calificación de un acto o negocio jurídico debe atender a su verdadera naturaleza jurídica, no a su denominación, y las sociedades comparecientes declaran su voluntad de posponer su hipoteca a la de «Undemur, S.G.R.» hasta dos veces. Que el negocio jurídico de la posposición de rango (art. 241 del Reglamento Hipotecario) es un negocio jurídico bilateral que no precisa intervención de la parte a quien le beneficia. c) Que en cuanto a la identificación del crédito pospuesto parece claro que no puede ser otro que el que se cita en el expositivo, cedido a los comparecientes y que se ha aportado con asiento de presentación inmediatamente anterior al título discutido.

4.º Inscripción del Consejero-Delegado de «Pluovi, Sociedad Anónima». Que no puede decir el Registrador que no consta la inscripción, cuando él mismo ha calificado la escritura anterior presentado por la misma parte, haciendo constar la suficiencia de las facultades al final del título mediante certificación del Registrador Mercantil de Murcia, cuando lo transcrito en ambos documentos respecto a la intervención de «Pluovi, Sociedad Anónima» es idéntico.

5.º Causa. Que hay que citar como ejemplo la Resolución de 1 de febrero de 1957, que siendo la causa la mera «liberalidad del bienhechor» hay que incluir el negocio jurídico en los de pura beneficencia (art. 1.274 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1956). Que siendo *iuris tamtum* la existencia de causa, siendo la causa formal la posposición, aunque lo fuera de forma gratuita, no siendo este hecho ilícito y conocido el negocio jurídico para conocer la capacidad de los otorgantes, no hay motivo alguno para el defecto aludido.

6.º Poderes del representante de las sociedades extranjeras. Que quedaron archivados en el Registro de la Propiedad; según nota del título previo de cesión; por tanto constaba ya la suficiencia de los poderes por ser idénticas las fechas.

7.º Permuta o posposición. Que la posposición, según el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, es un acto unilateral que puede completarse con actos concluyentes del beneficiario Undermur, junto con el acta de manifestaciones discutida con números de protocolo correlativos que, aun anterior a esta última, no era constitutiva hasta su inscripción y que fue cedido posteriormente al señor Roca y señor Bas, por lo que los requisitos

para la perfección del negocio jurídico llevado a cabo se han cumplido absolutamente, tanto si se entiende que el acta de manifestaciones es un título independiente, como si lo es complementario o integrado a la misma escritura de hipoteca como parte inseparable de ella. 8.º Certificación de cargas. Que una tercería sería suficiente sistema para evitar el presunto perjuicio del inexistente adjudicatario. Que es evidente que siendo nuestro sistema hipotecario voluntario, si el presunto adjudicatario, que no consta exista en modo alguno, no inscribe su derecho, quedará a las resultas del Registro. Que, en cualquier caso, la calificación no puede extenderse hasta esos extremos.

VI. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que con carácter previo conviene precisar qué documentos principales son aquellos que contienen en sí mismos el negocio jurídico que ha de acceder a los libros del Registro. En ocasiones dichos títulos principales, para poder ser inscritos, por sí solos son insuficientes, siendo necesario acreditar el cumplimiento de ciertas formalidades por medio de documentos complementarios. Que no se conoce ningún precepto legal o reglamentario que autorice a utilizar para el despacho de un documento, documentos complementarios aportados por personas distintas de las que presentaron el documento principal. Por lo demás, los complementarios en cuestión, aportados por personas distintas de los recurrentes, también podrían haber sido aportados por ellos mismos por cuanto obran en Registros Públicos y los mismos, según señalan, tienen interés legítimo para obtener copias auténticas de aquéllos, y los mismos hay que decir en cuanto a los otorgados en el extranjero: 1.º Que es evidente que «extranjera» y «exteriores» son denominaciones distintas. Que se trata de determinar quién sea el titular del crédito pospuesto, lo que entronca directamente con el principio de tracto sucesivo y es objeto de calificación (arts. 20 y 18 de la Ley Hipotecaria). Que no se debe olvidar lo dispuesto en el artículo 148 del Reglamento Notarial. 2.º Que en lo referente a la falta de descripción de la finca gravada con la hipoteca pospuesta. Que en la posposición la descripción de la finca es tan necesaria como en cualquier otro negocio jurídico y sin que sea cierto que su constancia registral es por nota marginal, sino que provoca una inscripción en el folio registral de la finca gravada por la hipoteca; y es posteriormente, cuando se inscribe la hipoteca futura que se ha de anteponer cuando, sin necesidad de nueva escritura se hará constar por nota al margen la consumación de la posposición. Que no se ha cumplido lo establecido en los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria, 51 del Reglamento Hipotecario y 170 del Reglamento Notarial. En definitiva, se trata de cumplimentar el principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y conseguir que todas las mutaciones jurídico-reales que sucesivamente afecten a la misma finca registral se reflejen, sin solución de continuidad, en el mismo folio registral. Esta doctrina ha sido confirmada por las Resoluciones de 18 de mayo de 1904 y 27 de abril de 1909. 3.º Que respecto a la insuficiencia formal del Acta de manifestaciones para documentar un negocio jurídico de posposición de rango hipotecario, hay que señalar lo que dispone el artículo 18 de la Ley Hipotecaria desarrollado por el artículo 98, párrafo 1.º del Reglamento Hipotecario, que consagran el principio de legalidad en su aspecto formal. Los títulos formales son los consagrados en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, desarrollado en los artículos 33 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Pero lo que ahora interesa es que los títulos formales deben estar otorgados o autorizados en la forma y solemnidades que prescriben las leyes sobre la materia. Que tratándose de documen-

tos notariales conforme al artículo 1.217 del Código Civil habrá que estar a lo que establece el artículo 144 del Reglamento Notarial. Que las diferencias entre «la escritura pública» y el «acta notarial», que son mucho más profundas que su distinta denominación, resultan de la regulación que de una y otra hace el Reglamento Notarial, tratándolas separadamente y de lo que al respecto enseña la propia doctrina. Que la postura de la doctrina encuentra su refrendo en las Resoluciones de 17 de junio de 1910, 2 de julio de 1929 y 4 de abril de 1936. Que en cuanto al segundo inciso del apartado tercero de la nota de calificación recurrida, hay que remitirse al contenido de la misma, en ningún momento se explicita en el párrafo segundo del exponiendo cuarto del acta calificada que el crédito pospuesto sea el referido en los exponendos primero y segundo. 4.º Que en cuanto a este defecto hay que remitirse a lo expuesto al principio de este informe. Que se olvida que siendo negocios distintos, la cesión de crédito hipotecario y la posposición, mientras que el primero para el cesionario es acto de administración, el segundo para el posponente lo es de disposición, no son las mismas exigencias de capacidad las precisas para uno y otro negocio. En cualquier caso, la certificación del Registro Mercantil en el momento de extender la segunda nota recurrida ya no obraba en el Registro. 5.º La causa ha de estar explícita en el título inscribible, y que es objeto de calificación hoy está fuera de toda duda. Ello sin perjuicio de la presunción *iuris tantum*, establecida en el artículo 1.274 del Código Civil, y así lo tiene establecido las Resoluciones de 25 de septiembre de 1990 y 11 de junio de 1993. 6.º Que en cuanto a este defecto hay que remitirse a lo expuesto al principio del informe. 7.º Que en cuanto al defecto séptimo hay que preguntarse qué negocio se recoge en el acta de manifestaciones, una posposición o una permuta. Ambas figuras implican posposición en sentido amplio, por cuanto un derecho real pospone su rango en beneficio de otro que se antepone. Pero la doctrina distingue permuta de la posposición, siendo diferentes sus requisitos y su mecánica registral. Que según la doctrina, la situación registral existente al presentar la posposición en la propia de la permuta, figurando inscrita tanto la hipoteca que se antepone como la que retrocede su rango. Que la permuta ha de estar convenida por ambos titulares, de suerte que el consentimiento de Undermur no se acredita y los consentimientos en el ámbito registral no se presumen. Que en cuanto al título para ambos negocios (posposición y permuta) es la escritura pública. Que ninguno de los extremos de la posposición se recogen en el acta calificada, obviamente porque se está contemplando una permuta y no una posposición. 8.º Que en cuanto a este defecto hay que señalar lo que dicen las Resoluciones de 24 de abril de 1991 y 16 de septiembre de 1992 y lo que se expresa en dichas Resoluciones es lo que ahora se pretende que resultando del Registro que la hipoteca que se ha de posponer se encuentra en ejecución, la posposición no tenga operatividad registral a espaldas o sin conocimiento del Juez que conoce de la ejecución y de los terceros que puedan intervenir en la subasta, y con especial incidencia en cuanto al destino del sobrante que pudiera resultar de dicha subasta y las cancelaciones de asientos registrales que la misma motiva.

VII. El Notario autorizante de la escritura informó: Que de los ocho defectos de la nota de calificación deben quedar fuera del informe los defectos números 4 y 6, relativos a la necesidad de presentar ciertos documentos adicionales, de lo que ya fueron advertidos los comparecientes en su momento. Que tampoco se puede tratar el defecto octavo que surge de un cambio en la

situación procesal y registral de los derechos inscritos acaecida con posterioridad a la autorización de los documentos calificados. Que el defecto primero se considera que es irrelevante y que no cabe duda razonable de la identidad y unicidad de la sociedad. Que en cuanto al segundo defecto, la no descripción de la finca en el acta calificada deriva de su condición de documento accesorio o complementario de otro de constitución de hipoteca de máximo otorgado en simultaneidad con el mismo, en igual fecha y con número de protocolo inmediatamente anterior. Que el Registrador tuvo presente al calificar, al que se hace referencia en el párrafo 2.º del apartado IV del acta calificada. Que referente al tercer defecto, hay que decir que la elección de la forma de acta para el documento calificado en lugar de la forma de escritura, que sin duda parece más adecuada, fue un acuerdo expreso entre las partes interesadas. Que, sin embargo, se considera que el documento calificado reúne todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por el artículo 214 del Reglamento Hipotecario para hacer constar el Registro la posposición de hipoteca. Que en cuanto al defecto quinto, el artículo 1.277 del Código Civil, de conformidad con el artículo 241 del Reglamento Hipotecario no exige ni menciona siquiera la causa de la posposición. Pues, consistiendo la posposición en un negocio jurídico que recae sobre un accesorio de un derecho inscrito, en este caso la hipoteca, la causa de la fijación de rango es la misma que la causa de la hipoteca cuyo rango es objeto de disposición en el acta calificada. Por ello se considera inexistente tal defecto. Que se entiende que el defecto séptimo no existe, ya que no se trata de una permuta de rango hipotecario sino de una verdadera posposición, puesto que la hipoteca de Udemur no estaba inscrita cuando se formalizó el acta calificada.

VIII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia confirmó la nota del Registrador en el único extremo de que el instante deberá notificar al Juzgado ejecutante de forma fehaciente y completa, de la posposición de la hipoteca sometida a ejecución, y la revocó en todos los demás extremos de la nota de calificación.

IX. El Registrador apeló el auto presidencial en lo referente a los números dos a siete de la nota de calificación, manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas; 241 del Reglamento Hipotecario; 144, 197 y 198 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 11 de diciembre de 1991 y 2 de noviembre de 1992.

Antes de entrar en las concretas cuestiones que se plantean en el presente recurso, ha de advertirse que en el título aparecen dos notas de calificación de fechas 3 de marzo y 10 de abril de 1997, respectivamente, y que el recurso gubernativo se interpone el 13 de mayo siguiente, sin que el recurrente precise cuál de aquellas notas es objeto del mismo, siendo así que frente a ambas estaba el plazo para recurrir, y que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia tramita el expediente como si ambas hubieran sido recurridas, a lo que no hay oposición alguna, por lo que así ha de entenderse y es éste un extremo que no carece de relevancia, según se verá. Por lo demás, del mismo expediente se deduce que la segunda presentación que motivó la nueva calificación tuvo lugar a fin de conseguir la reserva de prioridad que con la interposición del recurso se logra como consecuencia de la suspensión de vigencia del asiento de presentación prevista en el artículo 66 de la Ley Hipo-

tecara, habida cuenta que habiendo tenido lugar la primera el 19 de diciembre de 1996, retirado el título el 30 del mismo mes y aportado de nuevo el 5 de febrero de 1997, cuando se extiende la primera de las notas el 3 de marzo siguiente la vigencia del asiento estaba a punto de caducar.

1. El primero de entre los seis defectos que, revocados por el Auto, apela el Registrador y segundo en orden de las notas recurridas, es el referido a la falta de descripción en el título calificado de la finca sobre la que recae la hipoteca a posponer.

La descripción de las fincas en los títulos a inscribir en un sistema registral de folio real es elemento esencial tanto de identificación de las mismas como de permanente actualización de tal descripción, en cuanto sea posible, a la realidad. Pero en este caso, si en el título previo de cesión del crédito que se pospone, presentado, retirado y devuelto en las mismas fechas que el que se ha calificado e inscrito el 28 de febrero de 1997, tres días antes de extenderse la primera nota recurrida, consta la descripción de la finca sobre la que está constituida la hipoteca que se pospone, ese mismo título, tan relacionado en todos sus extremos con el calificado, ha de tenerse por suficiente para subsanar el defecto planteado en cuanto estuvo a disposición del Registrador durante el plazo reglamentario para calificar y según doctrina de este Centro (Resolución de 11 de diciembre de 1991), en la calificación han de tomarse en cuenta los documentos presentados a inscripción que guarden relación con el que se califica.

2. Alterando el orden con que aparecen formulados los defectos, es oportuno abordar las cuestiones planteadas en los puntos cuarto y sexto, relativos a la representación de las sociedades que consienten la posposición. En cuanto a la primera, «Plouvi, Sociedad Anónima», que lo hace por medio de un Consejero-Delegado, supeditada como está la eficacia de la delegación de facultades del Consejo de Administración de una sociedad anónima a su inscripción en el Registro Mercantil (cfr. art. 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), es insuficiente para acreditar las facultades representativas que deriven de una delegación la reseña que por exhibición haga el Notario de la escritura de elevación a público del correspondiente acuerdo junto con la transcripción, más o menos extensa, de las facultades delegadas, si en ella no consta aquella inscripción. Ahora bien, si según la nota de despacho del título previo, en que la misma persona había actuado en la misma representación y con idéntica reseña de facultades, para practicar la inscripción del mismo se aportó certificación del Registro Mercantil relativa a la hoja de la sociedad, la correlación entre ambos títulos obligaba al Registrador a tomar en consideración tal certificación para la calificación de ambos, al margen de que hubiera entendido, lo que sería un defecto distinto, que las facultades delegadas habilitaban para la representación en uno de los negocios y no en el otro.

Y a igual conclusión ha de llegarse por lo que respecta a la falta de aportación de los poderes del representante de las otras dos sociedades. Si su intervención en la escritura de cesión del crédito hipotecario era igual a la que aparece en la de posposición, y para la inscripción de aquélla se tuvieron a la vista los documentos pertinentes, habiéndose acompañado dos informes del Notario autorizante sobre la legislación panameña en orden a los requisitos para la constitución de sociedades y los apoderamientos, no puede admitirse como defecto la falta de aportación de los mismos documentos cuando obraban en el Registro, aun cuando fueran distintos los presentantes de cada uno de los títulos a los que complementaban y uno tan sólo de ellos el que pro-

cedió a su presentación, pues la citada doctrina conforme a la cual han de tenerse en cuenta otros títulos presentados a la hora de calificar, ha de entenderse referida al conjunto documental que los integren. Cuestión distinta sería, también en este caso, la suficiencia de los poderes para el negocio concreto cuya inscripción se rechaza, pero tal defecto también habría de formularse expresamente, sin que sea admisible una genérica referencia a su relación con la causa de la posposición.

3. Quedan por examinar tres cuestiones que no dejan de estar relacionadas entre sí. En primer lugar se plantea la idoneidad formal del título en que se consiente la posposición de hipoteca, que se califica como acta de manifestaciones, y el Registrador entiende que es inadecuado para recoger la declaración de voluntad que implica el consentimiento para la posposición de hipoteca. La distinción entre escrituras públicas y actas notariales, formas documentales encuadrables ambas en la categoría genérica de documentos públicos conforme al artículo 1.218 del Código Civil y ambos con la fuerza probatoria que dicha norma les atribuye, ha de hacerse sobre la base de su contenido que, a su vez, condiciona las respectivas exigencias formales. Contenido propio de las escrituras públicas, dice el artículo 144 del Reglamento Notarial, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases, en tanto que la órbita propia de las actas notariales, sigue diciendo, afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte de aquellos casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.

Pues bien, en este caso, bajo la denominación de acta de manifestaciones, nos encontramos con un instrumento en que, tal como resulta del tercero de los «hechos», aparece la fe del Notario de conocer al compareciente y la emisión del juicio de capacidad, siendo así que las actas, salvo excepciones, no requieren fe de conocimiento ni les son aplicables, en principio, las reglas sobre juicio de capacidad del requirente; tras exponer que sus representados son titulares de un crédito con garantía hipotecaria: «de forma voluntaria pospone el crédito hipotecario de que son titulares sus representados» a otra hipoteca, lo que implica no una simple manifestación sino una declaración de voluntad, un consentimiento negocial que, como dice aquella norma, es contenido propio de las escrituras públicas; y, por último, el Notario da fe de haber leído el documento al compareciente que, encontrándolo conforme, aprueba y firma con el Notario, lo que claramente implica un otorgamiento en cuanto asunción de la declaración de voluntad prestada que es inexistente en las actas. Contenido y forma son, por tanto, los propios de una escritura, en cuanto expresivo de una determinada declaración de voluntad negocial, que es de lo que el Notario da fe, sin que las referencias al «acta» permitan considerar que alcanzan a desvirtuar la verdadera naturaleza de dicho instrumento que ha de calificarse en atención a la realidad de su contenido y forma y no al nombre que se le da.

4. En relación con el consentimiento para la posposición, ha de resolverse si es necesario también el del titular de la hipoteca posterior que se ve beneficiado para que la misma pueda inscribirse, y la respuesta ha de ser negativa. La posposición de una hipoteca a otra posterior puede ser fruto de un negocio bilateral, si así lo convienen los titulares de ambas hipotecas, pero también de un negocio jurídico unilateral, como consecuencia de la voluntad tan sólo del titular de la hipoteca que se pospone. Sus efectos directos se traducen en la pérdida de rango del derecho de quien voluntariamente lo

pospone y sólo de forma indirecta en un beneficio para quien, como consecuencia de ello, ve mejorado el rango del suyo, al igual que ocurre en el caso en que se consienta la cancelación, por cualquier causa, de una hipoteca preferente, al punto de que ni tan siquiera cabe configurar aquella declaración de voluntad unilateral como recepticia, condicionada al conocimiento del favorecido. El titular de la hipoteca favorecida por la posposición no adquiere derecho alguno que se incorpore a su patrimonio y requiera de aceptación, pues su derecho sigue siendo el que ya tenía, por cuanto el rango por sí mismo no puede considerarse como un derecho, sino una posición o cualidad de la garantía, que se ve beneficiada en su preferencia con la posposición de otra preferente, pero sigue siendo la misma. Así lo revela el artículo 241 del Reglamento Hipotecario cuando, al regular los requisitos para la posposición, se limita a exigir, en su apartado 1.º, el consentimiento expreso del acreedor que posponga, sin referencia alguna al del favorecido por la misma.

5. Ha de abordarse, por último, otro de los defectos recurridos, el que plantea la necesidad de expresar la causa de la posposición de la hipoteca. La norma reglamentaria antes citada, que exige tan sólo el consentimiento del acreedor para la posposición, no puede interpretarse, al igual que ocurre con el artículo 82 de la Ley cuando exige para la cancelación el consentimiento del titular del derecho inscrito, de forma aislada, sino en congruencia con el conjunto del ordenamiento, del que resulta que el puro consentimiento formal como título inscribible no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde, a su vez, al sistema civil causalista. La inscripción de cualquier acto traslativo, modificativo o extintivo de derechos requiere la expresión del título causal, tanto por exigencias del principio de legalidad, en cuanto no son iguales a la hora de calificar los requisitos exigibles en orden a capacidad, autorizaciones o legitimación, etc., como por la necesaria consignación en el asiento, cuyos efectos respecto de tercero no serán los mismos si la causa ha sido, por ejemplo, gratuita u onerosa.

Ahora bien, si ciertamente no puede aceptarse que para la posposición sea suficiente el mero consentimiento formal del titular de la hipoteca, en el presente caso no estamos ante un consentimiento abstracto para la posposición, sino que unilateralmente se dispone una posposición de rango hipotecario. Al igual que en el supuesto contemplado por la Resolución de 2 de noviembre de 1992, que entendió que cuando en la escritura se dispone unilateralmente que la finca quede liberada de una hipoteca hay que interpretar que se está ante la abdicación por el titular registral de dicho derecho, es decir, ante una renuncia al mismo, acto que por sí solo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2 del Código Civil para, por su naturaleza, producir la extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación conforme a lo dispuesto en los artículos 2.2 y 79 de la Ley Hipotecaria, de igual modo con el consentimiento para la posposición hay una abdicación del rango, que no es del derecho sino de su potencial efectividad y, si se quiere, y como consecuencia de ello, de parte de su valor económico, con la misma eficacia sustantiva a los efectos de dar causa a su inscripción.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Madrid, 4 de noviembre de 2000.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

COMENTARIO

En la nota de calificación que da lugar a la interposición del recurso gubernativo, cuya resolución se plantea, se manifiestan un elevado número de defectos. Considero como más relevantes, a la hora de hacer este comentario, a tres de ellos, que se encuentran precisamente relacionados por afectar al propio negocio, objeto de la inscripción que se discute.

Estos tres defectos se refieren, en concreto, a la posposición de rango hipotecario, en cuanto al cumplimiento de sus requisitos de forma, consentimiento y causa.

El primero de ellos (defecto núm. 3 en la nota de calificación) da lugar a la discusión de cuál es la forma en que se debe recoger la posposición de hipoteca. Si puede hacerse a través de un acta notarial, o sería necesario formalizarse en escritura pública. La respuesta variará según cuál sea la naturaleza jurídica de la posposición, si se considera un negocio jurídico, un acto o un simple hecho.

En segundo lugar y ligado con lo anterior, hay que examinar si la posposición de rango hipotecario que aquí se pretende es una verdadera posposición *strictu sensu* o, por el contrario, se trata más bien de una permuta de rango, lo que determinaría su carácter unilateral o bilateral, y en consecuencia, si es necesario para llevarla a cabo el consentimiento del titular de la hipoteca que se antepone, o basta el del acreedor pospuesto (defecto núm. 7 en la nota de calificación). Aquí subyace, asimismo, la problemática en torno al rango hipotecario: si es una simple cualidad del derecho, o si se trata más bien de un derecho independiente, cuya transmisibilidad comporta una adquisición de derechos, lo que haría necesario el consentimiento de ese adquirente.

El último de los defectos relacionados con la posposición es si es preciso hacer constar la causa de la misma o basta un simple consentimiento abstracto por parte del titular pospuesto (defecto núm. 5 en la nota de calificación registral) para llevarla a cabo.

Creo que lo que conviene desarrollar en estas líneas es realmente en qué consiste la posposición de rango hipotecario, y qué requisitos son necesarios para llevarla a cabo, con el fin de poder solucionar todos estos problemas.

POSPOSICIÓN DE RANGO

Por sus especiales características de inherencia y exclusividad, los derechos reales no pueden recaer o coexistir simultáneamente sobre la misma cosa. Esta imposibilidad de coexistencia hace necesario que los mismos se ordenen en un sistema de preferencia para hacerse efectivos sobre la cosa. Pues bien, al lugar que cada uno de esos derechos reales ocupa en ese orden de prelación se le denomina rango.

El rango viene a ser, por tanto, una cualidad más del derecho que lo ordena o sitúa en relación con los otros derechos reales que recaen, asimismo, sobre la cosa. El rango aporta un determinado valor económico a los derechos reales, ya que les otorga la prioridad con respecto a los posteriores. Este valor, por su propia importancia, hace que el rango tenga cierta autonomía con respecto al derecho, lo que lleva a la admisión de su transmisión o negociabilidad. Pero, aunque quepa cierta negociabilidad del rango, lo que se adquiere o transmite es una cualidad más del derecho y no

un derecho independiente o nuevo, pues el derecho real no sufre modificación alguna en cuanto a su esencia. En este sentido, GARCÍA GARCÍA (1) dice claramente que «el rango es la cualidad de un derecho real que le proporciona el tener una determinada posición registral respecto a otros derechos reales», en virtud del cual se atribuye un derecho de preferencia (no en sentido técnico-jurídico, ya que el rango no constituye un derecho subjetivo independiente, sino una cualidad o facultad del derecho), pero esa cualidad del derecho repercute fundamentalmente en el valor económico del derecho; y consecuencia del valor económico del derecho, sigue este autor, es «su negociabilidad en el sentido de que puede ser modificado y cambiado de un derecho a otro, es decir, que puede ser separado de un derecho para unirlo a otro».

Por lo tanto y como primera conclusión, que comparte casi toda la doctrina (2), se puede decir que el rango no es en sí mismo un derecho independiente, y que, en consecuencia, su transmisión no lleva a adquirir un derecho nuevo y distinto al titular que «sube de puesto». Parece, entonces, ilógico que podamos decir que, en principio, y de modo general, no sería directamente necesario al posponer el rango hipotecario que la persona, que como consecuencia de esa posposición mejore de rango, preste su consentimiento; pues realmente no adquiere ningún derecho subjetivo nuevo, y sí sólo modifica la calidad del que ya tenía.

No obstante hay que matizar esta afirmación, ya que existen distintos tipos de negociación sobre el rango que pueden llevarnos a soluciones distintas en cuanto al consentimiento necesario para llevarlas a cabo.

La posposición de rango en sentido amplio implica la postergación de un derecho real, obviamente, frente a otro que adelantará su posición. En estos términos generales puede incluirse dentro de la posposición tanto las figuras de permuta, reserva y posposición en sentido estricto.

Hablamos de permuta de rango cuando los titulares de dos (o más) derechos inscritos pactan entre sí la alteración de sus respectivos rangos, ocupando el de rango inferior el superior, y por el contrario, el que ostentaba rango preferente pasa a posición posterior. Como características propias de la permuta hay que señalar el convenio o negocio bilateral entre ambos titulares que deciden y consienten en el intercambio de sus rangos, cuyos respectivos derechos ya están inscritos, pues de otra forma no tendrían rango asignado. Siendo, entonces, absolutamente necesario el consentimiento tanto del titular pospuesto como del que se antepone, y el hecho de que ambas hipotecas (o derechos reales inscritos) estén inscritas.

(1) Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 707-709.

(2) Véase, en este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 126; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 387; BLASCO GASCO, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 411 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 213 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1953, págs. 62 y 63.

Sin embargo, en contra, encontramos la opinión de Álvarez Caperochipi, que mantiene que el «rango hipotecario se convierte en un derecho directamente negociable con independencia del crédito mismo». Véase ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *Curso de derechos reales. Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 141-144.

Por el contrario, hablamos de posposición de hipoteca cuando el titular de un derecho inscrito decide unilateralmente postergar su derecho real a favor de otro que, o bien se está constituyendo simultáneamente a dicha posposición, o bien lo hará con posterioridad a la misma, o incluso, y para algunos autores, que ya está inscrito.

Cuando se pospone el rango en favor de otro derecho real futuro que todavía no existe, la mayoría de los autores, con los que coincido, entienden que se está hablando más propiamente de reserva de puesto o rango. Y, precisamente, lo que le diferencia de la posposición en sentido estricto es que el derecho al cual se va a posponer todavía no existe. Aunque este rasgo de la reserva es aceptado unánimemente, la doctrina discute sobre la posibilidad de que el derecho que va a posponerse esté ya inscrito o por el contrario se constituya simultáneamente a dicha reserva, es decir, que nazca ya pospuesto a la hora de definir exactamente esta figura distinguiéndola de la posposición en sentido estricto.

Como existen muchas diferencias y matices entre los autores, voy a hacer un breve repaso a las opiniones doctrinales de cada uno de ellos en esta materia.

Así, por ejemplo, para ROCA SASTRE (3) la posposición en sentido estricto, o lo que él denomina la posposición pura, consiste en la postergación de una hipoteca ya constituida, e inscrita, en beneficio de una hipoteca no inscrita o futura, por cuanto la escritura pública para su constitución es otorgada al tiempo o después de consentida la posposición. Como requisitos de la posposición, señala este autor, que la hipoteca que sea objeto de la posposición conste inscrita; y el consentimiento de su titular registral, sin que sea necesario el del titular de la hipoteca que va a anteponerse. La reserva de rango, y para el mismo autor, es una variante de la posposición, y consiste en que una hipoteca nazca o surja con la calidad de postergable en su rango en beneficio de una hipoteca futura que todavía no se ha inscrito. Luego, para ROCA SASTRE, la diferencia entre ambas figuras estaría en el hecho de que en la posposición, la hipoteca que se pospone ya estaba previamente inscrita al hacerse la posposición, mientras que en la reserva, la posposición se establece al tiempo de convenirse dicha hipoteca.

Asimismo, para CHICO Y ORTIZ (4), la posposición en sentido estricto se pacta después de inscrita la hipoteca postergable y antes o al mismo tiempo de constituirse el que va a ganar el puesto, y la reserva se estipularía en el momento de constituirse el derecho que va a retroceder a favor de otro futuro.

GARCÍA GARCÍA (5) considera que la posposición *strictu sensu* se refiere a situaciones en que tanto el derecho que retrocede como el que avanza se encuentran inscritos, mientras que la reserva se refiere a un derecho de constitución futura todavía no existente. Si bien, dentro de la reserva, este autor incluye dos supuestos distintos: 1) cuando la hipoteca que va a retroceder no está todavía inscrita, constituyéndose simultáneamente esa hipoteca con reserva de rango a favor de la futura (la hipoteca nace ya con la reserva de

(3) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 229-238.

(4) CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 1596-1597.

(5) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 728-736.

rango), y 2) la hipoteca que va a retroceder está ya inscrita con anterioridad, pero se prevé la necesidad de que se posponga a favor de una hipoteca de constitución futura. Esta segunda modalidad de reserva de rango, que explica GARCÍA GARCÍA, es para muchos autores una posposición en sentido restringido (vgr. CHICO Y ORTIZ, LA RICA Y ARENAL, ROCA SASTRE) (6), siendo verdadera reserva sólo el primer supuesto. Pero GARCÍA GARCÍA encuentra el criterio de distinción entre ambas figuras en que para él la posposición sólo existe respecto a dos derechos ya inscritos, y en la reserva no es necesario que ambos lo estén, siendo rasgo diferencial de la misma que al menos uno de ellos sea siempre futuro (7).

Si se analizan las posturas doctrinales de estos autores, vemos que las diferencias entre ambas figuras derivan de la conjugación de varios criterios: a) si se atiende a la constitución o inscripción del derecho que se pospone; b) si se atiende al momento de convenirse la posposición o reserva; c) el momento de constitución o nacimiento del derecho que se va a anteponer. Según se fijen en uno u otro criterio, las definiciones y diferencias entre ambas figuras se hacen patentes.

En mi opinión, la posposición en sentido estricto es la que hace el titular de la hipoteca ya inscrita, a favor de otra que se otorga simultáneamente a dicha posposición, aunque se inscriba con posterioridad (por lo que se puede hablar, entonces, de hipoteca futura), o que se constituirá definitivamente con posterioridad. Mientras que en la reserva la postergación se pactará al convenirse la hipoteca que se pospone, naciendo ya pospuesta con respecto a otra futura.

En el caso de la resolución que se comenta, se trata de una posposición (en sentido amplio) de una hipoteca ya inscrita, que se lleva a cabo a la vez (5 de septiembre) que se otorga la escritura pública de la otra hipoteca que se va a anteponer, cuya inscripción tendrá lugar más adelante (17 de diciembre de 1991). Para GARCÍA GARCÍA esto podría tratarse de una reserva de puesto de la segunda modalidad, debido a que la hipoteca que se va a posponer ya se encuentra inscrita, y lo hará a favor de una hipoteca futura (aunque se otorga escritura pública de constitución a la vez que la posposición no se constituirá realmente hasta su inscripción, y por tanto puede considerarse como futura); para el resto de los autores —y comparto su opinión—, sería más bien una posposición en sentido estricto. No creo que pudiera pensarse que se trata de una reserva de puesto comúnmente admitida, ya que la hipoteca que se pospone ya estaba inscrita, y por lo tanto, nunca se podría decir que nace ya pospuesta, como en una verdadera reserva. Pero de lo que no cabe ninguna duda es que no se trata de una permuta, tal y como mantiene el Registrador en su nota de calificación, pues ésta exige el convenio o pacto entre dos titulares de derechos inscritos, y aquí desde luego no existe esa connivencia, ni tampoco se encuentran inscritos, en el momento de la posposición (como

(6) CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 1596-1597; DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, II, Centro de Estudios Hipotecarios, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1976, pág. 234; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit., págs. 229-238.

(7) También es de esta opinión doctrinal Lacruz Berdejo. Véase LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 127.

mantiene el Registrador), los derechos en juego, ya que la hipoteca que se va a anteponer se constituye en escritura pública en ese mismo momento (de la posposición), estando todavía pendiente de inscripción registral para su efectiva constitución. Incluso aunque estuvieran inscritas ambas hipotecas, ya hemos dicho que eso tampoco sería óbice (para algún sector doctrinal) (8), para no calificar tal negocio como posposición, siendo lo verdaderamente relevante de la misma el consentimiento unilateral del titular registral que pospone su derecho.

Por eso, creo que podríamos discutir el carácter de posposición estricta o no, pero nunca el de permuta. Y fuera cual fuera la solución adecuada (me inclino por posposición *strictu sensu*), ésta no afectaría al requisito del consentimiento del acreedor hipotecario que antecede, pues en cualquier caso se trataría de un negocio unilateral para el que no se necesita la anuencia del mejorado, ya que éste sólo se ve beneficiado por el propio automatismo del sistema registral, y en cualquier caso, y como ya he explicado antes, al adquirir nuevo rango registral nunca adquiriría un derecho nuevo, sino sólo mejoraría la calidad del que ya tenía.

Por otra parte y en cuanto a cuál debe ser la forma adecuada que debe recoger la posposición (acta de manifestaciones o escritura pública), debido al carácter de negocio jurídico unilateral y de disposición (pues altera los rangos) que atribuyo a la misma, y en la que coincide gran parte de la doctrina (9), creo que ha de otorgarse en escritura pública y no en acta notarial. Ahora bien, la DGRN en este caso cree suficiente el acta porque en ella se dan más requisitos de los que suele contener, como la fe de conocimiento y el examen de la capacidad de los otorgantes, considerando, entonces, como bastante este documento público en el que se recoge la posposición. Sin embargo, creo que habría sido más fácil y no hubiera ocasionado dudas sobre su validez, si se hubiera otorgado una escritura pública; documento que considero el más adecuado para recoger este negocio jurídico.

Por último, el defecto señalado sobre la falta de causa de la posposición incide, una vez más, en el problema de la causalidad de los asientos registrales que, en concreto para la cancelación, ha ocasionado varias resoluciones (10). Y de nuevo, la DGRN resuelve de forma positiva el tema de la causa, declarando que ésta es necesaria siempre en nuestro sistema, y que no puede existir un consentimiento abstracto que dé lugar a la práctica de un asiento registral. Sin embargo, otra vez, vuelve a «deducir» como causa de ese consentimiento para la posposición, la renuncia o abdicación de derechos, sin que ésta se haya manifestado expresamente, siendo, según mi parecer, insuficiente tal deducción, como he mantenido en otros comentarios en los que se trató de manera amplia este problema y a los que me remito (11).

(8) Véase la opinión de García García y Lacruz Berdejo que se acaba de explicar en la nota 7 y en el texto.

(9) Entre otros, ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ob. cit. pág. 231, donde afirma que «no cabe duda que la posposición de rango es un negocio jurídico unilateral de disposición, por cuya razón deberá el postergante de la hipoteca tener la capacidad dispositiva de bienes inmuebles».

(10) Véase la Resolución de 2 de noviembre de 1992, 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000, 2 de diciembre de 2000.

(11) Véase comentarios a las Resoluciones de 12 de septiembre y 2 de diciembre de 2000.

Por tanto y para concluir, considero, en líneas generales, buena la decisión de la DGRN de admitir la inscripción como posposición del negocio que se presenta, pero creo que se debía haber exigido más en cuanto a sus requisitos de forma (escritura pública) y expresión de la causa.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

CANCELACION. INSCRIPCION DE DOMINIO ANTERIOR A LA VIGENTE.— DECLARADA JUDICIALMENTE LA NULIDAD DE LA COMPRAVENTA DE UNA FINCA POR QUIEN LA TRANSMITIO YA A OTRO, QUE LA TIENE INSCRITA A SU FAVOR EN EL REGISTRO, AUN CUANDO PUDIERA PENSARSE EN LA UTILIDAD, DESDE UN PUNTO DE VISTA MERAMENTE INFORMATIVO, DE LA CONSTANCIA DE ESA DECLARACION DE NULIDAD Y CONSIGUIENTE CANCELACION DE LA INSCRIPCION DEL DEMANDADO, CON SUBSISTENCIA DE LA INSCRIPCION A FAVOR DEL TITULAR REGISTRAL ACTUAL, NO DEMANDADO, RAZONES DE CLARIDAD, DE TRACTO SUCESIVO Y LEGALES (ART. 76 LH QUE DECLARA EXTINGUIDO UN ASIENTO POR LA INSCRIPCION DE LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO OBJETO DEL MISMO) IMPONEN LA IMPROCEDENCIA DE PRACTICAR AQUELLA CANCELACION. (RESOLUCIÓN DE 3 DE JULIO DE 2001. BOE de 21 de agosto de 2001).

RESOLUCION de 3 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Emilio González Beltrán y otros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 18, don Angel Badía Salillas, a inscribir un testimonio de sentencia en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña María Jesús González Díez, en nombre de don Emilio González Beltrán y otros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 18, don Angel Badía Salillas, a inscribir un testimonio de sentencia en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. En juicio oral número 529/1994, del Juzgado de lo Penal, número dos de Madrid, fue dictada sentencia con fecha 28 de abril de 1995, en la que se declara la nulidad de la escritura otorgada por P. H. A. y F. P. E. de fecha 18 de julio de 1989, ante el Notario don Pablo Barrenechea de Castro, sobre la disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de bienes y la cancelación de todas las inscripciones registrales, consecuencia de dicha escritura. La referida sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 18 de julio de 1995. El 1 de julio de 1998 se dirige mandamiento al Registrador de la Propiedad para que proceda a la anotación del fallo de la sentencia.

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Madrid, número 18, fue calificado con la siguiente nota: «Calificado el precedente mandamiento no se ha practicado operación registral alguna relativa a la nulidad de la escritura que se dice porque la única finca que se ha encon-

trado en este Registro, de las que se refieren en los Hechos Probados de la sentencia, es la 26.829, vivienda dos en la planta octava de la Plaza del Padrón, número 12, y aparece en la actualidad inscrita —inscripción 5.^a de 21 de abril de 1993, al folio 138 vuelto del tomo 350—, por mitad y proindiviso, a favor de doña C. H. P. y su esposo, don M. I. F., con carácter ganancial, y de don P. H. P., ninguno de los cuales aparece que haya sido parte en este proceso. Estos adquirieron la finca por compra a la acusada F. P. E., que había inscrito el dominio de la finca en virtud de la escritura cuya nulidad se declara en la sentencia, según la inscripción 4.^a de la finca. El defecto se considera insubsanable. Contra la calificación efectuada cabe recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de la presente nota. Artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento. Se acompaña testimonio de dicha sentencia.—Madrid, 12 de agosto de 1998.—El Registrador». Firma ilegible.

III. La Procuradora de los Tribunales, doña María Jesús González Díez, en representación de don Emilio González Beltrán y otros, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que la calificación vulnera el artículo 24.1 y 118 de la Constitución Española. 2. Que no existe ningún artículo en la Ley Hipotecaria ni en disposición alguna que contradiga la necesidad de efectuar en los Registros de la Propiedad las inscripciones que son consecuencia de los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de lo Penal, número dos de Madrid, confirmada por la Audiencia Provincial. Que no se opone a ello el hecho de que las fincas aparezcan actualmente inscritas a nombre de personas distintas del condenado y su esposa. Que según el párrafo primero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el tercero de buena fe será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho «aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». 3. Que de acuerdo con los preceptos mencionados y demás de aplicación, procede que en el Registro de la Propiedad mencionado se inscriba la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales y se cancele la inscripción de los bienes inmuebles a favor de la esposa del condenado y sólo quedarán subsistentes las inscripciones posteriores.

IV. El Registro de la Propiedad en defensa de la nota, informó: 1.º Que la operación registral que ordena el mandamiento es la cancelación de todas las inscripciones registrales, consecuencia de dicha escritura. Que los realmente afectados, al menos registralmente, por el fallo de la sentencia, son los que ostentan la titularidad actualmente. Si estos titulares registrales hubieran sido parte en el procedimiento, se cancelaría su inscripción, salvo que el Tribunal hubiere apreciado que gozan de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que, por ello, han de ser mantenidos en su adquisición, pese a la nulidad del título de su otorgante. Que no habiendo sido parte en el juicio los titulares registrales, no puede efectuarse un asiento que va contra su titularidad. Que de ahí la nota de calificación que se recurre, basada en el principio hipotecario de tracto sucesivo, recogido en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria con carácter general y de cuyo principio, respecto de las resoluciones judiciales, hacen una aplicación específica el artículo 38, párrafo 3.º, respecto a los embargos, y el artículo 40, párrafo antepenúltimo de la Ley Hipotecaria, ambos con carácter general para todos los supuestos de solicitarse judicialmente rectificación del Registro, como en este caso. Que también se apoya la

nota recurrida en el principio de salvaguardia judicial de los asientos, recogido en el artículo 1, párrafo 3.º de la misma Ley, que exige un procedimiento judicial para modificar las titularidades registrales, en el que nunca podrá producirse indefensión, como expresamente proclama el artículo 24 de la Constitución. Que cabe citar la Resolución de 21 de diciembre de 1998. 2.º Que de las alegaciones del recurrente no se cuestiona el defecto expresado en la nota de calificación, pues sólo se pretende cancelar la inscripción 4.^a que está ya extinguida por la inscripción 5.^a de transferencia de la propiedad y dejar ésta subsistente. Que sólo tiene sentido cancelar una inscripción no vigente, extinguida, en cuanto esa cancelación sea la base para cancelar inscripciones posteriores que tienen su apoyo en aquélla. Que, en suma, no se encuentra en la nota de calificación, en absoluto, el fallo de la sentencia, sólo se hace patente la existencia de un obstáculo surgido del Registro, aspecto este de apreciación por el Registrador, según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

V. El Magistrado-Juez de lo Penal número 2 de Madrid, informó: Que el problema que aparece planteado aquí es razón de ser de todo el sistema registral español, la protección del llamado tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este artículo dictado en aras de la seguridad jurídica inmobiliaria, recoge el principio de la fe pública registral. Que en el caso que se estudia, aparentemente, se dan todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero se considera que es dudosa la existencia de la buena fe, ya que los titulares registrales son presumiblemente hijos de la acusada de quien adquirieron la finca.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que la razón invocada por éste constituye un obstáculo que surge del Registro (art. 20 de la Ley Hipotecaria), sin que puedan admitirse otras excepciones a dicho principio general, que las expresamente señaladas en el referido precepto.

VII. La Procuradora recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la calificación del Registrador vulnera el artículo 24.1 y 118 de Constitución Española. Que también resultan aplicables el artículo 18, apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Que de acuerdo con los preceptos mencionados y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, procede que en el Registro de la Propiedad se inscriba la nulidad de la escritura de capitulaciones y se cancele la inscripción de bienes inmuebles a favor de la esposa del condenado, y sólo quedaran subsistentes las inscripciones posteriores. Que en nada se opone a dicha petición el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, puesto que se limita a ordenar el complemento del pronunciamiento de una sentencia firme, lo cual no alterará las inscripciones mencionadas por el señor Registrador.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española, 1.252 del Código Civil, 1, 33, 34, 38, 40 y 220 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro Directivo, de 24 de febrero de 1998, 29 de diciembre de 1999 y 24 de febrero de 2001.

1. Dados los términos de interposición del recurso de apelación, la única cuestión que ahora ha de debatirse es la de si procede hacer constar en el Registro la nulidad de un título que provocó una inscripción, cuando el dominio que publica dicha inscripción figura transmitido por venta en la inscripción siguiente.

2. Es evidente en el caso debatido, y así lo reconocen los recurrentes, que los asientos posteriores que traen causa de una inscripción cuyo título determinante ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de un procedimiento en el que no han intervenido los titulares respectivos: Así se infiere claramente: del principio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española), de la eficacia *inter partes* de la sentencia (art. 1.252 del Código Civil), del principio registral de salvaguardia judicial de los asientos (art. 1 de la Ley Hipotecaria), que exige para la rectificación de un asiento el consentimiento de los titulares respectivos o la resolución judicial en juicio declarativo contra ellos entablado (cfr. art. 40, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria), y así lo confirma el propio párrafo final de este artículo últimamente citado, y, en armonía con él, el 220 del mismo texto legal, cuando señala que la rectificación de un asiento en ningún caso puede perjudicar a los que durante su vigencia adquirieron derechos a título oneroso y de buena fe.

Ahora bien, sentado lo anterior, ha de decidirse si respecto de una inscripción de dominio que ya no está vigente, por haber sido transmitida e inscrita la finca a favor de un tercero, puede hacerse constar la sentencia de nulidad del título que motivó aquel asiento, y a este respecto, si bien la idea de una información registral más precisa, pudiera llevar a la solución positiva, no puede desconocerse que, siendo el Registro una institución de protección del tráfico, y, por tanto, una institución a favor de terceros, sólo tiene sentido la inscripción de actos de trascendencia real actual (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria), máxime cuando se proclama que las inscripciones se extinguen frente a terceros por la transferencia del derecho inscrito (cfr. art. 76 de la Ley Hipotecaria). Si a ello se une la confusión que ello provocaría indudablemente, así como la inadecuación de las normas que regulan la mecánica registral (el mismo espacio de los folios), al reflejo de negocios o actos de puro alcance histórico, habrá de convencerse en la conveniencia de la solución negativa, máxime cuando no es descaminado considerar que quien consultara el Registro sin tener adecuados conocimientos jurídicos, podría sacar la conclusión de que la titularidad actual inscrita se halla viciada o amenazada de impugnación, lo que conduciría a conculcar de hecho los principios de salvaguardia judicial de los asientos y legitimación (arts. 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 3 de julio de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monts Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario estudia «*si respecto de una inscripción de dominio, que ya no esté vigente, por haber sido transmitida e inscrita la finca a favor de un tercero, puede hacerse constar la sentencia de nulidad de título que motivó aquel asiento y, a este respecto, si bien la idea*

de una información registral más precisa pudiera llevar a la solución positiva, no puede desconocerse que, siendo el Registro una institución de protección del tráfico, y, por tanto, una institución a favor de terceros, sólo tiene sentido la inscripción de actos de trascendencia real actual (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria), máxime cuando se proclama que las inscripciones se extinguen frente a terceros por la transferencia del derecho inscrito (cfr. art. 76 de la Ley Hipotecaria). Si a ello se une la confusión que ello provocaría indudablemente, así como la inadecuación de las normas que regulan la mecánica registral (el mismo espacio de los folios), al reflejo de negocios o actos de puro alcance histórico, habrá de convenirse en la conveniencia de la solución negativa, máxime cuando no es descaminado considerar que quien consultara el Registro sin tener adecuados conocimientos jurídicos, podría sacar la conclusión de que la titularidad actual inscrita se halla viciada o amenazada de impugnación, lo que conduciría a conculcar de hecho los principios de salvaguardia judicial de los asientos y legislación (arts. 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria)».

Tras la declaración de nulidad de una escritura sobre disolución de gananciales, adjudicación de bienes y cancelación de todas las inscripciones registrales por juicio oral ante un Juzgado de lo Penal confirmado por la Audiencia respectiva, se dirige mandamiento al Registrador de la Propiedad para que proceda a la anotación del fallo de la sentencia.

El Registrador en su calificación no procede a realizar operación registral alguna sobre dicha nulidad, porque la única finca que se ha encontrado en el Registro, de las referidas en la sentencia, aparece a nombre de otros titulares que no han tomado parte en el procedimiento, quienes habían obtenido por compra la vivienda de la acusada.

El Registrador entiende que los realmente afectados por la nulidad que contiene la sentencia son las personas que ostentan la titularidad actualmente, de haber sido parte en el procedimiento si hubiera sido posible cancelar su inscripción, salvo que el Tribunal hubiere apreciado que gozan de la protección del artículo 34 LH, y por ello, han de ser mantenidos en su adquisición, pese a la nulidad del título de su otorgante.

La nota de calificación se basa en el principio de tracto sucesivo (art. 2 LH) y de cuyo principio, respecto a las resoluciones judiciales, hacen una aplicación específica el artículo 38.3, y el artículo 40 LH, para los supuestos de solicitarse judicialmente rectificación del Registro.

En la resolución objeto de comentario hemos de destacar los siguientes puntos:

— Desde el punto de vista del fondo del asunto: *No cabe la inscripción de actos que no sean de trascendencia real actual.* En el caso actual se pretende inscribir un dominio que no está vigente por haber sido transmitida la finca y, además, inscrita a un tercero. De inscribirse reflejaría además actos de contenido histórico. Sólo puede hacerse constar la sentencia de nulidad del título que motivó aquel asiento.

— Desde el punto de vista de la forma: Tal inscripción provocaría confusión, pues podría inducir a pensar que la titularidad actual inscrita se halla viciada o amenazada de impugnación.

En relación con la primera cuestión, la doctrina de la DGRN se encuentra en que los asientos posteriores que traen causa de una inscripción cuyo título determinante ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como conse-

cuencia de un procedimiento en el que no han intervenido los titulares respectivos (1).

Sustenta este principio el artículo 24 CE que recoge el principio de tutela judicial efectiva, de la eficacia *inter partes* de la sentencia (art. 1.252 del Código Civil), del principio registral de salvaguardia judicial de los asientos (art. 1 LH), que exige que para la rectificación de un asiento el consentimiento de los titulares respectivos o la resolución judicial en juicio declarativo contra ellos entablado (art. 40.2 LH) no puede perjudicar a los que durante su vigencia adquirieron derechos a título oneroso y de buena fe.

En cuanto al segundo punto objeto de comentario, respecto a la inscripción de dominio que ya no está vigente, por haber sido transmitida e inscrita la finca a favor de un tercero, puede hacerse constar la sentencia de nulidad del título que motivó aquel asiento, y a este respecto, si bien la idea de una información registral más precisa pudiera llevar a la solución positiva, no puede desconocerse que, siendo el Registro una institución de protección de tráfico, y, por tanto, una institución a favor de terceros, sólo tiene sentido la inscripción de actos de trascendencia real actual (arts. 1 y 2 LH), máxime cuando se proclama que las inscripciones se extinguen frente a terceros por la transferencia del derecho inscrito. Si a ello se une la confusión que ello

(1) Idéntica doctrina se mantiene en las siguientes Resoluciones:

RDGRN de 24 de febrero de 2001: «Los asientos posteriores que traen causa de otro cuyo título ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de una declaración de nulidad del primero, si en el procedimiento en que se declara dicha nulidad no han intervenido los titulares respectivos, siendo así que la existencia del juicio en que se declaró tal nulidad no fue reflejada en el Registro por medio de anotación preventiva de la demanda. Así se infiere claramente: del principio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), de la eficacia *inter partes* de la sentencia (art. 1.252 del Código Civil); del principio de salvaguarda judicial de los asientos registrales (art. 1 LH), que exige para su rectificación el consentimiento de los titulares respectivos o la oportuna resolución judicial en juicio declarativo contra ellos entablado (art. 40.2.º LH), y así lo confirma también el último párrafo de este artículo últimamente citado, cuando señala que la rectificación de un asiento en ningún caso puede perjudicar a los que, durante su vigencia, adquirieron derechos a título oneroso y de buena fe.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que sin perjuicio de esos asientos posteriores, pueda reflejarse registralmente la nulidad del título que motiva la última inscripción de dominio, a fin de evitar que el Registro siga abierto a nuevos actos dispositivos, que fraudulentamente y amparados en su apariencia tabular, pudieran celebrar posteriormente los titulares registrales de dicha inscripción».

La *RDGRN de 29 de diciembre de 1999 (RJ 9427)* mantiene que «los asientos posteriores que traen causa de una inscripción cuyo título determinante ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de un procedimiento en el que no han intervenido los titulares respectivos y cuya existencia no fue reflejada en el Registro por medio de la oportuna anotación de demanda. Así se infiere claramente del principio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), de la eficacia *inter partes* de la sentencia (art. 1.252 del Código Civil); del principio registral de salvaguarda judicial de los asientos del Registro (art. 1 LH), que exige para su rectificación el consentimiento de los titulares respectivos o la oportuna resolución judicial en juicio declarativo contra ellos entablados (art. 40.2.º LH), y así lo confirma también el propio párrafo final de este artículo, últimamente citado, cuando señala que la rectificación de un asiento en ningún caso puede perjudicar a los que durante su vigencia adquirieron derechos a título oneroso y de buena fe».

provocaría, la inadecuación de las normas que regulan la mecánica registral, el reflejo de negocios o actos de puro alcance histórico, habrá de convenirse en la conveniencia de la solución negativa (2).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

RECTIFICACION. ERROR DE CONCEPTO: OMISION EN ASIENTOS POSTERIORES DE CARGAS VIGENTES.—CUMPLIENDO LO ORDENADO EN MANDAMIENTO JUDICIAL DICTADO EN EJECUCION DE SENTENCIA FIRME, ES PROCEDENTE RECTIFICAR EL ERROR PADECIDO POR EL REGISTRADOR AL APRECIAR EQUIVOCADAMENTE EL CONTENIDO DEL REGISTRO OMITIENDO EN INSCRIPCIONES POSTERIORES UNA CARGA INSCRITA EN ASIENTO ANTERIOR VIGENTE, POR LO QUE LA FINCA FIGURA AHORA LIBRE DE CARGAS, SIN QUE SEA PRECEPTIVO EL CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES REGISTRALES ACTUALES DE LA FINCA (NO DEMANDADOS) YA QUE LOS MISMOS HAN DE QUEDAR FORZOSAMENTE AFECTADOS POR EL CONTENIDO DE TODOS LOS ASIENTOS VIGENTES DEL FOLIO REAL RESPECTIVO. (RESOLUCIÓN DE 12 DE JULIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001.)

RESOLUCION de 12 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Emilia Bustillo Millán y don Ignacio Bravo Bustillo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad interino por jubilación, de Las Rozas, don Francisco Villanueva Castellano, a inscribir determinada sentencia en virtud de apelación de los recurrentes.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Emilia Bustillo Millán y don Ignacio Bravo Bustillo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad interino por jubilación, de Las Rozas, don Francisco Villanueva Castellano, a inscribir determinada sentencia en virtud de apelación de los recurrentes.

Hechos.—I. En Procedimiento de Menor Cuantía número 144/1988, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Lorenzo de El Escorial, a instancia de don Ignacio B. R., contra P. B. R., «P. I. L. R., Sociedad Anónima», «S. F., Sociedad Anónima», en el que se solicitaba la declaración relativa a que sobre la finca registral número 5.429 del Registro de la Propiedad de Las Rozas pende un fideicomiso a favor de don Antonio, Fernando y don Ignacio B. R., o a favor de sus hijos, sometido a la condición de que la hermana de los citados, doña Pascuala B. R. falleciera sin descendencia, y en tal caso se deberá proceder a la resolución de las dos compraven-

(2) Doctrina amparada por la *RDGRN de 29 de diciembre de 1999 (RJ 9427)*, que recoge la doctrina de la *RDGRN de 24 de diciembre de 1999 (RJ 1120)* que señala que «lo anterior no obsta para que, sin perjuicio de esos asientos posteriores, pueda reflejarse registralmente la nulidad del título que motiva esta última inscripción de dominio, a fin de evitar que el Registro siga abierto a nuevos actos dispositivos que fraudulentamente y amparados en su apariencia tabular pudieran celebrar posteriormente esos títulos registrales actuales».

tas inscritas bajo las inscripciones segunda y tercera de la referida finca, así como a los demás actos de disposición o gravamen que pudieran afectar al referido inmueble y la declaración relativa a la rectificación del Registro, en el sentido de que en la mención de dichas inscripciones, relativa a las cargas, se consigne expresamente la existencia a modo de carga del fideicomiso condicional instituido que operará, en su caso, como condición resolutoria. El citado Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada la citada sentencia ante la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 18 de abril de 1994, fue dictada sentencia, estimando el recurso, recogiendo literalmente en el fallo lo solicitado en la demanda.

Posteriormente, interpuesto recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, resuelto mediante sentencia con fecha 28 de febrero de 1997, en la que se confirmó la declaración de la existencia del fideicomiso condicional y la necesidad de que se corrigiera el Registro, en concreto las inscripciones segunda y tercera, de suerte que tal fideicomiso condicional, inscrito en la inscripción primera, habrá de afectar no solamente a los titulares de las inscripciones segunda y tercera, sino también a todos los sucesivos adquirentes. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Lorenzo de El Escorial libró dicho mandamiento al Registrador de la Propiedad a fin de que se cumpla lo declarado en la referida sentencia.

II. Presentado el citado mandamiento junto con testimonio de la sentencia del Tribunal Supremo en el Registro de la Propiedad de Las Rozas, fue calificado con la siguiente nota: «Calificado el precedente documento, se deniega la inscripción de la sentencia a que se refiere el mandamiento precedente porque ninguno de los actuales titulares registrales de la finca en cuestión, la número 5.429 de este Registro, ni los de las diversas fincas que por diferentes alteraciones hipotecarias han surgido de ella, han sido parte en el juicio que dio lugar a ella. El principio de tracto sucesivo registral, recogido en el párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, así como en el 40, párrafos 2.º y 82, párrafo 3.º de la propia Ley, exige que la persona del condenado por una sentencia judicial figure como titular registral para que la resolución judicial que recaiga pueda ser inscrita. Ninguno de los demandados, las Sociedades «S. F., Sociedad Anónima», y «P. I. L. R., Sociedad Anónima», figuran en el momento de la presentación del título como titular de la finca. Ciertamente es que hubo una anotación preventiva de demanda, pero caducó y se canceló por tal razón hace más de seis años. Al no practicarse la inscripción, no se está en el caso que ordena el apartado c) del mandamiento. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el plazo de tres meses desde su fecha. Las Rozas de Madrid, a 7 de septiembre de 1999. El Registrador Interino por Jubilación». Firma ilegible.

III. Doña Emilia B. M. y don Ignacio B. B. interpusieron recurso gubernativo contra la anterior resolución, y alegaron: 1. Respecto a la negativa de la rectificación del Registro en relación con las inscripciones segunda y tercera. Que el Registrador rechaza la rectificación del Registro al amparo del principio de tracto sucesivo registral. Que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que sienta el principio de tracto sucesivo registral, ninguna relación guarda con la rectificación del Registro. Que el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco puede justificar la negativa a inscribir, ya que la demanda, en su momento, se dirigió precisamente contra todos aquellos que según el

Registro podrían pretender ostentar algún derecho, en concreto los titulares dominicales, según las inscripciones segunda y tercera, únicas existentes al tiempo de formularse la demanda. Que, por último, lo que dice el artículo 82, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria es lo que ha sucedido en este caso. Que el Registrador se niega a la inscripción que le ordena el Juzgado respecto a las inscripciones segunda y tercera con manifiesta falta de fundamento jurídico, citando una serie de artículos que no guardan relación alguna con su negativa. Que ninguna relación guarda con la necesidad de rectificar el Registro inexacto que los dos codemandados y titulares dominicales, según las inscripciones que proceden rectificar en acatamiento a las sentencias de la Audiencia Provincial y del Supremo hayan dejado de ostentar dicha condición de propietarios. 2. Respecto a la negativa de la rectificación del Registro en relación con las sucesivas y ulteriores inscripciones que tengan causa de la finca 5.429. Que con relación a esta segunda cuestión, el Registrador alega en su nota que no procede dicha rectificación registral porque ninguno de los sucesivos titulares registrales de la finca referida o de las que traen causa de las mismas, fueron parte en el juicio que dio lugar a la sentencia. Que a este respecto es preciso recordar el contenido del fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Supremo cuando textualmente se refiere a que lo acaecido y origen del procedimiento judicial, del que trae causa este recurso, consistió en un error de concepto al que le es aplicable lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley Hipotecaria, es decir: «*a sensu contrario* si los errores de concepto de los asientos resultan claramente de los mismos (como ocurre en el tema que nos ocupa si contrastamos las inscripciones primera, segunda y tercera) la ratificación sigue pautas mucho más sencillas: no es preciso reunir ese cónclave entre particulares y el registrador ni tampoco acudir a la autoridad jurisdiccional. Basta con que el Registrador como encargado de la oficina, compruebe la equivocación padecida y la subsane mediante la oportuna diligencia. Esto hubiera sido suficiente, en su día, sin tener que provocar todo el estrépito judicial de la acción ejercitada». Puesta en relación la anterior conclusión de la Sala Primera del Tribunal Supremo respecto a la forma de rectificar el error padecido con la afirmación relativa a que no existe tercero alguno adquirente posterior de algún derecho sobre la finca, o sobre las que de la misma traigan causa, que esté protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en base al principio que «la constancia de causas en el Registro» no se refiere únicamente a un determinado asiento en cuestión sino que deben alcanzar a todo el historial jurídico que se ramifica hasta las referencias históricas de la finca matriz. Se advierte, también, en este caso, la falta de fundamento jurídico de la negativa del Registrador a inscribir la pendencia de la sustitución fideicomisaria respecto a las inscripciones posteriores a la tercera. Se trata, lisa y llanamente, de la inclusión de una rectificación de un error conceptual que, como ha dicho la Sala Primera, no hubiera exigido ni procedimiento judicial, y que simplemente clarificará la situación de la finca y de las que de la misma traigan causa al tiempo de cumplirse la condición, sin que sea óbice para ello el no haber demandado a dichos posteriores adquirentes de derecho reales (que al tiempo de formularse la demanda no existían).

IV. El Registrador de la Propiedad de Las Rozas, don Carlos de Olavarrieta Masdeu, informó: 1.º En lo referente a las circunstancias de hecho relevantes para el recurso (que están recogidas, lo esencial, en el Fundamento de Derecho I), haciendo referencia también a lo concerniente a la finca 19.862,

como resto de la 5.429, y a la finca 27.196, segregada de la 19.862. 2.º Que como consta en la nota calificatoria recurrida, en la actualidad la finca 5.429, a través de agrupaciones, segregaciones y ventas, está formada por 41 fincas que constan inscritas en su totalidad a favor de personas físicas y jurídicas, ninguna de las cuales ha sido demandada al objeto de rectificar sus inscripciones, así como también se hallan gravadas en su mayoría con hipotecas y embargos, ninguno de cuyos titulares ha sido parte en el procedimiento. Que el artículo 24 de la Constitución Española consagra el principio de tutela judicial efectiva, o protección jurisdiccional de los propios derechos, dado que nadie puede ser afectado en sus derechos sin ser oído. Que los actuales titulares, cuando adquirieron el dominio y sus derechos reales, ignoraban que existiera una contienda judicial tendente a rectificar las inscripciones que les afectaban, pues la anotación de demanda que en su día se practicó para afectarles en su caso, se canceló por transcurso de los cuatro años que marca la Ley Hipotecaria en su artículo 86, sin que el actor solicitara la prórroga que dicho artículo 86 prevé, prórroga que según el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, no se hubiese cancelado por caducidad hasta recaer resolución definitiva firme. Es decir, los asientos registrales a favor de dichos titulares, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Que la rectificación de los asientos está regulada por los artículos 40 y 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, siendo un error de concepto el cometido al omitir la sustitución fideicomisaria, es necesario el consentimiento de los interesados o el juicio declarativo correspondiente dirigido contra el titular registral. El artículo 82 de la Ley Hipotecaria consagra este principio. Es decir, lo que la nota recurrida mantiene con base en lo expuesto anteriormente, es que ninguno de los titulares actuales ha sido parte en el procedimiento judicial, no pudiendo ser alterados sus derechos por estar protegidos no sólo por la Ley Hipotecaria, sino por el artículo 24 de la Constitución Española, sin haber sido oídos.

V. La ilustrísima señora Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Lorenzo de El Escorial, informó: 1.º Que aunque, efectivamente, se haya cancelado la anotación preventiva antes de terminarse definitivamente el pleito por sentencia de 28 de febrero de 1993, dictada por el Tribunal Supremo, ello ha de afectar sólo a los terceros adquirentes que inscriban después de cancelar la anotación, pero los que adquirieron e inscribieron vigente aquélla, al dictarse sentencia en el pleito no podrán alegar ignorancia, ya que la anotación les advirtió de la incertidumbre del derecho de quien aparece como titular registral. 2.º Que en cuanto al segundo argumento alegado por el Registrador hay que considerar lo que dicen los artículos 1, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 25 de marzo de 1996.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en el informe de la Comisión Paritaria nombrada al efecto en virtud de lo establecido en el artículo 124 del Reglamento Hipotecario.

VII. Los recurrentes apelaron el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución; 1, 20, 40, 38, 82, 97 y 211 a 220 de la Ley Hipotecaria; 53, 173 y 327 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1955 y

28 de febrero de 1999; y las Resoluciones de 15 de julio de 1999 y 6 de abril de 2000.

1. Son circunstancias fácticas relevantes en el presente recurso las siguientes:

1.^a El 25 de octubre de 1969, se inscribe la adquisición hereditaria de la finca registral número 5.429, expresándose que la inscripción del dominio —que es la 1.^a— se practica con la limitación impuesta por la causante de que si la adquirente fallece sin descendencia «pasarán los bienes» a sus dos hermanos —que son designados nominativamente— o a los sobrinos carnales de dicha adquirente. 2.^a Los días 6 de noviembre de 1987, 29 de enero de 1988 se inscribieron, respectivamente y bajo los números 2 y 3, dos sucesivas ventas de dicha finca. En ambas inscripciones se expresa que la finca consta libre de cargas, sin consignar la limitación fideicomisaria establecida anteriormente. Asimismo, el 4 de febrero de 1988 se inscribe la agrupación de la misma finca con otra para formar la número 19.862. 3.^a El 7 de mayo de 1988 se practica anotación de demanda respecto de la finca número 5.429, parte de la agrupada, interpuesta contra quienes figuran como titulares en las inscripciones 1.^a, 2.^a y 3.^a Mediante dicha demanda se pretende que se declare la rectificación del Registro para que en los asientos correspondientes se consigne expresamente, como carga, la existencia «del fideicomiso condicional instituido, que operará, en su caso, como condición resolutoria». La anotación de demanda fue cancelada, ex artículo 86 de la Ley Hipotecaria, por haber transcurrido más de cuatro años, según se expresa por nota marginal de 16 de febrero de 1993. Como consecuencia de dicha demanda, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de abril de 1994, declaró que procede la rectificación del Registro, y en concreto de las inscripciones segunda y tercera de la finca registral número 5.429. Interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, fue desestimado mediante sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1999. 4.^a Después de acceder al Registro determinadas transmisiones del dominio y otros derechos relativos a la finca número 19.862 resultante de la agrupación, así como de las resultantes de una segregación posterior, se presenta, con fecha 21 de julio de 1999, mandamiento judicial por el que se ordena que, en virtud de la resolución judicial firme de 1 de julio de 1999, se proceda a hacer constar la sustitución fideicomisaria condicional, a modo de carga, sobre las inscripciones 2.^a y posteriores de la finca número 5.429 y en las diferentes fincas que traigan causa de aquélla. 5.^a El Registrador denegó la inscripción ordenada en el mandamiento judicial porque está ya caducada la anotación de demanda en su día practicada y porque todas las fincas procedentes de la primitiva finca número 5.429 figuran inscritas a nombre de terceras personas, sin que ninguna de ellas haya sido parte en las actuaciones judiciales.

2. Si se tiene en cuenta que la referida limitación fideicomisaria consta en un asiento (el de la inscripción primera) que ha de producir sus efectos conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, el error sobre el que se debate en el presente recurso se trata de uno de los denominados errores de concepto, cometido en determinados asientos posteriores por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el propio Registro, y que resulta claramente de tales asientos, por lo que procede la rectificación de tal error en los términos expresados en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, cuya ejecución ha dado lugar al mandamiento calificado (cfr. arts. 217, párrafo primero, de

la Ley Hipotecaria, *a contrario sensu*, y 327 del Reglamento Hipotecario), sin necesidad de consentimiento de los titulares de derechos posteriores que, forzosamente, han de quedar afectados por el contenido de todos los asientos vigentes (o parte de los mismos) del folio real respectivo.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 12 de julio de 2001.—La Directora general, Ana López-Montís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario estudia que «*si se tiene en cuenta que la referida limitación fideicomisaria consta en un asiento (el de la inscripción primera) que ha de producir sus efectos conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, el error sobre el que se debate en el presente recurso se trata de uno de los denominados errores de concepto, cometidos en determinados asientos posteriores por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el propio Registro, y que resulta claramente de tales asientos, por lo que procede la rectificación de tal error en los términos expresados en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo cuya ejecución ha dado lugar al mandamiento calificado (cfr. arts. 217, párrafo primero de la Ley Hipotecaria, a contrario sensu, y 327 del Reglamento Hipotecario), sin necesidad de consentimiento de los titulares de derechos posteriores que, forzosamente, han de quedar afectados por el contenido de todos los asientos vigentes (o parte de los mismos) del folio real respectivo*».

El historial registral de la finca reproduce los hechos que más nos interesan para nuestro comentario: Así, la inscripción primera de dominio de la finca 5.429 es de adquisición hereditaria, la cual se practica con una limitación impuesta por la causante que se centra en que si la adquirente fallece sin herederos, la finca pasará a sus hermanos o a los sobrinos carnales de la adquirente. Posteriormente, en las inscripciones 2.ª y 3.ª se practican sendas inscripciones de venta de la finca, y en ambas se expresa que la finca *se halla libre de cargas sin consignar la limitación fideicomisaria*. Más tarde se inscribe la agrupación de dicha finca con otra para formar la número 19.862. Por último, se practica anotación de demanda, respecto de la primera finca, la número 5.429, a fin de que se declare la rectificación del Registro para que en los asientos correspondientes se consigne expresamente como carga la existencia del fideicomiso condicional instituido, que operará en su caso como condición resolutoria (1).

(1) La figura perguñada por la testadora es una *sustitución fideicomisaria condicional*, por lo que cabe una alternativa: o que el fiduciario fallezca sin hijos (cumpliéndose la contingencia resolutoria) en cuyo caso las enajenaciones que hubiere podido realizar se destruirán retroactivamente (por cuanto el gravamen restitutorio consta registrado y los posibles adquirentes no podrán pretender la protección de la fe pública registral) ya que estas situaciones de pendencia producen efectos *ex tunc* (desde el momento del

La fiduciaria debería haber conservado en su patrimonio los bienes heredados. Esta obligación de conservar el patrimonio a favor de los fideicomisarios está reconocida en el artículo 783 del Código Civil, según el cual, «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa», por cuanto sólo se puede entregar lo que se conserva y no puede hacerse la entrega de lo que no permanece en el acervo del obligado a dar.

De esta forma, como ha ocurrido en los hechos del presente supuesto, la posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario (en caso de cumplirse la condición) es congruente con la naturaleza retroactiva (*ex tunc*) del cumplimiento de la condición, por cuanto el artículo 784 del Código Civil establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador; es decir, que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce en el momento de la muerte del fiduciario, sino mucho antes.

En realidad, el supuesto que nos ocupa no es más que un caso de discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, pero propiciado por un *error de concepto*. Y ello porque la primera inscripción recoge, sin duda alguna, la existencia de la sustitución fideicomisaria condicional, y al ser transmitida la finca, el adquirente que inscribió su compra, y así consta en la inscripción segunda (previamente a su compra), al consultar el Registro debió ver que existía una carga, el fideicomiso, de ahí que no pueda escudarse en la protección de la fe pública registral. Adquisición la de este comprador que puede revocarse porque, además, la causa de la resolución consta en la escritura notarial que al referirse al título del transferente se hace expresa indicación del gravamen resolutivo a favor de los hermanos y sobrinos de la fiduciaria.

En la resolución objeto de comentario cabe detenerse en el *error de concepto* y su trascendencia registral.

El *error de concepto* es aquel error cometido en las inscripciones cuando no resulten claramente de las mismas, los cuales no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador o una providencia judicial que lo ordene (art. 217 LH).

Es aplicable, al respecto, el artículo 327 RH, según el cual «se considera error de concepto el cometido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro».

Los datos obrantes en el Registro lo constituyen las anteriores inscripciones, y la apreciación equivocada de los mismos se ha producido en el supuesto fáctico que nos ocupa, por cuanto partiendo de la constatación de una sustitución fideicomisaria, se expresa a continuación que la finca está libre de cargas.

El Registrador de la Propiedad se negó a proceder a realizar la inscripción solicitada, esto es; proceder a hacer constar la sustitución fideicomisaria condicional a modo de carga sobre las inscripciones 2.^a y posteriores de la finca 5.429, y en las diferentes fincas que traigan causa de aquéllas, en base

fallecimiento del causante que instauró la sustitución). Por el contrario (que no es el caso que nos ocupa) pudiera ocurrir que la condición no se cumpla si el fiduciario fallece con hijos. En este caso, las enajenaciones que hubiera podido efectuar se consolidan retroactivamente y devienen inatacables.

a que la anotación de demanda practicada en su día estaba caducada, y porque las fincas procedentes de la primitiva figuran inscritas a nombre de terceras personas que no han sido parte de las actuaciones judiciales.

El Registrador alegaba que en el presente caso, en el que la finca registral, aunque modificada jurídicamente merced a su agrupación, segregación y venta, aparece inscrita a favor de personas distintas de aquélla contra la que se dirigió el procedimiento y sin que el demandante tuviera la diligencia y precaución necesaria para asegurar las consecuencias jurídicas de su pretensión procesal mediante la utilización de los diferentes recursos que a tal efecto ofrece la legislación hipotecaria (art. 42.1 LH y 139 RH), es claro que los principios de salvaguardia judicial de los asientos y de tracto sucesivo y el mismo principio judicial de tutela efectiva, impiden la inscripción pretendida (2).

Los titulares actuales cuando adquirieron el dominio y demás derechos reales ignoraban que existiera una contienda judicial tendente a rectificar las inscripciones que les afectaban, pues la anotación preventiva de demanda que se practicó en su día se canceló por el transcurso de cuatro años de caducidad que marca la Ley (art. 86 LH), sin que se practicara la prórroga que no hubiera caducado hasta que no hubiese finalizado el procedimiento. Así pues, ninguno de los titulares actuales ha sido parte en el procedimiento judicial, no pudiendo ser alterados sus derechos por estar protegidos por la Ley Hipotecaria y por el artículo 24 de la CE (3).

No obstante las alegaciones del Registrador, la Dirección General del Registro acordó dar la razón al recurrente, revocando la nota del Registrador y manteniendo, por consiguiente, los fundamentos alegados por el Tribunal Supremo en su sentencia sobre el *error de concepto*.

Fundamentos que recogemos por su importancia y por la claridad con que son referidos, mejor, sin duda, que cualquier comentario.

(2) En relación con esta argumentación cabe señalar que el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, con la obligación de cumplir sus resoluciones y colaborar en la ejecución de lo resuelto se impone de un modo especial a todas las autoridades y funcionarios públicos, y por tanto a los Registradores de la Propiedad con relación a aquéllas que hayan ganado firmeza y sean ejecutables de acuerdo con las leyes. No obstante, ni siquiera las resoluciones judiciales pueden entrar automáticamente en el Registro sin pasar por el tamiz de la calificación registral, si bien aquellas obligaciones de cumplimiento y colaboración imponen límites al Registrador a la hora de calificarlas. Y entre los extremos sujetos a calificación destaca, en cuanto suponga un obstáculo que surja del propio Registro, la comprobación de que el titular registral que pueda verse afectado por la inscripción o anotación de la resolución judicial ha tenido en el procedimiento la intervención prevista en la ley en las condiciones exigidas, según el caso, evitando así que pueda sufrir el propio Registro las consecuencias de una indefensión procesal.

(3) En el mismo sentido alegado por el Registrador podemos ver las siguientes resoluciones:

RDGRN de 6 de abril de 2000: Cabe inscribir la sentencia declarativa sobre una finca cuya descripción no coincide con el Registro por haberse declarado la propiedad horizontal. Sin que exista duda de que se refiere al mismo inmueble, pero si los titulares de los departamentos son terceros ajenos al proceso, no debe accederse la inscripción.

RDGRN de 15 de julio de 1999: No puede inscribirse la adjudicación de fincas que aparecen inscritas a favor de personas distintas de las demandadas. La caducidad de las anotaciones operan de modo automático, por lo que no pueden cancelarse en la ejecución las cargas posteriores a la anotación caducada.

Dice el Fundamento de Derecho Sexto que *«a sensu contrario, si los errores de concepto de los asientos resultan claramente de los mismos (como ocurre en el tema que nos ocupa si contrastamos las inscripciones primera, segunda y tercera) la rectificación sigue pautas mucho más sencillas, no es preciso reunir ese cónclave entre los particulares y el Registrador (del art. 217 LH), ni tampoco acudir a la autoridad jurisdiccional. Basta con que el Registrador, como encargado de la oficina, compruebe la equivocación padecida y la subsane mediante la oportuna diligencia. Esto hubiera sido suficiente en su día, sin tener que provocar todo el estrépito judicial de la acción ejercitada»*.

Pero es que en el Fundamento de Derecho Séptimo se pregunta el propio órgano judicial si el adquirente por compra de la inscripción tercera de la finca 5.429 podría defender la inatacabilidad de su adquisición amparándose en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Acertadamente señala que *«este precepto protege a los terceros de buena fe que hayan inscrito aunque después se anule o resuelva el derecho de su transmitente en virtud de causas que no consten en el Registro. El precepto es expresivo. No dice causas que no consten en el asiento respectivo; exige, con mayor amplitud, que las causas de anulación o resolución no consten en el Registro. Pero el Registro de una finca es un concepto amplio que abarca todos los asientos contenidos en su folio real, todo su historial jurídico (empezando por la inscripción primera o asiento inmatriculador) y que se ramifica hasta las referencias históricas de la finca matriz de la que proviene»* (4).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(4) STS de 28 de febrero de 1999 (RJ 1895).

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL MORATILLA GALÁN e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

COMPRAVENTA. RECLAMACION DEL PRECIO. NOVACION: ES CUESTION DE HECHO. PRECEPTOS GENERALES NO SUSCEPTIBLES DE SER ALEGADOS EN CASACION. (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—La compradora debe sufrir el riesgo que puede sufrir la mercancía que se transporta al realizarse la venta, y la vendedora viene obligada a entregar la mercancía al transportista debidamente embalada para evitar daños a la misma.

Doctrina de la Sentencia.—Se alega infracción por no aplicación de la doctrina de los actos propios acotada al artículo 7 del Código Civil, en relación con el artículo 1.203 del mismo Cuerpo legal y se afirma en el motivo que la sociedad actora, a través de las conversaciones habidas entre los contratantes para solucionar la controversia surgida, ha reconocido implícitamente su responsabilidad en relación con los daños sufridos por la mercancía. La infracción de la doctrina de los actos propios encuentra apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil y se da tal situación con la consecuencia que no es lícito accionar contra los propios actos cuando se llevan a cabo actuaciones que por su trascendencia integran conversación y causan estado, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores, y cuando se encaminan a crear, modificar o extinguir algún derecho, con lo que generan vinculación de los que se les atribuyen: ha de tratarse de actos o declaraciones de significación concluyente o indubitada, no ambigua e incorrecta. A la luz de esta doctrina, las diversas y diferentes ofertas realizadas por la actora y no aceptadas por la compradora en los tratos

previos a la interposición de la demanda, no tienen ese carácter concluyente e indubitado de asunción de responsabilidad por la vendedora de los daños sufridos por la mercancía que pretende la recurrente y menos aún que tales tratos supongan una novación de la venta concertada entre las partes, pues la cuestión relativa a si un contrato ha sido o no novado es de puro hecho, siendo la concreción de los hechos determinantes de la novación una facultad propia, específica y peculiar del Tribunal *a quo*. Además, es doctrina reiterada de la Sala la que mantiene que el artículo 1.101 del Código Civil, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir, dada la generalidad de su contenido, para un recurso de casación por infracción de la normativa que contiene, a no ser que se armonice con los más específicos que, para cada uno de los supuestos a que se refiere, contiene el Código Civil.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS: ES UNA FUNCION PROPIA DE LOS JUZGADORES DE LA INSTANCIA, SOLO REVISABLE EN CASACION CUANDO EL RESULTADO EXEGETICO POR ELLO OBTENIDO SEA ILOGICO, IRRACIONAL O CONCULCADOR DE LAS NORMAS DE LA HERMENeutICA CONTRACTUAL. LA FIJACION DEL PRECIO DE UNA COMPRAVENTA NO QUEDA AL ARBITRIO DE UNO DE LOS CONTRATANTES CUANDO SE ESTABLECEN EN EL CONTRATO LAS BASES PARA LA FIJACION DEL MISMO, AUNQUE DICHAS BASES HAYAN DE SER OBJETO DE INTERPRETACION. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Para la fijación del valor de las acciones vendidas ha de atenderse solamente al valor de los terrenos transmitidos, pues si para dicha fijación hubieran de deducirse los costos urbanísticos, como pretenden las entidades demandadas, entonces habría de tenerse en cuenta no sólo el valor de los terrenos, sino también el de los pabellones cuya edificación se ha llevado a cabo en los mismos, por lo tanto, y como tan reiteradamente se mantiene por la Sala, hemos de manifestar, una vez más, que la interpretación de los contratos es función propia de los juzgadores de la instancia cuyo resultado exegetico ha de ser mantenido en casación a no ser que el mismo sea irracional, ilógico o conculcador de alguna de las normas de la hermenéutica contractual, y ninguno de estos supuestos de excepción se dan en la presente litis objeto de comentario.

INDEBIDA REVISION PROBATORIA. SUPUESTO DE LA CUESTION. RESPONSABILIDAD INDIVIDUALIZADA: ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

No ha lugar al recurso de casación.

Se sostiene por la Sala que se ha infringido el artículo 1.591 del Código Civil «al declarar la Audiencia que el descalcificador, cuya ausencia fue determinante de los vicios ruinógenos, debió ser previsto por el ingeniero técnico industrial contratado, siendo éste el responsable de los daños, además de manera individualizada, sin concurrencia de responsabilidad solidaria».

Doctrina de la Sentencia.—Empero la relación fáctica subyacente establecida y la imputación al sujeto resulta ésta plenamente ajustada a Derecho, pues como profesional encargado de la elaboración del proyecto de fontanería, su omisión fue causa de los daños generados, omisión, desde luego culpable, y ello por hallarse la previsión del descalcificador dentro del marco de lo exigible.

EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO BILATERAL CONLLEVA NO SOLO LA RESOLUCION DE LA OBLIGACION, SINO TAMBIEN LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—La resolución judicial no deja de analizar todas las causas de pedir esgrimidas por la parte y motiva suficientemente su decisión en los varios considerandos que expone, además la partida referente al «lucro cesante» reclamado está también suficientemente razonada, siendo, por otra parte, obvio que **«un empresario de la construcción contrata siempre teniendo presente su futuro beneficio industrial»**.

Paralelamente a esto, decir que la cuantificación de la reparación es facultad del Tribunal de instancia, que puede buscar orientación en el módulo de los intereses como criterio indicativo. Así el artículo 1.124 del Código Civil confiere un amplio margen para el resarcimiento de los contratos recíprocos cuando un obligado incumple sus compromisos, es más, la literalidad del precepto es expresiva: si el perjudicado escoge la resolución de la obligación podrá reclamar asimismo: «el resarcimiento de daños y el abono de intereses». La palabra intereses se enuncia en este artículo con amplitud de significado para referirse a la indemnización del lucro cesante sin restringir el concepto a las deudas de dinero.

TERCERIA DE DOMINIO. DOCUMENTOS PRIVADOS: FALTA DE PRUEBA DE LA CERTEZA DE SU FECHA FRENTE A TERCEROS. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—La codemandada «Trabado, S. L.», era concesionaria de «Citröen Hispania, S. A.», para la venta de los vehículos fabricados por ésta, que eran vendidos al público por «Trabado, S. L.», sin embargo, en ninguno

de los pasajes de la demanda se hace referencia al dominio de los vehículos que se embargan y que son objeto de la tercería como derivado de un pacto de reserva de dominio incorporado a las ventas de aquéllos a «Trabado, S. L.».

Doctrina de la Sentencia.—La tercería de dominio ejercitada en ningún momento se fundó en un título de dominio derivado de un contrato de compraventa con reserva de dominio a favor de la vendedora, «Citröen Hispania, S. A.», sino que alega tener la propiedad de los vehículos embargados en virtud del acuerdo resolutorio de las ventas hechas a «Trabado, S. L.».

Se alega infracción de los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que no fueron aplicados cuando en realidad sí debieron serlo, y es que es reiterada la doctrina jurisprudencia que mantiene que dichas normas no contienen reglas de valoración probatoria, sino que tienen simplemente carácter admonitivo y no preceptivo, y no pueden citarse como infringidos por no constar, de modo que la valoración de la prueba pericial sólo puede ser combatida en casación cuando sea atenta, notoria e intensamente a las reglas de la sana crítica.

LA NULIDAD RADICAL O DE PLENO DERECHO DE UN CONTRATO SE PUEDE HACER VALER EN EL PROCESO POR VIA DE ACCION O POR VIA DE EXCEPCION. UN BIEN PRIVATIVO DE UNO DE LOS ESPOSOS NO PUEDE SER TRANSFORMADO EN BIEN GANANCIAL, NI SIQUIERA POR CONVENIO ENTRE LOS CONYUGES. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

Prospera el recurso de casación.

Presupuestos fácticos.—1.º Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 22 de noviembre de 1967, don Arturo Llerandi Morán, mayor de edad y de estado civil soltero, compró el piso 6.º, número 5, perteneciente al edificio situado en la calle Quintana, 9, de Madrid. El referido piso aparece inscrito en el Registro de la Propiedad, número 25, de Madrid, a nombre de don Arturo Llerandi Morán. 2.º El día 2 de diciembre de 1967, don Arturo Llerandi Morán contrajo matrimonio con doña Carmen Inchaurza Serrano. 3.º Por desavenencias surgidas entre ellos, los referidos esposos suscribieron un documento privado, de fecha 22 de septiembre de 1976, en el que pactan su separación de hecho, regulando sus respectivas situaciones personales y las de los dos hijos menores de edad, conteniéndose en el referido documento el siguiente «acuerdo»: «La sociedad legal de gananciales está compuesta por los siguientes bienes: a) Piso en Madrid, calle Quintana, 9. b) Metálico y acciones. Ambos esposos se comprometen a otorgar escritura pública de capitulaciones matrimoniales, a fin de dejar el régimen de absoluta separación de bienes, liquidando la sociedad legal de gananciales y adjudicándose la esposa el piso de la calle Quintana, 9, y el esposo el metálico y las acciones». 4.º Posteriormente, ambos esposos tramitan sucesivamente sendos procesos de separación judicial y de divorcio, siendo este último acordado por sentencia de fecha 23 de septiembre de 1982, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 23, de Madrid.

Con base en estos referidos presupuestos fácticos, en febrero de 1992, doña Carmen Inchaurza Serrano promueve contra don Arturo Llerandi Morán, juicio de menor cuantía en el que postula se dicte sentencia «por la que, estimando íntegramente la demanda, se condene a don Arturo Llerandi Morán a elevar a escritura pública la transmisión de sus derechos sobre el mencionado piso 6.º, número 5, sito en la calle Quintana, 9, de Madrid. El demandado don Arturo Llerandi Morán, en su escrito de contestación a la demanda, formula reconvencción y aduce la nulidad radical del citado “acuerdo” del documento privado suscrito el 22 de septiembre de 1976, por no tener el referido piso naturaleza ganancial, pues se constituía en un bien privativo suyo».

Doctrina de la Sentencia.—Parece que la sentencia recurrida basa la *ratio decidendi* de su pronunciamiento estimatorio de la demanda en que, al no haber impugnado el demandado la validez del «acuerdo» del documento privado suscrito, no se puede negar ahora el carácter originario de ganancial del piso en litigio, «sin perjuicio —dice textualmente— de que pueda acordarse en juicio contradictorio la falsedad de esa aseveración o la nulidad del acto de que dimana», a lo que se agrega que en el referido «acuerdo» se hace una clara liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose a la esposa el piso en pago de su mitad, y, por otro, que dicho «acuerdo» ha de calificarse —dice también literalmente— «como especificativo de dominio y por ello atributivo del mismo, lo que conlleva que deba considerarse título suficiente para constituir en propietaria de ese inmueble a la esposa». Como quiera que la sentencia recurrida sostiene que el demandado no ha impugnado la validez del documento privado, de fecha 22 de septiembre de 1976 y, en especial, el «acuerdo» contenido en el mismo, llegando incluso la referida sentencia a mantener el carácter originario ganancial del piso litigioso, «sin perjuicio de poder acordar en juicio contradictorio la falsedad de esa aseveración o la nulidad del acto de que dimana», se combate dicha afirmación con residencia procesal en el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la reiterada jurisprudencia que lo interpreta, y en cuyo alegato viene a sostener el recurrente que como quiera que en su escrito de contestación a la demanda ha aducido reiteradamente la nulidad radical del expresado «acuerdo» del documento privado, aunque luego no formulase petición de declaración de dicha nulidad radical, ha de entenderse formulada una reconvencción tácita o implícita, debiendo pronunciarse la sentencia recurrida sobre la validez o no de dicho «acuerdo», en vez de reseñar dicha declaración para un juicio posterior, además de que tal reconvencción sólo se puede entender formulada cuando, sin redactarse el escrito correspondiente con las formalidades propias de una demanda reconvenccional, se formula cualquier petición distinta de la simple desestimación de la demanda, lo que no ocurrió en este caso, y esto que acabamos de enunciar implica la reiterada y la uniforme doctrina de la Sala de que **si bien la nulidad relativa o anulabilidad ha de ser pedida necesariamente por vía de acción, ejercitada en la demanda principal o en la demanda reconvenccional, la nulidad radical o de pleno derecho se puede hacer valer por vía de acción o por vía de excepción.**

Para finalizar, decir que, según se desprende del iter de la litis, no sólo el señor Llerandi Morán sino también la señora Inchaurza Serrano hicieron uso del documento privado, de fecha 22 de septiembre de 1976, en el proceso de separación matrimonial —primero— y en el de divorcio —después—, y tal uso

no lo fue a efectos de dilucidar el carácter privativo o ganancial del mencionado piso litigioso, y por lo tanto, no le es de aplicación a dicho supuesto la doctrina jurisprudencial de los actos propios, pues dicha doctrina se caracteriza por una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, pero es que, además, hay que tener en cuenta que el piso litigioso fue adquirido por el señor Llerandi Morán cuando todavía era soltero, y, por tanto, corresponde a dicho piso, por ministerio de la ley, el carácter de bien propio o privativo del referido señor Llerandi Morán, según establecía el artículo 1396, apartado 1.º del Código Civil, en la redacción que dicho precepto tenía en la fecha en que fue suscrito el documento privado de 22 de septiembre de 1976, coincidente dicho precepto con el artículo 1346, también en su párrafo 1.º y del mismo Código. Tal carácter de bien privativo no puede ser transformado en el de bien ganancial, ni siquiera por convenio de los entonces esposos, por lo que el tantas veces repetido «acuerdo» del documento privado, de 22 de septiembre de 1976, ha de considerarse nulo, con nulidad radical, ya que si acaso dicho «acuerdo» podría entrañar una posible donación del señor Llerandi Morán a su entonces esposa, es legalmente inviable, pues toda donación de bienes inmuebles exige ineludiblemente, como requisito *ad solemnitatem* el otorgamiento de escritura pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil, y que aquí no se ha producido.

ACCION DE REGRESO DE FIADOR CONTRA DEUDOR PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Doctrina de la Sentencia.—La inmotivación sólo tiene lugar al haberse establecido constitucionalmente como garantía para el justiciable cuando se da intensa ausencia del proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión judicial del pleito, y esto lo matiza la doctrina constitucional en el sentido que no es de exigencia legal proceder a un exhaustivo y pormenorizado estudio de todos los aspectos y opiniones que las partes puedan tener respecto a la cuestión sometida del debate procesal, excluyéndose por tanto las decisiones arbitrarias, como las ausentes de debida explicación de la *ratio decidendi* que determina la resolución. No cabe confundir la falta de motivación con el análisis de la resultancia de las pruebas que resulte desfavorable a la parte recurrente, por corresponder esta actividad a los órganos juzgadores y, a su vez, no procede ampararse en el vicio que se denuncia para atacar el proceso judicial valorativo del acervo probatorio, tratando de imponer el propio criterio interesado y parcial.

Decir también que la **congruencia** es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, como ha reiterado la Sala en una doctrina ya muy consolidada y en la que se proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido *ultra petita* o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes *extra petita*, y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes *citra petita*, siempre y cuando el silencio judicial no puede, razonablemente, interpretarse como desestimación tácita, y tal como dice la sentencia de 26 de febrero de 1999,

recogiendo jurisprudencia anterior sobre la prueba de presunciones: «**La presunción judicial se puede definir como aquella en la que el Juzgador establece en cada caso concreto la relación existente entre la premisa base y la afirmación consecuente. Pero ahora bien, según la jurisprudencia de esta Sala, sólo se debe acudir a este medio de prueba cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios de prueba del artículo 1.215 del Código Civil**». Y la sentencia recurrida no ha necesitado de este medio de prueba para llegar a estimar acreditado el supuesto fáctico que ha sido la base de la aplicación de la normativa correcta al caso de autos.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES CONFORME AL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. SI BIEN NO SE EXIGE UNA CONDUCTA DOLOSA POR PARTE DEL COMPRADOR, SI SE REQUIERE QUE HAYA INCURRIDO EN UN INCUMPLIMIENTO OBSTINADO, PERTINAZ E INJUSTIFICADO DE SU OBLIGACION DE PAGO DEL PRECIO. EN LOS SUPUESTOS DE ACCESION DEL ARTICULO 361 DEL CODIGO CIVIL, EL DUEÑO DEL TERRENO NO PUEDE EJERCITAR LA ACCION REIVINDICATORIA SIN ANTES HABER HECHO USO EXPRESO DE LA OPCION QUE DICHO PRECEPTO LE CONCEDE. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

Triunfa el recurso de casación.

Presupuestos fácticos.—Son los siguientes: a) Mediante documento privado de fecha 30 de abril de 1989, de un parte, doña Purificación Tena Fernández y, de otra, doña María Salud, don Juan Antonio y don Francisco Javier Balsera López, celebraron un contrato de compraventa, en el que exponen, entre otras cosas, lo siguiente: «I. Que doña Purificación Tena Fernández es propietaria de pleno dominio de un terreno, sito en el corredor “Don Benito-Villanueva”, de una superficie aproximada de diez mil metros cuadrados». A continuación del expresado documento privado contiene las que llama **CONDICIONES** del contrato, que literalmente son las siguientes: «**Primera.** Dicha doña Purificación Tena Fernández vende a los señores Balsera López la nave descrita en él con los terrenos colindantes. **Segunda.** El terreno y la nave se venden libres de cargas, gravámenes y ocupantes en general y al corriente en el pago de contribuciones y arbitrios, así como de la consecución de las oportunas licencias para continuar la obra pendiente y la apertura con uso industrial, pudiendo quedar rescindido este contrato a instancias del comprador en el plazo de dos meses si no se consiguieran del Ayuntamiento los oportunos permisos. **Tercera.** Las correspondientes escrituras públicas se efectuarán el día 10 de octubre del año en curso, 1989, siendo los gastos conforme a ley. **Cuarta.** La posesión del terreno y nave se efectuará el día 24 de junio, comprometiéndose la parte vendedora a dejar libre de enseres la nave. **Quinta.** Por la cantidad pendiente a la firma de las escrituras se librarán dos efectos con los vencimientos indicados, a plena satisfacción de la parte vendedora». b) Además de la cantidad entregada a la firma del contrato, los compradores pagaron las cantidades correspondientes a los dos primeros

plazos estipulados. *c)* Mediante acta notarial, de fecha 20 de diciembre de 1990, autorizada por el Notario de Castuera, don Carlos Fernández Guzmán, la vendedora doña Purificación Tena Fernández requirió a los compradores en los siguientes términos: «*Primero:* Que conforme a lo convenido en el contrato sobre la venta de un terreno edificado, sito en las proximidades de la carretera de Don Benito-Villanueva de la Serena, se les requiere de modo fehaciente para que sepan que está dispuesta a otorgar la escritura pública de venta, sin sobrepasar el plazo de quince días a partir de que reciban esta notificación. *Segundo:* Que a los efectos prevenidos en el artículo 1.054 del Código Civil, se les requiere para que abonen en el plazo de quince días o al momento de otorgarse la escritura pública, el plazo vencido y que afiancen en la forma convenida dicho plazo. *Tercero:* Que de no cumplirse lo estipulado se ejercerá la acción de resolución del contrato por incumplimiento». *d)* Mediante acta notarial, los compradores don Francisco Javier, don Juan Antonio y doña María Salud Balsera López, requirieron a la vendedora doña Purificación Tena Fernández para exigir el pago del penúltimo plazo de la compraventa de la parcela, sita en el corredor Don Benito-Villanueva, comunicando que no lo habían efectuado debido a que ella había incumplido la condición segunda de dicho contrato privado y posterior contrato verbal al impedir enganchar en el tendido eléctrico de la torreta de Iberduero que existía en la finca de su propiedad colindante con la suya comprada, impidiendo así la utilización de la nave incluida en la parcela para uso industrial.

Doctrina de la Sentencia.—Con base en los relacionados presupuestos fácticos, la vendedora promueve juicio de menor cuantía ejercitando —acumuladas— acción resolutoria del referido contrato de compraventa y acción reivindicatoria, y postula se dicte sentencia por la que: *a)* Se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado entre la actora y los demandados con fecha 30 de abril de 1989, con obligación para esta parte de restituir determinada cantidad de dinero con los pronunciamientos correspondientes a la indemnización de daños y perjuicios. *b)* Se declare la procedencia de la acción reivindicatoria que se ejercita respecto a los cien metros cuadrados, aproximadamente, que han sido usurpados fuera de los límites determinados en el contrato cuya resolución se solicita con los demás pronunciamientos correspondientes respecto a lo edificado por los demandados en la porción de terreno reivindicada. En dicho proceso se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia y se hace un doble pronunciamiento: por un lado, se declara resuelto el contrato de compraventa celebrado entre la actora y los demandados con fecha 30 de abril de 1989, con las consecuencias inherentes a dicha resolución contractual que se especifican en el «fallo», y por otro lado, estimando la acción reivindicatoria ejercitada, condena a los demandados «a que devuelvan el terreno usurpado, objeto de la acción reivindicatoria, que constituye una superficie de ciento veinticuatro metros cincuenta decímetros cuadrados correspondiente al recinto cerrado construido fuera de los límites fijados en el contrato, quedando dichas obras a favor de la propiedad, y respecto a los ciento doce metros veinticinco decímetros cuadrados correspondientes al acceso pavimentado con obligación de hacer desaparecer lo construido como acceso fuera de los límites marcados en el contrato resuelto». Y como la sentencia recurrida estima las dos acciones ejercitadas: **la de resolución del contrato de compraventa litigioso, y la reivindicatoria de parte del terreno** —que no ha sido vendido—, y como los dos motivos integrantes

del recurso se orientan a impugnar los pronunciamientos estimatorios de cada una de dichas acciones, pasamos a examinarlos por separado: Los compradores-demandados basaron su retraso en el pago de los dos últimos plazos del precio de la compraventa en que entendían que la vendedora había incumplido la condición segunda del contrato de compraventa litigioso, al impedirles enganchar en el tendido eléctrico de la torreta de Iberduero existente en la finca de la vendedora colindante con la vendida a ellos. La sentencia recurrida tiene que realizar una extensa y detallada interpretación de la condición segunda del contrato de compraventa litigioso para poder conocer si la vendedora estaba o no obligada a permitir a los compradores enganchar en el referido tendido eléctrico. Tras dicha interpretación contractual la sentencia recurrida llega a la conclusión de que no existía tal obligación por parte de la vendedora y, en consecuencia, al considerar probado que los compradores habían incumplido su obligación de pago del resto del precio en los plazos estipulados para ello, estima la primera de las acciones ejercitadas y declara resuelto el contrato de compraventa litigioso.

La tesis impugnatoria sustancial que los recurrentes pretenden sostener radica en que ellos no tuvieron voluntad de incumplir su obligación de pago del resto del precio de venta, sino que su negativa al pago temporáneo fue debida a que entendían que la vendedora había incumplido previamente su obligación de permitirles enganchar en el tendido eléctrico de la torreta de Iberduero existente en la finca propiedad de dicha vendedora, en cuyo caso se hallaban, vienen a decir, en un supuesto de aplicación de las excepciones *non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus*. Y, después de patentizar la muy defectuosa formulación de este motivo, al mezclar en el mismo preceptos de heterogénea naturaleza normativa, el tratamiento casacional que le corresponde, según se desprende de determinadas consideraciones, es éste que ahora vamos a exponer y que dispone que excluida la necesidad de un incumplimiento doloso, lo cierto es que para que pueda 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, se requiere que, por parte del mismo, exista un incumplimiento inequívoco, objetivo, pertinaz y sin causa alguna que lo justifique, nada de lo cual ha ocurrido en nuestra litis, pues los compradores no han incurrido en un incumplimiento de las características anteriormente dichas, sino que simplemente retrasaron el pago de los dos últimos plazos del precio porque entendían que la vendedora no habría cumplido la obligación previa que consideraban a ella le incumbía, cuya conducta de los compradores se hallaba, en principio, justificada, como lo evidencia el hecho de que la sentencia recurrida ha tenido que realizar una extensa y detallada interpretación de la condición segunda del contrato litigioso para poder llegar a la conclusión de que no existía, por parte de la vendedora la referida obligación, lo que evidencia que la negativa de los compradores a pagar en la fecha estipulada el resto del precio se hallaba, en principio, justificada y no transforma dicha conducta en un incumplimiento de las características antes dichas, exigibles para que el mismo pueda dar lugar a la resolución del contrato.

A lo largo del proceso se estima necesario dejar consignados los siguientes presupuestos previos: 1.º Lo vendido mediante el contrato de compraventa litigioso fue una nave de ochocientos diez metros cuadrados. 2.º Los compradores, al realizar la ocupación del expresado terreno, tomaron de más, por un lado, ciento veinticuatro metros cincuenta decímetros cuadrados, sobre los

que terminaron de construir la nave vendida, y, por otro, ciento doce metros veinticinco decímetros cuadrados, sobre los que construyeron un acceso pavimentado. 3.º La sentencia estimó sin más la acción reivindicatoria ejercitada y condenó a los demandados a devolver a la actora «una superficie de ciento veinticuatro metros cincuenta decímetros cuadrados correspondientes al recinto cerrado construido fuera de los límites fijados en el contrato, quedando dichas obras a favor de la propiedad y respecto a los ciento doce metros veinticinco decímetros cuadrados correspondientes al acceso pavimentado con obligación de hacer desaparecer lo construido como acceso fuera de los límites marcados en el contrato resuelto.

El supuesto litigioso examinado no se halla comprendido en ninguno de los casos que contemplan los artículos 1.469 a 1.471 del Código Civil, que son a los únicos a los que se refiere la prescripción de acciones que establece el invocado artículo 1.472 del mismo cuerpo legal. No obstante ello, como se viene a impugnar la estimación que la sentencia recurrida hace de la ejercitada acción reivindicatoria y como, por otro lado, la sentencia recurrida ha dictado su resolución estimatoria de la misma sin tener en cuenta para nada que la cuestión litigiosa planteada es un tema ostensible de accesión, examina la Sala el motivo bajo una tesis impugnatoria que integra una cuestión apreciable de oficio, y como quiera que la terminación de construcción de la nave, por un lado, y la construcción del acceso pavimentado, por otro, las realizaron los demandados en parte del terreno propiedad de la actora, es evidente que nos hallamos ante el supuesto de accesión previsto en el artículo 361 del Código Civil y siendo ello así, no puede el dueño del terreno ejercitar directamente la acción reivindicatoria sin antes haber hecho uso expresamente de la opción que dicho precepto establece.

SIMULACION RELATIVA. INCONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Con fecha 16 de marzo de 1993, los litigantes firman un documento por el que el señor Macías Cotano reconoce adeudar a la señora Rodríguez Ochagavía una determinada cantidad de dinero, comprometiéndose a abonarla con anterioridad al 30 de mayo siguiente. Dicha cantidad adeudada obedecía a unas entregas de dinero que se habían entregado al señor Macías y que no habían sido oportunamente documentadas, lo que se verificó el mismo día 16 de marzo, si bien haciendo constar, de forma simbólica, las fechas de 6 de febrero de 1988 y de 2 de junio de 1992. Estos contratos se encontraban ratificados por el señor Macías en la cláusula 1.ª del reconocimiento de deuda, sin embargo, llegado el 30 de mayo, límite para el cumplimiento de la obligación, el señor Macías comunica que no tiene intención de abonar la deuda.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia de primera instancia señala la ausencia de causa del reconocimiento de deuda, pero, alegando la simulación relativa, considera que en el contrato subyace otra causa distinta, ya que se

simula liquidar una relación económica surgida, con lo cual incurre en incongruencia al declarar unos hechos que no han sido alegados por los litigantes, padeciendo la recurrida el mismo vicio de incongruencia. La sentencia recurrida no es adecuada a derecho porque tras conocer que las sentencias deben ser congruentes y no pueden conceder cosa distinta a lo pedido, que la pretensión se apoya en dos préstamos dinerarios y que no se han producido las entregas de dinero, la Audiencia debiera haber revocado la recaída en la instancia, y no es de recibo que se diga que existe una simulación y deba ser estimada la demanda, basándose en unos hechos no alegados ni presentados en el procedimiento por la actora y sobre los que la parte no ha podido defenderse, ni contestar convenientemente, y ello porque la *causa petendi* de la actora era una acción personal derivada de la existencia de dos préstamos documentados en un reconocimiento de deuda, y el Tribunal ha señalado la existencia de una liquidación de relaciones personales que, lógicamente, surge de una acción de partición o división de bienes comunes para estimar la demanda, y se ha producido gravísima indefensión para esta parte porque habernos defendido solamente de lo pedido en demanda, hemos obviado durante la sustanciación del procedimiento cualquier tipo de defensa frente a reclamación dineraria que pudiera derivar de liquidación y partición de una sociedad.

Resumiendo la doctrina jurisprudencial derivada de la constante jurisprudencia de la Sala sobre el principio jurídico procesal de la congruencia, tal y como se desprende del contenido del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe decir que el meritado principio supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones aducidas, y no con relación a las fundamentaciones hechas, determinando que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas, si bien, el ajusto o acomodo del fallo a las pretensiones de las partes no ha de ser literal sino sustancial y razonable, no siendo lícito al Juzgador establecer el pronunciamiento al margen de los concretos términos solicitados, pero la adecuación entre lo pedido y lo concedido no requiere una identidad absoluta, al ser suficiente una conexión íntima entre ambos términos, de modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte, pues cualquier alteración de la *causa petendi* implica desconocimiento del principio de congruencia.

En nuestra litis se incurrió en incongruencia pues, en primer lugar, se condenó a la parte demandada y después, se admitió el reconocimiento de deuda dimanado de la documentación aportada, aunque se consideró que la razón de ser del mismo tenía una motivación diferente a la alegada: no la existencia de un préstamo, sino la consecuente contraprestación del acuerdo liquidatorio llevado a cabo entre las partes.

Doctrina también debatida ahora es la que mantiene que la acción de impugnación por simulación no es pública al ser necesario para su eficaz ejercicio que quien actúe procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico protegible y en nuestro supuesto, en la fecha de 11 de febrero de 1992, se establece que «en razón de las exigencias del principio dispositivo, sólo cuando el negocio jurídico disimulado deba surtir efectos por razones de orden público o para impedir perjuicios a terceros cabría, ponderando las circunstancias del caso, dejar sentir *ex officio* los efectos del negocio jurídico simulado, pero si el negocio jurídico simulado en cuestión no es reconocido, ni siquiera en forma subsidiaria y, por tanto, no solicitada la atribución de sus efectos, mal puede el Juzgador suplir la voluntad no expresamente mani-

festada de la parte a quien tal negocio disimulado habría de beneficiar», o sea, que nuestra jurisprudencia señala tajantemente que la simulación aplicada por el Juzgador sólo puede serlo si ha sido alegada por las partes, y, por otro lado, la acción de simulación sólo puede ser utilizada por los terceros de buena fe que hayan sido perjudicados por el contrato disimulado.

ISABEL MORATILLA GALÁN

CONTRATO DE OBRA. DESISTIMIENTO POR EL COMITENTE. (STS DE 4 DE FEBRERO DE 2002.)

Es reiterada la doctrina de esta Sala la autonomía e independencia de los artículos 1.124 y 1.594 del Código Civil, entre sí, pues el artículo 1.594 del Código Civil, no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario del terreno a desistir unilateralmente del contrato de obra concertado y mucho menos de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1.124 y doctrina legal que lo desenvuelve para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de dos preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras jurídicas y se someten a distinto tratamiento, al quedar la facultad que el primero otorga, al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase y depender la eficacia de la acción conferida por el segundo de la conducta observada por cada uno de los contratantes.

En el presente litigio, el representante legal de la sociedad comitente comunicó a la sociedad contratista, por acta notarial de 22 de septiembre de 1993, que «en virtud del artículo 1.594 del Código Civil y por desistir de la construcción de la obra, el requirente da por resuelto el contrato de obra consistente en la construcción de Estación de Servicio, según el proyecto redactado por CAMPSA, suscrito por ambos en Granada, el día 11 de diciembre de 1992, por un importe total de treinta millones de pesetas, prohibiéndole expresamente la continuación de la citada obra desde la fecha de este requerimiento. Segundo. Hacerle saber, asimismo, que está dispuesto el requirente a abonar al contratista la obra ejecutada con arreglo a proyecto y aquéllas que se haya realizado sin sujeción, previa valoración. A tal fin, hacerle saber igualmente que en el improrrogable plazo de diez días le presente la referida valoración de la obra ejecutada.

En el motivo, lo que en realidad se está combatiendo es la interpretación que la sentencia recurrida hace del citado requerimiento notarial, y ello sin seguir el cauce adecuado para ello, como es el de alegar la infracción de las normas de interpretación contractual contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, trata la parte de sustituir la interpretación que la Sala *a quo* hace de dicho documento por la suya propia, subjetiva, y parcial, siendo así que la conclusión a que llega el Tribunal de apelación no puede calificarse de ilógica, arbitraria o vulneradora de una norma legal.

DISTINCION ENTRE RENUNCIA DE DERECHOS Y MUTUO DISENSO. (STS DE 19 DE FEBRERO DE 2002.)

El motivo casacional alegado se centra en la infracción del artículo 6.2 del Código Civil, y se refiere a que la sentencia recurrida ha declarado la existen-

cia de una renuncia de derechos, sin partir de ningún acto concluyente que así lo manifieste, y además mediante presunciones, todo ello cuando la renuncia nunca es presumible.

Lo cierto es que lo declarado por la Sala de instancia es que, acordada la resolución del contrato por las partes, se produjo la devolución mediante las letras de cambio sucesivamente renovadas por V., S. A., de la suma que había recibido anticipadamente de B., S. A., y ello no constituye renuncia alguna de derechos reconocidos en la ley, sino que es consecuencia de la propia resolución contractual —o extinción del contrato por mutuo disenso— acordada *inter partes* que, por sí misma, no genera derecho subjetivo alguno que pudiera entenderse renunciado —nada ha declarado la sentencia en ese sentido— a ser indemnizada la demandante ni a percibir cantidad alguna.

CONTRATO DE SUMINISTRO. CONCEPTO. (STS DE 7 DE FEBRERO DE 2002.)

La situación fáctica descrita parte del concepto de contrato de suministro, que no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), y, en su defecto, por la normativa de la compraventa (arts. 1.445 y sigs. del Código Civil, y, en su caso, si es mercantil, 325 del Código de Comercio), y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos.

En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero se refieren en todo caso a una cosa unitaria, y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva, las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables.

INTERPRETACION DEL CONTRATO. LA INTENCION CONTRACTUAL NO EQUIVALE A SUS MOTIVACIONES INDIVIDUALES. (STS DE 6 DE FEBRERO DE 2002.)

No es admisible la confusión entre la intención contractual y la de una de las partes. El artículo 1.282 del Código Civil se refiere exclusivamente a la primera, y carece de todo soporte probatorio ese engaño que atribuye la recurrente al ingeniero técnico, ni es posible adivinar cualquier interés racional que en el mismo pudiera tener, como no fuese el de causar perjuicios intencionadamente, que obviamente no se puede presumir.

COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO. PAGO DE INTERESES. (STS DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

Se alega la infracción de doctrina jurisprudencial dirigida a combatir la interpretación que la Sala de instancia realiza de la estipulación segunda del contrato redactada en los siguientes términos: «Las cantidades aplazadas, según lo establecido en la estipulación anterior, devengarán un interés del 12 por 100 anual, desde el día 1 de junio de 1991 hasta la fecha de realización efectiva de los respectivos pagos estipulados. El pago de la cantidad total devengada en

concepto de intereses se efectuará, por la parte compradora, junto con el último pago aplazado, es decir, entre el día 1 y el día 15 de enero de 1994».

Toda la fundamentación gira en el motivo consistente en que «si la parte vendedora podía haber exigido a la compradora el cumplimiento de lo pactado en el documento del 18 de febrero, y sí en la mejor hipótesis de “precio global” para la compradora (que es tanto para decir como la peor de las hipótesis para la vendedora) ese “precio global” era X, es evidente, en virtud de una elemental lógica económica, que esa parte vendedora no habría firmado el documento de 27 de febrero si no hubiera sido porque el calendario de pagos y sistema de intereses de este último documento le permitía cobrar por lo menos, la cantidad que venimos denominando X, esto es, la más baja de las que ofrecían las diversas alternativas del documento del 18 de febrero», añade que «es patente que al establecer la fórmula de los intereses de este último documento lo hicieron (los vendedores) sobre la base de que con su régimen de intereses no iban a cobrar menos de lo que como mínimo habrían percibido con las fórmulas de pago arbitradas en el documento del 18 de febrero». En otro párrafo de la fundamentación de este segundo motivo se dice que «otro hecho indubitado deducido de la prueba pericial, pero por otra parte obvio incluso para un profano, es el de que, según la parte compradora adoptará una u otra de las diversas posibilidades de que acabamos de hablar, el “precio” de venta sería mayor o menor, entendiendo por precio el desembolso total a realizar por esa compradora, esto es, incluyendo tanto el principal del precio propiamente dicho como los intereses resultantes de cada una de las diversas posibilidades de que la compradora disponía».

Lo expuesto en los párrafos transcritos pone de manifiesto la inconsistencia de la tesis actora; no es jurídicamente sostenible la identificación que se hace entre lo que la recurrente denomina «precio global» y «precio de la compraventa». Lo que se denomina «precio global», no es sino el coste financiero que para toda compradora supone la adquisición del bien objeto del contrato y que será mayor o menor según su disponibilidad dineraria para hacer pago del precio, es decir, de la cantidad de dinero que ha de entregar al vendedor como contraprestación de la cosa vendida.

Los intereses pactados en la estipulación segunda del contrato son intereses retributivos o compensatorios de la falta de disponibilidad por los vendedores de la parte aplazada del precio durante el tiempo del aplazamiento, pero, en modo alguno, pueden ser considerados como parte del precio, aunque sí contribuyen a incrementar el coste financiero que para los compradores comporta el aplazamiento en el pago del precio.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. EXIGENCIA DE CITAR EL PRECEPTO INFRINGIDO. (STS DE 30 DE ENERO DE 2002.)

La Audiencia ha declarado que entre las partes mediaba un contrato de distribución en exclusiva, concedida por la actora-recurrida a la demandada-recurrente, pero que dicha exclusiva no abarcaba a «El Corte Inglés, S. A.», que se relacionaba directamente con Barbour and Sons Ltd.

Incidentalmente, dentro de la transcripción de sentencias que se realiza en el recurso, la recurrente lo niega, manteniendo el criterio contrario, pero sin indicar cuál es el precepto infringido por la Audiencia en su labor interpretativa de los documentos producidos por las partes en el desarrollo de sus

relaciones (arts. 1.281-1.288 del Código Civil), ni porqué lo ha sido. Se limita, pues, la recurrente a exponernos su interpretación subjetiva y necesariamente parcial, no a demostrar lo ilógica o vulneradora de normas legales de la objetiva e imparcial de la Audiencia, por lo que debe mantenerse ésta en aplicación de la reiterada, constante y uniforme jurisprudencia de esta Sala, recogida en innumerables sentencias.

TERCERÍA DE DOMINIO. CONCEPTO Y EXISTENCIA. (STS DE 3 DE ABRIL DE 2001.)

El concepto y función de tercería de dominio han sido expuestos por una reiterada doctrina jurisprudencial. La acción de tercería de dominio resuelve la cuestión de que ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicadora en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería del dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). La jurisprudencia insiste en una idea: La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.

El segundo, consecuencia del anterior: el presupuesto de la tercería de dominio es que el tercerista sea verdaderamente un tercero, es decir, una persona distinta de la embargada, que sea el titular del derecho de propiedad de la cosa embargada. Si no es tal derecho, sino viene a ser la misma persona embargada, no tiene sentido la tercería por faltar este esencial presupuesto.

El tercero, que pone en relación los dos anteriores, es atinente al levantamiento del velo de la persona jurídica, al efecto de descubrir lo que está debajo y ver quien verdaderamente es y al objeto de evitar el fraude de ley o el abuso del derecho en perjuicio de tercero. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia. Se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS. INCUMPLIMIENTO. (STS DE 12 DE MARZO DE 2001.)

Se alega la existencia de una resolución unilateral injustificada que produce el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados a la otra parte contratante.

El cumplimiento o incumplimiento de contrato es una *questio iuris*, susceptible de ser revisada en casación. Lo que es *questio facti*, inalterable en casación, es el hecho o hecho de los que se desprende el cumplimiento o incumplimiento, lo cual hace confundir en ocasiones una y otra *quaestio*. En el presente caso es hecho indiscutible, el que Telefónica suprimió el servicio telefónico a Linetel, S. A., y es cuestión jurídica si ello constituye incumplimiento y resolución unilateral del contrato.

INEXISTENCIA DE PRECONTRATO. (STS DE 30 DE MARZO DE 2001.)

Los dos primeros motivos del recurso de casación tienen el mismo contenido: mantienen la existencia de un precontrato, por lo que se ha infringido la doctrina jurisprudencial relativa al mismo y el artículo 1.258 del Código Civil, que obliga a cumplir lo pactado (motivo segundo). Ambos motivos se desestiman por las siguientes razones: en primer lugar, por tratarse de una cuestión nueva. Ni en el escrito de demanda ni en el acto de la comparecencia previa se plantea este tema jurídico. El hacerlo ahora, como cuestión nueva, es inaceptable; pues atenta directamente a los principios de preclusión e igualdad y produce indefensión.

En segundo lugar, por no darse precontrato alguno, entendiéndolo éste como el primer momento del *iter contractus* que debe ponerse en vigor en el momento previsto, sin necesidad de nuevas declaraciones de voluntad de las partes, habiéndose previsto en el mismo los elementos del contrato proyectado. El documento F.4A aportado con la demanda, que se pretende calificar de precontrato, no lo es: se trata, simplemente, como se indica literalmente de una «solicitud de préstamo», firmada, ciertamente, por las dos partes litigantes, que, como se indica explícitamente, «deberá ser presentada ante la entidad financiera que deberá hacer constar su conformidad». Esto no es precontrato, carece de los detalles mínimos del contrato que pueda ser exigida su vigencia.

PACTO DE RENUNCIA VOLUNTARIA. (STS DE 24 DE ENERO DE 2001.)

La naturaleza jurídica de este contrato es, como correctamente ha sido calificado por la sentencia de instancia, de contrato atípico, bilateral y sinalagmático que responde a una convergencia de intereses entre la Congregación y la Caixa, se le aplican las normas generales de las obligaciones y contratos, cuyo cumplimiento demanda aquella fundamentada, como dice la misma sentencia de instancia, en el artículo 1.901 del Código Civil.

La calificación jurídica del pacto llamado de renuncia voluntaria contenido en la cláusula décima («En caso de renuncia voluntaria por parte de la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros a seguir sosteniendo el Monte de Piedad serán restituidos a la Junta Directiva de la Casa de Retiro o sea de la Real Congregación de Nuestra Señora de la Esperanza tal y como a la sazón estuviere constituida, los inmuebles cuya propiedad adquiere la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros en virtud de este convenio, y se procurará además facilitar la continuación por la misma del Monte de Piedad») se refiere no a la relación contractual derivada del mencionado contrato atípico, sino que afecta sólo a un aspecto, el de la transmisión del Monte de Piedad;

permite a la Caja renunciar a su adquisición, pero siendo aquél contrato sinalagmático, la renuncia no es libre e incondicionada, su renuncia a la adquisición —y por ende, a seguir sosteniendo el Monte de Piedad— no puede obviar su obligación respecto a la Casa de Retiro.

Dicho contrato no contiene una facultad de denuncia del contrato por la Caja que dé lugar a la extinción del mismo, sino que recoge una facultad de renuncia y devolución respecto a un apartado, el Monte de Piedad que actualmente no le está legalmente permitido hacer. Cuando la Caja, en 1995, pretende hacer la denuncia y consiguiente extinción del contrato, no lo hace con arreglo a derecho, sino que pretende un ejercicio antisocial del mismo, vedado por el artículo 7.1 del Código Civil: no puede extinguir una relación contractual, porque, además de que no lo prevé el contrato, no puede basarse en que es un contrato de tracto sucesivo y duración indefinida, pues pretende una extinción favorable a sus exclusivos intereses, terminando una obra benéfico-social y continuando el Monte de Piedad.

Por lo cual, manteniéndose la vigencia del contrato, la Caja deberá cumplirlo en sus estrictos términos, acogiendo los pedimentos principales del suplico de la demanda (el primer inciso del primero y el segundo), rechazándose la restitución de inmuebles, que va ligada a la legalmente imposible renuncia y devolución del Monte de Piedad y a la indemnización interesada por razón de incumplimiento, que no se ha acreditado en la instancia.

CONTRATO DE SEGURO. RECLAMACION DEL PAGO DE LA INDEMNIZACION. (STS DE 18 DE FEBRERO DE 2002.)

Se recurre la imposición de la obligación de pago del 20 por 100 anual sobre la suma asegurada desde la fecha que indica la sentencia de primera instancia. En su fundamentación la recurrente da las razones por las que existe causa justificada para no haber satisfecho la indemnización, resaltando que se ha necesitado este juicio para determinarla, y que los actores reclamaron el pago de la indemnización a la compañía de seguros sin justificar la liquidación de los impuestos sucesorios.

El motivo se desestima. La controversia judicial se ha producido por la negativa de la aseguradora a indemnizar el capital asegurado que constaba en el certificado individual de seguro que emitió en favor del mismo, sin que se haya demostrado que expidió el nuevo con la reducción de aquel capital, a lo que le obligaba el artículo 13 de las condiciones generales de la póliza. Lógico es que los actores hayan reclamado la indemnización en aquél establecida al oponerse al pago de la indemnización reclamada. La aseguradora cree que obró de acuerdo con la facultad que se reservó el tomador.

En las condiciones generales del seguro litigioso se consignaba que el tomador podía proceder a la extinción del seguro en cualquier momento, sin que el establecimiento del mismo supusiese «compromiso de continuidad indefinida». La aseguradora recurrente entiende que si el tomador podía extinguir unilateralmente el contrato de seguro, también podría modificar unilateralmente el capital asegurado.

En efecto, en el certificado individual del seguro colectivo emitido en favor del causante de los recurridos, se hace constar, en letra muy pequeña que contrasta con el tamaño de las del contenido de dicho certificado y apreciablemente separado de su texto general y de donde habían de estampar sus

firmas asegurado y aseguradora, como un añadido a aquel contenido, lo siguiente: «El tomador se reserva el derecho de proceder a la extinción de este seguro en cualquier momento, sin que el establecimiento del mismo suponga por tanto, compromiso alguno de continuidad indefinida».

La interpretación de la aseguradora no es aceptable, pues la cláusula está precisa para el futuro no tiene la extinción del contrato efectos retroactivos. En todo caso, sería una cláusula de dudoso significado, pues no se refiere más que a la extinción del contrato, y extenderla por vía interpretativa a otros casos en perjuicio del asegurado-adherente es contrario al artículo 1.288 del Código Civil. Sería, en la interpretación que hace la aseguradora, una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, y tendría para su validez que haberse destacado del clausulado general y particular del contrato, y haber sido aceptado específicamente por escrito (art. 3.º parr. 1.º, Ley 50/80), requisitos que no se cumplen aquí.

Por tanto la aseguradora, al oponerse al pago de la indemnización en base a la susodicha cláusula, obligó a los actores a que el órgano judicial se pronunciase.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA LEY DE 1992 NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. ES APLICABLE A LA VALORACION DE LA FINCA LA LEY EN SU ARTICULO 43. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación en cuanto a la valoración de la finca. No es de aplicación el sistema valorativo que establece la Ley de 10 de febrero de 1992, y se resuelve aplicando la normativa de la Ley de Expropiación Forzosa en su artículo 43, dejando para ejecución de sentencia la determinación de dicho valor. La Ley de 1992 no tiene efectos retroactivos, ya que su disposición derogatoria se refiere al artículo 98 y al 99 LAR, por lo que entra en juego el artículo 2.3 del Código Civil, que establece el principio de irretroactividad de las leyes. Para evitar vacío decisorio ha de aplicarse la normativa que procede, siendo ésta la de expropiación forzosa, conforme doctrina reiterada y consolidada de esta Sala.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ES IMPROCEDENTE LA RESOLUCION INSTADA POR EL ARRENDADOR Y EN CAMBIO SE DA EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO, YA QUE SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO ANTERIOR A LA LEY DE 1935 Y SE HA

PRODUCIDO LA SUCESION EN EL CONTRATO POR MUERTE DE LOS PADRES, SIN QUE EXISTA ANIMO NOVATORIO DEL PRIMITIVO ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Santoña desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando el derecho al acceso a la propiedad del demandado.

No procede la casación. Alega el recurrente que el primitivo arrendamiento se extinguió en 1958 al concretarse un nuevo arrendamiento con los hijos o herederos del primitivo arrendatario, por lo que no estamos ante un arriendo anterior a la Ley de 1935. La prueba pone de manifiesto, por recibos anteriores a 1958, que la sucesión en el contrato por muerte de los padres ocasionó la continuación en el mismo, como prevé el artículo 79 LAR, y es anterior a 1935. El acuerdo novatorio no se prueba, con lo que falta este importante requisito para la novación extintiva, declarándose vigente el contrato en situación de prórroga legal, ya que lo único que se ha producido es la alteración subjetiva por la sucesión conforme a la ley en la persona del arrendatario rústico reconviniendo. Es aplicable la Disposición Transitoria 1.ª-3 de la LAR y la Ley de 10 de febrero de 1994, al tratarse de contrato vigente, resultando improcedente la resolución instada por la actora.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO PROCEDE PORQUE NO SE HA PROBADO LA ANTIGÜEDAD DEL ARRENDAMIENTO ANTERIOR A LA LEY DE 1935, SINO QUE FUE CONCERTADO EN 1949. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Durango desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. No se ha probado la antigüedad del arrendamiento antes de la Ley de 1942 o de la de 1935, sino a partir de 1949. Aunque el recurrente alega la no aplicación de la prueba de presunciones, es decir, la inaplicación del artículo 1.253 del Código Civil, la realidad es que ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que se citan ha aplicado la prueba de presunciones a un caso como el de autos, por lo que no existe infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley, ni se viola el artículo 14 de la Constitución.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE REDUZCA LA EXTENSION DE LA FINCA ARRENDADA NO SIGNIFICA NOVACION DEL CONTRATO QUE IMPLIQUE LA PERDIDA DE ESTE DERECHO. NO ES PREFERENTE EL DERECHO DE RECUPERACION POR EL ARRENDADOR, POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO HISTORICO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado número 1 de San Sebastián estimó la demanda y desestimó la reconvencción en la que se solicitaba el desahucio, confirmando la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. La circunstancia de que se haya reducido la extensión de la finca no significa la alteración objetiva que implica novación del contrato ni la pérdida de la cualidad privilegiada de este tipo de arrendamien-

tos, ya que en el espíritu de la ley está que en ese especial derecho de acceso a la propiedad se concede el privilegio de que los colonos o arrendatarios de fincas de pequeña extensión puedan convertirse en propietarios, lo que se confirma en el caso de autos, en el que es justo que se confirme el derecho del actor si la causa de oposición del arrendador es exclusivamente lo reducido en la extensión superficial. En cuanto al derecho de recuperación por el arrendador que, según el recurrente, es preferente al de acceso a la propiedad, hay que tener en cuenta que, tratándose de un arrendamiento pretérito, la normativa aplicable es el artículo 98 y no el 99 LAR, pues, dada la fecha de interposición de la demanda, todavía está vigente, sin que le alcance la Disposición Derogatoria de la Ley de 10 de febrero de 1992, de Arrendamientos Históricos, ya que el arrendamiento procede del siglo anterior y el requerimiento de 4 de abril de 1990 lo fue al amparo del artículo 26.2 LAR, subsumido en el artículo 98 LAR, siendo evidente que el arrendamiento es posterior al Código Civil, por lo que su derecho de acceso a la propiedad es inconcuso y no cabe enervarlo con el de recuperación por el arrendador, ya que ello sólo se contempla, aparte de los referidos artículos 26 y siguientes, con la especialidad del artículo 28 para los arrendamientos de larga duración, que no es aplicable aquí por tratarse de arrendamiento anterior al Código Civil.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SOLO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PUEDE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY POSTERIOR A LA CONSTITUCION. LA PERDIDA DE MEMORIA DE LA QUE HABLA LA LAR, NO SE REFIERE A LA FECHA SINO AL PLAZO DE DURACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una ley posterior a la Constitución, por lo que únicamente aquél puede decirlo respecto al derecho de acceso a la propiedad de la LAR y al sistema de fijar la indemnización por la Ley de 10 de febrero de 1992. En cuanto a la alegación de que este derecho se concede a los contratos, en que se ha perdido la memoria del tiempo en que se concertaron, ya que consta la fecha del mismo, el contrato debe ser anterior a la Ley de 1935, y la pérdida de la memoria no se refiere a la fecha sino al tiempo de duración, es decir, al plazo por el que se concertó.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—NO SE PRONUNCIO LA SENTENCIA DE INSTANCIA SOBRE LA INDEMNIZACION POR MEJORAS DE LA FINCA POR NO HABERSE PEDIDO EXPRESAMENTE. NO EXISTE TACITA RECONDUCCION, YA QUE EL REQUERIMIENTO NOTARIAL HECHO POR EL ACTOR OBSTA PARA LA APLICACION DEL ARTICULO 1.566 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Loja desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. El recurrente se fundó en que la sentencia no se ha pronunciado sobre la indemnización que corresponde percibir al recurrente.

te por mejoras realizadas en la finca, así como por haber resuelto el contrato sin que se den las causas legalmente previstas. Pero el recurrente no formuló petición concreta de indemnización por mejoras, sino la reserva de dichas mejoras, pero esa reserva no implica formulación de pretensión contra la actora sino la manifestación, extraña por incompatible con la subsistencia del contrato, de su derecho a indemnización. Tal derecho deriva de la LAR en los casos que proceda y no de ninguna sentencia y a ejercitar con arreglo a sus disposiciones y en el momento procesal oportuno. Si hubiera existido esa pretensión del actor se hubiera tratado como demanda reconvencional y no ha sido así. La alegación de tácita reconducción, teniendo derecho al plazo del artículo 1.566 del Código Civil, no puede admitirse porque el requerimiento notarial hecho por el actor al terminar el plazo contractual obsta para la aplicación de dicho artículo, sin que el abono de rentas, después del mismo, no sea otra cosa que una compensación al arrendador por verse privado ilegítimamente del disfrute de la finca por voluntad unilateral del arrendatario que se negó a la entrega de la misma.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA EDAD DE LA ARRENDATARIA NO ES OBSTACULO PARA LA CONSIDERACION DE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL. TAMPOCO SE EXIGE HABITAR EN LA FINCA QUE SE CULTIVA. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado número 2 de Azpeitia estimó parcialmente la demanda, pero la apelación triunfó en parte, respecto a la cuantía del precio del acceso a la propiedad.

No se admite la casación. Se denuncia la aplicación indebida de la Disposición Transitoria 1.^a-3.^a LAR respecto al concepto de cultivador personal en la fecha de la demanda. La actora iba a cumplir setenta y ocho años y no habita en el caserío, pues lo hace con su hijo en otro lugar, y la pretendida ayuda del hijo a la actividad de su madre no es tal, porque el hijo es un trabajador industrial por cuenta ajena y realiza su actividad agrícola complementaria en otro caserío, que es donde vive realmente. Pero en la Ley de 1980, así como en la de 12 de febrero de 1987 y la de 10 de febrero de 1992, no se contiene mención alguna relativa a la edad y domicilio de la arrendataria, bastando para comprobarlo la lectura de la Disposición Transitoria 1.^a-3.^a y artículos 16, 98 y 99 LAR, pues dicha regulación requiere la condición de cultivador personal que consideró totalmente acreditada en las sentencias de instancia, a lo que hay que estar en casación, sin que quepa una nueva valoración de la prueba. La cuestión de no ser habitado el caserío por la arrendataria carece de trascendencia al no ser exigible la condición material de habitar en la finca sin que se acredite la cesión inconsentida del arrendamiento a favor del hijo.

Arrendamientos urbanos

ELEVACION DE RENTA.—PROCEDE LA ELEVACION POR AUMENTO DEL VOLUMEN DE EDIFICACION EN LA FINCA ARRENDADA SIN QUE QUEPA INCLUIR ESTE AUMENTO POSTERIOR EN LAS OBRAS AUTORIZADAS AL COMIENZO DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1999.)

El Juzgado número 11 de Málaga desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. Se trata de ver si procede el incremento de renta que piden los arrendadores por consecuencia de las obras de ampliación llevadas a cabo por la arrendataria. La cláusula 1.ª del contrato autoriza a la arrendataria a llevar a término y a su costa, obras en la finca, demoliendo lo edificado y construyendo otras de nueva planta que pasarían a integrarse en el objeto del arriendo, de tal manera que lo construido es la obra que sustituye a la que ya existía levantada, sin que la cláusula haga referencia a una mayor superficie ni a aumento del precio del contrato. La cláusula 6.ª fija el importe inicial de la renta, previendo el incremento del importe del precio por aumento del volumen de lo edificado no comprendido ni autorizado expresamente en la cláusula 1.ª, estableciendo el derecho de los arrendadores a obtener elevación de la renta sobre la base de fijar un precio por metro cuadrado construido de nuevo, al amparo de la normativa vigente al tiempo del contrato. En modo alguno puede entenderse que esa condición esencial sea la modificación de la normativa para facilitar la nueva construcción, ya que ésta se levantó cumpliendo la vigente al tiempo de celebrarse la relación jurídica arrendaticia, y en base a ella obtuvo la preceptiva licencia conforme a la cual se produjo el mayor volumen edificativo, como consecuencia de la obra de nueva planta levantada por la arrendataria. Se revoca la sentencia anterior, en cuanto considera como parque infantil lo que es una simple pérgola, abierta a los vientos que sirve para aparcar los carros de los niños. Este acceso no es propia edificación o volumen edificado, siendo mero accesorio de lo que se levanta como obra nueva y ampliada.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA SOLICITUD DE LICENCIA PARA LA INSTALACION DE MAQUINAS TRAGAPERRAS POR PERSONA DISTINTA DEL ARRENDATARIO NO IMPLICA EL CONSENTIMIENTO PRECISO POR PARTE DEL ARRENDADOR, POR LO QUE PROCEDE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado número 6 de San Bartolomé de Tirajana estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Las sentencias de instancia determinan que la presencia de máquinas tragaperras en el local arrendado, sin que conste la autorización del arrendador, supone un subarriendo o una cesión inconsentida, y además la concesión de licencia aparece a favor de una sociedad distinta a la demandada, esposa del arrendatario fallecido. Dice el recurrente que la Sala permanece ajena a la realidad social que manifiesta la existencia generalizada de máquinas y servicios de distintos tipos en locales de negocio, y en este caso la introducción de máquinas viene permitida por el contrato, siendo la cuestión determinar si el consentimiento expreso no prestado por escrito, como lo demuestra la solicitud de licencia para la instalación de las máquinas, es suficiente para legitimar el subarriendo. Pero esta solicitud de licencia no es significativa para integrar el consentimiento del arrendador y sin que del contenido del contrato de 1974, cualquiera que sea la amplitud de los términos por los que se cede el uso y disfrute de los locales arrendados pudiera entenderse que lleve implícita la autorización para la introducción de máquinas tragaperras a favor de persona distinta del arrendatario. No se

puede exigir el empleo de la prueba de presunciones cuando el fundamento del fallo resulta de las pruebas directas obrantes en autos. Únicamente cuando un hecho se tenga por acreditado y de él se infiera, con la fuerza lógica que la ley exija, la realidad de otro, si el Tribunal no lo reconoce cabe la denuncia de la infracción de tal precepto: artículo 1.253 del Código Civil, siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio, lo que no ocurre en este caso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA EN EL PLEITO SOBRE RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO RESPECTO A AQUEL EN EL QUE SE RECLAMAN LAS RENTAS DEBIDAS POR EL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado número 2 de Las Palmas desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. A los pocos días de celebrado el contrato, tuvieron que ser evacuadas las mercancías por la humedad que presentaba el local en paredes y techo, siendo las instalaciones eléctricas defectuosas, dando el arrendatario por rescindido el contrato por este motivo, mediante un requerimiento notarial, oponiéndose los propietarios, manifestando que no accedían a dar por resuelto el indicado contrato y exigían el estricto cumplimiento del mismo por el tiempo convenido. La pretensión resolutoria del arrendamiento fue desestimada por el Juzgado y confirmada por la Audiencia. La demandada interpuso demanda, reclamando la renta desde septiembre de 1990 a enero de 1991, que se estimó por el Juzgado número 9 de Las Palmas. El recurrente alegó que no debía admitirse la excepción de cosa juzgada, pues no existe la misma causa de pedir, ya que la condena al pago de una cantidad adeudada en concepto de rentas, nada tiene que ver con la resolución del arrendamiento. Pero en realidad, aunque las sentencias referidas recayeron sobre el tema de reclamación de rentas, el estudio de las mismas es ilustrativo de que también resolvieron el planteado por la parte arrendataria, y relativas a la resolución del contrato, por lo que se puede concluir que la excepción de cosa juzgada fue apreciada correctamente en las precitadas sentencias.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—EL CAMBIO DE DENOMINACION SOCIAL DE LA ENTIDAD ARRENDATARIA NO SUPONE TRASPASO O CESION INCONSENTIDA. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1999.)

El Juzgado número 2 de Albacete desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. La entidad arrendataria cambió su denominación social, estimando los arrendadores que ese cambio suponía traspaso, cesión o subarriendo inconsistentes, por lo que solicita la resolución del arrendamiento. A ello se opuso la demandada, alegando que el cambio de denominación no supone traspaso o cesión, infringiendo la sentencia recurrida el artículo 114.5.º y el artículo 32 LAU, y asimismo la doctrina legal del Tribunal Supremo, ya que ese cambio no implica pérdida de personalidad jurídica, así como tampoco la implica la venta de acciones de un banco a otra entidad bancaria, porque esta venta no entraña por sí sola la extinción de la persona-

lidad jurídica de aquélla cuyas acciones fueron vendidas, sino que ambas conservan la misma personalidad, por lo que no puede decirse que la sociedad adquirente se haya introducido en el arrendamiento del local del que era arrendataria la sociedad, cuyas acciones han sido vendidas. Incluso aunque existiera fusión de sociedades no existiría resolución de arrendamiento por aplicación del artículo 31.4.º LAU en la redacción de las Leyes de 25 de julio de 1989 y de 29 de junio de 1990, aplicable a este supuesto litigioso por razones cronológicas.

NULIDAD DE EMBARGO DEL DERECHO DE TRASPASO.—EL TRASPASO ES UN DERECHO DE CONTENIDO ECONOMICO SUSCEPTIBLE DE SER EMBARGADO PARA RESPONDER DE LAS DEUDAS DEL TITULAR. LA RENUNCIA A ESE DERECHO HA DE SER CLARA E INEQUIVOCA, LO QUE NO SE HA PROBADO EN EL PRESENTE CASO. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Pamplona desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Pretende el recurrente que era nulo el embargo por ser inexistente el derecho de traspaso, ya que el arrendatario renunció a ese derecho, pero la sentencia de instancia no reputa eficaz esa renuncia. Dicha renuncia no fue alegada en el juicio ejecutivo sobre inexistencia del derecho de traspaso, y el recurrente propuso soluciones extrajudiciales que no eran lógicas, si el embargo era inexistente por no haber traspaso y, por otro lado, acredita que se tenía por subsistente al marginarse el mismo en las actuaciones llevadas a cabo en el juicio que era donde se debía hacerlas valer. La renuncia ha de ser clara, concluyente e inequívoca, sin posibilidad de autorizar situaciones inciertas y contradictorias, siendo siempre concluyente, lo que no sucede en el presente caso. Lo que en realidad se pretende con este pleito no es otra cosa que continuar en el uso y disfrute del local, no respetando los derechos legítimos que corresponden a la Caja acreedora. El hecho de que la palabra «traspaso» no se incluya en el contrato, hablando sólo de «cesión o subarriendo», no tiene importancia, porque el traspaso es una forma de cesión onerosa y no se prueba la intención de los contratantes de excluirlo expresamente. La renuncia no constaba en el contrato sino en un convenio complementario que nada complementaba, ya que es de fecha anterior al arrendamiento, por lo que éste sustituye a aquél que quedó sin efecto para las partes, por lo que no es operativa la renuncia. Siendo el traspaso un derecho de indudable contenido económico, cabe ser embargado para responder de las deudas contraídas por el titular del mismo.

ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA.—LA OCUPACION DE UN LOCAL DE FORMA TRANSITORIA POR LA NECESIDAD DE REALIZAR OBRAS EN OTRO LOCAL DE LOS ARRENDATARIOS Y MIENTRAS ELLAS DUREN, TIENE EL CARACTER DE ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado número 7 de Gijón estimó la demanda y la Audiencia estimó en parte la apelación.

Triunfa la casación. La sentencia no es coherente con su fundamento, ya que no se declara cuál es la naturaleza jurídica de la ocupación del local. En realidad hubo un consentimiento tácito a la situación de la arrendataria y, si se paga un precio por el disfrute de cosa ajena, no hay ninguna atipicidad. A la vista de lo convenido en la liquidación de los gananciales, se deduce que el recurrente ocupó los locales de un modo transitorio para remediar la necesidad en que se encontraba de buscar otro local para instalar un negocio, pactándose una contraprestación por ese uso temporal que no tiene nada de especial por las razones que se dan, no difiriendo de las que se pueden dar en cualquier otro arrendamiento definido en el artículo 1.543 del Código Civil. El hecho de promover un desahucio por falta de pago de la renta, antes de este litigio, manifiesta la creencia respecto a la condición de arrendatario del recurrente. Este arrendamiento tiene la característica de temporada, como declaró esta Sala en la sentencia de 19 de febrero de 1982, en un caso análogo de ocupación de locales de forma transitoria, por la necesidad de realizar obras en otros locales de los arrendatarios y mientras ellas durasen. El requisito de la temporalidad guarda relación no con el plazo de duración, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación, como declara la Sala también en sentencias de 17 de diciembre de 1960, 8 de febrero de 1962, 30 de marzo de 1974, 4 de febrero de 1975 y 30 de junio de 1976. Siendo el arrendamiento de temporada, no puede convertirse en permanente ni dar lugar a prórrogas legales, sino que, estando regulado por el Código Civil, es susceptible de tácita reconducción al acabar el plazo pactado, que es lo que ocurre en este caso, manifestando la voluntad contraria a su continuación mediante la demanda, origen de este pleito.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

POR TERESA SAN SEGUNDO MANUEL, JUANA RUIZ JIMÉNEZ
y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
(Departamento de Derecho Civil de la UNED.
Director: Profesor LASARTE)

RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA: CONTRATO DE OBRA; OBLIGACION DE RESULTADO. NO OBTENCION DE ESTE: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001 DEL TRIBUNAL SUPREMO - SALA DE LO CIVIL.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

La paciente acudió a la consulta privada del médico especialista en cirugía maxilofacial, el cual le diagnosticó «protusión del maxilar superior» y le aconsejó la intervención quirúrgica, que posteriormente practicó y no produjo el resultado pretendido, no estando conforme la paciente demandante con este resultado y, de acuerdo con el médico, éste le practicó otra que tampoco produjo resultado satisfactorio, al infectarse los injertos. En-

tonces siguió un tratamiento en Estados Unidos que solventó su problema y terminó con tres intervenciones de cirugía plástica a su regreso, quedándole secuelas.

La paciente formuló demanda reclamando por los daños materiales y morales sufridos y por los gastos que había tenido.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, en palabras del Supremo, «se desconoce el razonamiento o los argumentos que llevan a la absolución del demandado».

La sentencia de segunda instancia consideró que había una responsabilidad contractual y apreció culpa en el proceder del facultativo, por lo que estimó parcialmente la demanda y condenó al médico demandado a indemnizar.

Formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

En los Fundamentos de Derecho hace el alto Tribunal un resumen de la doctrina de la Sala Primera sobre la obligación del médico que, por su interés, recogemos a continuación.

La obligación del médico es una obligación de actividad (o de medios) en el sentido de que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad y excepcionalmente es una obligación de resultado, cuando se ha comprometido a la obtención de un resultado; distinción que tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, a la responsabilidad y a la prueba.

A su vez, la responsabilidad médica puede tener un origen extracontractual o derivar de contrato, si bien se ha mantenido la yuxtaposición de responsabilidades.

La cuestión esencial estriba en la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el resultado dañoso, que acredita la culpa del mismo, o bien se aplica la doctrina del resultado desproporcionado.

En caso de obligación de resultado, si la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha sostenido la obligación de reparar.

El presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima al de obra, lo que, según la Audiencia, exige una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue: el Supremo comenta al respecto que es correcta tal calificación, pero no se puede dar un paso más, ya iniciado por la jurisprudencia: *«en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso»*.

Como ejemplos se citan en la sentencia los siguientes:

Una operación de cirugía estética (*lifting*), un tratamiento para alargar las piernas, la colocación de un dispositivo intrauterino anticonceptivo, una intervención en oftalmología, un caso de un tratamiento odontológico, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que finalmente lo consiguió. Este último, según el Supremo, guarda gran similitud con la presente sentencia.

En cuanto a la responsabilidad del médico demandado, observa el Supremo que la intervención quirúrgica por él realizada no tuvo el resultado buscado, por lo que tuvo lugar una segunda, que tampoco obtuvo el resultado deseado, que sí logró en Estados Unidos. Estos hechos llevan al Supremo a concluir que hubo incumplimiento de su obligación de resultado, ya que no hay prueba alguna de que un hecho fortuito o fuerza mayor que haya sido causa del mal resultado que produjo la actuación del médico demandado.

Por otra parte, desestima la supuesta infracción del artículo 1.967-2.º del Código Civil, que establece la prescripción trienal para la obligación de pago de honorarios porque el presente caso no trata de una reclamación de honorarios, sino de una reclamación de indemnización por incumplimiento de la obligación de resultado derivada del contrato de obra y ésta, carente de plazo de prescripción específico, prescribe a los quince años, como toda prescripción ordinaria de derechos personales, que establece el artículo 1.964 del Código Civil.

En cuanto a la carga de la prueba, en materia de responsabilidad, corresponde a la parte obligada que ha de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación.

Por último, declara que se sigue el criterio de discrecionalidad en la valoración de la prueba pericial. Se permite una impugnación contra la que únicamente en aquellos casos que sea ilógica, absurda o contraria a la norma jurídica, lo que no ocurre en el presente caso.

(SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2001 DEL TRIBUNAL SUPREMO - SALA DE LO CIVIL.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Cuando el resultado producido en el ejercicio de la ciencia médica es claramente desproporcionado a lo que comparativamente es usual en él, quien lo causa en tales términos debe probar que su actuación ha sido ajustada a la *lex artis* con el empleo de medios y conocimientos adecuados, y dicho resultado ha sido debido a causa ajena imprevisible e inevitable.

En esta sentencia apenas se describen los hechos que dieron origen a la misma. Recoge la doctrina, seguida por el Supremo sobre la prueba, de que la actuación del profesional ha sido ajustada a la *lex artis*.

La medicina es ciencia de empleo de medios adecuados para obtener un resultado solicitado de actividad para cuya práctica se ha reconocido a su realizador la correspondiente capacitación y la correspondiente experiencia, sin que aquel resultado buscado y propuesto pueda garantizarse de modo absoluto, ahora bien, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, se produce una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, que ha de desvirtuar el médico y no el paciente, ya que, precisamente, la desproporción en el resultado ha de apreciarla y justificarla el autor de la actividad de la que el mal resultado surge de modo que pueda saberse si ha sido por su culpa o por causa inevitable e imprevisible.

RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 1130/1996 DEL TRIBUNAL SUPREMO - SALA DE LO CIVIL.

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Votación y fallo: 18-1-2001.

La cuestión litigiosa se refería a que, ante la existencia de un talud, el Ayuntamiento de la localidad donde se encontraba concertó la realización o reconstrucción de un muro de contención, cuya obra fue realizada sin que la empresa concesionaria hubiera asumido la obligación de rellenar el hueco resultante entre el muro y el borde del talud, y una noche paró allí un vehículo, bajó del mismo una persona y, dada la escasa iluminación, la falta de señalización del foso y la no presencia de medidas de seguridad, cayó en éste, quedando atrapada entre el talud y el muro de contención realizado, sufriendo lesiones.

El Juzgado acogió en parte la demanda de la persona accidentada contra el Ayuntamiento y las empresas que construyeron el muro. Su sentencia fue revocada en grado de apelación por la Audiencia que condenó a que indemnizara a la afectada.

El Ayuntamiento recurrió en casación contra la sentencia de la Audiencia y el Supremo declaró no haber lugar al recurso, basándose en la falta de diligencia preventiva por parte del Ayuntamiento que, ante una grave situación de riesgo, no empleó los posibles remedios correctores para eliminarlo (verbigracia: colocación de señales de peligro o de barandillas, mejoramiento de la iluminación de la zona o contratación con alguna entidad del relleno del foso), con la correspondiente relación causal entre la omisión culposa y el daño producido, lo que provoca la declaración de culpabilidad civil de dicha entidad local, la cual estaba obligada a acreditar la adopción por su iniciativa de las medidas convenientes en evitación de que dicho riesgo se transformase en siniestro, y no ha demostrado que procedió conforme a los cuidados y prevenciones que la prudencia imponía para impedir el evento dañoso, ni siquiera con sujeción a las disposiciones reglamentarias.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

CULPA EXTRACONTRACTUAL. FALLECIMIENTO POR ASFIXIA DE DOS PERSONAS EN UN DEPOSITO SUBTERRANEO. CONCURRENCIAS DE CULPAS. MODERACION DE LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia de Cistierna dictó sentencia el 5 de enero de 1996, estimando parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad, interpuesta por doña Beatriz J. B., don José M.^a y don Alberto A. J., contra don José F. F., doña Concepción A. E. y don Víctor F. A., condenando a los demandados a indemnizar a los actores en la cantidad de quince millones de pesetas sin expresa imposición de costas.

La Audiencia Provincial de León, en sentencia de 11 de junio de 1996, estimó el recurso interpuesto por don José F. F., doña Concepción A. E. y don

Víctor F. A., contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, y la revocó para desestimar la demanda planteada por doña Beatriz J. B., don José M.ª y don Alberto A. J., todo ello sin hacer expresa imposición de las costas ocasionadas en ambas instancias.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Muerte de dos personas por asfixia al introducirse en un depósito subterráneo construido por los demandados en el pleito.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se fundó en los siguientes motivos al amparo del artículo 1.692.4.º de la LEC:

Uno, se denuncia infracción de los artículos 1.902, 1.903 y 1.231-1 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial, para sostener la concurrencia de responsabilidad extracontractual en los demandados, derivada del suceso que tuvo lugar el 23 de julio de 1992, en el que perdieron la vida don Dionisio A. A. y su hijo don Francisco-Javier A. J., al introducirse en un depósito subterráneo construido por los interpelados, lo que provocó su fallecimiento instantáneo por falta de oxígeno.

Esta Sala ha de partir, para resolver de recurso, del *factum* que pone de manifiesto que no medió relación contractual entre los demandados y los fallecidos, y que éstos habían bajado al pozo, primero el hijo y después el padre para tratar de socorrerle, al darse cuenta de que había perdido el conocimiento, produciéndose la tragedia por la propia decisión de los fallecidos y no debiéndose a una orden concreta de los demandados, ya que lo que pretendían era retirar unas maderas que allí se encontraban almacenadas, contando con la autorización de los demandados.

También se declara probado que el depósito estaba destinado en su día para servir de evacuación a las cuerdas de la nave, y que no medió proyecto alguno, llevándose a cabo sin dirección técnica cualificada. *Esta circunstancia la desprecia el Tribunal de instancia y no la valora en su adecuada trascendencia con relación al accidente que tuvo lugar, y tal decisión no la rechazamos, pues el referido factum acredita que se llevó a cabo la construcción de un espacio subterráneo cerrado y que resultaba, por su estructura y destino, comprometido y arriesgado, al carecer de elementales medidas de seguridad en cuanto a facilitar la evacuación de gases, a fin de no provocar su almacenamiento, lo que representa que se instauró situación de riesgo mantenido, ...y si se consintió el depósito de las maderas en tal lugar peligroso, lógicamente las mismas habían de ser retiradas...*

En consecuencia se trata de obra mal construida, y no cabe descartar... la responsabilidad extracontractual..., al concurrir un riesgo decisivo y relevante que converge y establece la responsabilidad civil culposa de los demandados, y así es la doctrina de esta Sala de Casación Civil en cuanto a la instauración de un riesgo, entendido como contingencia o situación con carga de daño posible y próximo, lo que impone adoptar las medidas previsoras —y a su vez correctoras, si fuera preciso—, para evitar resultados negativos (sentencia de 12-7-1999)...

...La tragedia familiar no cabe exclusivamente atribuirla a fuerza mayor, y así se equivocan los juzgadores de instancia, lo que determina la estimación del motivo, pero teniendo en cuenta la acreditada actuación coadyuvante en la producción del referido resultado, a cargo de los fallecidos, hace aplicable la

situación de concurrencia de culpas, que autoriza a moderar la cuantía económica de las responsabilidades, distribuyéndose proporcionalmente el quantum, en razón de las circunstancias concurrentes (sentencia de 7-10-1988, 12-7 y 23-9-1988, 7-6-1991, 11-2-1993 y 23-2-1996)...

La acogida de este motivo hace innecesario el estudio del segundo (infracción del art. 1.253 del Código Civil), y el tercero (vulneración de los arts. 1.105 —caso fortuito— y 1.902 del Código Civil).

RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA. CONTAGIO DE SIDA POR TRANSFUSION SANGUINEA POSTERIOR A CESAREA. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACION. NO PRESTACION DEL CONSENTIMIENTO VALIDO. (SENTENCIA DE 17 OCTUBRE DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia número veintisiete de Barcelona, en sentencia de 1 de diciembre de 1997, estimó la demanda contra el Centro Médico St. Jordi de St. Andrei, y condenó al expresado demandado a que indemnice a la demandante a la cantidad de 24.966.396 pesetas, con los intereses legales desde el 1 de agosto de 1990, así como al pago de las costas causadas. Y desestimó la demanda formulada por la parte actora contra Cía. de Seguros Adeslas, S. A., y el Hospital Cruz Roja Española, S. A., absolviendo a tales demandados de las pretensiones contra ellos ejercitadas y sin hacer expresa imposición de costas.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 13 de enero de 2000, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Centro Médico St. Jordi de St. Andrei, contra la sentencia de 1 de diciembre de 1997, confirmando la sentencia recurrida con expresa imposición de las costas causadas en la alzada al apelante.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Centro Médico.

Hechos.—Doña M.^a Cruz fue contagiada del virus del SIDA como consecuencia de una transfusión sanguínea que se le realizó tras serle practicada una cesárea. La paciente no fue informada de la necesidad de recibir sangre, ni de los riesgos de la transfusión sanguínea, entre ellos de la posibilidad de contagio de la gravísima enfermedad del virus H.I.V. y de las posibles alternativas que tenía al respecto.

Doctrina de la Sentencia.—Se basa el recurso en tres motivos, todos amparados en el número 4 del artículo 1.692 de la LEC y que denuncian, respectivamente, el primero la infracción del artículo 1.101, en relación con los artículos 1.105, 1.214 y 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, lo primero que resalta es que se acusa la infracción de preceptos heterogéneos, sobre todo al designar como infringido el artículo 1.214 del Código Civil referido a la carga de la prueba, que carece de virtual casación, y que sólo puede alegarse como vulnerado en este recurso extraordinario cuando se acuse al órgano jurisdiccional de haber alterado indebidamente el onus probandi, es decir, porque se haya invertido la carga de la prueba que corresponde...ya que al actor incumbe la carga procesal de probar los hechos normalmente

constitutivos de su pretensión y al demandado, los impeditivos o extintivos, sentencias, por todas, de 13 y 27 de febrero, 5 y 21 de marzo, 12 de mayo, 3 de octubre y 13 de noviembre de 1992, 14 de junio de 1993, 24 de septiembre y 24 de octubre de 1994, 10 y 28 de febrero, 30 de marzo, 2 y 19 de junio y 27 de julio de 1995, 27 de enero, 8 de marzo y 17 de junio de 1996, 22 y 27 de febrero, 18 de julio, 29 de septiembre, 11 y 30 de diciembre de 1997, 26 de febrero, 12 y 14 de marzo y 7 de abril de 1998. No consta que se haya realizado mal el reparto de la carga de la prueba...

Mas, no sólo resulta repudiable el motivo por las razones expuestas, sino porque añade que a la paciente se le preservó el derecho de información respecto a la procedencia y necesidad de la transfusión de sangre practicada, lo que no sólo no consta acreditado, sino antes al contrario.

Ya la sentencia de este Tribunal, de 12 de enero de 2001, rememoró que la procedente de 16 de octubre de 1998, partía de atribuir la carga de la prueba de la información a los profesionales que practicaron la prueba médica y al propio Centro Hospitalario, ...en el mismo sentido se pronunciaron las de 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2001.

Pero la información obligada y no practicada donde se tenía que referir, como pretende ahora el anómalo motivo, a la procedencia y necesidad de transfusión, sino de los pros y contras de tal actuación sanitaria y las opciones posibles al respecto... no consta que se informase de la precisión de recibir sangre... y de las alternativas, como la de recibirla de sus familiares allegados y no del servicio sanitario de prestación de sangre, donde no existían garantías de no contagio del SIDA, hay que concluir que no se prestó consentimiento válido, pues aunque fuera necesaria la transfusión, ello no impedía que se hubiera utilizado la transfusión de un tercero una hora o más después de aquélla que se practicó.

La actuación negligente del Hospital demandado por sí mismo y por sus médicos radica en que, tratándose de una intervención sanitaria conocida, cual era la práctica de una cesárea, lo cual era sabido cuatro meses antes del alumbramiento, pues la recurrida era paciente en el Centro donde se siguió su embarazo y, conociendo los peligros de la transfusión sanguínea, no se adoptaron medidas alternativas, como la no utilización de la sangre que se encontraba en el Centro Hospitalario y la utilización de otras posibilidades, aunque no sólo se omitieron por la entidad recurrente, sino que ni siquiera se informó a la paciente. Su responsabilidad radica en la omisión de la previa información al acto médico y, sobre todo, a la falta de previsión, tratándose de un embarazo con posterior cesárea, lo que resultaba conocido, con notoria y destacada antelación... El motivo perece por ello.

El segundo motivo alega total ausencia de pruebas sobre el alcance del daño producido, el motivo carece totalmente de fundamento desde el momento en que la documentación obrante en los autos acreditan que la actora padece infección de virus H.I.V., estadio IV-A, y que con motivo de ello se le concedió la invalidez permanente en grado de absoluta con treinta y cinco años. Asimismo consta el largo calvario de padecimientos durante quince años de la gravísima dolencia: astenia, anorexia, diarrea, cuadros depresivos, etc., el motivo perece.

El tercero y último motivo alega que se condena a la parte recurrente a las costas causadas en primera instancia, pese a la estimación parcial de la misma, y cita como infringido el artículo 523 de la LEC. Para dilucidar la cuestión hay que atender a la literalidad del suplico del escrito de la demanda

...No ofrece duda de que la demanda fue estimada «en lo esencial», el señalamiento de la suma 24.966.396 pesetas, y tan sólo y de acuerdo precisamente con el precepto que ahora se reputa infringido, el artículo 523 de la LEC, se imponen a la demandada, ahora recurrente en casación, las costas causadas, a excepción de las correspondientes a los demandados absueltos sobre los que se hizo el pronunciamiento».

Notas: La cuestión litigiosa plantea el terrible suceso de una mujer a la que, como consecuencia de una cesárea programada, se le practica una transfusión sanguínea por indicación del médico de guardia, al haberle descendido los hematocritos, siendo contagiada del SIDA.

Es evidente que tanto los profesionales médicos como el propio Centro Hospitalario tenían la obligación de informar a la paciente de los peligros de la transfusión sanguínea por los problemas de contagio del SIDA. Cuando como en el presente caso, los hechos ocurrieron en agosto de 1985, cuando ya se conocían en el mundo médico los riesgos de contagio de esta enfermedad, también debería haber sido informada de las posibles alternativas que tenía la paciente, como la de recibir la transfusión de sus familiares o allegados, por lo que la paciente no prestó su consentimiento válido, ya que no pudo elegir entre las diversas opciones vitales que se presentaban de acuerdo con sus propios intereses, según recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio.

El Centro Médico y sus médicos deberían haber previsto todos los riesgos, ya que se trataba de un embarazo en el que se sabía con anterioridad que se iba a practicar una cesárea. La actuación negligente de todos ellos no deja lugar a dudas, ya que la paciente sufre desde aquel momento la gravísima infección del virus, convirtiendo su vida en un triste y largo calvario.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: PERJUICIOS EN LA EXPLOTACION DE UN RESTAURANTE EN REGIMEN DE CONCESION ADMINISTRATIVA POR REALIZACION DE OBRAS PUBLICAS. CIERRE TRANSITORIO COMPENSADO CON CIERTAS VENTAJAS POR LA ADMINISTRACION. NO JUSTIFICA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEMANDADA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Asís Garrote.

El Juzgado de Primera Instancia número diez de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 10 de noviembre de 1995, desestimó la demanda interpuesta por el Restaurante Rodríguez Afonso, S. L., contra la entidad mercantil Cubietas y MZOV, S. A., absolviendo a la demandada de las peticiones formuladas en su contra con expresa imposición de costas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, en sentencia de 20 de abril de 1996, desestimó el recurso interpuesto por Restaurante Rodríguez Afonso, S. L., contra la sentencia dictada en autos, confirmando la misma y condenando al apelante en las costas de ese recurso.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

Hechos.—Perjuicios en la explotación de un restaurante como consecuencia de realización de obras públicas para construir un dique marítimo próximo. No existe responsabilidad de la empresa contratista, pues si bien se re-

conocen las molestias y la necesidad del cierre transitorio del negocio, éste fue compensado con el otorgamiento de ciertas ventajas establecidas por la Administración.

Doctrina de la Sentencia.—Dos han sido los motivos en los que funda el recurrente su recurso, el primero por vía del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, al entender que en la actuación de la entidad demandada se dan los supuestos para exigir indemnización, *pues no se ha cuestionado la realización de las obras de construcción del dique, pero sí la forma de su realización, ya que la Consejería..., ordenó que para el transporte y descarga del material, la vía más recomendable era la marítima, y en cambio, se hizo por la vía terrestre, lo que incrementó considerablemente los daños en la explotación de su negocio... Indudablemente ese análisis no se resiste a la más leve crítica, pues cuando para hacer una cosa hay varias opciones, y si al respecto se dice que una es más recomendable que otra, con ello no se ordena nada, sino solamente se indica cuál es la que se entiende que deba hacerse con más garantías. Ahora bien, esa recomendación se hace a los efectos de minimizar el impacto ambiental que una obra de estas características lleva consigo, y más cuando ésta se produce en lugares de especial protección ecológica. Pero con ello no se contempla las repercusiones que puedan producirse en temas que nada tengan que ver con la ecología... como los perjuicios que la realización de obras públicas hayan podido causar en la explotación del negocio del recurrente, molestias y perjuicios que ya habían sido previstas antes de la realización, habiéndose pactado por la Administración Pública compensaciones al titular del negocio ...por lo que hay que entender correcta la sentencia recurrida.*

El segundo motivo sin especificar el cauce procesal por el que lo hace, circunstancia por la cual el Ministerio Fiscal entendió que no debía admitirse, alega violación de la jurisprudencia que interpreta el citado artículo 1.902, y de la doctrina jurisprudencial *...La cuestión aquí es otra, con total independencia de que la obra pública que mediante contrata realizaba Cubiertas y MZOV, S. A., gozara o no de todas las bendiciones administrativas, o si las realizó o no la entidad demandada con las debidas medidas para que las mismas no causaran daños ecológicos e incluso a tercero, y habida cuenta que una obra de esta naturaleza necesariamente los causan, las que afectan a Restaurante Rodríguez Afonso, S. L., se han visto compensadas con las ventajas que la referida empresa ha obtenido de la Administración... En nada afecta a este motivo, en el que trata de objetivar la misma, dependiendo de la circunstancia de que el Decreto de la Comunidad Autónoma de Canarias, que autoriza la obra, fue declarado, después de realizada la misma, nulo por el Tribunal Superior de Justicia, circunstancia totalmente ajena al principio subjetivo en que basa la culpa extracontractual, por lo que procede desestimar el recurso.*

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: LESIONES EN EL APARATO DIGESTIVO DEL CLIENTE DE UN BAR AL INGERIR SOSA CAUSTICA QUE HABIA EN UNA BOTELLA DE MOSTO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL FABRICAN-

TE, DE LOS DUEÑOS DEL BAR Y DE SU ASEGURADORA. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Baracaldo, en sentencia de 22 de junio de 1994, estimó parcialmente la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios, interpuesta en nombre y representación de don José Antonio I. C., quien actuaba como representante de su hijo contra la Compañía Zumos Ubis, S. A., condenando a la demanda a abonar al actor la cantidad de 12.040.000 pesetas, más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento incrementados en dos puntos a partir de esta sentencia, sin expresa imposición de costas. Desestimando la demanda interpuesta contra don Antonio B. P. y doña Purificación G. E., y contra la Compañía Central de Seguros, S. A., absolviendo a dichos demandados de las pretensiones deducidas en su contra y sin efectuar pronunciamiento en costas.

Interpuesto por el demandante y por la aseguradora demandada sendos recursos de apelación, la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección quinta), en sentencia de 2 de abril de 1996, estimó parcialmente ambos recursos, revocando la sentencia dictada el 2 de abril de 1994, en el único sentido de condenar solidariamente a los codemandados absueltos, don Antonio B. P. y doña Purificación G. E., en situación procesal de rebeldía, y a la aseguradora a abonar al actor la cantidad establecida en concepto de indemnización por la sentencia impugnada, confirmándola en cuanto al resto de los pronunciamientos, sin especial imposición en cuanto a las costas causadas en ambas instancias.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

Hechos.—Lesiones sufridas por un menor en el aparato digestivo tras pedir en un bar un vaso de mosto, al serle servido un líquido altamente cáustico del tipo de los detergentes.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación interpuesto por la aseguradora de los titulares del bar se articula en un solo motivo formulado al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, y fundado en infracción del artículo 27 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

En defensa de su motivo aducen que no habiéndose probado por la entidad fabricante o embotelladora la incorrecta manipulación de la botella de mosto por los titulares del bar, debe responder la firma o razón social que figuraba en la etiqueta, no siendo lícito condenar a quienes han probado que actuaron con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias. La botella de mosto contenía sosa cáustica, los codemandados manifestaron que compraban el detergente a granel y lo pasaban a botellas de plástico, no poniendo tapa sino corcho, el contenido de la botella tenía un aspecto espumoso. Un testigo afirma haber visto coger la botella quitando la chapa con un abridor, pero no puede precisar si la chapa era de origen o se colocó después. Queda sin acreditar dónde estaba situada la botella y si las botellas de relleno con detergente no se encontraban en el lugar exacto de donde el señor B. pudo cogerla por equivocación.

El motivo se desestima. *...la recurrente, al tener por demostrado que los titulares del bar actuaron con toda la diligencia exigible porque sirvieron el*

líquido en la botella llena recién desprecintada, incurre en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues en modo alguno el tribunal de segunda instancia ha tenido eso por probado...

No probada por tanto la diligencia exigible a los asegurados de la recurrente, tampoco pueden considerarse vulnerados los preceptos que se citan, porque si la responsabilidad de la entidad fabricante o embotelladora aparecía claramente establecida en el artículo 27.1.c) de la Ley 24/1984, la de aquéllos aparecía también plenamente justificada tanto por el artículo 28 de la misma Ley, explícitamente aplicado por la sentencia impugnada, como por el artículo 1.902 del Código Civil en relación con la conocida jurisprudencia de esta Sala que en determinados ámbitos invierte la carga de la prueba, pues difícilmente puede presentarse un caso en el que con mayor nitidez que el aquí examinado comporte tal inversión en cuanto, descartado por completo cualquier culpa de la víctima y plenamente demostrada, en cambio, una gravísima negligencia en los ámbitos del fabricante o de los titulares del bar, sólo éstos podían probar que la negligencia no se produjo en su respectivo ámbito. Y esta prueba no se ha logrado... el líquido dañoso tanto podía venir directamente de la embotelladora como haber sido envasado en una botella vacía de mosto por los titulares del bar que, después, habrían sufrido un grave descuido al servirlo como si fuera mosto, por todo lo cual, en suma, todos deben responder solidariamente frente al perjudicado...

Notas: En este supuesto no queda demostrado quién ha sido realmente la persona responsable de la producción del daño, si la empresa embotelladora o los dueños del bar. La responsabilidad del fabricante queda patente en el artículo 27 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece la responsabilidad a cargo del fabricante en los supuestos de los productos envasados y con cierre íntegro, responsabilidad de la que se pueden eximir probando la incorrecta manipulación de terceros.

No obstante, tratándose de productos alimenticios, se establece conforme al artículo 28, un sistema de responsabilidad objetiva. Esta Ley dedica el epígrafe titulado de «Garantías y responsabilidades», artículos 25 a 31 a regular la responsabilidad, y lo hace con una técnica que ha sido tachada doctrinalmente como defectuosa.

En ella se mezcla un doble sistema de responsabilidad, la objetiva a favor del consumidor y usuario, por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de bienes o servicios les irroguen, salvo de aquellos perjuicios causados por su culpa exclusiva o por la de las personas por las que deba responder prevista (art. 25 LCU, cfr. art. 1.903 del Código Civil), igual responsabilidad se establece para determinados bienes y servicios (art. 28 LCU), junto con un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba (art. 26 LCU), recogiendo la interpretación jurisprudencial del artículo 1.902 del Código Civil, en el que se exonera de la responsabilidad a los suministradores de bienes y servicios, siempre que conste o acrediten que han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.

En el caso que nos ocupa, según afirma el Tribunal Supremo, es claro que se produce una inversión de la carga de la prueba, en beneficio de la víctima, teniendo que ser los dueños del bar, que habían servido la consumición al menor, los que debían de haber sido capaces de acreditar que actuaron sin

culpa cuando sirvieron el líquido contenido en la botella de mosto, que resultó en realidad ser detergente. Esta prueba no se logró.

Tal vez se podía haber analizado el contenido de las otras botellas donde los dueños del bar guardaban el detergente que compraban a granel, al fin de determinar si el líquido contenido en ambas era el mismo, pero eso no se hizo. Por otro lado, hay que señalar que siendo varias las personas que han concurrido en la producción de los daños, todos responden solidariamente frente al perjudicado.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. PRESTACION SANITARIA DEFECTUOSA. CONSUMIDORES Y USUARIOS: RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ENTIDAD MEDICA. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número ocho de Cartagena, en sentencia de 22 de mayo de 1995, estimó parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad, interpuesta por don Jesús M. C. T., contra Asistencia Sanitaria Interprovincial (ASISA), condenando a la demandada a pagar al actor la cantidad de dieciséis millones cuatrocientas mil pesetas, más los intereses legales desde la fecha de la sentencia, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.

La Audiencia Provincial de Murcia (Sección tercera), dictó sentencia con fecha 4 de marzo de 1996, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por ASISA contra la sentencia de Primera Instancia, confirmó la misma, imponiendo a la parte actora las costas de esta alzada.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Lesiones irreversibles sufridas por un paciente en el nervio radial como consecuencia del indebido tratamiento quirúrgico y hospitalario al que fue sometido. Inicialmente se trataba de una fractura.

Doctrina de la Sentencia.—El primero de los motivos del recurso de casación, al amparo del artículo 1.692-3 de la LEC, denuncia vulneración del artículo 24-1 de la Constitución y de la jurisprudencia del TS, sobre la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario. En los mismos términos se expresa el tercero de los motivos casacionales, por lo que ambos se tratan conjuntamente. Las razones esgrimidas por la recurrente, que viene reiterando, referidas a la necesidad de haber demandado al facultativo, señor G. B., no son atendibles, pues... *la pretensión que se ejercita deviene del contrato o póliza de seguro de asistencia sanitaria y en base a la función contractual que ocupa la demandada... la acción... es la de responsabilidad contractual, por las resultas dañosas derivadas de la deficiente prestación sanitaria prestada en cumplimiento del contrato de seguro de asistencia que liga a demandante y demandada... no tiene cabida la pretensión de litisconsorcio pasivo necesario.* En consecuencia, ambos motivos decaen.

Los motivos segundo y cuarto acusan infracción de los artículos 1.225 y 1.232 del Código Civil, así como del artículo 3 de la Orden de 14 de enero de 1964 y 12 del Reglamento de 7 de mayo de 1957, ha quedado probado, *la producción del resultado lesivo en el ámbito del contrato de asistencia médica concertada entre las partes por una defectuosa prestación del servicio por el*

personal y por el centro perteneciente al cuadro médico de aquella, debiendo estimarse que en virtud del contrato suscrito, la entidad apelante asumió no sólo el pago de los gastos médicos sino la efectiva prestación de la asistencia sanitaria a través de los facultativos y con los medios y en las condiciones y requisitos que la póliza detalla, los cuales no son de absoluta libre elección por el asegurado, que ha de limitarse al cuadro de centros y profesionales de la Compañía ...si la relación es laboral o no, y si hay mayor o menor grado de dependencia entre los médicos y los centros que figuran en el cuadro es una cuestión que no puede invalidar la responsabilidad directa de la compañía como prestataria de los servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por tanto los motivos perecen.

El quinto motivo considera vulnerada la doctrina de esta Sala en relación con la intervención de culpa en la asistencia hospitalaria, con conexión con el motivo sexto que denuncia infracción del artículo 1.903 del Código Civil, en relación con el alcance de la expresada asistencia hospitalaria, por ello se examinan conjuntamente. *...La lesión del nervio radial, producida en una de las operaciones, como consecuencia de un indebido pinzamiento, determinaron aquellas secuelas que no se hubieran producido con un tratamiento prestado en su tiempo y con la adopción de los medios adecuados... Se desestiman ambos motivos.*

El séptimo y último motivo denuncia infracción del artículo 4.1 del Código Civil, que regula la aplicación analógica de las normas, pidiendo, subsidiariamente, si no se admitieran los anteriores motivos (que es lo que ha acontecido) que se revise la indemnización acordada a tenor del Decreto 632/68, de 21 de marzo, anexa a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos de Motor, lo que no procede, *por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance de los daños sufridos (sentencia del TS de 30 de diciembre de 1999).*

Notas: El Tribunal Supremo, en el presente caso, emplea como fundamentos jurídicos de la condena los artículos 1 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta línea jurisprudencial de aplicar la responsabilidad objetiva a los servicios sanitarios ha sido seguida por diferentes sentencias, como ejemplo se cita, en este caso, la sentencia de 1 de julio de 1997, que se adapta al caso. Ninguna duda cabe *«a la luz de la dicción literal del artículo 1 de la expresada ley, que el recurrente en cuanto “persona física” que utiliza unos “servicios”, reúne la condición de usuario», «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».*

Conforme al sistema de responsabilidad que establece la citada norma, el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen, salvo que aquellos daños sean causados por su culpa exclusiva.

Expresamente, como recuerda el Tribunal Supremo, el apartado dos del artículo 28 particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil que incluye, entre los «sometidos a su régimen» de responsabilidad objetiva, «los servicios sanitarios».

Así, conforme establece el artículo 28, apartado primero de la LCU, *«se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de los bienes*

y servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario o consumidor».

En este caso, el daño se produjo como consecuencia directa de la intervención, resultado en contra de lo inicialmente previsto que era la mejoría del paciente.

En la misma línea jurisprudencial se recoge en esta sentencia la de 3 de diciembre de 1999. *«La conexión de estas normas con el artículo 1.903 del Código Civil son evidentes, pues lo que vienen a establecer es que cuando las deficiencias de los servicios a los que se compromete a prestar la entidad, se produzcan dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados por aquella a efectos de la realización de los dichos servicios, existe presumida por la Ley la relación de dependencia a que aquel precepto se refiere, ...puesto que basta con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos para que se produzcan los supuestos normativos de responsabilidad directa y objetiva, lo que no excluye, a efectos internos, que la entidad demandada "aseguradora" pueda reclamar, dentro de su esquema sanitario, de quién o quiénes produjeran los concretos perjuicios».*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. REQUISITOS: FALTA DE RELACION DE CAUSALIDAD, NO CABEN MERAS CONJETURAS O PROBABILIDADES, DEBE BASARSE EN UNA CERTEZA PROBATORIA. INAPLICABILIDAD DE LA INVERSION DE LA CARGA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Calahorra, en sentencia de 6 de septiembre de 1995, desestimó la demanda formulada por don José M. I. contra la asociación «Sendero Club de Arnedo» y la compañía «Allianz Ras Seguros y Reaseguros, S. A.», absolviendo a los demandados de todos los pedimentos, con expresa imposición de costas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de La Rioja, en sentencia de 25 de abril de 1996, desestimó el recurso interpuesto por el demandado contra la sentencia de 6 de septiembre de 1995, dictada en el juicio de menor cuantía, a la que confirmó, con interposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

Hechos.—Lesiones sufridas por un cliente embriagado a consecuencia de una caída en una discoteca al abalanzarse contra el gerente cuando era invitado a abandonar el local.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se apoya en dos motivos: Primero, al amparo del artículo 4 del artículo 1.692 de la LEC, se alega infracción del artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios, y artículos 1.214 y 1.902 del Código Civil. Segundo, bajo el mismo ordinal se alega

infracción del artículo 1.902 del Código Civil (nexo causal y concurrencia de culpas).

...queda demostrado el estado étlico en que se encontraba el actor ...el accidente se produjo por la sola y exclusiva culpa del actor ...las consideraciones de la sentencia recurrida son suficientes para desestimar los dos motivos del recurso porque no concurren los presupuestos básicos de la culpa extracontractual. *Esta modalidad de fuente de la obligación requiere como requisito insoslayable, tanto en un sistema de responsabilidad subjetivo, como objetivo, la apreciación en el sujeto agente de un comportamiento —acción u omisión— del que se derive, con seguridad o en un juicio de probabilidad cualificada, o como consecuencia natural..., el daño que se legitima a la víctima o al perjudicado (nexo o relación de causalidad) sin que sea posible recurrir en materia de nexo causal a la aplicación de la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba que únicamente debe observarse, cuando así procede, en el campo de la culpa ...la relación de causalidad ha de basarse en una certeza probatoria y no en meras conjeturas, hipótesis o posibilidades.* Y en la relación fáctica del caso no se advierte cuál haya podido ser la conducta de la entidad demandada, o de su empleado, por el que debe responder, que haya podido desencadenar o contribuir al desarrollo del evento agravando su resultado...

Por consiguiente, no son de aplicación los artículos 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios y 1.214 del Código Civil porque la inversión de la carga de la prueba no opera en el campo causal... Tampoco se produjo infracción del artículo 1.902 del Código Civil porque no concurren los presupuestos esenciales para apreciar la existencia de culpa extracontractual o aquiliana...

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

2. DERECHO MERCANTIL

II. SOCIEDADES

A) Anónimas

Por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

CONVOCATORIA DE JUNTA EXTRAORDINARIA POR UN LIQUIDADOR CUANDO HAN RENUNCIADO LOS DEMAS. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2001.)

La convocatoria de la junta extraordinaria tenía que haber sido efectuada por los liquidadores de la sociedad actuando mancomunadamente y no por uno solo de ellos.

El artículo 271 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que en cuanto a la convocatoria y reunión de juntas extraordinarias se observará lo dispuesto en los estatutos sociales, y conforme al artículo 12 de los Estatutos tenía que haberse convocado por los liquidadores actuando mancomunadamente.

La aplicación de dicha norma estatutaria está dada y contemplada para situaciones de normalidad, pero en el presente caso no se puede obviar que en el momento de la convocatoria sólo existía un liquidador, ya que los otros dos habían renunciado, y que si dicha junta se convocó fue para salir de tal anomalía y nombrar los liquidadores precisos, constituyendo esta circunstancia una situación excepcional que debe impregnar la actuación hermenéutica sobre la referida norma estatutaria.

EL REQUERIMIENTO DE CONVOCATORIA DEL SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS HA DE HACERSE CON TIEMPO PARA QUE LAS OBLIGACIONES AUN ESTEN EN CIRCULACION. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2001.)

Cualquiera que sea el concepto que se tenga del sindicato de obligacionistas o la teoría que se acoja sobre su naturaleza, nacimiento y extinción, lo cierto y verdad es que la celebración de la asamblea de obligacionistas y la posibilidad de que adopte acuerdos aparece legalmente supeditada a la existencia de obligaciones en circulación por el artículo 301 de la Ley de Sociedades Anónimas.

DERECHO DE INFORMACION. HA DE CUMPLIMENTARSE CON TIEMPO SUFICIENTE ANTES DE LA JUNTA. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2001.)

El derecho que al accionista le confiere el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas ha de estimarse infringido, pues la sociedad no le hizo entrega de la documentación con tiempo objetivamente suficiente para su estudio y análisis. La obligación de entrega de la documentación por la sociedad tiene, precisamente, esa finalidad, de la que se deduce la necesidad de que

el accionista ha de contar con un plazo razonable para su entendimiento, habida cuenta de la naturaleza económica y contable de su contenido. El hecho de que durante la junta solicite aclaraciones sobre diversos puntos del orden del día y la presidencia se la dé, no significa que el incumplimiento del artículo 212.2 citado quede subsanado. Las aclaraciones realizadas en la junta al accionista, sin previa entrega de documentación, pueden ser suficientes para asuntos de poca trascendencia (como el de la sentencia de 22 de marzo de 2000), pero no si son importantes sobre el desenvolvimiento y actuaciones de la sociedad, como es el caso presente.

LA IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA PEDIR LA MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS SOCIALES. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2001.)

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL POR CONSEJO NOMBRADO EN JUNTA DECLARADA NULA JUDICIALMENTE. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2001.)

Es nula la convocatoria de junta hecha por el Consejo de Administración nombrado en junta declarada nula judicialmente, aunque se argumente que el Presidente tiene facultades delegadas para convocar la Junta (según el art. 31 de los Estatutos Sociales), pues el Presidente no firma la convocatoria, sino el Secretario del Consejo de Administración.

Nota. Respecto de junta convocada por el Presidente, véase también la sentencia de 8 de octubre de 2001.

DERECHO DE INFORMACION DEL ACCIONISTA. REMISION DEL INFORME DE AUDITORIA UN DIA ANTES DEL SEÑALADO PARA LA CELEBRACION DE LA JUNTA. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2001.)

El derecho de información recogido en el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas es un derecho consustancial e irrevocable del accionista, que se traduce para los administradores en la obligación inexcusable de informar y rendir cuentas, y que sólo puede tener como límite el perjuicio grave para la sociedad.

También hay que decir que el derecho a la información está concebido para evitar atropellos, pero no para obstaculizar la marcha social.

En la presente cuestión se infiere de la misma una clara denegación del derecho de información social, puesto que se solicita por una cuota social importante —casi el 50 por 100— un informe de auditoría que se le deniega a pesar de un requerimiento notarial al efecto, y todo ello como paso previo a una junta general que, celebrada, alcanzó determinado acuerdo sobre las cuentas sociales.

El informe de la auditoría solicitado es remitido un día antes de la celebración de la junta. Y en este sentido hay que decir que dicha denegación del informe de auditoría supone, lisa y llanamente, una conculcación total del derecho de información, lo que debe ser causa ineludible de una nulidad radical y de pleno derecho a los acuerdos de la junta cuestionada.

Y está abonado tal aserto por doctrina jurisprudencial reiterada, reflejada esencialmente en las sentencias de esta Sala de 14 de noviembre de 1994, 21 de octubre de 1996, 22 de marzo de 2000 y 26 de marzo de 2001, que establece que la negativa al derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita el informe de los auditores oficiales, supone una infracción del derecho de información social, cuya conculcación acarrea la nulidad de los acuerdos sociales.

Nota. *Análogamente se producen las sentencias de 17, 18 y 19 de julio y 26 de septiembre de 2001.*

NO ES EXIGIBLE A LOS APODERADOS LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, CUANDO EXISTEN ESTOS Y NO SE HA EJERCITADO PREVIA O CONJUNTAMENTE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CONTRA ELLOS. NO ES APLICABLE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CUANDO HAY UN ADMINISTRADOR UNICO, Y NO SE HA EJERCITADO CONTRA EL ACCION RECLAMATORIA, YA QUE EL LEVANTAMIENTO DEL VELO TIENE, A ESTE RESPECTO, UN CARACTER SUBSIDIARIO, Y SOLAMENTE PUEDE LLEVARSE A EFECTO CUANDO SE CARECE DE LAS ACCIONES ORDINARIAS. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2001.)

Los legitimados pasivamente en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil establecida por los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo son frente a los perjudicados en el ejercicio de una acción personal y directa por los perjuicios que hayan ocasionado a la sociedad, a los accionistas o a terceros en el ejercicio de su actividad como administrador, esto es, como órgano de administración de la entidad social, para cuyo ejercicio ha sido llamado legalmente y ha aceptado el cargo para que fue designado. Supuesto distinto de los apoderados, que no constituye órgano de la sociedad, y sus relaciones con la misma y frente a terceros, se rigen por las normas del mandato, esta circunstancia contractual impide que se puedan considerar a los apoderados como administradores de hecho, esto es, como personas que gestionan la sociedad sin tener mandato para ello, ya que les tiene conferido por el administrador en el ejercicio de facultades atribuidas legalmente, y además, el administrador, como órgano social, es el que asume esa responsabilidad por los actos sociales, aunque hayan sido realizados por los apoderados por él nombrados, no pudiendo exigir la sociedad, los accionistas o los terceros la responsabilidad de los artículos 133.1 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, en ningún caso, sin haberla hecho efectiva primero contra el administrador de la sociedad, y ello aún invocando la doctrina del levantamiento del velo, porque a ella ha de acudir en su caso, cuando para el resarcimiento del daño producido por la actuación del administrador resulten ineficaces las acciones ordinarias.

NUMERUS CLAUSUS DE LAS CLASES DE JUNTAS. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La Ley de Sociedades Anónimas es especialmente cuidadosa en tratar el funcionamiento del órgano deliberante y sancionador por antonomasia del ente social, como son las juntas de accionistas.

Hasta tal punto alcanza la minuciosidad de tal regulación, que orillando una aparente lógica de autonomía de voluntad de los demás órganos rectores societarios establece un *numerus clausus* en relación a las clases de juntas generales de accionistas: ordinarias y extraordinarias, aparte de las juntas universales.

Pero no sólo se limita el régimen legal a determinar tal clasificación, sino que también establece cómo y cuándo se han de convocar y cómo y cuándo se han de reunir. Y en eso son tajantes los artículos 95 y 96 de la Ley de Sociedades Anónimas, e incluso para una acción omisiva de los administradores, en este sentido se puede utilizar el mecanismo judicial para su convocatoria, y en este sentido se explicita el artículo 101 de dicha Ley.

EL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES EMANADAS DEL ARTICULO 133 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS ES EL DEL ARTICULO 949 DEL CODIGO DE COMERCIO, Y NO EL DEL ARTICULO 1.968.2 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2001.)

La acción esgrimida no es la del artículo 1.902 del Código Civil, referente a la culpa extracontractual o aquiliana, sino la prescrita en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas y nacida de actos contrarios a la ley y a los estatutos societarios.

El desencadenante de responsabilidad es un incumplimiento contractual del ente social, cuyo plazo se señala en el artículo 949 del Código de Comercio.

La prescripción extintiva, como limitativa del ejercicio de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista al tratarse de institución que por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo —sentencias de esta Sala de 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 6 de mayo de 1986, 10 de octubre de 1988, 17 de julio y 28 de diciembre de 1989, 9 de octubre de 1990 y 19 de febrero de 1998—.

LA JUNTA ESTABA LEGALMENTE CONSTITUIDA EN CUANTO ASISTIERON LOS TRES ACCIONISTAS QUE REPRESENTABAN LA TOTALIDAD DEL CAPITAL SOCIAL. EN LA PRIMERA AMPLIACION DE CAPITAL DE LA SOCIEDAD ORIGINARIA SE LIBERARON TODAS LAS ACCIONES NUEVAS, INCLUSO LA QUE SE HIZO POR APORTACION DE INMUEBLES, A PESAR DE QUE NO OTORGO LA CORRESPONDIENTE ESCRITURA PUBLICA HASTA AÑOS DESPUES, PORQUE SE HA ACREDITADO LA ENTREGA DE LOS REFERIDOS BIENES Y LA DISPOSICION DE ELLOS POR LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2001.)

CARECE DE FACULTADES EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE UNA SOCIEDAD ANONIMA PARA CONVOCAR JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA SIN PREVIO ACUERDO DE DICHO CONSEJO. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2001.)

Se hace preciso proceder a una interpretación conjunta de los artículos 49 y 56 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como resultado de la cual se llega a la conclusión de que —salvo que se trate de sociedad con administra-

dor único— es a los administradores y no a uno sólo de ellos, aunque éste sea el Presidente del Consejo, a quienes corresponde la convocatoria de la junta extraordinaria, solicitada por la minoría cualificada de socios.

La lectura de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas revela que el Presidente del Consejo, si en los Estatutos no se le han concedido amplias facultades o, incluso, voto dirimente o de calidad, se concibe por el legislador como un elemento simplemente moderador o arbitral, ya que todas las atribuciones en cuanto a gestión y representación social se realizan genéricamente a los miembros del consejo que han de actuar colegiadamente y adoptarán sus acuerdos tras la oportuna deliberación o discusión por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, que deberá ser convocada por el presidente (arts. 76 y 78 de la Ley de 1951; en similares términos, arts. 128 y 140 de la vigente).

Apenas existen otras referencias legales a funciones de la exclusiva competencia del Presidente que esta convocatoria de sesiones del Consejo y su ocasional presidencia de la junta general, cuando los estatutos no hayan designado otra persona al efecto (arts. 61 de la Ley de 1951 y 110 de la vigente).

Y ha de subrayarse que se producen sustanciales diferencias, según se atribuya al consejo o a su presidente la facultad de convocatoria de la junta general, por los extremos sobre qué habrá de deliberar el Consejo y qué requerirán la mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión, y no la decisión de uno sólo de sus miembros, según recuerdan las sentencias de 3 de febrero de 1966 y 13 de marzo de 1976, y más recientemente las de 8 de marzo de 1984 y 24 de febrero de 1995, que establecen la nulidad de la convocatoria de la junta realizada por el Presidente sin previa reunión del Consejo, aún cuando el mismo se hallare estatutariamente facultado para la firma del anuncio de aquélla.

Nota. *Respecto de junta convocada por el Presidente, véase también la sentencia de 13 de julio de 2001.*

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS ACREEDORES SOCIALES: RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Al faltar el nexo causal entre el comportamiento atribuido a los administradores y el impago de las deudas sociales, no puede estimarse la acción ejercitada al amparo del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas.

LA DELEGACION DE FACULTADES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION HA DE RECAER NECESARIAMENTE EN QUIEN FORME PARTE DE Dicho ORGANO SOCIAL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Tanto en el artículo 77 de la Ley anterior, como en el artículo 141 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, se exige que la delegación de facultades del Consejo se efectúe en el seno del mismo, lo que equivale a decir que ha de recaer en uno de sus miembros.

EL ACCIONISTA QUE LO SEA, AL TIEMPO DE EJERCITAR LA ACCION, TIENE LEGIMITACION ACTIVA PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOCIALES Y RECLAMACION DE BENEFICIOS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2002.)

La acción de impugnación de un acuerdo social sólo puede ejercitarla el accionista o el que tenga interés legítimo en el momento de tal ejercicio, es decir, de interponer la demanda; no el accionista que lo fue en su día en el momento en que se tomó el acuerdo. Este ha sido el criterio de esta Sala en autos de 11 de junio de 2001, 17 de julio de 2001 y 5 de diciembre de 2001.

Consecuencia de lo anterior, la nulidad de los acuerdos tomados en las juntas de accionistas no puede ser tratada en ejercicio de una acción cuya demandante no es ya accionista.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. ORDEN PUBLICO Y ORDEN PUBLICO ECONOMICO. PLAZO DE CADUCIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES. EFECTOS DE LA PRESENCIA DE UN NOTARIO EN LA JUNTA PARA LEVANTAR ACTA. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2002.)

Esta Sala tiene manifestado que el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales pertenece al de los denominados indeterminados, y que, en general, se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, los accionistas minoritarios e, incluso, los terceros, pero siempre con la finalidad de privarles de tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución (sentencia de 18 de mayo de 2000).

El plazo de caducidad de impugnación de los acuerdos sociales nulos es el de un año, marcado en el artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

La ausencia de Notario no tiene efectos invalidantes sobre los acuerdos adoptados, pues el acta de la junta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo, de aquí que tenga un carácter, *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, sin perjuicio de que al acceder los acuerdos al Registro Mercantil hayan de instrumentarse en documento público, bien con la legalización del acta de la junta o la concurrencia del Notario a ésta.

El acta notarial de la junta posee idéntica eficacia que otra autorizada por la misma y firmada por el presidente y el secretario, según determinan los artículos 114.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 103 del Reglamento del Registro Mercantil.

B) Limitadas

INTERPRETACION DE QUORUM (DE ASISTENCIA O DE VOTACION) DE LOS ESTATUTOS SOCIALES. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Los Estatutos Sociales disponen (art. 23) que todos los acuerdos sociales, ordinarios como extraordinarios, requerirán la mayoría de los socios, o sea, que éstos sean más de la mitad y representen al mismo tiempo las dos terceras partes del capital social.

Sin duda, una interpretación correcta, lógica y en total acuerdo con lo preceptuado en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, ha de proclamar que el quórum del que habla dicho precepto estatutario no se refiere al de asistencia, sino al de votación de toma de acuerdos; de conformidad también con la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 1996.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES PARA ENERVAR LA DECLARACION HECHA POR EL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE PERTENECER POR HERENCIA A CIERTAS PARTICIPACIONES SOCIALES. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2001.)

El proceso de impugnación de acuerdos sociales no está pensado para resolver la atribución sucesoria de ciertas participaciones sociales, lo que corresponde a la dinámica del ordenamiento sucesorio familiar.

D) Cooperativas

REQUISITOS MINIMOS PARA DAR DE BAJA A SOCIOS POR FALTA DE PAGO DESPUES DE LA LEY DE 1974. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 2001.)

En primer lugar, por mucho automatismo que se quiera asignar a la causa de baja contemplada en los Estatutos de la Cooperativa, no podrá llegar al punto de eliminar una previa identificación, listado o relación de quiénes causaban baja, para su conocimiento y posibilidad de alegar cualquier error al respecto.

Y, en segundo lugar, porque la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley General de Cooperativas, de 19 de diciembre de 1974, preveía que continuara rigiendo la Ley de 1942, en cuanto fuera aplicable, como norma de carácter reglamentario, es decir, ya sin rango de ley. De aquí que, exigiendo el apartado 2 del artículo 11 de la nueva Ley la instrucción de expediente para la expulsión de un socio por falta grave, y habiéndose adoptado la decisión de baja automática años después de la Ley de 1974, el principio de jerarquía normativa no permite la subsistencia de un precepto reglamentario absolutamente opuesto a derechos básicos que la norma, jerárquicamente superior, reconoce a los socios, y menos todavía si el precepto reglamentario se remite a los estatutos y éstos, a su vez, tampoco ofrecen una interpretación inequívoca en el sentido de baja automática.

EXPULSION DE SOCIO DE LA COOPERATIVA POR FALTA MUY GRAVE. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2002.)

Aunque en los Estatutos conste como falta muy grave, «la manifiesta desconsideración a los rectores y representantes de la entidad que perjudiquen los intereses materiales o el prestigio social de la entidad», de la estructura de esta falta se desprende que no basta con la manifiesta desconsideración, sino que además es preciso que con ello se perjudiquen los intereses materiales o el prestigio social de la entidad.

E) Otras formas societarias

CAJAS DE AHORRO DE ARAGON. DURACION DEL CARGO DE LOS CONSEJEROS. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2001.)

Ante la imprecisión de la Ley 1/1999, de 4 de enero, de las Cortes Generales de Aragón, reguladora de las Cajas de Ahorro en Aragón, en sus artículos 37.1 y 54, de los que no resulta claro si el máximo es dos mandatos, de cuatro años cada uno, u ocho años, ha de acudirse a los Estatutos de la Caja, de cuyos artículos 20 y 39 se sigue que debe prevalecer el plazo máximo, que es de ocho años.

LIQUIDACION DEL SOCIO QUE SE SEPARA VOLUNTARIAMENTE DE SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACION. (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2001.)

Dice la sentencia de 7 de abril de 1989, que si los Estatutos de la Sociedad Agraria de Transformación previenen que la liquidación del socio que se separe de ella voluntariamente se realizará teniendo en cuenta la aportación desembolsada por el socio y el balance del ejercicio en que se produzca la baja y no hace referencia alguna, directa ni indirecta, a que el balance haya de ser actualizado o regularizado, es claro que a tal fin ha de tenerse en consideración dicho balance en forma actualizada, o sea, regularizada en orden a valores reales, y no con referencia limitada a lo contabilizado con criterios de precio de adquisición, pues que del módulo compartido entre aportación y valor real del balance es como puede obtenerse la correspondiente regla de participación en el haber social, pues el entender lo contrario tanto significaría como privar al socio de lo que en realidad le corresponde en el ente social al que contribuye con su aportación, al ser éstas las que, en definitiva, dan vida al ente social y a su situación económica, y generar, de entenderse duda al respecto, clara infracción del artículo 1.289 del Código Civil, previsor de que cuando el contrato sea oneroso —y lo supone la vinculación social en cuestión— la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses; criterio interpretativo que ahora se reitera.

III. TITULOS VALORES

A) Letra de cambio

VENCIMIENTO ANTICIPADO POR DECLARACION DE QUIEBRA DE LA ACEPTANTE. POSIBILIDAD DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO ANTICIPADO DEL AVALISTA DEL ACEPTANTE, AUNQUE NO ESTE INCLUIDO ESTE SUPUESTO EN EL ARTICULO 50 DE LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2002.)

No se puede infringir el artículo 50 de la Ley Cambiaria cuando la acción que se ejercita es la directa, que es la que corresponde al tenedor de la letra, cuando promueva la acción cambiaria contra el aceptante o su avalista, como

determina la primera parte del artículo 49 de la citada Ley, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita la acción derivada de la letra contra cualquier otro obligado en vía de regreso. De acuerdo con el artículo 883 del Código de Comercio, las deudas pendientes del quebrado se tendrán por vencidas a la fecha de la declaración de la quiebra, y el avalista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Cambiaria, responde de la deuda de igual manera que el avalado, no hay duda que se puede exigir el pago anticipado también al avalista del aceptante, con mayor virtualidad, si cabe, que a los avalistas de cualquiera de los obligados en vía de regreso, cuyo supuesto está específicamente previsto en el citado artículo 50, que contempla exclusivamente el ejercicio de la acción de regreso contra los demás obligados al pago de la letra, que no sean el aceptante de la misma o sus avalistas. Por lo que muy bien se puede razonar, además de los precedentes históricos tenidos en cuenta en la legislación derogada (art. 510 del Código de Comercio), que con la misma razón por la que es exigible ese pago anticipado en vía de regreso a los avalistas del librador y demás obligados en vía de regreso, lo ha de ser, en el ejercicio de la acción directa, contra el avalista del principal obligado del pago de la letra.

IV. CONTRATOS

CONTRATOS BANCARIOS. RECLAMACION DE DEPOSITO CONSTITUIDO EN CARTILLA. CONSERVACION DE DOCUMENTACION POR LA ENTIDAD DEPOSITARIA. PLAZO DE PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

La entidad bancaria, depositante de ciertas cantidades de dinero, como comerciante que es, ha de conservar, en su propio interés, toda la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que le incumben, al menos durante el período que, a falta de disposición concreta en el artículo 942 y siguientes del Código de Comercio, ha de ser el que establezca el derecho común, según su artículo 943, y que en atención a la naturaleza de las acciones que nacen de un depósito irregular, es el de quince años, que para las acciones de carácter personal que no tienen señalado plazo especial fija el artículo 1.964 del Código Civil.

Pero no es este plazo de quince años el único a observar por la depositante porque, como recuerda y aplica con detalle la sentencia de 21 de marzo de 2000, el artículo 1 del Real Decreto-ley de 24 de enero de 1928 disponía, y las Leyes Generales Presupuestarias de 1977 y de 1988 (ésta en su art. 29.2) han reiterado que pertenecen al Estado por ministerio de la ley, los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas abiertas en bancos, sociedades de crédito o entidades financieras en general respecto a los cuales y en el plazo de veinte años no se haya realizado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad.

CONTRATO DE AGENCIA. INDEMNIZACION POR CLIENTELA. SOLIDARIDAD TACITA. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2001.)

La indemnización por clientela, en el contrato de agencia, se funda en la aportación por el agente de nuevos clientes al empresario o en un incremento sensible de las operaciones con la clientela anterior y que esa actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario.

La cuantía de la indemnización por clientela, siguiendo el criterio reiterado de esta Sala y que ha tenido posterior reflejo en el artículo 28 de la Ley Reguladora del Contrato de Agencia 12/1992, de 27 de mayo, se fija en el importe medio anual de las comisiones percibidas y debido percibir durante los años de vigencia del contrato.

Dice la sentencia de esta Sala, de 26 de abril de 1985, que «la no presunción de solidaridad, establecida en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil para las obligaciones pluripersonales, es inaplicable en aquellos supuestos en que la voluntad de los interesados excluye la mancomunidad, sin que sea preciso, para entender existente una clara intención en pro de la solidaridad, que en el contrato figure una clara expresión en este sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido querido realmente por los interesados aquel resultado económico, según se desprende del texto de la obligación interpretado conforme a las reglas hermenéuticas de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, como esta Sala ha declarado (sentencias de 2 de marzo de 1981, 14 de junio y 7 de octubre de 1982, 7 de abril de 1983 y 7 de enero de 1984, entre otras)». Doctrina reiterada en la posterior jurisprudencia; así la sentencia de 6 de marzo de 1999, con abundante cita jurisprudencial, manifiesta que «es reiterada doctrina de esta Sala la de que no es preciso para entender que existió una solidaridad que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que se ha querido por los interesados aquel resultado económico, siguiendo las pautas de la *bona fides*, en base a la cual la jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1.137 del Código Civil, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado», y en el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 26 de julio de 2000, al decir que «la doctrina de la solidaridad tácita, aplicable cuando entre las obligaciones se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una mera casual identidad de fines o prestaciones. En tal sentido se manifiestan, entre otras, las sentencias de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982, 19 de junio de 1984, 13 de diciembre de 1986, 13 de febrero, 19 de julio y 11 de octubre de 1989. Dice (por todas) la de 19 de julio, que la concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestar una interna conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico».

CONTRATO DE SEGURO. INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS CLARAS CON ARREGLO A SU TENOR GRAMATICAL SIN NECESIDAD DE HACER USO DE OTRAS FORMAS DE INTERPRETACION. LA CLAUSULA CUMPLE LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 3.º DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO, ADEMAS DE SER UNA TIPICA DE LAS LIMITATIVAS DEL RIESGO. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

CONTRATO DE SEGURO. EL DEVENGO DE INTERESES DEL VEINTE POR CIENTO DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO PROCEDE DESDE QUE DESAPARECE LA CAUSA QUE JUSTIFICA EL IMPAGO. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2001.)

RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

SÁNCHEZ DE LA TORRE, ANGEL, y otros autores: *El concepto de relevancia jurídica*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 337 págs.

En torno al concepto genérico de la relevancia jurídica se recogen en este libro varios interesantes estudios elaborados en el seno de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, precedidos por un prólogo del Académico Profesor ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, que ha dirigido los trabajos y donde explica la sistemática de los diversos temas que se plantean.

En efecto, nos dice el citado profesor que la realidad jurídica ha de ser considerada relevante o irrelevante en la perspectiva de su idoneidad como algo pertinente desde ese punto de vista jurídico de las acciones humanas. Para entender lo que sea jurídicamente relevante o irrelevante conviene primero conocer cuál sea el sentido de esta distinción, ya que pueden existir como fronterizas o ambiguas otras zonas del campo social.

Para que pueda producirse el reconocimiento de un derecho subjetivo debe reunir, según nos dice el Profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE, al menos cuatro condiciones: Primera, la actividad libre del sujeto, capaz de responsabilizarse ante otros de los resultados de su propia acción, por sí o por otro; segunda, ausencia de daño causado a bienes ajenos como resultado casualmente asignado a tal acto o inacción en su caso; tercera, ausencia de prohibición que trate de defender bienes comunes, y cuarta, presencia en el acto jurídico de los requisitos necesarios para verificar su realización efectiva. Concluye definiendo la relevancia jurídica de un acto como aquella cualidad consistente en reunir las condiciones que permitirían distinguirlo como lícito o ilícito.

Bajo esta pauta introductoria se contienen en el libro dieciséis trabajos sobre variaciones del tema, distribuidos en tres partes.

En la primera, bajo el título de «Nociones sobre el concepto de relevancia jurídica», se recogen los siguientes:

«La alteridad como factor de la relevancia jurídica», del doctor MANUEL UTANDE IGUALADA, que centra su trabajo en la idea de que el amor convierte los hechos en arte, pero ¿qué los convierte en objeto de derecho?, y opina que la relevancia jurídica nace de la alteridad, elemento genérico que comprende tanto al amor como a la relación jurídica. La alteridad es esencial para la relevancia jurídica y es razón común del derecho y del amor.

«El fundamento de la relevancia jurídica en Gabriel Vázquez», por MARÍA DOLORES ALFARO GRANDE, colaboradora del Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica, donde se abordan las tesis de dicho autor, haciendo referencia tanto al fundamento en que se asienta la relevancia jurídica como a los parámetros en los que se puede hablar de la misma.

«La calificación registral en su relevancia como hecho jurídico», por el Registrador de la Propiedad y Académico de la de Doctores, don JESÚS LÓPEZ MEDEL. Contempla los hechos jurídicos en su acceso al Registro de la Propiedad, para lo cual media la calificación del Registrador, analizando su naturaleza, sentido y operatividad.

«El acto antijurídico: Su tipología», por MARÍA JOSÉ FALCÓN TELLA, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Tras examinar los actos jurídicos lícitos y los que llama intermedios, se detiene en los ilícitos, entre los que señala la insumisión, la resistencia, el delito, la revolución, el terrorismo, el tiranico, la rebelión, la sedición y la guerrilla.

En la segunda parte, bajo el título de «Aplicaciones de la relevancia jurídica», se recogen siete estudios:

El Profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE trata de «Dimensiones jurídicas de los derechos humanos». Su noción aparece dotada del prestigio de la razón, promoviendo profundas transformaciones sociales donde aparecen exigencias absolutas como la naturaleza creada, la dignidad humana y la libertad, como proyecciones infinitas y con carácter absoluto. Todas ellas se examinan a la luz de diversos preceptos de la Constitución.

MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense, presenta «Datos relevantes para la determinación del concepto jurídico de propietario». Nos dice la autora que en los últimos tiempos el concepto de propiedad ha sufrido grandes cambios y, en consecuencia, se plantea en este trabajo si tras esa evolución se puede articular un nuevo concepto de propietario.

EMILIO SUNE LLINÁS, también Profesor Titular de Filosofía del Derecho, escribe sobre «Poderes jurídicos distintos del derecho subjetivo», y estudia como tales el privilegio, lo que llama la potestad y la acción procesal.

La Profesora de la Universidad Rey Juan Carlos, doña ISABEL ARACELI HOYO SIERRA, da unos «Apuntes sobre la idea de la personalidad jurídica», relacionándolo con el concepto de capacidad, según se contempla en la legislación en armonía con los conceptos filosóficos aplicables.

La «Responsabilidad deontológica y jurídica en el ámbito de la profesión de abogado. Naturaleza de las normas deontológicas» es el tema que desarrolla CRISTINA FUERTES-PLANAS ALEIX, Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Estudia el deber de diligencia de los abogados, junto a su responsabilidad jurídica y disciplinaria, dentro de las normas deontológicas exigibles a la profesión.

Un tema que está adquiriendo importancia en la actualidad es el que estudia, con prisma laboral, NURIA DE NIEVES NIETO, Profesora Asociada del Departamento de Derecho del Trabajo de la misma Universidad Complutense. Su tema es: «La relevancia jurídica del voluntariado social: Un apunte acerca de los derechos y obligaciones de los prestadores de servicios, realizado a partir del Derecho del Trabajo». Estudia la normativa del voluntariado en España y lo relaciona con la prestación de servicios por cuenta ajena.

BEATRIZ CASTRO TOLEDO, Profesora Asociada de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense, toca un tema pretérito, puesto que ya no se da en la actualidad. Lo titula «Consideraciones sobre la licitud o ilicitud de la tortura». Por supuesto, tal actuación ya no está permitida como prueba en el procedimiento judicial, estando prohibido en el ámbito del Derecho español, al igual que en todos los países de ámbito civilizado.

Por fin, en la tercera parte, se recogen «Reflexiones sobre la relevancia jurídica», de varios autores:

ANA VALERO GONZÁLEZ DE PALENCIA, Doctoranda del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense, toca un interesante tema relacionado con la mejor obra de nuestra literatura, y titula «La justicia, la ética política y la estructura de la norma jurídica en El Quijote», trayendo a colación diversos pasajes cervantinos relacionados con estos conceptos.

«La validez del Derecho en la obra de Angel Ganivet. Un análisis entre la historia política y la filosofía del Derecho», es el trabajo que nos presenta FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ MARTÍN, Doctor en Historia Contemporánea de la Universidad de Alfonso X el Sabio, donde repasa el pesimismo que caracterizaba a este autor y nos expone su ideal de la justicia.

El Magistrado MANUEL TREZADO RUIZ escribe un breve pero atinado trabajo sobre «Relevancia jurídica de los hechos en el pensamiento de Jaime Guasp», diciendo que éste estudió el hecho jurídico al referirse a la causa de la relación jurídica, por lo que concedió a estos hechos un limitado alcance, como consecuencia del riguroso decantamiento que efectúa de estos conceptos.

El último trabajo es de BERNARDO GIL-MUGARZA, Licenciado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociología, y se refiere a «Concepto y sentido del Derecho en Jesús Fueyo». Siguiendo los estudios más caracterizados de dicho autor, donde hace un estudio del Derecho en las principales épocas históricas, concluye que el Derecho es el resultado natural de la lógica del Estado, que es la seguridad.

Ya ULPIANO nos marcó la pauta para determinar la licitud de las conductas con sus *tria praecepta*. En este libro se recogen los diversos aspectos que utiliza la ciencia del Derecho para discernir lo lícito de lo ilícito, y por ello hay que determinar lo que sea relevante o irrelevante para que la autoridad pueda mantener para el sujeto las consecuencias favorables de sus actos, si éstos son lícitos o, por el contrario, aplique las consecuencias desfavorables si tales actos son ilícitos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SALGADO CARRERO, CELESTINO, y otros autores: *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Consejo General del Poder Judicial y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 505 págs.

Tranquilos aquellos tiempos en los que una ley duraba años y años hasta superar a veces el siglo de vigencia. Ahora, la vida va tan deprisa que no damos abasto a recibir, un día sí y otro también, las novedades que nos brinda el Boletín Oficial del Estado y que suelen ponernos patas arriba las instituciones y los procedimientos por los que se venía rigiendo nuestro ordenamiento jurídico.

Van apareciendo las suficientes normas reformadoras como para que haya sido preciso retocar y poner continuamente al día las ideas que nos venían siendo válidas en nuestro quehacer profesional. Y nada digamos de aquellas arcanas cosas que aprendimos en la vieja Facultad del «Caserón» de la calle de San Bernardo, pues de eso no van quedando ni los rabos. Tan sólo se

mantenían el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil con bastantes remiendos, eso sí, pero ahí aguantaban.

Pero ya le ha llegado el turno a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo texto centenario ha pasado a la historia y aquí tenemos una nueva y flamante redacción que ha venido a modificar el modo de hacer efectivos los derechos sustantivos, recogiendo con avaricia todos los preceptos de tinte procesal que se encontraban en otros textos legales.

Estos cambios han afectado sobre todo a los funcionarios y juristas que, por profesión, tienen que actuar dentro de las nuevas normas para impartir justicia o para hacerla efectiva, en especial a los Jueces y Registradores de la Propiedad. Por ello, los organismos que acogen a dichas profesiones, o sea, el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Registradores, organizaron unas jornadas de estudio que tuvieron lugar en los locales del Colegio en el mes de octubre del año pasado y que fueron seguidas con gran interés por numerosos asistentes. Un gran acierto es que ahora se recoja el texto de las ponencias en este libro, ya que es la única manera de que el fruto de aquellos trabajos no se pierda y además que pueda ser consultado por los que, no habiendo asistido, tengan necesidad o interés en conocer alguno de los puntos tratados.

Las ponencias, desarrolladas por Magistrados y Registradores, estudian varios de los temas especialmente relacionados con la ejecución de las sentencias y su reflejo en los asientos del Registro de la Propiedad, hasta hacer efectivos los derechos ejercitados, todo ello de acuerdo con las normas de la nueva Ley.

El Magistrado CELESTINO SALGADO CERRERO desarrolla su ponencia sobre «Los títulos ejecutivos: La sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general: Las partes de la ejecución y el Tribunal competente». Partiendo de la idea básica de que el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, se justifica la nueva regulación procesal en cuanto que las viejas normas no eran aplicables para una adecuada respuesta a las exigencias constitucionales. A seguido estudia los nuevos preceptos procesales del artículo 517 en adelante, donde se desarrolla el tema de los títulos ejecutivos en general, la legitimación activa y pasiva, el Tribunal competente y el problema de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales antes de su firmeza.

El Registrador de la Propiedad, RAFAEL ANTONIO RIVAS TORRALBA, gran conocedor de los problemas registrales del embargo, expone su completo trabajo sobre «Los requisitos y eficacia del embargo de inmuebles en la ejecución ordinaria», opinando que la regulación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aun siendo más completa y mejor perfilada que la anterior, no altera de forma significativa la situación existente hasta ahora, toda vez que en la mayoría de los casos se sancionan soluciones ya consagradas por el Tribunal Supremo o por la Dirección General de los Registros y del Notariado, aceptadas ya por la mayoría de la doctrina.

El Magistrado JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO, Presidente de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, entra en las diversas fases de la ejecución en su ponencia sobre «El despacho de la ejecución. La oposición a la ejecución y la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley o al título ejecutivo. La suspensión y el término de la ejecución. Breve alusión a la tercera». Tras una referencia a la nueva regulación legal, que es extensa y detallada, pues comprende desde el artículo 517 al 720, entra en la materia

de las distintas fases de la ejecución definitiva, desde el despacho a la posible oposición que se formule, hasta su suspensión o su término, con breves pero claras referencias a la ejecución hipotecaria y a las tercerías.

Entrando de nuevo en la esfera hipotecaria, el Registrador GABRIEL GRAJERA IBÁÑEZ estudia «La realización de los bienes y las inscripciones a practicar en el Registro de la Propiedad en la ejecución ordinaria». Empieza contemplando el convenio de realización como una novedad que se recoge en la Ley de 2000, con el que se pretende habilitar nuevas formas de realización forzosa, de carácter alternativo a la subasta, y cuya finalidad esencial es agilizar la realización y mejorar su rendimiento. Estudia su naturaleza jurídica y sus requisitos, las notificaciones y garantías respecto a otros titulares, arrendatarios y ocupantes, y también estudia la subasta y las adjudicaciones con las consiguientes inscripciones adecuadas, según los casos.

El Magistrado MANUEL ALMENAR BELENGUER desarrolla «La ejecución dineraria: Disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes: Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo». El artículo 570 de la nueva ley dice que tiene lugar esta ejecución cuando en virtud de un título ejecutivo resulta el deber de entregar una cantidad de dinero líquido. Se estudian las diversas fases de la demanda, el despacho de la ejecución, el requerimiento de pago y el embargo en todas sus variaciones y supuestos especiales.

El antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria y su regulación en la nueva Ley Procesal, se estudia por la Registradora CRISTINA CARBONELL LLORENS en su ponencia «La ejecución hipotecaria: Presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales». La nueva Ley ha asumido casi íntegro el contenido del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pero recogiendo a la vez la doctrina de la Dirección General; no se ha querido diseñar un nuevo procedimiento para el ejercicio de la acción hipotecaria, sólo se ha incorporado la regulación ya existente a este nuevo cuerpo procesal. Todo se examina ampliamente en la ponencia, estudiando los artículos nuevos.

«El procedimiento de ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» es la ponencia del Magistrado ANTONIO PUEBLA POVEDANO, Presidente de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, que tras resaltar las disfunciones que se notaban en la legislación anterior, examina la última fase del procedimiento de ejecución, a la que se llama expresamente apremio en la nueva Ley, exponiendo dicho procedimiento a través de las disposiciones generales, el evalúo y la subasta.

La última ponencia tiene color registral en la alternancia que se viene produciendo a lo largo del libro. El Registrador JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET presenta su trabajo «La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 2000». Trata de la regulación procesal que sustituye al antiguo artículo 132 de la Ley Hipotecaria, y opina que si bien ahora se concreta y amplía la regulación de posibilidades de defensa del ejecutado, en cambio se complica el procedimiento al tener que jugar con normas específicas de la ejecución hipotecaria y con normas comunes de la ejecución ordinaria. A seguido estudia las causas de oposición por motivos de fondo y especialmente en los casos de hipotecas en garantía del saldo de una cuenta corriente, en el caso de haberse pagado la obligación, en las tercerías de dominio y cuando se da una prejudicialidad penal. También puede haber oposición por defectos procesales o irregularidades en el procedimiento. Otras

reclamaciones han de dilucidarse en juicio declarativo, y la ponencia se completa con el estudio de la nulidad de actuaciones y sus efectos sobre la ejecución consumada.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL, y otros: *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Editorial Civitas, Madrid. Un tomo de 353 págs.

En este libro, editado por el Consejo General del Notariado, se recogen las conferencias pronunciadas en el curso de verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, en el año 1995, en el cual se contempló la empresa familiar desde la perspectiva del Derecho, partiendo de la distinción entre empresa individual y social, con estudio de las cuestiones relativas a su fundación, régimen jurídico de su gestión y administración, su actuación en el mundo económico y jurídico, así como sus peculiaridades fiscales y laborales. Tales aspectos puntuales corrieron a cargo de destacados especialistas, y el Seminario se desarrolló bajo la dirección del Notario VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA.

Tal como resume el Notario FERNANDO ARROYO DEL CORRAL, este seminario se distinguió por la seriedad y meticulosidad de los ponentes, por el interés que suscitó en el mundo empresarial y, sobre todo, por el humanismo que latió en todas las intervenciones, pues las instituciones y formas que el ordenamiento jurídico nos ofrece en esta figura de la empresa familiar tiene un protagonismo y destinatario principal que es la persona, el ser humano.

Se inicia el libro con un expresivo preámbulo de GARRIDO DE PALMA, donde se centra el tema a estudiar que es el típico supuesto de la empresa familiar, o sea, aquélla en la que el cabeza de familia da entrada a su cónyuge y a sus hijos, nutriendo el fondo social con los elementos patrimoniales afectos al negocio mercantil que antes explotaba como empresario individual. Al integrar a los miembros de la familia en la explotación del negocio se consigue una mayor cohesión económica familiar y se asegura que la empresa continúe con normalidad si se produce el fallecimiento de alguno de sus miembros.

Las varias ponencias concretas son muy interesantes, pero no podemos dedicarles sino una breve referencia con la idea de que quienes deseen verlas con más detalle, acudan al original.

Abre paso el titular de la Cátedra de la Empresa Familiar en el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa, MIGUEL ANGEL GALLO, quien expuso tres ponencias. En la primera estudió las diversas etapas que pueden presentarse en el desarrollo de la empresa familiar y los problemas en su evolución. La segunda ponencia se adentra en los que llama fortalezas y trampas de la empresa familiar; son caracteres que fortalecen la unidad en los intereses y el consiguiente compromiso de sacrificarse para obtener un ideal común; como trampas presenta la confusión entre el hecho de ser propietario y el de tener capacidad para dirigir; otra trampa es la confusión de flujos económicos o la de los lazos de afecto de carácter familiar con los contractuales propios de la empresa, y la última trampa consiste en que se retrasa innecesariamente la sucesión. En su tercera ponencia, el profesor GALLO expone los dos posibles órganos de gobierno de la empresa familiar, que podrán ser el comité de

dirección o el consejo de administración, analizando sus distintas tareas, composición y funcionamiento.

Dado el carácter estrictamente privado de la empresa familiar fue lógica la presencia en el seminario de un Catedrático de Derecho Civil, don GABRIEL GARCÍA CANTERO, de la Universidad de Zaragoza, que desarrolló dos temas. En el primero relacionó la empresa familiar con la sociedad de gananciales, comunidad familiar más frecuente en las regiones de Derecho común, que recibió una acusada «mercantilización» en la reforma del Código Civil de 1981. El segundo estudio del Profesor GARCÍA CANTERO trató de la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, tanto en el Derecho comparado como en el español, analizando los supuestos más típicos de nuestra legislación sucesoria.

El Notario JUAN CARLOS MARTÍN ROMERO expone ampliamente una cuestión que últimamente se abre paso en nuestra doctrina, que es la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, que guarda bastante relación con el fenómeno de la empresa familiar, pues basta que el socio único fallezca, dejando varios hijos herederos, para que la sociedad unipersonal se convierta en sociedad familiar. Estudia la Resolución de la Dirección General, de 21 de julio de 1990, que consagró esta modalidad unipersonal y la evolución legislativa posterior.

El Registrador Mercantil MANUEL GONZÁLEZ-MENENSES ROBLES expuso, desde su óptica registral, las características que debe reunir el órgano deliberante o Junta General en la sociedad limitada familiar, así como cuál debe ser el órgano competente para llevar a cabo la gestión y la administración, que si inicialmente estará en manos del fundador de la empresa, se irá desdibujando a medida que ésta pase a sucesivas generaciones.

Todavía dentro del ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada, que es la forma más frecuente en la actualidad (más del 90 por 100, según datos registrales), la Notario ANA FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA estudia la transmisión de las participaciones de la sociedad limitada familiar y en especial la función y límites de la regulación estatutaria de dicha transmisión.

La sociedad familiar puede perfectamente adoptar la forma de anónima, con tal que reúna los requisitos que para su constitución exige la legislación vigente. Con todo, estas sociedades anónimas en su subespecie de familiares, tienen algunas especialidades que se recogieron en tres de las ponencias que se desarrollaron en el seminario que estamos resumiendo. En la expuesta por JUAN MANUEL OTERO LASTRA se estudiaron las características que presentan las Juntas Generales de Accionistas en la sociedad familiar tanto en cuanto a su propio concepto como respecto a su funcionamiento, en especial en su convocatoria y el modo de tomar los acuerdos.

El Notario VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, además de dirigir el seminario, aportó dos ponencias para hacer notar lo más destacable de estas sociedades anónimas familiares, tanto en su nacimiento como en las aportaciones y las acciones de la sociedad, y en especial lo referente a su órgano de administración, dados los caracteres específicos que resultan de su tipificación familiar, así como el modo de conjurar el artículo 123 de la Ley de S.A., con el nombramiento de los administradores y las peculiaridades de las votaciones en el seno del órgano de administración.

El tratamiento fiscal de la unidad familiar como empresa en los impuestos de la renta y el patrimonio fue abordado por el acreditado especialista don RAMÓN DRAKE DRAKE, y la regulación de la Seguridad Social, en lo que afecta a los socios, administradores y directivos de las compañías mercantiles y

civiles, se expuso por el Magistrado del Tribunal Supremo, don RAFAEL MARTÍNEZ EMPERADOR.

El último capítulo del libro intenta un carácter un tanto profético en cuanto que su autor, JOSÉ JUAN PÉREZ TABERNERO POBLACIÓN, expone unas «Reflexiones sobre la empresa del siglo XXI», proponiendo que la empresa tiene que dejar de ser un lugar en el que sólo se producen bienes y servicios para pasar a ser una célula organizativa de la sociedad.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

NADAL GÓMEZ, IRENE: *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*. Tesis Doctoral. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 370 págs.

Aunque la frase clásica nos dice que no hay nada nuevo bajo el sol, no deja de resultar curioso el empeño de encontrar temas inéditos para redactar una Tesis Doctoral. Los profesores que están en trance de dirigirlos tratan de imbuir a sus pupilos doctorandos la idea de encontrar temas novedosos o al menos con una perspectiva distinta u original. Bien difícil es el empeño, pues actualmente se ha escrito de todo o de casi todo. Lo que sí se puede conseguir, teniendo en cuenta esta catarata legislativa que nos invade, es comentar el distinto enfoque de las cuestiones que antes tenían un tratamiento tradicional y ahora se regulan de otra manera.

Es, más o menos, el caso que nos ocupa y que sirve de tema a esta tesis elaborada por IRENE NADAL GÓMEZ, con la que ha obtenido, muy justamente, las máximas calificaciones. Las trampas que intentan hacer los deudores para burlar a la justicia mediante la enajenación fraudulenta de sus bienes son algo de todos los tiempos, pues ya los romanos echaron mano de la acción pauliana. En nuestra legislación ya contábamos con esos remedios, tanto en las normas civiles, hipotecarias y procesales. Pero ahora ha aparecido la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y ésta nos proporciona sus novedades. En el mes de octubre del año pasado ya se celebraron unas jornadas en el Colegio de Registradores con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial para estudiar las novedades procesales en materia de ejecución.

Y la Doctora NADAL centra su estudio en las nuevas soluciones que se arbitran frente a esa transmisión, casi siempre fraudulenta, por supuesto, de los bienes del deudor cuando éste atisba el peligro de su ejecución; el estudio se fija especialmente en los bienes inmuebles, en cuanto registrables, teniendo en cuenta que la publicidad hipotecaria ofrece las mayores posibilidades de asegurar el cumplimiento de la ejecución, sorteando trampas.

Las posibilidades que tiene el acreedor de conseguir la efectiva satisfacción de su crédito son grandes cuando el deudor aparece como titular inscrito de los bienes; si el deudor trata de enajenar esos bienes para eludir la ejecución, la transmisión tiene distintas consecuencias, según se verifique antes, en o después de que el procedimiento ejecutivo se refleje en el Registro, y esto es lo que desentraña la autora en un cuidadoso estudio donde nos muestra los problemas y consecuencias de esa irregular actuación. Para ello acude, como hemos dicho, al estudio de las normas de la nueva Ley Procesal de 2000, que

han supuesto una apreciable modificación de las normas existentes sobre ejecución forzosa.

El libro se divide en cinco capítulos, dedicando el primero a la doctrina general o introductoria, con especial referencia a la ejecución inmobiliaria por su carácter registrable, lo que constituye el auténtico pivote sobre el que gira la exposición posterior. La LEC regula la ejecución de los inmuebles al tratar del procedimiento de apremio, donde se tienen en cuenta sus relaciones con el Registro de la Propiedad. Por ello, la autora se detiene en resaltar las actuaciones registrales como garantía del éxito de la ejecución, a pesar de la posible enajenación de los bienes embargables. Parte importante de este capítulo es el amplio estudio doctrinal que hace la autora de la anotación preventiva de embargo, pieza clave en la regulación de las distintas consecuencias y efectos que pueden darse. Múltiples son los trabajos y opiniones de los hipotecaristas sobre la naturaleza y efectos de esta anotación preventiva que se recogen y examinan en el libro. Que la anotación de embargo no produce cierre del Registro es algo claro, según se señala en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria; en cambio, sí produce el efecto genérico de la publicidad y sobre todo el de la prioridad respecto a actos posteriores. Todo ello nos lo expone la autora recogiendo la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales y la hipotecaria sobre el particular.

Los capítulos segundo, tercero y cuarto son los centrales de la tesis, pues en ellos se estudian los supuestos de la transmisión de los bienes en el intento de sustraerlos a la ejecución y según la etapa en la que dicha enajenación se produce.

La autora nos dice que no existía en la anterior LEC una regulación específica de las transmisiones de bienes, estando por medio una ejecución; en la nueva ley hay que buscar la regulación en varios preceptos dispersos a lo largo del proceso de ejecución dineraria. Estudia al efecto la aplicación al caso de la doctrina básica de la acción pauliana y de los preceptos del delito de alzamiento de bienes como supuestos análogos o paralelos.

Si el deudor transmite la propiedad a un tercero no responsable con anterioridad al embargo y éste inscribe su adquisición, habiendo adquirido de buena fe y a título oneroso, estará protegido por la sistemática registral. Si el adquirente no ha inscrito, la nueva LEC regula el embargo de bienes de terceros y la tercería de dominio en una sistemática que se estudia con amplitud en el libro, incluyendo la llamada tercería registral del párrafo 3.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son abundantes y la doctora NADAL las recoge.

Cabe que la transmisión a un tercero se realice en el período que media entre el embargo y su formalización registral mediante la anotación. En la legislación anterior se aplicaban los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923-4.º del Código Civil; el panorama no queda muy claro después de la nueva LEC, y la autora trata de encontrar la verdadera dimensión del conflicto entendiendo que el principal efecto es la afección procesal y acude a lo que dispone el artículo 613.1 de la nueva ley, según el cual el embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga en la realización de los bienes embargados.

Si el tercero adquiere ya después de existir la anotación de embargo, es claro que este asiento le afecta tanto por su publicidad como por la prioridad. Este llamado «tercer poseedor» se encuentra en una posición peculiar, tanto sustantiva como procesal, y la autora estudia las consecuencias, entre las que

detalla el requerimiento de pago, el alcance de su responsabilidad y su intervención en el proceso en la fase en que se encuentre.

En el capítulo quinto se estudia el aspecto registral, tratando de la inscripción del título ejecutivo. Previamente se ha expedido la certificación de cargas que tiene la doble función de informar del estado del bien ejecutado y el aviso a los terceros posteriores por medio de la nota marginal de su expedición. En la nueva LEC se regulan las notificaciones o comunicaciones a los demás titulares, acreedores, arrendatarios y ocupantes para que puedan intervenir haciendo valer los derechos que les correspondan.

El auto de aprobación del remate y adjudicación es el título idóneo para su inscripción en el Registro de la Propiedad, previa la calificación correspondiente, en los límites señalados por la legislación hipotecaria. Sirve para inscribir el dominio a favor del adjudicatario, respetando los asientos preferentes y cancelando los posteriores, con especial referencia al sobrante de la subasta si lo hubiere. Son muchas las Resoluciones de la Dirección General que han decidido las varias cuestiones que se presentan en la práctica y que la autora examina con detalle. Como final del libro, aparte la bibliografía, se reflejan varias sentencias del Tribunal Supremo y otros Tribunales y algunas Resoluciones que se refieren a algunos puntos concretos relacionados con esta materia, con lo que se completa esta tesis que, como dice en el prólogo su Directora, la Profesora TAPIA FERNÁNDEZ, de la Universidad de las Islas Baleares, constituye una eficaz herramienta de comprensión de las nuevas normas procesales.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

- R. SCHULZE-R. ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de E. Arroyo i Amayuelas*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, 530 págs.

El origen de esta obra se encuentra en la recopilación *Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, de los mismos autores, publicada en el 2000, en Alemania, por la editorial Nomos (Baden-Baden). La edición española es homónima de la anterior y se publica, igualmente, en sus lenguas respectivas, en Italia y Gran Bretaña. Creo que constituye un verdadero acierto editorial la publicación de estos textos, así como el *Estudio preliminar* a los mismos, en un momento como el actual en el que desde los organismos comunitarios se ha pasado, de sugerir, a impulsar decididamente los trabajos de investigación para la futura unificación del Derecho Privado europeo. El Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España no ha sido ajeno a este movimiento de armonización y unificación, habiendo publicado ya en 1994 unos *Estudios de Derecho Privado europeo* (coord. por J. M. Díez Fraile), que se enmarca entre las primeras aportaciones en España sobre la materia.

El contenido de la documentación que se incorpora a estos *Textos básicos* es fundamentalmente Derecho Patrimonial, y se divide en tres partes: Derecho Comunitario, Derecho Uniforme y Principios Jurídicos Comunes. Dentro de la sección dedicada al *Derecho Comunitario* se incluyen diecisiete Directivas. La coautora de la edición española aclara que en ésta se incluyen las más

recientes, anticipándose a la segunda edición alemana de los *Basistexte*. Hay que destacar que no sólo se transcribe el preámbulo y el texto de las Directivas, sino que se incluyen notas de coordinación entre las diferentes normas. Es especialmente interesante que al inicio de cada uno de los textos se incluya una llamada mediante asterisco en la que se recogen datos de suma utilidad: en qué momento finaliza el plazo de trasposición de la Directiva, qué correspondencia existe con otros textos como las Leyes Modelo de UNCITRAL, y, en su caso, qué desarrollo legislativo ha tenido en España. Este desarrollo incluye no sólo la normativa nacional, sino una relación exhaustiva de la normativa autonómica sobre la materia, como ocurre, por ejemplo, en materia de viajes combinados o de comercio minorista.

La elección de las Directivas incluidas creo que es acertada y depende, en definitiva, del criterio adoptado por los autores de las ediciones alemana y española, debidamente justificado: se exceptúan las materias que conforman una especialidad dentro del Derecho Privado, como el Derecho Societario, el Derecho Laboral, la Propiedad Intelectual o el Derecho de la Competencia. De hecho casi todas las Directivas incluidas aparecen recogidas en el Anexo I de la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, referido al «Acervo comunitario relevante en el ámbito del Derecho Privado». No obstante, acaso hubiera sido interesante incluir alguna otra, como la Directiva 1998/27, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (lo cierto es que, aunque no se incluya, viene citada en nota previa a la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores), y ello porque básicamente en desarrollo de la misma se ha presentado un Proyecto de Ley de «Trasposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios» (*BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A), núm. 56-1, de 16 de noviembre de 2001; las enmiendas están publicadas en el núm. 56-9, de 14 de febrero de 2002).

En todo caso, la actualización de las anotaciones ha sido sumamente cuidadosa, incluyendo las novedades más recientes, llamando la atención que se incorporen referencias muy cercanas a la fecha de aparición del libro, lo cual pone de relieve la diligencia de la autora de las notas a la edición española y la buena disposición de la editorial a que la publicación estuviera lo más actualizada posible. Tal ocurre con la nota previa a la Directiva 1999/33, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, en la que se acompaña la dirección de Internet en qué localizar el Anteproyecto de Ley sobre firma electrónica, de 27 de diciembre de 2001. Igualmente se incluye la referencia al último Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico que, por cierto, ha sido presentado ya como Proyecto de Ley de «Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico» en el Congreso de los Diputados (*BOCG*, Serie A), núm. 68-1, de 22 de febrero de 2002).

No obstante lo anterior, y dado que los autores muestran su deseo de poder contar con las observaciones que los lectores podamos hacer en cuanto a los textos seleccionados, creo necesario destacar que no se incluye ningún Reglamento Comunitario (directamente aplicable) sobre la materia, que acaso hubiera sido clarificador, como el Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (que entra en vigor el 31 de mayo de 2002). En él se regulan bastantes cuestiones procesales, pero también de Derecho Patrimonial Sustantivo, entre ellas la obligación de infor-

mar a los acreedores (art. 40), la situación de los derechos reales de terceros (art. 5), la posibilidad o no de compensación dentro del concurso (art. 6), y un reconocimiento expreso de la figura de la reserva de propiedad (art. 7). Por otro lado, tampoco se incluye, a pesar de que es citado tanto en la Comunicación de la Comisión, de 11 de julio de 2001, como en la Resolución de 15 de noviembre de 2002, el Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que entra en vigor el 1 de marzo de 2002, y sustituye para todos los Estados miembros (excepto Dinamarca) al Convenio de Bruselas, el 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. No obstante, es cierto que ello hubiera obligado a ampliar quizá excesivamente la edición, incluyendo otros Reglamentos como el núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (en vigor desde el 1 de marzo de 2001); o el núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (en vigor desde el 31 de mayo de 2001).

La selección de textos de la Parte II, dedicada al *Derecho Uniforme*, es acertada: incluye los Convenios de UNIDROIT sobre *factoring* internacional y sobre arrendamiento financiero internacional; el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; el Convenio de La Haya de 1985, sobre ley aplicable al *trust*; el Convenio de Naciones Unidas de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías; el Convenio de Nueva York de 1974, sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías; el Convenio de Ginebra de 1983, sobre representación en materia de compraventa internacional de mercaderías. Asimismo incluye el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, así como los Protocolos adicionales posteriores. No obstante, en cuanto a esto último podría haberse hecho alguna alusión a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya proclamación solemne por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, tuvo lugar en Niza el 7 de diciembre de 2000 (*DOCE*, C 364, de 18 de diciembre de 2000), si bien es cierto que al carecer de valor normativo, acaso no sea procedente la incorporación de su texto a esta recopilación.

La Parte III está dedicada a los *Principios Jurídicos Comunes*. Es de destacar que tanto en esta sección como en la anterior, dedicada al Derecho Uniforme, se señala adecuadamente la autoría de la traducción al castellano de los diferentes textos e, incluso, si existen otras versiones alternativas, o, en su caso, en qué lenguas se considera oficial el texto correspondiente. En este apartado de la obra se incluyen, como novedad, *traducidos al castellano*, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, Partes I y II, elaboradas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos que preside el Profesor OLE LANDO (la Parte III, pendiente de publicación, fue aprobada en la reunión de la Comisión celebrada en Copenhague entre los días 5 y 11 de febrero de 2001). Igualmente se incluyen los Principios UNIDROIT, sobre contratos comerciales internacionales, y los Principios Europeos de Derecho de *Trusts*. Quizá por no tratarse propiamente de principios, no se incluyen textos como el Proyecto del *Código Europeo de Contratos* de 2000, redactado por la Acade-

mia de Privatistas Europeos (coordinado por el Profesor GANDOLFI), ni tampoco el más veterano *Contract Code* de McGregor. A pesar del enorme interés de ambos, no se trata de *restatements* de principios, sino de auténticas propuestas de Códigos en que se formulan reglas concretas.

Esta selección de textos va precedida de un *Estudio Preliminar* de la Doctora ARROYO I AMAYUELAS, titulado «Las perspectivas de un Derecho Privado Europeo», con un aparato bibliográfico completo y exhaustivo en el que se incluyen las aportaciones doctrinales más recientes (algunas recientísimas). De ahí la abundancia de referencias a autores alemanes, país en que la reforma del BGB (la Ley Federal de Modernización del Derecho de Obligaciones ha entrado en vigor el 1 de enero de 2002) ha provocado una abundante literatura jurídica que ya nos había adelantado la autora en un trabajo en coautoría con el Doctor VAQUER ALOY, titulado «Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo» (*La Ley*, núm. 5482, de 14 febrero de 2002), en que se realiza un estudio en profundidad de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001. Acaso podría plantearse una objeción: hubiera sido de gran utilidad recoger alfabéticamente toda la bibliografía citada, sin que por ello se hubiera resentido la edición. En todo caso, las referencias bibliográficas están perfectamente coordinadas, señalándose expresamente en qué nota anterior se cita completo un trabajo. Por otro lado, creo que debe ponerse de relieve que la mayor parte de las aportaciones doctrinales existentes sobre la materia proceden de Alemania, Holanda e Italia, lo cual constituye una llamada de atención a los juristas españoles. Es cierto que en Alemania y Holanda se ha vivido recientemente una modificación en profundidad de sus respectivos Códigos Civiles; pero ello no supone ninguna coartada para los profesionales del Derecho españoles, porque no estamos hablando de una recodificación nacional, sino de la unificación del Derecho Privado Europeo, en la que todos estamos involucrados.

En este *Estudio preliminar* la autora pone de relieve que la idea de un Derecho Privado común es anterior a la Unión Europea, citando como precedentes, el Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y los Contratos de 1927, y la Propuesta de redacción de unas reglas uniformes sobre la compraventa internacional de bienes muebles, que en 1929 efectuó E. RABEL al Consejo de Dirección de UNIDROIT. A la par se destaca que la ciencia jurídica española, salvo honrosas excepciones, parece no ser todavía muy consciente de las dimensiones que va adquiriendo el fenómeno de la europeización del Derecho Privado. No obstante tal afirmación, sí creo necesario resaltar la existencia de un cierto movimiento reciente en el ámbito académico: el Curso Magistral «Los principios del Derecho Europeo de Contratos», celebrado los días 3 a 7 de diciembre de 2001 en Santander, en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; los seminarios desarrollados en el marco del Programa *Grotius* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, los días 11, 12 y 13 de febrero, y 7, 8 y 9 de marzo de 2002, sobre «Cooperación judicial en materia civil» y «La unificación del Derecho Privado en Europa»; e igualmente, el II Congreso Internacional «Bases de un Derecho Contractual Europeo», a celebrar los días 9 y 10 de mayo de 2002 en la Facultat de Dret i Economia de la Universitat de Lleida.

La autora estudia la actual construcción de un Derecho Privado Europeo no desde el punto de vista de sus efectos, sino en cuanto a sus fuentes de producción. Por ello aborda la creación de ese nuevo Derecho desde una triple perspectiva: legislativa, doctrinal y jurisprudencial. Desde el punto de

vista de la legislación, se ponen de relieve las ventajas y desventajas de las Directivas respecto a los Reglamentos comunitarios, y se estudia la posibilidad y las dificultades de conseguir la armonización por la vía de la celebración de convenios entre los países miembros de la UE. En cuanto a la doctrina, se destaca la necesidad de crear una ciencia jurídica europea que supere las particularidades que presentan los ordenamientos nacionales y que identifique los rasgos comunes de las diferentes instituciones. La autora no se muestra partidaria de elaborar un Derecho Europeo *ex novo*, que se imponga a los Estados miembros, sino de encontrar soluciones similares a problemas que son comunes en todos los ordenamientos. Por ello se insiste en la conveniencia de conocer otros idiomas, y se destaca la necesidad de formar de juristas en varios ordenamientos y de potenciar la investigación de los principios comunes y de la historia del Derecho Privado Europeo. Se recogen en este sentido, con carácter exhaustivo, todas las iniciativas existentes en la actualidad, la mayor parte de ellas de carácter académico, lo cual constituye, a mi juicio, una llamada de atención al proceso de reforma de los Planes de Estudio de nuestras Facultades de Derecho. Con ello se pretende, como dice la autora, alcanzar «un nuevo *ius commune Europeae* que, a la larga, debiera ser la base del Código Civil anunciado con anterioridad».

La parte relativa a la jurisprudencia como fuente de este nuevo *ius commune* es de las más sugerentes. Se trata de que el juez acuda a los principios generales sobre los cuales se estructura el ordenamiento jurídico comunitario, ya sea a partir de los principios generales del Derecho interno de los Estados miembros, o de los que actualmente se consideran principios comunitarios. En este orden de cosas, la elaboración de los Principios LANDO y los de UNIDROIT pueden, igualmente, ayudar al juez en su labor de fijación de los principios generales del Derecho, y tienen además la ventaja de ser el resultado de una investigación de Derecho comparado y de su presentación de forma similar a los *restatements* americanos, con casos hipotéticos seguidos de un breve comentario. A mayores, los Principios LANDO, los de UNIDROIT, al igual que Leyes modelo sobre Derecho Mercantil elaboradas en el seno de UNCITRAL, pueden servir también para conseguir una armonización lenta mediante su recepción espontánea, al estilo de las denominadas *soft law* o *normes douces*.

El tema de la armonización desde la perspectiva de la aplicación del Derecho por los Tribunales de Justicia resulta clave, ya que la unificación puede quedar en papel mojado en caso contrario. La cuestión no sólo afecta al futuro, sino al presente, ya que a pesar del grado mínimo de unificación que se consigue con el desarrollo de las Directivas por los diferentes Estados de la UE, lo cierto es que los Tribunales de Justicia siguen demasiado apegados a modos de interpretación y aplicación del Derecho excesivamente fieles a su tradición jurídica. Ello hace que, en realidad, aunque las leyes internas de desarrollo de las Directivas sean prácticamente idénticas (a veces mera transcripción literal de las mismas), su aplicación lleve a resultados muy diferentes en cada uno de los países. La cuestión se pone de relieve en la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001, e incluso se aborda en algunas de las respuestas al mismo. Parece criticable que la Resolución del Parlamento, de 15 de noviembre de 2001, no aborde directamente este problema; pero no hay duda de que el mismo se tiene que afrontar si de verdad se quiere una verdadera unificación del Derecho Privado Europeo.

La parte final del *Estudio preliminar* está dedicada a la futura Codificación Europea del Derecho Civil. En ella se recogen las dos Resoluciones iniciales del Parlamento Europeo de 1989 y de 1994, en las que simplemente se sugiere la necesidad de codificación, así como el Informe *Lehne*, de 6 de noviembre de 2000, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior, alentando la misma. La historia más reciente está constituida por la citada Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros. El estudio realizado por la Doctora ARROYO, en este punto, puede completarse con el ya citado trabajo, «Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo», centrado de manera especial en esta última Resolución.

La Comunicación de la Comisión ha tenido diferentes comentarios, apostillas, sugerencias y respuestas, publicadas en Internet. En total son 88 las aportaciones de representantes de los gobiernos, de las empresas, de asociaciones de consumidores, de académicos, abogados, notarios y otros profesionales del Derecho. De las diversas opciones que se planteaban en la Comunicación de la Comisión, casi todas las aportaciones consideran que es necesario partir de una mejora en la calidad de la legislación (Opción III), e igualmente se puede considerar generalizado el rechazo a la Opción I, referida a la no actuación de la Comunidad Europea, dejando que sea el propio mercado el que vaya definiendo las líneas de armonización. La mayoría de las posturas son favorables a utilizar las Opciones II y IV (fomento de la definición de principios comunes y elaboración de una nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario), pero no se consideran como opciones contrapuestas sino complementarias, e incluso de aplicación sucesiva: así, hay bastantes propuestas de seguir el sistema de elaboración de una serie de principios comunes, de carácter no vinculante, que irían preparando a la ciencia jurídica para una futura elaboración posterior de un Código Uniforme Europeo. Existen, igualmente, propuestas de codificación del contenido de diferentes Directivas, las relativas a protección de los consumidores, en las que aparecen conceptos que se reiteran en una y otras (así se destaca en las sugerencias realizadas por asociaciones de consumidores). Puede decirse que, en general, a corto plazo no parece viable la redacción de una legislación unitaria impuesta coactivamente, aunque sí que se aconseja, de una u otra manera, el fomento de la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales; y ello, fomentando la investigación en materias de Derecho comparado, la cooperación entre profesionales de la justicia, académicos, jueces y expertos. En todo caso, creo que la contestación más extensa y que más ha influido en la Resolución del Parlamento, de 15 de noviembre de 2001, es la elaborada conjuntamente por las comisiones Lando y von Bar, cuya lectura es muy sugerente y viene acompañada de bibliografía final, al igual que la de algunas de las aportaciones españolas, entre las que me atrevo a resaltar por su interés las de M. P. GARCÍA RUBIO y J. LETE, S. CÁMARA LAPUENTE y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE.

Todas estas aportaciones son tenidas en cuenta por la Doctora ARROYO en esta parte del *Estudio preliminar* y en sus consideraciones finales, donde realiza una serie de observaciones que dan pie a la reflexión sobre un tema y un problema que nos afecta a todos los juristas. Para la autora no es probable que el mercado coadyuve a la realización espontánea de un Derecho armoni-

zado en todos los ámbitos; pero considera que ninguna de las otras tres opciones es excluyente: mejorar la legislación existente, fomentar la definición de principios comunes o adoptar una nueva legislación. En este sentido, aclara sobradamente el problema de la competencia de los organismos de la UE a la hora de elaborar un Código Europeo de Derecho Privado, sobre la base de una lectura en positivo del principio de subsidiariedad, dado que parece evidente que dicha armonización es una tarea que no pueden llevar a cabo los Parlamentos nacionales. Lo más problemático puede ser definir las materias que son susceptibles de unificación porque, a pesar de centrarse la mencionada Comunicación de la Comisión exclusivamente en el Derecho contractual, el punto 9 de la Resolución, de 15 de noviembre de 2001, lamenta que la Comisión se haya limitado al Derecho de contratos, ya que el Consejo Europeo de Tampere brindaba a este respecto mayores posibilidades. A mayor abundamiento, en el punto 14.a) de la Resolución, el Parlamento solicita a la Comisión que el proceso de aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros presente, como siguiente paso y tras una profunda consulta científica, un plan de acción que englobe, entre otros, los siguientes extremos: Hasta finales de 2004, «compilar en una base de datos, en todas las lenguas de la Comunidad, la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual, y promover, a partir de dicha base de datos, investigaciones en el campo del Derecho comparado, así como la cooperación entre las partes interesadas y los círculos académicos y profesionales relacionados con el Derecho. La cooperación debería tener por objeto alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes y una terminología jurídica común a los quince Estados miembros que podría aplicarse con carácter voluntario (Opción II de la Comunicación) en los siguientes ámbitos: Derecho contractual general, Derecho de compraventa, Derecho de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros y los contratos de seguros, Derecho de garantías personales y Derecho de obligaciones no contractuales (comisión de delitos, enriquecimiento sin causa), Derecho de transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles, Derecho de garantías crediticias y bienes muebles, Derecho de trust».

Además de ello, la Resolución se pronuncia en el sentido de crear, antes de finales de 2002, un «Instituto Jurídico Europeo» en el que los responsables de la política jurídica, la administración, la justicia y la aplicación del Derecho participen, sobre una base científica, en la elaboración de las bases de la futura reforma. Es manifiesto que el final de este camino es todavía impreciso, pero coincide con la Doctora ARROYO en que la codificación del Derecho Civil europeo es una propuesta acertada, porque «el Código proporciona una coherencia interna que no otorgan las Directivas y sus preceptos están ordenados en base a principios generales que permiten nuevas aplicaciones más allá de la regulación expresamente prevista». Parece bastante difícil que este proyecto pueda llevarse a cabo en un futuro inmediato. Antes hace falta, entre otras cuestiones, ir consolidando una doctrina jurídica común sobre bases menos apegadas al Derecho propio. El tren de la unificación del Derecho Privado Europeo ya está en marcha. El destino final es todavía incierto. Puede haber paradas *in itinere* más o menos prolongadas. Pero una cosa es clara: todos los profesionales del Derecho debemos tomar este tren porque el destino definitivo depende, como Itaca, de cómo realicemos entre todos el viaje. Los *Textos básicos* de SCHULZE, ZIMMERMANN y ARROYO, y el *Estudio preliminar* de esta última constituyen, sin duda, una aportación inesti-

mable para fomentar la reflexión y la investigación sobre los diversos modos de llegar a la futura unificación del Derecho Privado Europeo. Pero no parece deseable precipitarse en tal unificación. Volviendo a Cavafis, no debemos tener la menor prisa en este viaje, aunque tampoco es deseable que «el camino sea largo».

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

TÉLLEZ DE PERALTA, JOSÉ DAMIÁN: *El invernadero almeriense (Aspectos jurídicos y socioeconómicos de un milagro verde)*. Tesis Doctoral. Editorial Aula Nobel. Diputación Provincial de Almería. Un tomo de 440 págs.

En este libro, Tesis Doctoral de su autor, se ponen de manifiesto las actuaciones que se desarrollaron en la segunda mitad del siglo xx por el Instituto Nacional de Colonización y después por el IRYDA y que han determinado un llamativo cambio en las estructuras agrarias de la zona de Almería, dando origen a un notable aumento del número de propietarios de tierras, al paso del desértico seco a un regadío intensivo y, sobre todo, a la implantación de unos típicos invernaderos de tipo parral que hoy definen, desde el punto de vista empresarial, a un tipo especial de agricultura que puede ser calificada como el más eficiente de España en el sector hortofrutícola.

Así nos resume su contenido el autor, JOSÉ DAMIÁN TÉLLEZ DE PERALTA, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Almería, que ahora alcanza con esta obra su grado de doctor (¡Laboris causa!), quien inició sus tareas profesionales como Letrado del IRYDA, donde coincidimos en recordados tiempos juveniles de ilusionadas labores y donde siempre ha mostrado una dedicación y una altura doctrinal sobresalientes.

Con ocasión de celebrarse en El Ejido, centro de estas experiencias, el IV Congreso Mundial de Derecho Agrario, la Diputación Provincial de Almería ha editado esta tesis, dirigida por el Catedrático de aquella Universidad, doctor HERRERA CAMPOS, en la que se recogen los aspectos más salientes, sobre todo los de carácter jurídico, que configuran esta especial modalidad de explotación de la tierra, que muestra unas características peculiares.

El libro se compone de nueve capítulos, exponiendo el primero, a título de antecedentes necesarios, el origen de estos invernaderos, aportando los datos físicos, sociológicos y económicos que propiciaron la intervención de los Institutos dichos y después del organismo autónomo sucesor, desde los cuales se han impulsado las actuaciones agrarias de las comarcas de Adra y Dalías.

En el capítulo 2.º se aborda el estudio del invernadero en su estructura como la base física de una empresa agrícola en su espacio tridimensional limitado, en cuyo interior el hombre favorece la reproducción de determinados vegetales y su desarrollo en las condiciones más apropiadas. A seguido, TÉLLEZ DE PERALTA nos presenta las limitaciones que ha sido preciso orillar para poder cumplir los requisitos exigidos para estas instalaciones, nacidos de la legislación del suelo, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de estos invernaderos ha sido objeto de discusiones doctrinales y distintos fallos jurisprudenciales. El autor recoge una sentencia del Tribunal Supremo, la de 21 de diciembre de 1990, como paradigma de dudas; en ella se dice que el inver-

nadero, unido al inmueble, es una pertenencia o un inmueble por destino, pero nunca parte integrante o un inmueble por incorporación... porque no está incorporado, sino asentado o apoyado al suelo, lo mismo que la tubería para el riego, salvo quizá la toma del agua, que el almacén que sostiene la cubierta, el cual sólo está clavado o anclado en el terreno. Por ello, el autor nos dice que al estudiar la naturaleza jurídica del invernadero hay que comenzar por descomponer sus diferentes elementos y que una vez construido tiene vocación de incorporación al suelo, con carácter permanente, aunque algunos elementos sean renovables como el plástico o los alambres y en modo alguno es transportable en el espacio, como tal invernadero, a otros sitios sin destruirlo. Otro problema que aborda el autor es el de si son aplicables aquí las limitaciones dimanantes de la legislación de unidades mínimas de cultivo, en cuanto que la extensión de un invernadero suele ser menor de la fijada en dichas normas, y aquí TÉLLEZ DE PERALTA aporta una curiosa y original solución opinando que podría acudir a la costumbre del lugar que permitiría la división o segregación de superficies menores.

En el capítulo tercero se estudia la agrariedad en el invernadero, acudiendo a contemplar el elemento agrobiológico que permite atribuirle un carácter híbrido entre agrícola e industrial. Hay, de todos modos, una idea empresarial que se estudia en el capítulo cuarto y que el autor contempla a la luz de los conceptos básicos de finca, explotación y empresa agraria, que examina, para concluir que en la empresa agraria del invernadero hay una finca rústica, *fundus instructus*, estructurada con la dotación conjunta de agua, almacén, balsa, utillaje y otros diversos elementos, organizado todo en una explotación para la producción masiva de hortalizas, con fines de mercado, con asunción del riesgo por su titular, con un aprovechamiento empresarial que es su médula.

Tras reflejar en el capítulo 5.º las concomitancias derivadas de estas especiales explotaciones con el medio ambiente, se abordan en el capítulo siguiente, el sexto, otros importantes aspectos jurídicos que son las comunidades que se establecen para aprovechar y regular los riegos en sus distintas modalidades, para cumplir las normas de la vigente Ley de Aguas de 1985, y se pasa al estudio de la comercialización de los productos en el capítulo 7.º, con la característica especial del sistema de alhóndigas donde se juntan agricultores y compradores para transmitir sus productos en régimen de subasta por el sistema de pujas a la llana.

Cuestión muy relacionada con la conservación de estas unidades de explotación es su transmisión *mortis causa*, que puede originar su fragmentación si hay varios herederos y no se ponen de acuerdo. El temido artículo 1.061 del Código, que propugna la partición igualitaria, debe eludirse, y TÉLLEZ DE PERALTA nos expone en el capítulo 8.º todas las posibles soluciones para intentar la continuidad deseada, en una cuidadosa exposición del tema.

Y en el último capítulo, el noveno, con una previa alusión a la productividad de las semillas transgénicas, el autor incide en los aspectos jurídicos de su estudio al considerar típicamente mercantil la compraventa de semillas y estudiar la responsabilidad contractual y extracontractual, con análisis de sus aspectos tanto teóricos como prácticos.

Como final adecuado para toda Tesis Doctoral se formulan nueve conclusiones en las que el autor resume con acierto su doctrina. Por último, junto a una amplia bibliografía, se relacionan las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ha estudiado y son aplicables.

En resumen, un completo estudio de este novedoso e interesante tema de los invernaderos, en su enfoque jurídico y socioeconómico, que nos aporta una valiosa y contrastada información de esta modalidad de explotación de la tierra que, sin duda, interesará no sólo a los agraristas especializados sino también a todos los juristas que en general se preocupen por los problemas de la tierra.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 191 (Enero-Febrero 2002)

«Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano»,
por LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA GESTION DEL SUELO URBANO: 1.1. EQUIDISTRIBUCIÓN Y TAUS. 1.2. APROVECHAMIENTO SUBJETIVO Y EQUIDISTRIBUCIÓN. 1.3. EQUIDISTRIBUCIÓN Y CESIÓN GRATUITA.—2. LA LEY ESTATAL 6/98 ANTES DE LA STC 164/2001: 2.1. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY 6/98. 2.2. LA «URBANIZACIÓN CONSOLIDADA» COMO CRITERIO PARA DEFINIR EL SUC. 2.3. LA «ACTUACIÓN INTEGRADA» COMO CRITERIO PARA DEFINIR EL SUNC. 2.4. EL CARÁCTER «INTEGRAL» O «AISLADO» DE LA «ACTUACIÓN URBANÍSTICA». 2.5. LAS TAUS Y LA LEY 6/98, ANTES DE LA STC 164/2001.—3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 25-11-2000: 3.1. PREVALENCIA DE LA COMPETENCIA AUTONÓMICA. 3.2. EL DEBER DE COMPLETAR LA URBANIZACIÓN PUEDE INCLUIR LA CESIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES. 3.3. LA TAU IMPUESTA NO PODÍA AMPARARSE EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA MADRILEÑA. 3.4. PROCEDENCIA DEL REINTEGRO AL ACTOR DE LA CANTIDAD ABONADA POR LA TAU.—4. EL SUELO URBANO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 164/2001, DE 11 DE JULIO: 4.1. «URBANIZACIÓN» EQUIVALE A «OBRA URBANIZADORA». 4.2. LA DEFINICIÓN DEL SUC O SUNC ES COMPETENCIA AUTONÓMICA «EN LOS LÍMITES DE LA REALIDAD». 4.3. LA EQUIDISTRIBUCIÓN NO SE ANALIZA DIRECTAMENTE. 4.4. LA STC 164/2001 Y LAS TAUS.

«Alcance de la discrecionalidad ordenadora del facultativo redactor de planes parciales», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 47.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: 1.1. LA ACCIÓN URBANÍSTICA COMO FUNCIÓN PÚBLICA EN LA LS98: 1.1.1. *Formulación del planeamiento*. 1.1.2. *Redacción del planeamiento*. 1.2. COLABORACIÓN PARTICULAR EN EL PROCESO DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 1.3. LA FIGURA DEL PLAN PARCIAL: 1.3.1. *Facultativos competentes para su redacción*. 1.3.2. *Naturaleza y caracteres*. 1.3.3. *Evolución legislativa*. 1.3.4. *Formulación pública o privada del plan parcial*. 1.3.5. *Los intervinientes en la formulación privada de los planes parciales*. 1.4. OBJETO DEL TRABAJO.—2. LA AUTONOMIA MUNICIPAL PARA LA ORDENACION URBANA: 2.1. EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PLANES PARCIALES. 2.2. EL CONTROL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA, EN SU CASO, EN LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE LOS PLANES PARCIALES.—3. ALCANCE DE LA COMPETENCIA MUNICIPAL EN LA TRAMITACION DE PLANES PARCIALES:

3.1. DURANTE LA REDACCIÓN: 3.1.1. *Planes Parciales promovidos por la Administración*. 3.1.2. *Planes Parciales promovidos por particulares*. 3.2. EN LOS ACTOS DE APROBACIÓN: 3.2.1. *Competencias del Alcalde en la aprobación inicial*. 3.2.2. *Competencias municipales en las aprobaciones provisional y definitiva*. 3.3. COMPETENCIA DEL FACULTATIVO REDACTOR DEL PLAN PARCIAL DE INICIATIVA PRIVADA EN LAS SOLUCIONES DE ORDENACIÓN DISCRECIONALES: 3.3.1. *Propiedad intelectual*.—4. CODA.

«El canon urbanístico en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias», por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ PARRILLA, pág. 75.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NATURALEZA JURIDICA: A) INGRESO DE DERECHO PÚBLICO O DE DERECHO PRIVADO. B) NATURALEZA NO TRIBUTARIA.—III. ANALISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS.—IV. NACIMIENTO DE LA OBLIGACION Y OBLIGADOS AL PAGO.—V. CUANTIFICACION DEL CANON: A) ¿CANON ÚNICO O MÚLTIPLE? B) BASE DE CÁLCULO.—VI. FIJACION.—VII. AFECCION LEGAL: A) PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO. B) DESTINO. C) GESTIÓN.

«Crónica legislativa: Francia (Noticias sobre la Ley núm. 2000-1208, de 13 de diciembre, relativa a la solidaridad y la renovación urbanas)», por MARTA LORA-TAMAYO VALLVÉ, pág. 109.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. REMOTOS E INMEDIATOS.—2. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LA LEY DE SOLIDARIDAD Y RENOVACION: UNA VISION INTEGRAL DE LA ORDENACION DE LA CIUDAD.—3. CONTENIDO DE LA LEY: 3.1. REFORZAMIENTO DE LAS POLÍTICAS URBANAS Y TERRITORIALES (TÍTULO I): a) *Los documentos/planes de urbanismo y las operaciones de urbanización*; b) *La financiación del urbanismo*. 3.2. HACIA UNA CIUDAD MÁS SOLIDARIA. «LA POLÍTICA DE LA CIUDAD» (POLITIQUE DE LA VILLE) (TÍTULO II): a) *Solidaridad entre colectividades locales en materia de vivienda*; b) *Protección del adquirente de un inmueble en régimen de copropiedad*; c) *Revitalización económica de los barrios*. 3.3. POLÍTICA DE DESPLAZAMIENTOS AL SERVICIO DE UN DESARROLLO SOSTENIBLE (TÍTULO III). 3.4. LA VIVIENDA PÚBLICA: MEDIOS DE ASEGURAR UNA OFERTA DIVERSIFICADA Y DE CALIDAD (TÍTULO IV): a) *La vivienda social y sus organismos*; b) *La insalubridad y la ruina*; c) *La Agencia Nacional para la Mejora de la Vivienda (ANAH)*; d) *Derechos de los arrendatarios. Concepto de alojamiento decente*.

«La reparación del daño al medio ambiente», por LAURA POZUELO PÉREZ, pág. 133 (sin sumario).

Número 192 (Marzo 2002)

«El planeamiento de desarrollo en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (año 2001)», por JOSÉ MARÍA ABAD LICERAS, pág. 11.

SUMARIO: 1. LA PRIMACIA DE LA LEGISLACION ESPECIAL Y SECTORIAL SOBRE LA NORMATIVA URBANISTICA GENERAL.—2. CAUSAS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LA REVISION DE LOS PLANES URBANISTICOS: LA FALTA DE MOTIVACION, LA DESVIACION DE PODER Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS.—3. CARACTERISTICAS DE LOS PLANES PARCIALES EN LA LEGISLACION ESTATAL Y AUTONOMICA.—4. LOS PLANES ESPECIALES EN LA LEGISLACION AUTONOMICA.—5. ALCANCE Y LIMITES DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE.

«Patrimonio histórico: sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia», por JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, pág. 41.

SUMARIO: I. DECLARACION DE BIC: A) COMPETENCIAS. B) PROCEDIMIENTO.—II. PLAN ESPECIAL DEL CONJUNTO HISTORICO.—III. REGIMEN JURIDICO DE LOS BIENES PROTEGIDOS: A) AUTORIZACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. B) LICENCIA MUNICIPAL. C) DEBER DE CONSERVACIÓN. D) RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

«La obligación del Estado de proteger los derechos humanos afectados por el ruido de los aeropuertos (Comentario a la STEDH de 2 de octubre de 2001)», por GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL, pág. 57.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—II. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO HATTON Y OTROS.—III. LA OBLIGACION POSITIVA DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS: 1. NOCIÓN. 2. CONTENIDO: A) *El justo equilibrio de las medidas protectoras y el margen de apreciación del Estado*. B) *Los precedentes del caso Hatton y otros*. C) *Las aportaciones de la sentencia Hatton y otros*.—IV. RECAPITULACION.

«Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo», por JOSÉ PÉREZ MARTOS, pág. 83 (sin sumario).

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 242 (Octubre-Diciembre 2001)

«Derogación singular de los estatutos sociales», por AURORA CAMPINS VARGAS, pág. 1685.

SUMARIO: I. IDENTIFICACION DE LA FIGURA.—II. GRUPOS DE CASOS.—III. LIMITES PARA SU ADOPCION.—IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA INSCRIPCION DE LOS ACUERDOS DE DEROCACION SINGULAR.—V. DEROCACIONES SINGULARES APROBADAS MEDIANTE PACTOS PARASOCIALES.

«El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen», por ALBERTO J. MARTÍN MUÑOZ, pág. 1711.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.- 2. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ARTICULO 18.1 DE LA CE Y EN LA LO 1/1982.—3. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA IMAGEN EN LA LO 1/1982: 3.1. FACULTADES DE LOS MENORES (E INCAPACES). 3.2. LAS PERSONAS JURÍDICAS. 3.3. EL ACTOR Y SU IMAGEN ESCÉNICA.—4. EL CONCEPTO DE IMAGEN PROTEGIBLE: 4.1. LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LA PERSONALIDAD. 4.2. LA REPRODUCCIÓN GRÁFICA DE LA FIGURA Y SUS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN.—5. LOS CONTRATOS SOBRE DERECHOS DE IMAGEN: EL ALCANCE DE LA LO 1/1982: 5.1. EL RÉGIMEN DEL CONSENTIMIENTO Y DE SU REVOCACIÓN. 5.2. EL PROBLEMA DEL ARTÍCULO 2.3 Y SUS EVENTUALES SOLUCIONES: 5.2.1. *El derecho a revocar y su ejercicio en la doctrina del Tribunal Constitucional*. 5.2.2. *El llamado «right of publicity» y su incorporación a la LO 1/1982: a) El derecho al valor publicitario y comercial de la imagen; b) Una crítica al «right of publicity» español*. 5.2.3. *La irrevocabilidad de los contratos. El «ius prohibiendi» y el «ius utendi» del derecho a la propia imagen*. 5.2.4. *Una nueva propuesta: la no revocación de los contratos que afecten a la esfera patrimonial del derecho*. 5.3. RÉGIMEN APLICABLE A LOS NEGOCIOS SOBRE DERECHOS DE IMAGEN.—6. CONCLUSIONES.

«Cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria», por CARLOS BALLUGERA GÓMEZ, pág. 1777.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y CONTROLES ESPECIALES EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN: 1.1. *Protección del tercero a través de la transparencia*. 2. IMPORTANCIA DEL INTERÉS EN JUEGO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DE VIVIENDA. 3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. 4. REGULACIÓN MINUCIOSA Y NECESIDAD DE TRANSPARENCIA: 4.1. *Otras funciones de la transparencia en el sector financiero*. 4.2. *La violación de la normativa sectorial bancaria como evidencia de la no incorporación de la cláusula*.—II. LA NORMATIVA SECTORIAL BANCARIA: 1. GENERALIDADES. 2. LA NORMATIVA SECTORIAL BANCARIA Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. 3. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN PROTECTORA EN EL SECTOR FINANCIERO. 4. LA NATURALEZA DE LA NORMATIVA SECTORIAL BANCARIA: 4.1. *Finalidades de la normativa sectorial bancaria*. 4.2. *La doctrina controvertida*: 4.2.1. Superación de la dicotomía eficacia jurídico/privada-eficacia administrativa: 4.2.1.1. La normativa sectorial bancaria como límite a la autonomía de la voluntad. 4.2.1.2. La normativa sectorial bancaria como índice de la diligencia de la entidad de crédito: 4.2.1.2.1. La diligencia profesional de la entidad de crédito. 4.2.1.3. La sujeción a la normativa sectorial bancaria como garantía o presunción de equilibrio: el apartado 18 de la Disposición Adicional primera de la LGDCU. 4.2.1.4. El recurso a la LGDCU a través del artículo 7. 4.2.1.5. El supuesto de hecho de la abusividad: normativa sectorial bancaria como módulo de abusividad: 4.2.1.5.1. La naturaleza peculiar de la norma prohibitiva de las cláusulas abusivas. 4.2.1.5.2. La LGDCU es la norma civil aplicable en caso de contravención de la normativa sectorial bancaria. 4.2.1.5.3. Un ejemplo de cómo la normativa sectorial bancaria actuaba como módulo de abusividad. 4.2.1.5.4. La normativa sectorial bancaria como modelo de regulación razonable y equilibrada. 5. CONTENIDO DE LA NORMATIVA SECTORIAL BANCARIA: 5.1. *Coste efectivo del crédito y tasa anual equivalente*: 5.1.1. El cambio en las formas jurídicas co-

rrespondiente al cambio en las relaciones económicas. 5.1.2. Interés vs. coste efectivo del crédito. 5.1.3. El coste efectivo del crédito en la Directiva 87/102/CEE y en la normativa sectorial bancaria.—III. ABUSIVIDAD EN CASOS CONCRETOS: 1. FALTA DE EXPRESIÓN O DETERMINACIÓN DEL COSTE EFECTIVO: NULIDAD PARCIAL: 1.1. *El interés como elemento esencial del contrato: ineficacia parcial e integración*. 1.2. *Inscripción parcial y facultades integradoras del registrador*. 2. FACULTADES UNILATERALES DE MODIFICACIÓN: 2.1. *Facultades de resolución unilateral*. 2.2. *Modificación unilateral en beneficio del cliente*. 2.3. *La reserva de facultades unilaterales de resolución bajo la forma de obligación modal*: 2.3.1. Carencia de equivalente pecuniario y plus de beneficio. 2.3.2. Autonomía de la voluntad y obligaciones modales en el préstamo hipotecario frente al consumidor europeo. 2.3.3. Algunos supuestos de causas de vencimiento anticipado que no tienen acceso al Registro de la Propiedad: 2.3.3.1. Cláusulas salvatorias. 2.3.3.2. Vencimiento anticipado por inscripción fuera de cierto plazo. 3. CLÁUSULAS DE INTERÉS VARIABLE: 3.1. *Fundamento económico de la admisibilidad de la cláusula de interés variable*. 3.2. *Estructura de la cláusula de interés variable en los préstamos hipotecarios*: 3.2.1. índice de referencia. 3.2.2. Diferencial constante. 3.2.3. Expresión del módulo vigente de interés al inicio del préstamo y TAE. 3.2.4. Facultad de resolución a favor del prestatario en la cláusula de interés variable: 3.2.4.1. Beneficio del plazo y desistimiento *ad nutum*. 3.2.4.2. Compensación por desistimiento *ad nutum* y plazo de gracia. 3.2.4.3. Asimetría de posiciones contractuales. 3.2.4.4. Plazo de devolución en caso de desistimiento y caso fortuito. 3.2.4.5. Naturaleza de la facultad de extinción anticipada por alza del tipo de interés variable. 3.2.5. Comunicación de la modificación del tipo de interés. 3.2.6. Comunicación de la modificación de comisiones. 3.3. *Otras cláusulas relativas a la variación del tipo de interés*. 4. GARANTÍAS DESPROPORCIONADAS Y CONTRATOS LIGADOS: 4.1. *La desproporción*. 4.2. *Ejemplos de desproporción: suscripción de un seguro*. 4.3. *Matizaciones*. 4.4. *La imposición de un seguro y los contratos ligados*: 4.4.1. Libertad de oferta. 4.4.2. Actitud restrictiva de la jurisprudencia norteamericana. 4.4.3. Condiciones de admisibilidad de los contratos ligados. 4.4.4. La compensación de la cláusula perjudicial o limitativa. 5. EL APARTADO 24.º: INCREMENTOS DE PRECIO ENMASCARADOS EN SERVICIOS FICTICIOS: 5.1. *La comisión de apertura: requisitos*. 6. CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS: 6.1. *Altos intereses moratorios*: 6.1.1. Desplazamiento de la carga de la prueba. 6.2. *Tipos de interés por descubiertos en cuenta corriente*. 6.3. *Acumulación de cláusulas penales*. 7. RESTRICCIÓN DE LAS FACULTADES DE COMPENSACIÓN. 8. RESTRICCIÓN DE LAS FACULTADES DE CONSIGNACIÓN. 9. CLÁUSULAS DE DISTRIBUCIÓN DE GASTOS DOCUMENTALES: 9.1. *Gastos notariales, de gestión y registrales*. 9.2. *Gastos procesales*. 10. REPERCUSIÓN DE ERRORES. 11. LA CLÁUSULA DE LOS 360 DÍAS. 12. OTROS CASOS.

«La transmisión de la empresa a través de distintos contratos. (especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 2000)», por LUIS HERNANDO CEBRIÁ, pág. 1871.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES: A) APROXIMACIÓN A LA EMPRESA COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS. B) APROXIMACIÓN A LAS SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO. C) LOS REFERENTES NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑO-

LA.—II. CONTRATOS SOBRE LOS DISTINTOS ELEMENTOS DE LA EMPRESA: VENTA DEL FONDO DE COMERCIO Y DE LOS ENSERES Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—III. LA SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2000: LA VISION UNITARIA DEL NEGOCIO DE TRANSMISION DE EMPRESA O NEGOCIO EMPRESARIAL: A) EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA. B) CONCEPCIÓN UNITARIA DE LA EMPRESA. C) CONTENIDO OBLIGACIONAL RESULTANTE DE LA SENTENCIA.—IV. EL ESTABLECIMIENTO COMO PARTE DE LA EMPRESA: A) EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL EN EL DERECHO PATRIMONIAL PRIVADO Y EN EL DERECHO DE COSAS. B) EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL Y SU INTEGRACIÓN EN LA EMPRESA.—V. LA RELEVANCIA DE LA LOCALIZACION DEL ESTABLECIMIENTO COMO FACTOR COLECTOR DE LA CLIENTELA: A) CONSIDERACIONES GENERALES. POSTURAS JURISPRUDENCIALES. B) UBICACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO COMO FACTOR COLECTOR DE LA CLIENTELA. C) LA RELEVANCIA DE LA LOCALIZACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE VENTA DE NEGOCIO Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—VI. NEGOCIOS COLIGADOS O NEGOCIO COMPLEJO, ¿ARRENDAMIENTO DE EMPRESA O COMPRAVENTA DE EMPRESA?—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

«La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo», por CARMEN HERRERO SUÁREZ, pág. 1943.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONTROL DE LA CONCENTRACION EMPRESARIAL Y EFICIENCIA ECONOMICA: ENFOQUES ECONOMICOS Y JURIDICOS.—III. PAPEL DE LA EFICIENCIA ECONOMICA EN LA VALORACION DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL DERECHO ANTITRUST ESTADOUNIDENSE: III.1. «MERGER GUIDELINES». III.2. CASUÍSTICA.—IV. ALCANCE DE LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA ECONOMICA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO: IV.1. MARCO LEGAL. IV.2. PRÁCTICA DECISIONAL DE LA COMISIÓN. IV.3. CONCLUSIÓN.—V. CONCLUSION: EFICIENCIA ECONOMICA Y CONTROL DE LA CONCENTRACION EMPRESARIAL. POLITICA EUROPEA Y ESTADOUNIDENSE... ¿DOS MODELOS DIFERENTES?

«Inhabilitación y arresto de la sociedad de capital quebrada administrada por otra sociedad», por DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, pág. 1969.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS EFECTOS PERSONALES DE LA DECLARACION DE QUIEBRA: LA INHABILITACION Y EL ARRESTO DEL QUEBRADO CUANDO ESTE ES ADMINISTRADO POR PERSONA JURIDICA.—III. CONCLUSIONES.

«La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», por JOSÉ M.^a RUIZ SOROA, pág. 1989.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LA PRACTICA DEL SEGURO INTEGRADO.—III. LA DUPLICIDAD DE SEGUROS Y SU INCI-

DENCIA EN LA ECONOMIA DEL TRANSPORTE. PROPUESTAS PARA SU SUPRESION.

«Importaciones paralelas, reimportaciones y agotamiento internacional de los derechos de patente (con especial referencia a las patentes farmacéuticas)», por CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, pág. 2009.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL CONCEPTO DE EXPLOTACION DEL DERECHO DE PATENTE.—III. LA COMERCIALIZACION CONSENTIDA.—IV. EL AGOTAMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE PATENTE: CONCILIACION ENTRE LA COHERENCIA COMERCIAL Y LA «AMENAZA» DE DESAPARICION DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA: A) LOS PRECIOS DE LOS MEDICAMENTOS: REIMPORTACIONES E IMPORTACIONES PARALELAS. B) LA COHERENCIA DEL AGOTAMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO. C) LA EXPERIENCIA DEL AGOTAMIENTO COMUNITARIO DE LAS PATENTES FARMACÉUTICAS. D) A MODO DE SÍNTESIS, LA SECTORIALIZACIÓN DEL AGOTAMIENTO INTERNACIONAL.—V. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 150 (Enero-Junio 2001)

«Los Concilios Compostelanos de Diego Gelmírez», por JAIME JUSTO FERNÁNDEZ, págs. 9-50.

«La absolución de herejía de Enrique IV de Francia por Clemente VIII. Un caso moral, canónico y político conflictivo», por JOSÉ I. TELLECHEA IDÍGORAS, págs. 51-93.

«La dimensión humana de la formación sacerdotal en el decreto conciliar *Optatam Totius*», por JOSÉ SAN JOSÉ PRISCO, págs. 95-127.

«Intento de unificación de las Universidades salmantinas (1952-1954)», por ANTONIO GARCÍA MADRID y JOSÉ M.^a ALFONSO SÁNCHEZ, págs. 129-171.

«Libertad religiosa y neutralidad escolar. A propósito del crucifijo y de otros símbolos de carácter confesional», por GLORIA MORENO BOTELLA, págs. 173-218.

«Algunas reflexiones sobre las modalidades especiales y la forma extraordinaria en el sistema matrimonial español», por CRISTINA ODRIÓZOLA IGUAL, págs. 219-245.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 43 (2001)

«El proceso de incapacitación», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 1475.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. TRAMITACION.—III. DEMANDA.—IV. COMPETENCIA.—V. LEGITIMACION: 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 2. LEGITIMACIÓN PASIVA.—VI. REPRESENTACION Y DEFEN-

SA.—VII. OBLIGACION DE COMUNICACION.—VIII. FACULTAD DE DENUNCIA.—IX. INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL.—X. ACUACION DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.—XI. ACUMULACION DE PRETENSIONES.—XII. CONTENIDO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA.—XIII. MODIFICACION Y EXTINCION DE LA INCAPACITACION.—XIV. PUBLICIDAD.

Número 44 (2001)

«Problemas y soluciones de las sociedades profesionales de cara a una futura Ley», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁs, pág. 1517.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PROFESIONAL. SU ADMISIBILIDAD.—III. LOS TIPOS SOCIETARIOS: 1. LA SOCIEDAD CIVIL. 2. LA SOCIEDAD COLECTIVA. 3. LAS SOCIEDADES DE CAPITALES. ANÓNIMAS Y LIMITADAS.—IV. LA POSIBILIDAD DE LAS SOCIEDADES MULTIDISCIPLINARIAS.—V. EL REGISTRO DE SOCIEDADES PROFESIONALES.—VI. COMPOSICION Y DENOMINACION SOCIAL.—VII. LA FORMALIZACION DEL CONTRATO. LA ESCRITURA PUBLICA.—VIII. LA APORTACION DE LOS SOCIOS. PARTICIPACION EN BENEFICIOS Y PERDIDA.—IX. OTRAS CUESTIONES: 1. LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL Y DE LOS PROFESIONALES. 2. SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS.—X. LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE NOTARIOS.

Número 45 (2001)

«La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia», por MARTA CARBALLO FIDALGO, pág. 1553.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LEGITIMA Y LOS LEGITIMARIOS.—III. EL CALCULO DE LA LEGITIMA.—IV. LA SATISFACCION DE LA LEGITIMA: 1. EL DERECHO A UNA «PARS BONORUM» Y SUS EXCEPCIONES. 2. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE PAGO EN BIENES EXTRAHEREDITARIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 149 DE LA LDCG: A) *La decisión del causante:* a) Personas legitimadas para autorizar el pago en metálico; b) La facultad de los herederos de satisfacer la legítima con bienes hereditarios. B) *El convenio entre el legítimo y el obligado al pago de la legítima.* C) *El pago acordado en pacto de mejora.* 3. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA LEGÍTIMA PAGADERA EN METÁLICO EXTRAHEREDITARIO: A) *La notificación de la decisión de pago en metálico.* B) *La liquidación de la legítima.* C) *El pago.*—V. LA PROTECCION DE LA LEGITIMA.

Número 46 (2001)

«La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente», por ANTONIA NIETO ALONSO, pág. 1591.

SUMARIO: I. EL PROPOSITO DE ESTE ESTUDIO.—II. BREVE EXCURSUS EN RELACION CON LA ACCIÓN NEGATORIA: 1. **ÁMBITO DE LA ACCIÓN:** A) *Procedencia*. B) *Improcedencia*. 2. **DE CÓMO LA SERVIENTÍA ADQUIERE LA RELEVANCIA DE PRESUPUESTO TRASCENDENTE PARA LA INVIABILIDAD DE LA ACCIÓN NEGATORIA DE UNA SERVIDUMBRE DE PASO.** 3. **CONCORDANCIAS Y DISCORDANCIAS DE LA ACCIÓN NEGATORIA Y OTRAS ACCIONES REALES:** A) *Acción negatoria y acción reivindicatoria*. B) *Acción negatoria y acción declarativa del dominio. Particular referencia a la acción confesoria*. 4. **LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN:** A) *Legitimación activa*. B) *Legitimación pasiva*. 5. **LA PRUEBA.** 6. **LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.** 7. **EL «PETITUM», LA FINALIDAD Y RAZÓN DE SER DE LA ACCIÓN NEGATORIA:** A) *La libertad del dominio y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a la perturbación*. B) *El cese de la perturbación y la indemnización de daños y perjuicios*. C) *La abstención de perturbaciones futuras*. D) *La reparación del daño moral*.—**III. DAÑOS OCASIONADOS POR LA IMMISSIO. ZONA DE TANGENCIA ENTRE LA JURISDICCION COMUN Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:** 1. **LA ACCIÓN NEGATORIA DEL PROPIETARIO DE UN INMUEBLE AFECTADO POR UNA INMISIÓN DOLOSA O CULPOSA.** 2. **LA PROHIBICIÓN DE TODA INMISIÓN PERJUDICIAL O NOCIVA INDUCIDA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL —ART. 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL— Y LA GENERALIZACIÓN ANALÓGICA DE LOS ARTÍCULOS 590, 1.908 Y 1.910 DEL CÓDIGO CIVIL.** 3. **EL ABUSO DEL DERECHO —ART. 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL— Y LA CUESTIÓN DE SI ES RECONDUCTIBLE A TAL FIGURA EL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN NEGATORIA.** 4. **INMISIONES MOLESTAS EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL Y AUTONÓMICA —SUPUESTOS RELEVANTES—. REFERENCIA A LA PREOCUPACIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA POR ESTAS CUESTIONES. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL:** A) *Legislación especial*. B) *Derecho autonómico*. C) *Perspectiva constitucional*.—**IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.**

Número 47 (2001)

«Particularidades del precontrato de trabajo frente al civil», por CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, pág. 1631.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ELEMENTOS PARA UNA DEFINICION DEL PRECONTRATO DE TRABAJO: 1. **PRECONTRATO Y CONTRATO DE TRABAJO «IN FIERI».** 2. **EL PRECONTRATO EN FAVOR DE TERCEROS NO ES UN VERDADERO PRECONTRATO DE TRABAJO.—III. REGIMEN JURIDICO.—IV. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO DE TRABAJO:** 1. **¿EJECUCIÓN FORZOSA?:** A) *(In)fungibilidad de la obligación de concluir el contrato de trabajo proyectado*. 2. **¿ES UN SUPUESTO CONSTITUTIVO DE DESPIDO?** 3. **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.—V. LA VIS ATRACTIVA DEL ORDEN SOCIAL:** 1. **PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES.**

Número 48 (2001)

«La legitimación del Ministerio Fiscal para la tutela colectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», por MÓNICA GARCÍA VILA, pág. 1659.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. REFERENCIA AL AMBITO SUBJETIVO DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—III. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION: 1. SU ACTUACIÓN EN EL PROCESO CIVIL: A) *Como dictaminador*. B) *Como representante*. C) *Como parte*. 2. JUSTIFICACIÓN DE SU ACTUACIÓN COMO PARTE EN EL PROCESO CIVIL EN MATERIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 3. DISTINTAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN: COMO LEGITIMADO ORIGINARIO Y COMO INTERVINIENTE POSTERIOR: A) *Como legitimado originario*. B) *Como interviniente en procesos iniciados por otra de las entidades del artículo 16 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*.—IV. REFLEXIONES FINALES.

Número 1 (2002)

«La jurisprudencia y los recursos extraordinarios», por XAVIER O'CALLAGHAN, pág. 1.

SUMARIO: I. PROEMIO.—II. LA JURISPRUDENCIA NO ES FUENTE DEL DERECHO.—III. RECURSO POR INFRACCION PROCESAL.—IV. RECURSO DE CASACION.—V. RECURSO EN INTERES DE LEY.—VI. RECURSO DE REVISION.

Número 2 (2002)

«Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil», por CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, pág. 25.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. GENESIS DEL ARTICULO 160 DEL CODIGO CIVIL.—III. REGULACION DEL DERECHO A RELACIONARSE ENTRE ABUELOS Y NIETOS: 1. EN PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO. 2. EN ESPAÑA.—IV. DENTRO DE LOS PARIENTES, EN PRIMER LUGAR, LOS ABUELOS.—V. NO ES IGUAL EL DERECHO DE VISITA QUE CORRESPONDE A LOS ABUELOS QUE A LOS PADRES.—VI. ¿QUE HAY QUE ENTENDER POR JUSTA CAUSA?—VII. PERSONAS GRAVADAS CON EL DERECHO DE VISITA.—VIII. INTERES DEL MENOR.—IX. DERECHO DE AUDIENCIA.—X. PROPOSICIONES LEGISLATIVAS SOBRE EL DERECHO A RELACIONARSE ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—XI. A MODO DE CONCLUSION.

Número 3 (2002)

«Los procedimientos de tráfico en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», por JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, pág. 51.

SUMARIO: I. EL PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA TRAMITACION DE LAS RECLAMACIONES DERIVADAS DE LOS ACCIDENTES CAUSA-

DOS POR VEHICULOS DE MOTOR.—II. SOBRE LA COMPETENCIA EN ESTA CLASE DE PROCEDIMIENTOS.—III. SOBRE LA POSTULACION PROCESAL.—IV. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INSTAR DILIGENCIAS PRELIMINARES.—V. SOBRE ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA DEMANDA.—VI. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACUMULACION DE LOS PROCESOS EN LOS QUE SE TRAMITAN RECLAMACIONES DE TAL CLASE.—VII. LA INTERVENCION ADHESIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE TRAFICO.—VIII. LA POSIBILIDAD DE RECONVENIR CONTRA LITISCONSORTES DEL ACTOR.—IX. ALGUNAS PARTICULARIDADES CON RELACION A LA ACTIVIDAD PROBATORIA.—X. DE LAS PARTICULARIDADES DERIVADAS DEL REGIMEN DE RECURSOS.—XI. SENTENCIA Y RECURSOS.—XII. SOBRE LA EJECUCION PROVISIONAL DE ESTAS SENTENCIAS.—XIII. SOBRE EL TITULO EJECUTIVO DE TRAFICO.—XIV. MODIFICACION DE LA DISPOSICION ADICIONAL OCTAVA 2 DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD Y SEGURO EN LA CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR.—XV. REGIMEN TRANSITORIO.

Número 4 (2002)

«La esterilización del deficiente psíquico (1)», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION LEGISLATIVA.—III. ANALISIS DE LOS REQUISITOS CONSIGNADOS EN EL ARTICULO 156 DEL CP: 1. QUE EL PROCEDIMIENTO O INTERVENCIÓN SEA REALIZADO POR UN «FACULTATIVO». 2. QUE SE TRATE DE UNA «PERSONA INCAPACITADA». 3. QUE LA PERSONA INCAPACITADA «ADOLEZCA DE GRAVE DEFICIENCIA PSÍQUICA». 4. QUE LA ESTERILIZACIÓN HAYA SIDO «AUTORIZADA POR EL JUEZ». 5. QUE EL JUEZ UTILICE COMO «CRITERIO RECTOR EL MAYOR INTERÉS DEL INCAPAZ». 6. QUE EXISTA PETICIÓN DEL «REPRESENTANTE LEGAL DEL INCAPAZ». 7. QUE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL SE TRAMITE, «BIEN EN EL MISMO PROCESO DE INCAPACITACIÓN O BIEN POSTERIORMENTE EN EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA». 8. QUE SEA «OÍDO EL DICTAMEN DE DOS ESPECIALISTAS». 9. QUE SEA «OÍDO EL MINISTERIO FISCAL». 10. QUE EXISTA «PREVIA EXPLORACIÓN DEL INCAPAZ».

Número 5 (2002)

«Los recursos extraordinarios: el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal», por RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES, pág. 133.

SUMARIO: I. RECURSO DE CASACION: 1. FUNDAMENTO. 2. CARACTERÍSTICAS. 3. COMPETENCIA, RESOLUCIONES RECURRIBLES Y MOTIVOS DEL RECURSO: A) *Competencia*. B) *Resoluciones recurribles*. C) *Motivos del recurso*. 4. PROCEDIMIENTO: A) *Preparación*. B) *Interposición*. C) *Admisión del recurso*. D) *Suspensión de tramitación u oposición de las partes recurridas*. E) *Vista*. F) *Sentencia*.—II. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL: 1. FUNDAMENTO. 2. CARACTERES. 3. COMPETENCIA, RESOLUCIONES RECURRIBLES Y MOTIVOS

DEL RECURSO: A) *Competencia*. B) *Resoluciones recurribles*. C) *Motivos del recurso*. 4. PRESUPUESTOS PROCESALES. 5. PROCEDIMIENTO: A) *Preparación*. B) *Interposición*. C) *Remisión de los autos*. D) *Admisión*. E) *Oposición de las partes recurridas*. F) *Vista*. G) *Sentencia*.—III. REGIMEN TRANSITORIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. COMPETENCIA. 3. RESOLUCIONES RECURRIBLES. 4. PROCEDIMIENTO: A) *Preparación*. B) *Interposición*. C) *Admisión*. D) *Tramitación*.

Número 6 (2002)

«La protección de datos en Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», por GUILLERMO OROZCO PARDO, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INFORMATICA Y EL DERECHO: 1. EL RETO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DERECHO. 2. TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS REGULADORAS DE ESTA PROBLEMÁTICA. 3. EL ARTÍCULO 18.4 DE LA CE DE UNA NORMA LIMITADORA A LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 4. LOS ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS. 5. TEXTOS LEGALES DE REFERENCIA.—III. LA LEY ORGANICA DE REGULACION DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS PERSONALES Y SU PROBLEMÁTICA: 1. GÉNESIS DE UNA LEY TARDÍA. 2. UN BREVE ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LORTAD. 3. EL DECAIMIENTO DE UN RECURSO DESISTIDO.—IV. LA LEY ORGANICA 15/1999, DE PROTECCION DE DATOS DE CARACTER PERSONAL. PROBLEMAS E INTERROGANTES: 1. UNA REFORMA NECESARIA, PERO INCOMPLETA.—V. UNA PROBLEMÁTICA PENDIENTE DE RESOLVER: 1. JUSTIFICACIÓN Y REQUISITOS DE LAS LIMITACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL. 2. LOS PRECEPTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONALES POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 292/2000.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (Julio-Diciembre 2000)

«La reforma del sistema español de Derecho Internacional Privado. Algunas propuestas para un debate», por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, pág. 353 (sin sumario).

«La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral», por NURIA BOUZA VIDAL, pág. 371.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: A) LA AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE RESPECTO DE OTROS SECTORES DEL ORDENAMIENTO. B) LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE.—2. LA ARBITRABILIDAD: UNA NOCIÓN DE CONTENIDO PROCESAL.—3. LA ARBITRABILIDAD DE LOS LITIGIOS Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—4. EL CONTROL DE LA ARBITRABILIDAD EN EL MARCO DEL ARBITRAJE PRIVADO ONTERNACIONAL: A) AUTORIDADES COMPETENTES PARA PRONUNCIARSE RESPECTO DE LA ARBITRABILIDAD DEL LITIGIO. B) DERECHO APLICABLE A LA ARBI-

TRABILIDAD.—5. DIFICULTADES INHERENTES A LA APLICACION DE LA *LEX FORI* Y PROPUESTAS DE MEJORA.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (2002)

«Usufructo sobre participantes en fondos de inversión», por CARMELO AGUSTÍN TORRES, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: A) CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE FONDOS DE INVERSIÓN (FI). B) PREÁMBULO DE LA LEY. C) SU CARÁCTER DISPOSITIVO. D) POSIBLE REGULACIÓN ESPECÍFICA EN LOS REGLAMENTOS DE LOS FI. E) FONDOS A LOS QUE SE APLICA LA REGULACIÓN. F) SENTIDO GENERAL DE LA LEY CATALANA. G) APLICACIÓN TEMPORAL.—II. ESTUDIO DE LOS TEXTOS LEGALES.—III. ALGUNAS IMPLICACIONES FISCALES.—IV. ALGUNAS APLICACIONES PRÁCTICAS.

«La reforma laboral. Estudio de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento de empleo y la mejora de su calidad», por EDUARDO ROJO TORRECILLA, pág. 35.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RAZONES OFICIALES JUSTIFICADORAS DE LA REFORMA Y VALORACIONES CRÍTICAS.—III. EXAMEN DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA REFORMA LABORAL: 1. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN. 2. LA REFORMA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y DEL CONTRATO DE RELEVO. 3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL: 3.1. *El «nuevo» contrato de inserción.* 3.2. *Modificaciones generales.* 4. LA CONTRATACIÓN VÍA EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. ¿MENOS CONTRATOS Y DE MÁS LARGA DURACIÓN? 5. LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS. 6. DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, Y DE SUCESIÓN DE EMPRESAS. 7. UNA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO. ¿RAZONES OBJETIVAS? 8. EL PROGRAMA DE FOMENTO DEL EMPLEO. INCENTIVACIÓN DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA VÍA REDUCCIÓN DE LAS COTIZACIONES EMPRESARIALES A LA SEGURIDAD SOCIAL Y VÍA CONTRATACIÓN DE COLECTIVOS DE DIFÍCIL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO. 9. LA NUEVA REGULACIÓN EN EL ÁMBITO ESTATAL DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN. 10. MEJORA DE LA ATENCIÓN A LOS RECIÉN NACIDOS Y MÁS DERECHOS PARA LOS PADRES. 11. LA SUPRESIÓN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA. ¿REFORMA LEGAL Y CONVENCIONAL O SÓLO LA PRIMERA? 12. LAS AYUDAS DE FOMENTO DE EMPLEO PARA TODAS LAS EMPRESAS Y TODOS LOS SECTORES.—IV. RECAPITULACION FINAL.

«La legislación española de 2001 sobre extranjería e inmigración», por EDUARDO SEGARRA TRÍAS, pág. 61.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA GLOBALIZACION Y LA MULTICULTURALIDAD, CONDICIONANTES DE UNA LEGISLACION DE EXTRANJERIA E INMIGRACION: A) CONDICIONANTES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EXTRAN-

JERÍA: LA GLOBALIZACIÓN. B) LEGISLACIÓN RESULTANTE.—III. LA LEY ORGÁNICA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL 8/2000, QUE REFORMA LA LEY ORGÁNICA 4/2000: A) PRINCIPIOS, VALORES Y NORMAS. B) ESTRUCTURA DE LA LEY ORGÁNICA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL 4/2000, TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2000. C) EL REGLAMENTO 2001 DE EJECUCIÓN DE LA LODYLE 4/2000, DE 11 DE ENERO, REFORMADA POR LA LEY 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE.—IV. CONSIDERACIONES Y ASPECTOS GENERALES A DESTACAR DE LA LODYLE 8/2000 Y SU REGLAMENTO DE 2001: A) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY. B) ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000. C) EXTRANJERÍA PRIVILEGIADA. D) REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.—V. ARTICULOS DE LA LODYLE 8/2000, OBJETO DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LIMITAR DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS: A) DERECHO DE MANIFESTACIÓN Y REUNIÓN. B) DERECHO DE ASOCIACIÓN. C) LIBERTAD DE SINDICACIÓN DE LOS EXTRANJEROS. D) DERECHO DE HUELGA DE LOS EXTRANJEROS. E) EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.—VI. LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS EN LA LODYLE 8/2000: INTRODUCCIÓN: A) DERECHO DEL EXTRANJERO Y DEL INMIGRANTE A LA DIGNIDAD Y A SER TRATADO COMO PERSONA. B) PRINCIPIO DE IGUALDAD Y CLÁUSULA ANTIDISCRIMINATORIA (ARTS. 3 Y 18 DE LA LODYLE 4/2000). C) DERECHO A MANTENER LA DOCUMENTACIÓN (ART. 4). D) DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN (ART. 5). E) DERECHO A LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA DE LOS EXTRANJEROS (ART. 6). F) DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA EXTRANJERÍA (ARTS. 10 Y 14). G) ASISTENCIA SANITARIA (ART. 12). H) EL ACCESO A LAS AYUDAS EN MATERIA DE VIVIENDA (ART. 13). I) DERECHO A LA EDUCACIÓN (ART. 9). J) DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN.—VII. NOVEDADES Y VARIACIONES DE LA LO 8/2000, EN RELACIÓN CON LA LO 4/2000.—VIII. DERECHO SANCIONADOR DE EXTRANJERÍA: EXPULSIONES, DEVOLUCIONES, PROHIBICIÓN DE ENTRADA, RETORNO.—IX. FORMAS ESPECIALES Y ATÍPICAS DE REGULAR LA INMIGRACIÓN: LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR, CUPOS CONTINGENTES Y REGULARIZACIONES.—X. CONCLUSIONES.—APÉNDICE.

«El menor de edad y la nueva ley penal», por TERESA ORTA I RAMÍREZ y ELIES ROSENT I ALBIOL, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: A) LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. B) EL MARCO CONSTITUCIONAL Y EL MARCO LEGAL EUROPEO. C) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 36/91, DE 14 DE FEBRERO. D) LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: 1. *Particularidades de la actuación del Juez de Menores: La especialización. La intervención del Juez de Menores en la instrucción del expediente. ¿Peligra la garantía de su imparcialidad? Las resoluciones, ¿discrecionalidad o arbitrariedad? La pieza de responsabilidad civil.* 2. *El Ministerio Fiscal instructor del expediente.* 3. *La intervención preceptiva del Abogado Defensor del Menor.* E) LA LEY ORGÁNICA 7/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, Y DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RES-

PONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TERRORISMO. F) CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 11 (Septiembre-Diciembre 2001)

«La rehabilitación del patrimonio arquitectónico en la nueva legislación urbanística de la Comunidad de Madrid: en especial, del patrimonio inmobiliario histórico», por JOSÉ MARÍA ABAD LICERAS, pág. 7.

SUMARIO: I. PRESUPUESTO INICIAL: LA SITUACION DE DEGRADACION DEL PATRIMONIO ARQUITECTONICO EN GENERAL Y DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO HISTORICO EN PARTICULAR: 1. LA SITUACIÓN DE DEGRADACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN GENERAL. 2. LA SITUACIÓN DE DEGRADACIÓN DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO HISTÓRICO EN PARTICULAR: 2.1. *Tesis de Alvarez y Alvarez*. 2.2. *Tesis de Alonso Ibáñez*. 2.3. *Tesis de Pereda Alonso*. 2.4. *Tesis de Moresco Suárez*. 2.5. *Tesis propia*.—II. FUENTES NORMATIVAS REGULADORAS DE LA REHABILITACION DEL PATRIMONIO ARQUITECTONICO EN LA LEGISLACION DE LA COMUNIDAD DE MADRID: 1. LEGISLACIÓN PREVALENTE O DE PRIMER GRADO. 2. LEGISLACIÓN DE SEGUNDO GRADO. 3. LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. 4. JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PATRIMONIO HISTÓRICO A LA URBANÍSTICA.—III. LA LEY 7/2000, DE 19 DE JUNIO, DE REHABILITACION DE ESPACIOS URBANOS DEGRADADOS Y DE INMUEBLES QUE DEBAN SER OBJETO DE PRESERVACION: ANALISIS PRACTICO: 1. AMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA: 1.1. *Los espacios urbanos degradados*. 1.2. *Los inmuebles objeto de preservación*. 1.3. *Elementos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/2000*. 2. AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY. 3. AMBITO FORMAL DE APLICACIÓN DE LA LEY: 3.1. *Requisitos comunes*. 3.2. *Requisitos especiales*: 3.2.1. *Espacios urbanos degradados*. 3.2.2. *Los inmuebles objeto de preservación*. 4. CRITERIOS RECTORES EN LAS ACTUACIONES DE REHABILITACIÓN: 4.1. *Criterios de carácter general*. 4.2. *Criterios de carácter especial*. 5. AMBITO PROCEDIMENTAL PARA LAS SOLICITUDES DE AYUDAS PÚBLICAS. 6. EL CATÁLOGO REGIONAL DE PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO: 6.1. *Concepto y ámbito objetivo de aplicación*. 6.2. *Supuestos excluidos*. 6.3. *Ámbito subjetivo de aplicación*. 6.4. *Clases de catálogos regionales*.—IV. LA REHABILITACION DEL PATRIMONIO ARQUITECTONICO EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

«El reparto competencial en materia de telecomunicaciones y medios de comunicación social: un examen de la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional», por MIGUEL ANGEL PÉREZ GRANDE, pág. 45.

SUMARIO: 1. EXAMEN DE LA CONFLICTIVIDAD SUSCITADA ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: 1. LA CONFLICTIVIDAD EN CIFRAS. 2. BREVE COMENTARIO SOBRE LOS PRINCIPALES ASPECTOS CONTROVERTIDOS.—II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECAIDA EN LA MATERIA: ANALISIS POR CONCEPTOS: 1. CRITERIOS PARA EL DESLINDE MATERIAL DE

AMBOS TÍTULOS. 2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES (ART. 149.1.21.^a CE): 2.1. *Asignación de frecuencias y control técnico de las emisoras, equipos, aparatos y estaciones radioeléctricas*. 2.2. *Potestades de inspección y sanción*. 2.3. *Aprobación de Planes y Reglamentos Técnicos*. 3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL (ART. 149.1.27.^a CE): 3.1. *Marco competencial*. *El Estatuto de la Radio y la Televisión como norma delimitadora de las competencias autonómicas*. 3.2. *Régimen de las concesiones para la gestión indirecta de los servicios de radiodifusión y televisión*: 3.2.1. Criterios generales: su conexión con el artículo 149.1.27.^a de la Constitución. 3.2.2. Las concesiones de emisoras de radiodifusión sonora en frecuencia modulada. 3.2.3. Las concesiones de emisoras de radiodifusión sonora en ondas corta, larga y media y de televisión privada. 3.2.4. Las concesiones de emisoras de televisión privada. 3.2.5. Las facultades de inspección, control y sanción: su carácter accesorio respecto a la competencia de otorgamiento de las concesiones. 3.3. *Los Consejos Asesores de RTVE en las Comunidades Autónomas: naturaleza y funciones*. 3.4. *El régimen de los terceros canales de televisión*. ANEXOS: ANEXO I. Relación de conflictos formulados ante el Tribunal Constitucional. ANEXO II. Relación cronológica de sentencias del Tribunal Constitucional.

«El control parlamentario: algunas consideraciones en torno a la función de control en las Comunidades Autónomas», por MARÍA REYES DOMÍNGUEZ AGUDO, pág. 75.

SUMARIO: I. LA FUNCION DE CONTROL PARLAMENTARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LEGITIMACIÓN PARLAMENTARIA Y DEL PODER EJECUTIVO. 3. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. 4. LA FUNCIÓN INFORMATIVA DEL CONTROL PARLAMENTARIO. 5. EL CONTROL COMO IMPULSOR DE LA ACCIÓN POLÍTICA Y DE GOBIERNO. 6. EL CONTROL DE LA FACULTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO.—II. LA FUNCION DE CONTROL EN LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: 1. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL. 2. LA RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 3. PARLAMENTARISMO AUTONÓMICO. 4. EL CONTROL PARLAMENTARIO EN EL SISTEMA AUTONÓMICO.—III. EL CONTROL PARLAMENTARIO AUTONÓMICO: 1. ALGUNOS MEDIOS DE CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. ELEMENTOS DE CONTROL PARLAMENTARIO EN EL SISTEMA AUTONÓMICO.—IV. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

«Falta de jurisdicción de los órganos del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de las acciones interdictales formuladas contra la administración pública», por FERNANDO LUQUE REGUEIRO, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTADO DE LA CUESTION EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA.—III. EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA (1998-2001): TENDENCIA DE LOS JUECES CIVILES A DECLARAR LA FALTA DE JURISDICCION: 1. JURISPRUDENCIA DEL AÑO 1998. 2. JURISPRUDENCIA DEL AÑO 1999. 3. JURISPRUDENCIA DEL AÑO 2000. 4. JURISPRUDENCIA DEL AÑO 2001.—IV. FUNDAMENTACION DEL DESAPODERAMIENTO DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCI-

MIENTO DE LOS INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACION: 1. LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEBE SER ATEMPERADA POR LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA Y LÓGICA. 2. EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO OTORGA A LOS CIUDADANOS UNA TUTELA JUDICIAL DEL MISMO NIVEL QUE EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL: AQUÉLLA ES TAN «ORDINARIA» COMO ÉSTA. 3. EXISTENCIA DE UN CAUCE PROCESAL «AD HOC» PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS PRETENSIONES RELATIVAS A LA VÍA DE HECHO. 4. IMPRORROGABILIDAD Y EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 5. DEROGACIÓN TÁCITA DEL ARTÍCULO 101 DE LA LEY 30/92, DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEF Y DEMÁS ARTÍCULOS CONCORDANTES.—V. **TRATAMIENTO JURIDICO-PROCESAL DE LA EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION:** 1. CAUCE PROCESAL PARA DENUNCIAR LA FALTA DE JURISDICCIÓN ANTE EL JUEZ CIVIL. 2. CONTENIDO DE LA DECLINATORIA, LEGITIMACIÓN PARA PROPONERLA Y TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE ELLA. 3. MOMENTO PROCESAL PARA LA PROPOSICIÓN DE LA DECLINATORIA. 4. EFECTOS DE LA PROPOSICIÓN DE LA DECLINATORIA.—VI. **CONCLUSION.**

«La subsanación del artículo 45.3.º de la LJ de 1998», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 133.

SUMARIO: I. LA SUBSANACION DEL ARTICULO 45.3.º DE LA LJ DE 1998:

1. LA OMISIÓN DE CONSIGNAR EN EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN LA PETICIÓN U OBJETO. 2. LA OMISIÓN DE ALGUNO DE LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS EXIGIDOS EN EL ARTÍCULO 45.2.º: a) *Falta de documentación que acredite la legitimación o la representación del recurrente;* b) *La no acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación: inadmisibilidad por inexistencia del acuerdo o inadmisibilidad por defecto de capacidad.*—II. **LIMITES A LA SUBSANABILIDAD:** 1. LA SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS DE LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL POR INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.

«La subasta de bienes inmuebles y sus problemas», por CRISTINA-CAROLINA PASQUAL BROTONS, pág. 157.

SUMARIO: I. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA EJECUCION FOR-

ZOSA: 1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA EJECUCIÓN. 2. LA SUBASTA EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DINERARIA: 2.1. *El procedimiento de ejecución dineraria.* 2.2. *Culminación de la ejecución: la subasta.* 3. ACCIÓN EJECUTIVA Y TÍTULO EJECUTIVO. 4. TÍTULOS EJECUTIVOS. 5. SUJETOS EN LA EJECUCIÓN. ESPECIALIDADES EN LA SUBASTA. 6. ÓRGANO COMPETENTE.—II. **PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES:** 1. CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS. 2. COMUNICACIONES DEL REGISTRADOR. 3. INFORMACIÓN A LOS TITULARES DE CRÉDITOS ANTERIORES Y PREFERENTES. 4. COMUNICACIÓN DE LA EJECUCIÓN A LOS ARRENDATARIOS, A LOS OCUPANTES DE HECHO Y AL TERCER POSEEDOR. 5. PRESENTACIÓN DE TÍTULOS. 6. VALORACIÓN DEL INMUEBLE.—III. **ANUNCIO Y CELEBRACION DE LA SUBASTA:** 1. ANUNCIO: 1.1. *Publicidad de los anuncios.* 1.2. *Contenido de los edictos.* 1.3. *Subasta simultánea.* 2. CELEBRACIÓN: 2.1. *Definición.* 2.2. *Comprobaciones preliminares.* 2.3. *Requisitos para pujar.* 2.4. *El acto de la subasta.* 2.5. *Subasta sin postor.* 2.6. *Adjudicación*

en pago. Remate y adjudicación. 2.7. Subasta en quiebra.—IV. TRÁMITES POSTERIORES A LA SUBASTA: 1. CESIÓN DEL REMATE. 2. DESTINO DE LAS SUMAS OBTENIDAS EN LA SUBASTA: 2.1. *Intereses y costas en la ejecución. 2.2. Reparto del sobrante.* 3. INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN Y CANCELACIÓN DE CARGAS: 3.1. *Acceso al Registro del auto aprobatorio del remate. 3.2. El mandamiento de cancelación. 3.3. Subasta de inmueble no anotado preventivamente. 3.4. Calificación registral del documento.* 4. LA POSESIÓN.—V. LA SUBASTA EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: 1. TRÁMITES PREVIOS A LA SUBASTA. 2. ANUNCIO Y NOTIFICACIONES. 3. LÍMITES POR CRÉDITOS PERSONALES NO GARANTIZADOS. 4. DISTRIBUCIÓN DEL SOBRANTE.—VI. PECULIARIDADES Y PROBLEMAS EN LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES: 1. TERCERÍA DE DOMINIO: COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN; PROCEDIMIENTO; EFECTOS DE SU INTERPOSICIÓN EN LA REALIZACIÓN MEDIANTE SUBASTA. 2. TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: PREFERENCIA ENTRE CRÉDITOS; PROCEDIMIENTO; EFECTOS. 3. BIENES QUE INTEGRAN LA SOCIEDAD CONYUGAL: DEUDAS CONTRAÍDAS POR UN CÓNYUGE, DEUDAS PRIVATIVAS, DEUDAS CONTRAÍDAS POR UN CÓNYUGE UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES PERO AÚN NO LIQUIDADAS. 4. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO REBELDE. 5. NULIDAD. 6. DECLINATORIA. 7. ARRENDAMIENTO EN FINCA SUBASTADA. 8. REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA EN CASOS DE EJECUCIÓN PROVISIONAL.—VII. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS DE REALIZACIÓN DE INMUEBLES: 1. CONVENIO DE REALIZACIÓN. 2. REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 31 (Enero-Junio 2001)

«Cuestiones de técnica jurídica en la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 2.^a Parte», por FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS ELEMENTOS DE CUANTIFICACION DEL IRPF: A) LA BASE IMPONIBLE. B) LA BASE LIQUIDABLE. C) LA CUOTA ÍNTEGRA: ESPECIAL REFERENCIA A LA TARIFA. D) LAS DEDUCCIONES SOBRE LA CUOTA.—III. LA UNIDAD FAMILIAR Y EL REGIMEN DE TRIBUTACION CONJUNTA.

«El cambio de acreedor en Derecho navarro», por JAVIER NANCLARES VALLE, pág. 49.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVALUACION HISTORICA DE LA CESION DE CREDITOS: 1. DERECHO ROMANO. 2. LA RECEPCIÓN DE LA LEX ANASTASIANA EN EL CÓDIGO NAPOLEÓNICO Y EN NUESTRO DERECHO CIVIL. 3. ELABORACIÓN EN DERECHO NAVARRO.—III. NATURALEZA JURIDICA: 1. CONSIDERACIÓN COMO BENEFICIO. EL FUERO RECOMPILADO DE 1959. 2. CONFIGURACIÓN COMO REDUCCIÓN LEGAL. LA RECOMPILACIÓN PRIVADA Y LAS NOTAS A LA MISMA. 3. CONSIDERACIONES COMO OBLIGACIÓN FACULTATIVA. 4. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN.—IV. ÁMBITO OBJETIVO: 1. OBJETO CEDIDO. ABANDONO DE LA VISIÓN CODICIAL. 2. DUPLICIDAD DE OBJETOS Y DUPLICIDAD DE ÁMBITOS NORMATIVOS. LAGUNAS LEGALES. 3. EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA «CESIÓN FORAL» A NUEVOS SUPUESTOS.—V. NEGOCIO CAUSAL

INTERVINIENTE EN LA TRANSMISION: 1. NEGOCIO GRATUITO. 2. NEGOCIO ONEROSO.—VI. EFECTOS DE LA CESION DE CREDITOS. ESPECIAL ATENCION A LA «CESION FORAL»: 1. EFICACIA RESPECTO DEL CESIONARIO. 2. REPERCUSIONES SOBRE EL DEUDOR. 3. EL VALOR DE LA NOTIFICACIÓN DEL CONOCIMIENTO Y DEL ARTÍCULO 1.527 DEL CÓDIGO CIVIL EN DERECHO FORAL NAVARRO.—VII. DIFERENCIACION CON FIGURAS AFINES: 1. DIFERENCIAS CON LAS ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCEROS. 2. DIFERENCIAS CON LA SUBROGACIÓN POR PAGO. 3. DIFERENCIAS CON LA NOVACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR.—VIII. RECAPITULACION.

«El concepto de sujeto pasivo en la Ley Foral 13/2000, General Tributaria», por JUAN FRANCISCO HURTADO GONZÁLEZ, pág. 87.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION CONCEPTUAL DE LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESTATAL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA DESDE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA: 2.1. *La regulación de la subjetividad en la Ley General Tributaria*. 2.2. *Concepción actual de la subjetividad tributaria en el Derecho Tributario moderno*.—III. EL CONCEPTO DE SUJETO PASIVO ACUÑADO EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESTATAL: 1. LAS TESIS DOCTRINALES EN TORNO AL CONCEPTO DE SUJETO PASIVO: 1.1. *La concepción amplia*. 1.2. *La concepción estricta*. 2. SU CONFIGURACIÓN ACTUAL EN LAS LEYES POR LAS QUE SE APRUEBAN LOS DISTINTOS IMPUESTOS.—IV. LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA EN LA LEY FORAL 13/2000, GENERAL TRIBUTARIA: 1. LA GENÉRICA UTILIZACIÓN DE LA EXPRESIÓN «OBLIGADO TRIBUTARIO». 2. LA CONCEPCIÓN AMPLIA DEL SUJETO PASIVO: 2.1. *La inclusión del retenedor y obligado a ingresar a cuenta como sujeto pasivo*. 2.2. *Concepto y naturaleza jurídica del retenedor y obligado a ingresar a cuenta*. 2.3. *La posible violación del artículo 7.1 del Convenio Económico*.—V. CONSIDERACIONES FINALES.—VI. BIBLIOGRAFIA CITADA.

«Estudio crítico de la transposición de la Directiva 95/41/CE en el ordenamiento jurídico español por la LO 15/1999, de 13 de diciembre», por MANUEL HEREDERO HIGUERAS, pág. 124.

SUMARIO: I. LA TRAMITACION DEL PROYECTO.—II. LA DIRECTIVA Y LA ESTRUCTURA Y CONCEPCION DE LA LEY.—III. LOS DATOS ACCESIBLES AL PUBLICO.—IV. LOS FICHEROS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CREDITO Y MOROSIDAD.—V. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.—VI. LA AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS.

«La dimensión jurídico-pública de la biotecnología (A propósito de la Directiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001)», por LORENZO MELLADO RUIZ, pág. 141.

SUMARIO: I. APROXIMACION AL CONCEPTO DE BIOTECNOLOGIA.—II. EL PROBLEMA DE LOS PRODUCTOS TRANSGENICOS EN LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL ULTIMO ESTADIO DEL PROCESO DE RE-

GULACION: LA DIRECTIVA 2001/18/CE.—III. DEL DERECHO DE LA VIDA AL ORDENAMIENTO JURIDICO-BIOTECNOLOGICO.—IV. EL DERECHO BIOTECNOLOGICO ESPAÑOL ES ESENCIALMENTE DERECHO ADMINISTRATIVO: NATURALEZA JURIDICA.—V. PRESENTE Y FUTURO DEL SISTEMA JURIDICO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL SOBRE BIOSEGURIDAD: PRINCIPIOS Y PREVISIONES DE LA NUEVA DIRECTIVA 2001/18/CE.—VI. VALORACION FINAL.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 866 (Octubre-Noviembre-Diciembre 2001)

- «Algo más sobre la fe de conocimiento y la huella dactilar», por HORACIO FORN, pág. 17.
- «Inembargabilidad», por MIGUEL ANGEL LUVERÁ, pág. 25.
- «Breves consideraciones sobre el régimen patrimonial del matrimonio en el Proyecto de Reforma del Código Civil - Decreto 685/95», por MARÍA ADELINA B. DAMILANO DE MOSCÓN, pág. 33.
- «Consentimiento conyugal. Su calificación registral», por JORGE ALBERTO GARCÍA CONI, pág. 43.
- «Registros nacionales de la propiedad del automotor y de créditos prendarios», por RAÚL R. GARCÍA CONI, pág. 51.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (2001)

- «Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés: rapport explicatif prepare par le Secrétariat d'UNIDROIT», pág. 566.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 103 (Enero-Abril 2002)

- «Ciudadanía y derechos fundamentales», por MICHELANGELO BOVERO, pág. 9.
- «Las "teorías jurídicas" como realidades hermenéuticas», por ENRIQUE CÁCERES NIETO, pág. 27.
- «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», por JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, pág. 63.
- «Consideraciones en torno a las operaciones para el mantenimiento de la paz», por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 99.
- «El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora», por JOSÉ MARÍA LAGO MONTERO, pág. 115.
- «El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino», por PABLO LERNER, pág. 167.

- «La violencia contra la mujer: un acercamiento al problema», por MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS, pág. 197.
- «La no aplicación de las normas y el Estado de derecho», por DIEGO VALADÉS, pág. 219.

Número 104 (Mayo-Agosto 2002)

- «Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación», por MIGUEL CARBONELL, pág. 341.
- «El *Habeas Corpus* latinoamericano», por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, pág. 375.
- «La libertad individual y colectiva del trabajo, ¿en pugna con la Constitución?», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 409.
- «Apuntes en torno a la realidad de las segundas cámaras en el constitucionalismo comparado. Entre una Cámara de Notables y una Cámara de Representación Territorial», por JOSÉ MANUEL PACHO BLANCO, pág. 449.
- «Las jóvenes mexicanas: un estudio general con base en el Informe de México para la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer», por MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS, pág. 477.
- «La titularidad del derecho de participación política», por MIGUEL ANGEL PRESNO LINERA, pág. 517.
- «El síndico y el desistimiento de las acciones en favor de la quiebra en la Ley de Concursos Mercantiles», por ELVIA ARCELIA QUINTANA ADRIANO, pág. 559.
- «La Unión Europea. Problemas constitucionales derivados de su estructura y funcionamiento institucional», por FERNANDO SILVA GARCÍA, pág. 589.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA DE LA UNIVERSIDAD DEL PERU

Números 1 y 2 (1999)

- «La vida y el pensamiento de Mario Alzamora Valdez», por JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, págs. 21-45.
- «Breves apuntes sobre la vida y obra de Manuel Vicente Villarán, Angel Gustavo Cornejo, Mariano Ibérico Rodríguez, Víctor M. Maúrtua y Lino Cornejo», por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, págs. 47-60.
- «Convenciones de Nueva York y Panamá», por ULISES MONTTOYA ALBERTI, págs. 61-97.
- «Las conciliaciones», por CLOTILDE C. VIGIL CURO, págs. 99-125.
- «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente», por JUAN ESPINOZA ESPINOZA, págs. 127-167.
- «Principales reformas a los Libros de Obligaciones y Contratos del Código Civil», por ELVIRA MARTÍNEZ COCO, págs. 169-187.
- «La adopción en la Legislación peruana», por JUAN CHÁVEZ MARMANILLO, págs. 189-206.
- «Propuesta de reforma de algunos artículos correspondientes a la parte general del Libro de Sucesiones del Código Civil», por AUGUSTO FERRERO COSTA, págs. 207-218.

- «Comentarios a la Propuesta de Modificación de los artículos 5.º y 6.º del Código Civil», por CLARA MOSQUERA VÁSQUEZ, págs. 219-229.
- «Reflexiones sobre el Derecho de Familia», por CARMEN MEZA INGAR, págs. 231-247.
- «Protección constitucional al Régimen Económico de la Sociedad Conyugal», por NELSON REYES RÍOS, págs. 249-285.
- «Limitaciones o restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones», por JULIO FERNÁNDEZ CARTAGENA, págs. 287-294.
- «El régimen de las acciones en la nueva Ley General de Sociedades», por HERNANDO MONTOYA ALBERTI, págs. 295-316.
- «Derecho Constitucional», por RAÚL FERRERO COSTA, págs. 317-327.
- «Derecho a la intimidad y los personajes públicos», por JUAN MORALES GODO, págs. 329-342.
- «Estado, sociedad y región», por RAÚL CHANAME ORBE, págs. 343-355.
- «Reparación civil de infortunios laborales», por SIMEÓN HUANCACHUARI FLORES, págs. 357-372.
- «La reducción de personal en la Legislación laboral peruana», por ROBERTO RENDÓN VÁSQUEZ, págs. 373-403.

Número 1 (2000)

- «El arbitraje comercial en los países de la comunidad andina», por ULISES MONTOYA ALBERTI, págs. 21-42.
- «Evolución de la racionalidad de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Civil peruano», por ALBERTO RETAMOZO LINARES, págs. 43-70.
- «El remate y la adjudicación como actos de expropiación jurisdiccional», por CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS, págs. 71-91.
- «Derecho genético en el Perú», por CLARA MOSQUERA VÁSQUEZ, págs. 93-101.
- «Las garantías de crédito, balance y perspectivas», por HERNÁN FIGUEROA BUS-TAMANTE, págs. 103-112.
- «La convección de Unidroit sobre Factoring Internacional», por JOSÉ LEYVA SAAVEDRA, págs. 113-140.
- «La democracia en América Latina y su relación con el pensamiento político europeo», por FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA, págs. 141-155.
- «Una Constitución mediatizada», por RAÚL FERRERO COSTA, págs. 157-170.
- «Lineamientos para una adecuada reforma de la Seguridad Social en América Latina», por FRANCISCO ROMERO MONTES, págs. 171-185.
- «La redención de la pena por el trabajo y la educación», por GERMÁN SMALL ARANA, págs. 187-201.
- «La problemática intracarcelaria en los establecimientos penitenciarios de mujeres», por RICARDO BROUSSET SALAS, págs. 203-231.
- «Sobre la reparación civil en el Código Penal peruano», por VÍCTOR PRADO SILDARRIAGA, págs. 233-257.
- «El proceso de Exequátur», por WILSON CANELO RAMÍREZ, págs. 259-264.
- «Carl Schmitt: Entre el decisionismo y el normativismo kelseniano», por ROCÍO RONDINEL SOSA, págs. 265-277.
- «Historia General del Derecho. Primera Parte. Introducción», por JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, págs. 279-315.

Número 2 (2000)

- «Reflexiones sobre la responsabilidad en el desempeño de la función pública», por MARCO ANTONIO CABRERA VÁSQUEZ, págs. 21-51.
- «Aspectos éticos y jurídicos de los bancos de embriones», por CLARA MOSQUERA VÁSQUEZ, págs. 53-62.
- «La prescripción adquisitiva de dominio», por EMMA PALACIOS CASTILLO, págs. 63-78.
- «El drama del acreedor: La ubicación de los bienes para el embargo», por EUGENIA ARIANO DEHO, págs. 79-112.
- «La "Procedure Civile" de Vittorio Scialoja y la mayúscula reverencial de Giuseppe Chiovenda - Traducción de Eugenia Ariano Deho», por FRANCO CIPRIANI, págs. 113-131.
- «Evolución moderna del contrato», por JORGE CÉSPEDES RAMÍREZ, págs. 133-140.
- «La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales», por JUAN ESPINOZA ESPINOZA, págs. 141-172.
- «El derecho de rectificación y el derecho a la vida privada», por VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO, págs. 173-191.
- «Los grupos de empresas», por JOSÉ LEYVA SAAVEDRA, págs. 193-220.
- «El convenio de liquidación», por JOSÉ PALMA NAVEA, págs. 221-234.
- «Normas internacionales en la Ley de Títulos Valores (Ley núm. 27287)», por ULISES MONTOYA ALBERTI, págs. 235-245.
- «El pensamiento de la Iglesia y los derechos humanos», por CARMEN MEZA INGAR, págs. 247-259.
- «Dos modelos de reforma laboral en América Latina: Efectos económicos sobre la contratación en el Perú y en Venezuela», por LEOPOLDO GAMARRA VILCHEZ, págs. 261-283.
- «La Organización Sindical», por ROBERTO RENDÓN VÁSQUEZ, págs. 285-294.
- «La intervención forzosa o coactiva de terceros en el proceso civil», por CARLOS PÉREZ RÍOS, págs. 295-329.
- «La policialización del proceso penal (A partir de la vigencia del Decreto Legislativo núm. 897)», por RICARDO BROUSSET SALAS, págs. 331-340.
- «Historia General del Derecho. Segunda Parte», por JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, págs. 341-379.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Números 1 y 2 (2001)

- «El interrogatorio y las pruebas de voluntariedad del sospechoso criminal: un análisis federal y estatal de unas normas en evolución», por DAVID A. BRACER-NEGRÓN, pág. 1.
- «Las confesiones: su naturaleza voluntaria y el derecho a no inculparse», por VÍCTOR DAVID CARLO CHÉVERE, pág. 25.
- «El que la hace la paga: la ocurrencia de solidaridad entre múltiples actores de un acto ilícito civil bajo el artículo 1.802», por JOSÉ A. RIVERA AYALA, pág. 45.
- «El delito de fuga vis a vis, el principio de legalidad, ¿tienen los tribunales las manos atadas?», por LUIS DANIEL MUÑOZ MARTÍNEZ, pág. 63.

- «El derecho de visitación en casos de violencia doméstica post-divorcio», por BANESSA MARCANO CAMÍS, pág. 81.
- «El adulterio como justa causa para el despido: interacción del derecho propietario sobre el derecho constitucional a la privacidad», por NERIBEL ORTÍZ RAMÍREZ, pág. 93.
- «Las invasiones de terreno: una violación de ley o una necesidad social», por ANTONIO LUIS CORRETJER HERNÁNDEZ, pág. 111.
- «La regulación del comercio electrónico», por ROSA LYN CARDONA MOREU, pág. 137.
- «La música en Internet: una perspectiva legal», por CHARLENE DE LEÓN GUEVARA, pág. 149.
- «Mergers & acquisitions: un estudio de las fusiones, consolidaciones y adquisiciones de acciones como estrategia de negocio moderno», por ROBERTO VELÁZQUEZ RAMOS, pág. 165.
- «Legalidad de un sistema de distribución de niveles múltiples en el negocio de intermediación financiera», por JORGE R. QUINTANA LAJARA, pág. 193.

Número 1 (2002)

- «La solidaridad en el proceso judicial», por JAIME B. FUSTER, pág. 1.
- «Derecho del patrono a monitorear la comunicación electrónica del empleado, versus el derecho a la intimidad», por HARRY E. RODRÍGUEZ GUEVARA, pág. 19.
- «Consideraciones éticas de la clonación humana», por CELIA IRENE MALDONADO BERGOLLO, pág. 29.
- «El reconocimiento del privilegio entre padre e hijo en Puerto Rico», por XIOMARA TORRES GUZMÁN, pág. 41.
- «Producciones cinematográficas: ¿a quién le pertenece la propiedad intelectual de la película cuando hay múltiples intervenciones en su producción?», por MARÍA CRISTINA MAYORAL MALDONADO, pág. 53.
- «La identificación extrajudicial y la totalidad de las circunstancias», por ARELYS E. NIEVES PÉREZ, pág. 71.
- «Análisis crítico de la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso de López Torres, v. González Vázquez, 2000 TSPR 80», por IVELIZ MORALES CORREA y HUGO J. QUILICHINI ARBONA, pág. 85.
- «Status de Puerto Rico y el Derecho internacional. Su ingerencia en el proceso de determinación del status mediante resolución 1514 de la ONU», por MARIELA GUADALUPE ITHIER, pág. 109.
- «El padre custodio y su derecho a la relocalización», por KEILA COLÓN HERNÁNDEZ, pág. 123.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 207 (Enero-Junio 2000)

- «Defensoría Penal Pública. Ley 19.718», por HÉCTOR OBERG YÁÑE, pág. 7.

- «Una misma persona no puede ser reconocida como hijo por su padre en forma voluntaria y judicialmente, a la vez», por CARLOS ALVAREZ NÚÑEZ, pág. 29.
- «Incentivos y regulación de la actividad forestal en la legislación chilena (Primera parte)», por MARIO MARTÍN PUCHEU MUÑOZ, pág. 35.
- «Unificación de las penas», por ALEX VAN WEEZEL, pág. 55.
- «Aspectos jurídicos y prácticos de los warrants en Chile», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 59.
- «Notable abandono de deberes en el juicio político», por TARCISIO OVIEDO SOTO, pág. 79.
- «Aspectos generales del procedimiento aplicable a los accidentes del tránsito ante los juzgados de policía local», por NEMESIO RIVAS GUTIÉRREZ y RODRIGO RIVAS MARTÍNEZ, pág. 87.
- «Rescatemos el cheque», por EDUARDO SALAS CÁRCAMO, pág. 101.
- «El mercado de valores mobiliarios en los Estados Unidos de América», por OMAR MORALES CARRASCO, pág. 105.
- «Sobre la integración del Tribunal Calificador de Elecciones», por CARLOS MATURANA TOLEDO, pág. 121.
- «Presupuestos de aplicación de los procedimientos simplificados en el nuevo Código Procesal Penal», por EUGENIO ARRELAGADA SPANO, pág. 139.
- «La enseñanza del Derecho», por WALDO OTÁROLA A., pág. 147.
- «De la elusión y la evasión tributaria», por JORGE MONTECINOS ARAYA, pág. 151.
- «Interrogatorio de los testigos, peritos y acusados por los jueces en la audiencia del juicio oral», por ALEJANDRO ABUTEIR CAMPOS, pág. 163.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Números 7 a 12 (Julio-Diciembre 2001)

- «Responsabilidad del escribano y la Ley de Relaciones de Consumo», por DANIELLA CIANCIARULO BERTONE, pág. 183.
- «Aproximación a un concepto de buena fe en el campo de las obligaciones civiles del Derecho uruguayo», por BEATRIZ FREIRE MUÑOZ, pág. 195.
- «Economía y Derecho», por CARLOS GROISMAN, pág. 207.
- «La interpretación y aplicación del Derecho como manifestación de la función notarial creadora de Derecho», por ROQUE MOLLA, pág. 211.
- «La firma electrónica en el Uruguay», por AÍDA NOBLÍA, pág. 237.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 95 (Mayo-Agosto 2001)

- «La organización administrativa del sector eléctrico español. Funciones y potestades públicas. Un estudio normativo. II.», por JORGE CÓRDOBA ORTEGA, pág. 9.
- «La transferencia de fondos públicos a personas privadas: caso particular de las fundaciones», por OMAR RIVERA MESÉN, pág. 51.

- «La pena de multa en Costa Rica», por ALONSO SALAZAR, pág. 167.
- «El interdicto de amparo de posesión en favor de la administración: una falacia jurídica», por CÉSAR HINES, pág. 83.
- «Derecho ambiental», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 103.
- «Las reformas jurídicas en América Central», por ARTURO FOURNIER FACIO, pág. 145.
- «Los tratamientos honoríficos en el Derecho costarricense», por JORGE FRANCISCO SÁENZ CARBONELL, pág. 157.