

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVII • Noviembre-Diciembre 2001 • Núm. 668

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: La reinstauración del *droit de préemption des parents*», por AURORA LÓPEZ AZCONA 2279
- «La regulación jurídica de la firma electrónica; sus posibilidades en el ámbito de las Administraciones Públicas», por JOSÉ MARÍA ARISTÓTELES MAGÁN PERALES 2307
- «La segunda hipoteca en el Derecho romano», por LUIS MARIANO ROBLES VELASCO 2345
- «La aportación social en uso», por MARÍA ANGUSTIAS MARTOS CALABRÚS y ALVARO NÚÑEZ IGLESIAS 2369
- «Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: La Disposición Adicional 1.^a-9.^a LGDCU», por NIEVES FENOY PICÓN 2449

DICTAMENES Y NOTAS

- «¿Puede incurrir en responsabilidad civil el procurador cuyo domicilio es designado por el abogado de parte, sin mediar consentimiento de aquél, a efectos de notificaciones de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que su intervención no es preceptiva?», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO 2515
- «La anotación de embargo sobre bienes privativos por confesión tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por FÁTIMA YAÑEZ VIVERO 2535

ACTUALIDAD JURIDICA

- Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN 2551

JURISPRUDENCIA

| | |
|---|------|
| I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS | 2561 |
| II. Resoluciones de la Dirección General: | |
| A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORENTE | 2567 |
| B) Resoluciones comentadas, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS | 2583 |
| III. Sentencias del Tribunal Supremo: | |
| 1. Derecho Civil: | |
| b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN | 2631 |
| c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ | 2650 |
| 2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS | 2659 |

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

| | |
|--|------|
| «Code européen des contrats», de L'ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, por CARLOS VATTIER FUENZALIDA | 2679 |
| «Instituciones de Derecho Civil aragonés», de LUIS FRANCO LÓPEZ y FELIPE GUILLÉN CARABANTES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS | 2681 |
| «El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España», de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS | 2682 |
| «El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby», de FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS | 2685 |
| «Urbanismo de la Córdoba califal», de ANTONIO ARJONA CASTRO, por ANTONIO MANZANO SOLANO | 2688 |
| «Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón», de BELÉN MALAVÉ OSUNA, por RAMÓN LÓPEZ ROSA | 2693 |
| «Instituciones de Derecho privado», de VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS | 2695 |

REVISTA DE REVISTAS

| | |
|---|------|
| Por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE | 2699 |
|---|------|

ESTUDIOS

La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: La reinstauración del *droit de préemption des parents* (*) (**)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES.—III. LA NUEVA LEY FEDERAL SOBRE DERECHO INMOBILIARIO RURAL DE 4 DE OCTUBRE DE 1991: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. MARCO NORMATIVO. 3. NATURALEZA JURÍ-

(*) Este trabajo, que constituye una versión ampliada de la comunicación presentada al I Congreso «Els Drets Civils Regionals a Europa», celebrado en Lérida el 27 y 28 de abril del 2000, ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación PB96-0748, «Problemática actual del Derecho Civil de Obligaciones y Contratos en relación al principio constitucional de protección de los consumidores». Quien escribe estas líneas debe expresar su agradecimiento por sus sugerencias al profesor GARCÍA CANTERO, así como al profesor STEINAUER y a su colaborador A. EIGENMANN.

(**) Lista de abreviaturas utilizadas:

Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

CC: Código Civil.

CDCA: Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Co: Código de obligaciones.

FNN: Fuero Nuevo de Navarra.

Jurisprudencia Aragonesa: Jurisprudencia Aragonesa.

LDCFPV: Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco.

LFCPIR: Ley Federal sobre la Conservación de la Propiedad Inmobiliaria Rural.

LFDIR: Ley Federal sobre Derecho Inmobiliario Rural.

RDCA: Revista de Derecho Civil Aragonés.

RJN: Revista Jurídica de Navarra.

DICA. 4. CARACTERES. 5. ELEMENTOS INTEGRANTES: A) *Sujeto activo*. B) *Sujeto pasivo*. C) *Objeto*. D) *Negocios jurídicos originadores*. E) *Plazo de ejercicio*. 6. COLISIÓN CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. 7. EFECTOS.

I. INTRODUCCION

En la actualidad perviven en diversos Ordenamientos territoriales españoles ciertos derechos de adquisición preferente de naturaleza familiar, lo que contrasta con la situación normativa del Derecho Civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, en tanto que el retracto gentilicio fue excluido del Código Civil. En las legislaciones forales donde se regula esta institución se utilizan distintas denominaciones para su identificación, a saber: derecho de abolorio en la Compilación aragonesa, retracto gentilicio en el Fuero Nuevo de Navarra, saca foral en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco y derecho de tornería en la Compilación catalana (1). Obviamente, existen importantes diferencias de regulación entre estos derechos, siendo el derecho de saca el que presenta mayores peculiaridades referidas fundamentalmente a su mecanismo de actuación y efectos. En cualquier caso, todos estos derechos obedecen a una misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de ciertos bienes a personas ajenas a la familia de donde proceden.

Así las cosas, desde la codificación los derechos de adquisición preferente por interés familiar han sido puestos en tela de juicio por resultar contradictorios con los principios que informaron este proceso de unificación legislativa y, en concreto, con la consagración de una concepción absoluta del derecho de propiedad (2). Otra de las objeciones que suele formularse a estas preferencias adquisitivas consiste en su escasa conciliación con las necesidades de la sociedad moderna, al considerar este tipo de instituciones como algo propio de tiempos ya pasados. Baste en este punto recordar alguna declara-

(1) El derecho de abolorio se regula en el Libro IV (*«Derecho de obligaciones»*), Tít. IV, artículos 149 a 152 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; el retracto gentilicio en el Libro III (*«Derecho de bienes»*), Tít. VI, leyes 452 a 459 de la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra; la saca foral —que rige en Vizcaya— en el Libro I (*«Del Fuero Civil de Bizkaia»*), Tít. VI, artículos 112 a 127 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco; y el derecho de tornería —que está circunscrito al Valle de Arán— en el Privilegio de la Querimonia de 1313 por remisión del artículo 329 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, ubicado en el Libro IV (*«De las obligaciones y contratos y de la prescripción»*) de dicho texto legal.

(2) Sobre la incidencia de la codificación española en los derechos de adquisición preferente y, en particular, en el retracto gentilicio, vid. MIGUEL COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 85-109 y 115-117.

ción jurisprudencial referida al derecho de abolorio, como la contenida en la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 19 de febrero de 1985, que es particularmente elocuente, al afirmarse lo siguiente:

«(...) nació y se desarrolló en la parte montañosa principalmente, de haciendas campesinas, con el fin de evitar el desmembramiento del patrimonio familiar y en aras o bien de La Casa que había de hacer frente a las obligaciones de quienes permanecían en ella con el hereu o heredero; es decir, en una situación social asaz diferente de la actual» (3).

Pues bien, frente a las opiniones a que se ha hecho referencia, la Ley federal suiza sobre derecho inmobiliario rural, de 4 de octubre 1991, en la que se adopta una nueva regulación de un derecho familiar de adquisición preferente, el llamado *droit de préemption des parents*, permite constatar una tendencia legislativa contradictoria con quienes todavía muestran sus recelos al reconocimiento de estas preferencias adquisitivas en los cuerpos legislativos de algunas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la legislación helvética proporciona argumentos adicionales al mantenimiento y potenciación legislativa de estos derechos.

II. ANTECEDENTES

Con carácter previo a la descripción de los aspectos más relevantes de la legislación suiza vigente, interesa hacer referencia brevemente a sus antece-

(3) Precisamente en Aragón la línea interpretativa que se viene describiendo ha encontrado un importante auxilio en la facultad moderadora de los Tribunales, reconocida por el artículo 149.2 CDCA. En efecto, esta norma de cautela introducida a fin de evitar abusos en el ejercicio del derecho ha quedado reducida en la práctica judicial a la supervisión del cumplimiento de la finalidad familiar a la que se ordena el derecho de abolorio, a pesar de su falta de previsión expresa en la Compilación. En relación con lo dicho debe dejarse constancia, además, de la tendencia jurisprudencial a vincular finalidad familiar con el engrandecimiento y conservación de la Casa aragonesa en un contexto agropecuario hoy en abierta crisis. Con ello, y gracias a esta concepción del interés familiar de la que hace uso la jurisprudencia, se ha venido justificando la negativa a este tipo de pretensiones a pesar de que concurren los requisitos legales para el reconocimiento del derecho de abolorio. Con todo, del examen de la última jurisprudencia parece revelarse una nueva orientación jurisprudencial más favorable al derecho de abolorio. Una crítica de este uso de la facultad moderadora puede encontrarse en GABRIEL GARCÍA CANTERO, «Sobre la facultad moderadora de los Tribunales en el derecho de abolorio», en *RDCA*, núm. II-1 (1996), págs. 23-31; y AURORA LÓPEZ AZCONA, «El derecho de abolorio o de la saca en la jurisprudencia», en *RJN*, núm. 16 (1993), págs. 141-145 y 151-154, y «La interpretación judicial del derecho de abolorio: En particular, sobre el criticable uso de la facultad moderadora», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Octavos Encuentros, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 1999, págs. 164-171.

dentes normativos. A tal fin, procede señalar que un retracto familiar había regido en los cantones suizos hasta la entrada en vigor del Código Civil suizo de 1907 de donde fue excluido, siguiendo con ello la misma suerte que sufrió el retracto gentilicio castellano en la Codificación española.

Sin embargo, tras la II Guerra Mundial, en plena época de lo que la doctrina ha calificado de «*renacimiento de los retractos*» (4), la Ley federal sobre la conservación de la propiedad inmobiliaria rural, de 12 de junio de 1951, recuperó esta institución desaparecida en la primera década del siglo xx.

Para entender los motivos que llevaron al legislador suizo a reintroducir este derecho resulta muy significativo el *Message* (o Estudio previo del Consejo Federal que se acompañó al Proyecto de Ley), en el que se reconoce la necesidad de replantear la cuestión de los derechos de adquisición preferente por interés familiar:

«Las experiencias acaecidas en el curso de las últimas décadas sobre la marcha de los bienes inmuebles agrícolas permiten preguntarse si el legislador federal no adoptó aquí una solución demasiado radical, renunciando a una institución jurídica que hoy en día todavía puede tener buenos efectos. El artículo 1 del Proyecto cuenta entre los diferentes objetivos de la ley el reforzamiento del vínculo que existe entre la familia y la propiedad. Pues bien, la reintroducción del derecho de retracto en favor de los parientes es particularmente adecuada para conseguir este resultado. Esto sería también una forma de apoyar en el ámbito de la agricultura la labor en apoyo de la familia tal y como está prevista por el artículo 34 quinquies de la Constitución» (5).

La lectura del texto transcrito permite comprobar el expreso apoyo constitucional que se invoca, al referirse dicho *Message* al artículo 34 quinquies, apartado 1.º de la Constitución suiza de 1945, cuyo tenor dice así:

«1. En el ejercicio de los poderes que le están conferidos, y dentro de los límites de la Constitución, la Confederación tomará en cuenta los intereses de la familia» (6).

(4) Sobre este fenómeno, vid., por todos, G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, directores: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 504 y 519-522; y M. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto...*, cit., págs. 161-162.

(5) Cfr. «*Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le maintien de la propriété foncière rurale*», en *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 1948, t. I, págs. 55-56.

(6) Traducción de YOLANDA GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, pág. 84.

Este texto constitucional se ha visto sustituido recientemente por la Constitución federal de la Confederación suiza de 18 de abril de 1999, que, en su artículo 116.1 establece el principio de protección de la familia en términos similares: «*En el cumplimiento de sus funciones, la Confederación toma en cuenta las necesidades de la familia. Puede apoyar las medidas destinadas a proteger la familia*».

Con ello, se produce la expresa vinculación de un precepto constitucional —y, en concreto, de un principio incluido en la norma del máximo rango normativo de este país— con un derecho de adquisición preferente de tipo familiar, lo que refuerza planteamientos similares en los Ordenamientos territoriales españoles, tal y como he sostenido en diferentes trabajos sobre el derecho de abolorio (7). Ello es así porque el artículo 39.1 de la Constitución española, en cuanto que formula un principio de protección de la familia, supone un soporte jurídico-constitucional para unas instituciones —como son el derecho de abolorio, el retracto gentilicio, la saca foral y la tornería— donde se localiza un evidente interés familiar.

Dentro del contenido de la Ley de 1951 (8), cabe subrayar que, estimando digno de protección el vínculo existente entre familia y propiedad (9), se reconociese a los parientes más próximos del vendedor por consanguinidad o afinidad una preferencia adquisitiva en caso de venta de determinados bienes (10). Este dato resulta de un evidente interés a los efectos de lo que se viene defendiendo —esto es, la vigencia y justificación actual de las preferencias adquisitivas familiares—, aunque debe matizarse que, en cuanto derecho regulado por una ley especial agraria, su objeto era reducido, pues se limitaba a las explotaciones agrarias, lo que no impide, en cualquier caso, que esta norma pueda considerarse como un síntoma de una reconsideración por parte del legislador contemporáneo de los derechos de adquisición preferente de base familiar de dilatada tradición histórica.

III. LA NUEVA LEY FEDERAL SOBRE DERECHO INMOBILIARIO RURAL, DE 4 DE OCTUBRE DE 1991

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En fechas relativamente recientes, la Ley de 1951 ha sido sustituida por la Ley federal sobre derecho inmobiliario rural, de 4 de octubre de 1991, que

(7) Vid. A. LÓPEZ AZCONA, «El derecho de abolorio...», cit., pág. 142; «Breve noticia de la última jurisprudencia sobre derecho de abolorio», en *RDCA*, núm. III-1 (1997), pág. 156; y «La interpretación judicial...», cit., pág. 167.

(8) Sobre esta regulación puede consultarse la excelente tesina de ALAIN BUGNON, *Le droit de préemption agricole*, Lausana, 1991.

(9) Esta Ley perseguía los siguientes objetivos: «*proteger la propiedad inmobiliaria rural, fundamento de un campesinado sano y capaz de un esfuerzo productivo, fomentar la utilización del suelo, consolidar el vínculo que existe entre la familia y la propiedad y favorecer la creación y conservación de empresas agrarias*» (art. 1 LFCPIR).

(10) De conformidad con los artículos 6. y 11 LFCPIR, eran titulares del derecho por el siguiente orden: los descendientes, el cónyuge, los progenitores y, por último, los

no sólo mantiene el derecho preferente de los parientes como instrumento de protección de la familia, sino que amplía su ámbito de aplicación al extenderlo a todo tipo de enajenaciones equivalentes a la venta e incluso a las gratuitas, así como a cualquier inmueble agrícola sin necesidad de adquirir la totalidad de la explotación. Junto a ello, cabe notar en esta línea expansiva de la institución que se conceden plazos de mayor duración para el ejercicio del derecho.

Con todo, también en la nueva legislación suiza hay otros datos limitativos del derecho de preempción que necesariamente deben ser aludidos. En concreto, se ha producido una importante restricción de la legitimación activa.

Una mención especial merece la subordinación del reconocimiento del derecho a una serie de requisitos vinculados a los objetivos de política agraria perseguidos por la Ley. En efecto, como se pone de relieve en el *Message* del Proyecto de Ley, la norma está orientada prioritariamente a la consecución de objetivos inscritos en lo que se denomina política estructural y política de intervención sobre la propiedad, de tal manera que sólo subsidiariamente se atienden a objetivos de política familiar:

«El proyecto no tiene en cuenta consideraciones de política familiar más que en la medida en que no impidan la realización de los objetivos de política estructural y de política en materia de propiedad. Los derechos de preempción de los parientes sobre las empresas y los inmuebles agrícolas (art. 43 y sigs.) (...) se vinculan, en consecuencia, a la condición de la explotación a título personal o a la posibilidad de mejorar la estructura de una empresa agraria ya existente» (11).

hermanos del vendedor o sus descendientes sólo en caso de que el Derecho cantonal así lo hubiese previsto y siempre que la explotación agraria proviniese de los progenitores del disponente.

En atención a lo previsto en los artículos 6.1 y 10 letra a) LFCPIR, el derecho tenía por objeto las explotaciones agrarias y las mixtas de carácter predominantemente agrario. Asimismo, se reconocía su procedencia en caso de venta de «partes importantes de una explotación» (art. 6.1 LFCPIR).

(11) Cfr. «Message à l'appui des projets de loi fédéral sur le droit foncier rural et de loi fédérales sur la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeubles)», *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 1988, t. III, págs. 907-908. En coherencia con este nuevo planteamiento, el artículo 1.1 LFDIR señala como objetivos de la Ley:

a) *fomentar la propiedad inmobiliaria rural y en particular mantener empresas familiares como fundamento de una población campesina fuerte y de una agricultura productiva, orientada hacia una explotación duradera del suelo, así como mejorar las estructuras;*

b) *reforzar la posición del explotador a título personal, incluida la del granjero en caso de adquisición de empresas e inmuebles agrarios;*

c) *luchar contra los precios sobrevalorados de los terrenos agrícolas».*

Esta orientación de la normativa helvética de vincular preponderantemente esta institución con las medidas estructurales agrarias, me parece una solución legislativa no del todo idónea, al producirse una *publicación* de la figura y, en todo caso, una restricción de la virtualidad del derecho que no comparto, puesto que no se atiende al interés familiar de modo suficiente. Ahora bien, pese a estas nuevas precisiones legales, tendentes a convertir esta institución en un instrumento de política en materia de estructuras agrarias, no cabe duda de que el legislador suizo reconoce a este derecho una funcionalidad social innegable, que bien puede servir como fundamento complementario al mantenimiento de las preferencias adquisitivas familiares españolas (12), que —a mi modo de ver— ya se justifican plenamente por su vinculación a la protección de la familia, así como por ser instituciones integrantes de la tradición jurídica de Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio.

2. MARCO NORMATIVO

La regulación específica del derecho de preempción de los parientes se incluye en los artículos 42 a 47 de la Ley federal sobre derecho inmobiliario rural. También le son de aplicación una serie de disposiciones comunes a los diferentes derechos de preempción rurales reconocidos por la citada Ley (arts. 50 a 55) (13).

Esta regulación debe completarse con los artículos 681, 681*a* y 681*b* del Código Civil donde se formulan una serie de reglas generales en materia de derechos legales de preempción. Igualmente, resultan aplicables ciertos preceptos del Código de Obligaciones que, aunque relativos a los derechos convencionales de preempción, rigen también para los de origen legal —en particular, los arts. 216*c* y 216*d*— (14). Todos estos preceptos han sido introducidos novedosamente por la Ley federal sobre la revisión parcial del

(12) Esta idea, por lo demás, no es ajena a lo sugerido por la doctrina foralista española, resultando muy significativo lo expuesto por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA en su trabajo «Propiedad troncal y patrimonio familiar», en *Estudios de Deusto*, vol. XXXIX, Bilbao, 1991, págs. 42-44.

(13) Conviene aclarar que la Ley federal de derecho inmobiliario rural otorga un derecho de preempción no sólo a los parientes, sino también al arrendatario (arts. 47 y 48) y a los copropietarios de empresa o inmueble agrario (art. 49). Ello sin perjuicio de la competencia reconocida a los cantones en el artículo 56.1 para crear derechos de preempción a favor de ciertas colectividades.

(14) Así lo indica P.-H. STEINAUER, «La nouvelle réglementation du droit de préemption», en *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, núm. 1 (1992), págs. 3-4.

Código Civil (derechos reales inmobiliarios) y del Código de obligaciones (venta de inmuebles) de 4 de octubre de 1991 (15).

3. NATURALEZA JURÍDICA

El derecho de preempción de los parientes pertenece a la categoría de los derechos de adquisición preferente (*Vorzugsrecht*) y, en particular, a los de origen legal (16). En relación a esta categoría de derechos ha de advertirse que en Derecho suizo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 959 del Código Civil, se les atribuye naturaleza personal (17), discrepando así del Derecho español donde, superada la inicial polémica en torno a su naturaleza jurídica, hoy en día son considerados de modo prácticamente unánime, derechos reales (18).

Asimismo, debe notarse que esta preferencia adquisitiva familiar, pese a denominarse *préemption* (19), dispone de una doble posibilidad de ejercicio, según se actúe antes o después de la consumación de la transmisión.

Así, antes de consumarse la enajenación de una empresa o inmueble agrario (en concreto, en el lapso temporal comprendido entre la celebración del contrato y la inscripción en el Registro Inmobiliario) (20), su dueño debe

(15) Como pone de relieve P.-H. STEINAUER, *idem*, págs. 1-2, la carencia normativa existente en materia de derechos de adquisición preferente llevó al legislador suizo a aprovechar la ocasión de la reforma del Derecho inmobiliario rural para dotar de una regulación más completa a tales derechos a través de la reforma parcial del Código Civil y del Código de obligaciones. Ello explica que la Ley federal sobre el derecho inmobiliario rural y la Ley federal sobre la revisión parcial del Código Civil (derechos reales inmobiliarios) y del Código de obligaciones (venta de inmuebles) se aprobasen simultáneamente con fecha de 4 de octubre de 1991.

(16) Cfr. A. BUGNON, *Le droit...*, cit., pág. 16.

(17) En concreto, según opinión prácticamente unánime de la doctrina suiza, estos derechos generan una obligación *propter rem* (cfr. A. BUGNON, *idem*, págs. 15 y 190); y REINHOLD HOTZ, en Cristoph Bandli et al., *Le droit foncier rural. Commentaire de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991*, Secrétariat de l'Union Suisse des Paysans, Brugg, 1998, pág. 440).

(18) Sobre la admisión de la categoría de los derechos de adquisición preferente por parte de la doctrina española, vid., por todos, G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil...*, t. XIX, cit., págs. 483-488.

(19) Literalmente el término *préemption* es sinónimo de derecho de tanteo. Vid., en este sentido, entre la doctrina francesa, DENIS TALLON, «Retraits et préemptions. Contributions à l'étude des retraits», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1951, págs. 208-223; JEAN-CLAUDE GROSLIERE, «Le droit de préemption (Préférence ou retrait)», en *La Semaine Juridique*, 1963, I, 1769; y GABRIEL BARON, voz «Préemption», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VIII.

(20) No debe olvidarse que en Derecho suizo, conforme al artículo 656.1 CC, se requiere la inscripción registral para la transmisión del dominio de los inmuebles y, por

informar a los titulares del derecho «de la conclusión del contrato y de su contenido» a fin de que éstos puedan adquirirlo con preferencia al adquirente que todavía no se ha convertido en propietario. Subsidiariamente, el derecho podrá ejercitarse cuando la enajenación haya sido consumada sin conocimiento de los parientes (21).

Dicho lo anterior, se plantea la duda acerca de si el derecho de preempción de los parientes obedece a la tipología del tanteo y retracto al igual que el derecho de abolorio, retracto gentilicio y derecho de tornería (22) o, en cambio, se trata de un derecho de adquisición preferente peculiar como sucede con el derecho de saca (23). Pues bien, a mi modo de ver, el derecho objeto de nuestro estudio a lo que más se aproxima es a un tanteo y retracto familiar. Así, en su primera fase presenta elementos propios del tanteo, en concreto, existe una enajenación perfeccionada con un tercero y, por ello, resulta necesario que el propietario comunique a los titulares de la preferencia

tanto, para que pueda hablarse de enajenación consumada. Puede consultarse sobre este particular P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, Ed. Stempfli+ Cie SA, Berna, t. II, 2.^a ed., 1994, págs. 33-40.

(21) Como señala P.-H. STEINAUER, «La nouvelle réglementation...», cit., pág. 11, «(...) si un tercero ha sido ya inscrito como nuevo propietario antes de que el *préempteur* haya tenido conocimiento del caso de preempción, el derecho de preempción puede ser ejercitado contra el nuevo propietario, lo admite la jurisprudencia del Tribunal federal y el nuevo artículo 681a.3 lo recuerda».

(22) Vid. para el derecho de abolorio, GABRIEL GARCÍA CANTERO, «El derecho de abolorio en Aragón», en *RJN*, núm. 25 (1998), pág. 165-166, y JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980; para el retracto gentilicio, RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO, *El retracto gentilicio*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990, págs. 59-64; y para el derecho de tornería, LUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS, *Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 121, y MARÍA YSAS SOLANES, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XXX, 1987, pág. 663.

(23) Como ponen de relieve la doctrina y jurisprudencia vasca, el derecho de saca, aunque ejercitable en dos momentos diferentes, previo y posterior a la enajenación según se hayan efectuado o no los llamamientos forales, presenta unas características peculiares que impiden identificarlo con el tanteo y retracto. Así, el llamamiento antes de la enajenación tiene como única finalidad la de comunicar un propósito de enajenar en abstracto, sin haberse llegado a acuerdo alguno con un tercero, a fin de que el pariente tronquero pueda adquirir el bien por el precio que acuerde con el dueño o, en su defecto, por el precio de tasación. Efectuada la transmisión sin previo llamamiento, la saca no conlleva el derecho a subrogarse en la posición jurídica del adquirente, sino el derecho a obtener la nulidad de la enajenación y a adquirir el bien por el precio de tasación. Sobre este particular puede consultarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de septiembre de 1992 (*Ar.* núm. 10270); y, en el plano doctrinal, ADRIÁN CELAYA IBARRA, *Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, pág. 264; ANA SEISDEDOS MUIÑO, «El derecho de saca en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco», en *RJN*, núm. 19 (1995), págs. 56-60 y 74-76; y LORENZO GOIKOETXEA OLEAGA, *El derecho de saca en la Ley del Derecho Civil foral del País Vasco* (Tesis doctoral inédita), Universidad de Deusto, 1997, págs. 337-340.

adquisitiva la celebración del contrato y sus condiciones. En cambio, cuando se ejercita, una vez consumada la enajenación, puede identificarse con el retracto en cuanto que el pariente se sitúa en la posición jurídica del adquirente. No obstante, presenta una importante singularidad que lo separa de estas figuras, consistente en que, como regla, el precio a pagar por el ejercitante no es el precio desembolsado por el adquirente, sino un precio más beneficioso, el «valor de rendimiento agrícola» (24).

4. CARACTERES

Habiéndose analizado en el epígrafe anterior la naturaleza del derecho de preempción de los parientes, procede atender a las notas distintivas de esta institución. Así, como caracteres más importantes del derecho, pueden enumerarse los siguientes:

- a) Otorga una preferencia adquisitiva frente a terceros.
- b) Constituye una restricción legal de la propiedad inmobiliaria (25).
- c) Tiene eficacia *erga omnes* (art. 681a.3 del CC), de ahí que sea calificado por la doctrina de derecho personal reforzado (26).
- d) Tiene carácter temporal.
- e) En tanto que vinculado a una determinada condición jurídica, la de pariente, es un derecho personalísimo y, por ende, intransmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa* (art. 681.3 del CC).
- f) Es un derecho susceptible de supresión y, asimismo, de modificación, en virtud de pacto en forma auténtica entre el titular del derecho y el dueño de la empresa o inmueble agrario (art. 681b.1 del CC) (27). Ello implica, por tanto, que se rige por normas de Derecho dispositivo.
- g) Es un derecho renunciabile. El artículo 681b.2 del Código Civil precisa el momento y forma en que ha de efectuarse la renuncia. En cuanto al tiempo de la renuncia, el precepto mencionado precisa que se verifique «después de la sobrevenencia del caso de preempción»,

(24) Sobre esta peculiaridad del derecho de preempción de los parientes en materia del precio, me remito al epígrafe dedicado a los efectos.

(25) Se ocupa ampliamente de este carácter R. HOTZ, en *Le droit foncier rural...*, cit., págs. 438-440.

(26) Acerca de la categoría de los derechos personales reforzados, vid. P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, cit., t. I, 3.^a ed., 1997, pág. 26.

(27) Como matiza P.-H. STEINAUER (*Les droits réels*, t. II, cit., pág. 134), la supresión del derecho supone «una renuncia al derecho mismo y no a su ejercicio en un caso determinado».

es decir, una vez efectuada la enajenación que origina el derecho. Respecto a la forma de la renuncia, se exige su formalización por escrito; no es válida, por consiguiente, la renuncia tácita.

5. ELEMENTOS INTEGRANTES

Dentro de la explicación que se viene realizando del derecho de pre-empción de los parientes, conviene examinar ahora lo que puede calificarse como elementos integrantes de la institución, a los que se dedican los sub-epígrafes siguientes.

A) *Sujeto activo*

Por lo que se refiere a los titulares del derecho, debe advertirse, de antemano, que se aprecia respecto de la legislación anterior una importante limitación del círculo de sujetos legitimados, al haberse prescindido del cónyuge (28) y de los progenitores del transmitente. Es más, la legitimación activa varía en función de que lo enajenado sea una empresa o un inmueble agrario (29). Así, tratándose de una empresa agraria, el derecho corresponde, en primer lugar, a los descendientes del disponente sin límite de grado; y, subsidiariamente, a sus hermanos y sobrinos, siempre que la empresa haya sido adquirida en virtud de cualquier título por el enajenante de sus progenitores en su totalidad o mayor parte (art. 42.1 LFDIR) (30). En cambio, cuando se enajenan inmuebles agrarios, el derecho únicamente se concede a los descendientes (art. 42.2 LFDIR).

Por lo demás, la Ley exige novedosamente a los diferentes titulares del derecho ciertos requisitos que se vinculan a los objetivos de política agraria perseguidos por el legislador (31). En particular, respecto a la empresa agraria, se condiciona el ejercicio del derecho al criterio de la explotación a título

(28) Con todo, el artículo 40.1 LFDIR requiere el consentimiento del cónyuge en la enajenación de empresa agraria en cuya explotación haya participado.

(29) En cualquier caso, si la empresa o inmueble enajenados se encuentra en régimen de copropiedad, en atención a lo dispuesto en el artículo 45 LFDIR, sólo se exige la relación de parentesco con uno de los copropietarios.

(30) Obviamente, tratándose de parientes colaterales de vínculo sencillo, sólo estarán legitimados para ejercitar el derecho cuando la empresa haya sido adquirida por el disponente de los padres y/o abuelos comunes.

(31) En efecto, según indica P.-H. STEINAUER («Les projets de Lois fédérales...», cit., pág. 185), «*las exigencias de la política agrícola pasan aquí por delante del mantenimiento del lazo entre la familia y la propiedad*».

personal (art. 42.1) (32). En relación con los inmuebles agrarios, los parientes legitimados deben ser ya propietarios o, al menos, tener la facultad de disponer de una empresa agraria (art. 42.2) (33).

Adicionalmente, se impone a los parientes dos requisitos de índole negativa. En primer lugar, no han de estar incurso en causa de desheredación respecto del transmitente (art. 42.3 LFDIR) (34). Tampoco pueden ser propietarios ni tener la facultad de disponer de una empresa agraria susceptible de ofrecer a una familia campesina «*medios de existencia particularmente buenos*» (art. 50 LFDIR) (35).

(32) Como se deduce del artículo 42.1 LFDIR —vid. *infra* nota 40—, el requisito de la explotación personal —antes requerido únicamente a los parientes en línea recta y en la legislación vigente a todos los beneficiarios— se integra de dos elementos, uno de índole subjetiva —la intención de explotar personalmente la empresa— y otro de índole objetiva —la capacidad de explotarla personalmente—. Por lo demás, este requisito ha sido definido legalmente con base en la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo. Así, conforme al artículo 9.1 LFDIR, es explotador a título personal «*cualquiera que cultiva el mismo las tierras agrícolas y, si se trata de una empresa agraria, dirige personalmente ésta*». Complementariamente, el artículo 9.2 LFDIR reconoce específicamente capacidad de explotar a título personal a «*quien tiene las aptitudes [profesionales, personales, físicas y morales, según especifica el Message] usualmente requeridas en la agricultura de nuestro país para cultivar el mismo las tierras agrícolas y dirigir personalmente una empresa agraria*». Sobre estas nociones legales puede consultarse A. BUGNON, *Le droit...*, págs. 174-180; EDUARD HOFER, en *Le droit foncier rural...*, cit., págs. 211-226; así como el propio «*Message à l'appui des projets...*», cit., pág. 923-925.

(33) Presupuesto que tiene su razón de ser en el hecho de que «*(...) el derecho de preempción sobre un inmueble agrario debe servir para mejorar la estructura de una empresa agraria que posee ya el titular del derecho de preempción*» (cfr. «*Message à l'appui des projets...*», cit., pág. 959).

(34) De acuerdo con el artículo 477 del Código Civil suizo, son causas de desheredación la comisión de un delito grave contra el fallecido o sus parientes cercanos, y el incumplimiento grave de los deberes impuestos legalmente respecto al difunto o su familia. Ahora bien, tales causas de desheredación sólo excluyen la preferencia adquisitiva familiar siempre que sean invocadas y probadas por el disponente (cfr. R. HOTZ, *Le droit foncier rural...*, págs. 457-458).

(35) Este requisito responde a motivos de política estructural, en particular, a la necesidad de impedir la concentración desmesurada de la propiedad agraria (cfr. «*Message à l'appui des projets...*», cit., pág. 904-906).

Por «*familia campesina*» debe entenderse, de acuerdo con la concepción elaborada por el Tribunal Federal suizo, una familia media integrada por padres y dos hijos en edad escolar (cfr. P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. II, cit., pág. 138). La noción de «*medios de existencia particularmente buenos*» viene recogida en el reseñado *Message*, pág. 933, según el cual: «*una empresa agraria ofrece medios de existencia buenos cuando las rentas que se pueden obtener de la misma permiten asegurar una renta equiparable de una y media a dos unidades de trabajo (...) también se puede hablar de buenos medios de existencia cuando la empresa que no alcance la renta indicada se incluya entre las de la categoría más rentable de las empresas de la región explotadas a título principal conforme a las condiciones usuales*».

De lo expuesto hasta ahora en materia de legitimación activa, es posible apreciar en este ámbito importantes divergencias entre las opciones legislativas de la normativa suiza y las previsiones legales españolas en materia de derechos familiares de adquisición preferente.

De entrada, debe notarse que en la legislación helvética se establece una legitimación más restringida que en los Derechos españoles en coherencia posiblemente con la finalidad legal de favorecer las explotaciones agrarias y no tanto un genérico interés familiar. No obstante, se observa una cierta similitud entre el Derecho suizo y los Derechos navarro y vizcaíno en cuanto en todos ellos se hace depender la legitimación activa de la procedencia familiar (o no) de los bienes. Por lo demás, y a diferencia de lo que sucede en Derecho aragonés, el derecho de preempción de los parientes puede ser ejercitado por los descendientes del disponente, solución legal que en buena lógica debería extenderse al derecho de abolorio en línea, por lo demás, con el resto de las preferencias adquisitivas de tipo familiar reconocidas en Derecho español (36).

Asimismo, hay otro dato interesante que conviene resaltar en la legislación suiza, que radica en que la Ley de 1991 niega este derecho de adquisición preferente a quienes están incursos en causa de desheredación, lo que no tiene equivalencia en Derecho español. En este punto, cabe notar que esta previsión de la legislación suiza no resulta carente de sentido y razonabilidad, debido a la conexión existente entre estas instituciones y el Derecho sucesorio, lo que permite justificar la aplicación de las referidas causas de desheredación (37).

(36) En Derecho aragonés son titulares del derecho de abolorio los parientes colaterales hasta cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes (art. 149.1 CDCA). Quedan excluidos, por consiguiente, los parientes en línea recta y, en particular, los descendientes, cuestión tradicionalmente muy debatida dados los términos no suficientemente claros en que se expresaban los Fueros y Observancias y que hoy ha quedado zanjada por la Compilación y con anterioridad por el Apéndice foral de 1925.

El retracto gentilicio navarro se reconoce, respecto de los bienes de abolorio o patrimonio, a los descendientes y a los colaterales «dentro del cuarto grado y de la misma línea de procedencia de los bienes» (ley 453, regla 1.ª FNN). Respecto de los bienes conquistados sólo corresponde a los descendientes (ley 453, regla 2.ª FNN). Sobre la distinción entre bienes de abolorio o patrimonio y bienes conquistados, vid. *infra* nota 62.

En el Derecho vizcaíno, de acuerdo con el artículo 112.1 LDCFPV, son titulares de la saca foral los parientes «según el orden del artículo 20 y la línea y grado de proximidad a la raíz», esto es, primero los descendientes, en segundo lugar los ascendientes —por la línea de procedencia de la raíz y hasta el ascendiente que primero la poseyó— y, por último, los colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes.

Finalmente, la tornería aranesa se atribuye por el Privilegio a «los hermanos, primos hermanos o más propincuos en la línea de parentela».

(37) En efecto, como puso en su día de relieve RAMÓN SÁINZ DE VARANDA, «El retracto gentilicio», en *Anuario de Derecho aragonés*, 1946, pág. 257, en relación con el derecho de abolorio, este tipo de derechos constituyen una manifestación de la expectativa hereditaria de los parientes.

En tercer y último lugar, los titulares del derecho de preempción de los parientes han de cumplir una serie de presupuestos que obedecen a razones de política agraria, algo que no sucede en las preferencias adquisitivas familiares españolas. Ello se explica, sin lugar a dudas, por el especial elemento teleológico que inspira la Ley suiza, vinculado de manera directa al mantenimiento y favorecimiento de la empresa agraria.

En cualquier caso, como sucede en Derecho español, resulta indiferente que el parentesco que une al titular del derecho con el disponente sea matrimonial o extramatrimonial, biológico o adoptivo (38). No obstante, ha de tratarse de un parentesco por consanguinidad, quedando excluidos, por consiguiente, los parientes afines (39).

Un problema estrechamente al tema de la legitimación activa es el de la colisión de titulares del derecho. En efecto, puede suceder que dos o más parientes concurren en el ejercicio del derecho, planteándose el problema de a cuál de ellos corresponde la empresa o inmueble enajenado. Pues bien, esta cuestión encuentra diferente solución en Derecho suizo en función de que la colisión se plantee entre parientes de igual o distinta categoría. Así, si la colisión surge entre titulares de diferente categoría —esto es, entre descendientes y hermanos o sobrinos—, los descendientes priman sobre los parientes colaterales del transmitente (art. 42.1 LFDIR) (40). No obstante, cuando

(38) Sobre la evolución del Derecho suizo en relación a los hijos no matrimoniales y adoptivos, vid. A. BUGNON, *Le droit...*, cit., págs. 87-88.

Para el Derecho aragonés puede consultarse J. L. MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XXXIV, 1988, págs. 275-276; para el Derecho navarro, R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., págs. 253-256 y 258; para el Derecho vizcaíno, L. GOIKOETXEA OLEAGA, *El derecho de saca...*, cit., págs. 485-490; y para el Derecho aranés, M. YSAS SOLANES, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XXX, págs. 668-669.

(39) En efecto, en cuanto que el cónyuge del enajenante —pariente afín por excelencia— ha sido excluido por la LFDIR de entre los sujetos legitimados, resulta obvio que los demás parientes afines tampoco son titulares del derecho.

Por lo demás, el parentesco que se exige en Derecho español es, igualmente, el de consanguinidad. Vid., en este sentido, J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *idem*, cit., págs. 53-54, para el Derecho aragonés; R. BARBER CÁRCAMO, *idem*, cit., págs. 241-242, respecto del Derecho navarro; L. GOIKOETXEA OLEAGA, *idem*, cit., pág. 453, en relación al Derecho vizcaíno; y M. YSAS SOLANES, *idem*, pág. 669, en lo referente al Derecho propio del Valle de Arán.

(40) El artículo 42.1 LFDIR dispone lo siguiente:

«En caso de enajenación de una empresa agraria, los parientes del enajenante mencionados a continuación tienen, en el siguiente orden, un derecho de preempción sobre ésta cuando tengan la intención de explotarla ellos mismos y parezcan capaces de ello:

1. Cada descendiente;
2. Cada uno de los hermanos y hermanas y sus hijos, cuando el enajenante haya adquirido la empresa en su totalidad o en su mayor parte de sus progenitores o en su sucesión hace menos de veinticinco años».

Por lo demás, también en Derecho vizcaíno se da preferencia a la línea recta descendente sobre la línea colateral (vid. *supra* nota 36).

la colisión se origina entre titulares del mismo rango —es decir, entre descendientes o entre hermanos y/o hijos de hermanos— (41), el legislador suizo (a diferencia de lo que sucede en Derecho español donde se acude, como regla, a criterios de aplicación automática) (42) atribuye la resolución del conflicto al enajenante, al que corresponde elegir entre los parientes interesados. Sólo en caso de que aquél no haga uso de tal facultad de elección, habrá de atenderse a la situación personal de los ejercitantes (art. 46 LFDIR) (43), lo que parece suponer una remisión al criterio interpretativo de la autoridad judicial competente, tal y como hacía explícitamente la legislación derogada.

B) *Sujeto pasivo*

Silenciado en la legislación anterior, el régimen de la legitimación pasiva ha sido objeto de regulación expresa en la normativa suiza vigente, en particular, en el Código Civil y en la Ley federal sobre derecho inmobiliario rural.

(41) A diferencia de la legislación anterior, en la Ley de 1991 no se establece un orden de prelación entre los descendientes en relación con el ejercicio del derecho —esto es, hijos, nietos y demás descendientes se encuentran en plano de igualdad—; ni tampoco entre los hermanos y sus descendientes.

(42) Acuden a criterios automáticos, sin excepción alguna, tanto el artículo 149.3 CDCA como la Ley 455 FNN que optan, en primer lugar, por el criterio de proximidad del parentesco. En igualdad de grado, el Derecho aragonés otorga preferencia al pariente que primero lo ejercite; en cambio, la Ley 455 FNN da prioridad al ascendiente y entre colaterales, al entroncado en ascendiente superior.

Por su parte, la LDFPV, artículo 112.1, atiende, en primer lugar, al orden previsto en el artículo 20 para las distintas líneas de parentesco —descendiente, ascendiente y colateral—. Dentro de la misma línea acude, en su artículo 113 a la proximidad de parentesco. En igualdad de grado, prefiere al tronquero en posesión de la finca; en su defecto, el adquirente será elegido entre los interesados por el enajenante —idéntica solución que en Derecho suizo— o, en su caso, mediante sorteo ante notario.

El Privilegio de la Querimonia obvia esta cuestión. No obstante, en los términos en que se expresa al referirse a los beneficiarios de la tornería (vid. *supra* nota 36) creo que puede defenderse que para la colisión de parientes de diferente grado rige el criterio de la proximidad del parentesco.

(43) Cuando el objeto de la enajenación sea una empresa agraria, de acuerdo con el «Message à l'appui des projets...», cit., pág. 929, debe atenderse especialmente a la circunstancia de que el pariente que pretenda adquirir preferentemente aquella «*se haya ocupado anteriormente de la empresa agraria y si tiene descendientes interesados en dedicarse a la agricultura*». Tratándose de un inmueble agrario, ha de atribuirse al pariente que sea «propietario o que disponga económicamente de una empresa agraria que, sobre la base de sus capacidades y de su potencial de desarrollo, corresponda mejor al modelo de la explotación agraria de tipo familiar» (cfr. HOTZ, *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 482, por remisión al «Septième Rapport sur la situation de l'agriculture suisse et la politique de la Confédération, du 27 janvier 1992»).

Así, en atención a lo dispuesto en el artículo 681a.3 del CC (44), el derecho debe intentarse contra el propietario actual de los bienes, por lo que será decisivo el momento anterior o posterior a la consumación de la enajenación en que se ejercite el derecho. Así, antes de consumarse de la enajenación el pariente deberá dirigirse, en buena lógica, contra el pariente dueño de los bienes. En cambio, una vez consumada la enajenación, el derecho habrá de actuarse contra el adquirente de los mismos, aún de buena fe (45). Es más, si dentro de los plazos de ejercicio del derecho se han producido sucesivas transmisiones tras la originadora de la preferencia adquisitiva, en atención al precepto mencionado, su titular podrá actuar contra cualquiera que sea su propietario (46).

Expuestas las claves generales del sujeto legitimado pasivamente en los derechos legales de preempción (que, por lo demás, coinciden con las reglas de las preferencias adquisitivas españolas que operan como tanteo y retracto) (47), procede precisar las condiciones a cumplir por el adquirente para que sea viable el ejercicio del derecho que nos ocupa, para lo que debe atenderse, de una parte, al artículo 43, letra c) LFDIR y, de otra, al artículo 681.2 del Código Civil.

El artículo 43, letra c) LFDIR dispone que: «*un pariente puede también invocar el derecho de preempción cuando una empresa o un inmueble agrario es enajenado a otro pariente o al cónyuge*». Dos aclaraciones requiere este precepto. En primer lugar, debe señalarse que, si bien la legislación helvética —a diferencia de lo que sucede en Derecho español— (48) no alude expresamente a los extraños como sujetos legitimados pasivamente, ello no significa que el derecho no pueda ejercitarse en las enajenaciones a favor de los mismos. Esta conclusión puede mantenerse desde el momento en que en el precepto citado se incluye, con la expresión «*otro pariente*», a los adquirentes parientes no titulares del derecho entre aquellos contra quienes puede

(44) El artículo 681a.3 del Código Civil establece lo siguiente: «*En estos plazos, el titular puede invocar su derecho contra todo propietario del inmueble*».

(45) Cfr. P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. II, cit., pág. 134, y «*La nouvelle réglementation...*», cit, pág. 12. Idéntica solución adopta el Derecho español en atención a lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Ley Hipotecaria.

(46) P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. II, cit., pág. 134, señala al respecto que: «*el titular del derecho de preempción puede ejercer su derecho contra toda propietario del inmueble, incluso si este último ha adquirido el inmueble ignorando la existencia del derecho de preempción legal*».

(47) Queda al margen de tal apreciación la saca foral vizcaína que, al no ser identificable con el derecho de retracto, ha de intentarse, una vez verificada la enajenación, contra adquirente y transmitente, en atención a lo dispuesto en el artículo 123.1 LDCPV.

(48) Se refieren a la procedencia del derecho frente a un «*extraño*» el artículo 149.1 CDCA, el artículo 112.1 LDCFPV y el Privilegio de la Querimonia. Un término equivalente, el de «*terceros*», utiliza la ley 445 FNN.

ejercitarse el mismo (49), por lo que, con mayor razón habrá de subsumirse a aquellos que carecen de vínculo parental con el disponente. Por lo demás, la alusión explícita que se hace al cónyuge del enajenante en el artículo mencionado permite entender que el ejercicio de este derecho también puede predicarse cuando el adquirente se trate de cualquier otro pariente afín (50).

Complementariamente, el artículo 681.2 del Código Civil establece, como regla general en materia de preempciones legales, la imposibilidad de su ejercicio en caso de enajenación «a una persona que sea titular de un derecho de preempción del mismo rango o de rango preferente». Esta regla aplicada al derecho de preempción de los parientes determina, tratándose el adquirente de un pariente legitimado activamente, la improcedencia del derecho cuando aquél sea un pariente de categoría igual o superior a la del ejercitante (51). Así, por ejemplo, si el dueño de una empresa agraria la dona a uno de sus descendientes para que la explote personalmente, el resto de sus descendientes e igualmente sus hermanos y sobrinos no podrán intentar el derecho de preempción frente a tal enajenación. *A sensu contrario*, el derecho podrá ejercitarse en la enajenación a pariente de categoría inferior. Una previsión similar se recoge en Derecho español en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, que reconoce, en su artículo 112.2, el derecho de saca en la enajenación a pariente tronquero de línea posterior a la de quien lo ejercita (52).

(49) La interpretación que se propone discrepa de la que ofrece R. HOTZ, en *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 474, según la cual, la expresión «otro pariente» del precepto reseñado comprende, asimismo, a los parientes beneficiarios del derecho. Parece olvidar este autor que, en atención a lo dispuesto en el artículo 681.2 del Código Civil, el derecho que nos ocupa no puede prosperar en la enajenación a favor de parientes, al menos de categoría superior o igual a la del pariente que pretende adquirir preferentemente.

(50) En Derecho español los parientes afines también están incluidos entre los sujetos legitimados pasivamente según opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia en defecto de previsión legal expresa. Vid., por todos, R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, pág. 398-401; L. GOIKOETXEA OLEAGA, *El derecho de saca...*, cit., pág. 484; A. LÓPEZ AZCONA, «El derecho de abolorio...», cit., pág. 146; y J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio...*, pág. 85.

(51) Sobre este particular, puede consultarse P.-H. STEINAUER, «La nouvelle réglementation...», cit., pág. 10; y R. HOTZ, en *Le droit foncier rural...*, pág. 454.

(52) Adopta una posición más restrictiva el Derecho navarro, al impedir el ejercicio del retracto gentilicio en las transmisiones a favor de parientes con derecho de retracto, aunque el que pretenda ejercitarlo sea de condición preferente (Ley 555 FNN). Lo mismo puede decirse del Derecho aragonés en cuanto determina, de modo muy impreciso, la improcedencia del derecho de abolorio frente a adquirente pariente —en línea recta o colateral— hasta el cuarto grado por la línea de donde provienen los bienes (art. 149.1 CDCA).

C) *Objeto*

En atención a lo dispuesto en el artículo 42.1 y 2 de la Ley, constituyen el objeto del derecho de preempción de los parientes los inmuebles y empresas agrarias, lo que supone una innovación de régimen jurídico respecto de la Ley de 1951. En efecto, de un lado, se aprecia una ampliación del objeto a los inmuebles agrarios, excluidos en la regulación anterior (53); y, de otro, se sustituye la noción de «*explotación agraria*» por la más restrictiva de «*empresa agraria*» (54).

Los conceptos de inmueble y empresa agraria vienen dados por la propia Ley. Así, el artículo 6.1 define a los inmuebles agrarios como los destinados a uso agrícola u hortícola (55). Son, asimismo, inmuebles agrarios, a los efectos de la Ley, ciertos inmuebles por analogía y los inmuebles por destino. En particular, el artículo 6.2 establece que se asimilan a los inmuebles agrarios los derechos de disfrute y participación correspondientes a determinadas colectividades (56). Complementariamente, el artículo 51.1 extiende el derecho a los bienes muebles destinados a la explotación, salvo que el transmitente efectúe una declaración contraria a su inclusión, ya sea total o parcialmente. Finalmente, resulta de interés destacar que el artículo 3.1 parece posibilitar el ejercicio del derecho sobre cuotas indivisas de inmuebles agrarios (57).

(53) En el Derecho anterior los inmuebles agrarios sólo podían ser objeto del derecho de preempción en cuanto formasen parte de una explotación agraria o constituyesen una parte importante de la explotación. No obstante, en el último período de vigencia de la Ley de 1951, una importante jurisprudencia se desvinculó de esta regla para reconocer el derecho de preempción sobre inmuebles agrarios aislados (cfr. A. BUGNON, *Le droit...*, cit., págs. 80-81 y 145).

(54) A diferencia de la Ley de 1951 que utilizaba los términos explotación y empresa agraria como sinónimos, la LFDIR circunscribe la noción de empresa agraria a las explotaciones que exigen la mitad de las fuerzas de trabajo de una familia campesina (cfr. E. HOFER, en *Le droit foncier rural...*, cit. págs. 142-145 y 151).

(55) En atención a lo dispuesto en el artículo 2 LFDIR —precepto que fija el ámbito de aplicación de la ley—, en particular, en su apartado 2.º letra *d*), son, igualmente, susceptibles del derecho que nos ocupa, los inmuebles de uso mixto, siempre que —como matiza CHRISTOPH BANDLI, en *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 70— estén destinados fundamentalmente a la agricultura. En cualquier caso, conforme a los apartados 3.º y 1.º del precepto citado, los inmuebles han de tener una mínima extensión —en concreto, 10 áreas tratándose de viñedos y 25 áreas para los demás predios— y, como regla, deben estar situados en suelo no urbanizable.

(56) El artículo 6.2 LFDIR tiene el siguiente tenor: «*Son asimilados a los inmuebles agrarios los derechos de disfrute y participación en los "allmends" [comunales], pastos alpinos, bosques y pastos que pertenecen a las sociedades de "allmends" [comunales], a corporaciones de pastos alpinos, de bosques y a otras colectividades similares*».

(57) Así, el artículo 3.1 LFDIR prevé que: «*Las disposiciones de la presente ley relativas a los inmuebles agrícolas se aplican, salvo disposición en contrario, a las partes de copropiedad sobre los inmuebles agrarios*». Coincide con la interpretación que se propone de este precepto R. HOTZ, *Le droit foncier rural...*, cit., págs. 459-460.

Por su parte, y de acuerdo con el artículo 7.1 y 2, constituye una empresa agraria la unidad compuesta de inmuebles, construcciones e instalaciones agrícolas que sirve de base a la producción agrícola u hortícola y cuya explotación exige, al menos, la mitad del potencial de trabajo de una familia campesina (58). Las empresas mixtas de carácter predominante agrario son consideradas, igualmente, empresas agrarias (art. 7.5) (59).

Examinado el objeto del derecho que nos ocupa, es posible apreciar importantes diferencias con respecto a las preferencias adquisitivas familiares reconocidas en los Derechos civiles territoriales españoles, que pasan a enumerarse a continuación.

En primer lugar, en la Ley suiza se contempla la empresa agraria como objeto del derecho, lo que revela una nueva dimensión de este tipo de instituciones vinculada a las políticas de modernización agraria que contrasta con la visión posiblemente más limitada de las preferencias adquisitivas españolas que, en línea con sus correspondientes precedentes históricos, recaen sobre bienes inmuebles sin que se haga mención expresa a las explotaciones agrarias.

En segundo lugar, tanto los derechos regulados en los Derechos civiles españoles como el contemplado en la legislación suiza recaen sobre bienes inmuebles, pero en el derecho de abolorio, retracto gentilicio y tornería resulta indiferente la naturaleza rústica o urbana de los mismos (60). Únicamente presenta alguna similitud con la normativa centroeuropea, la Ley del Derecho Civil del País Vasco, que restringe, como regla, el ámbito de la saca a los inmuebles ubicados en suelo no urbanizable (61).

(58) Para determinar el potencial de trabajo de una familia campesina, el legislador suizo ha tomado en consideración una familia-tipo que dedica anualmente 420 días de trabajo a la agricultura. A razón de 10 horas de trabajo por día, resultan 4.200 horas. Por consiguiente, la mitad del potencial de trabajo de una familia campesina supone 210 días de trabajo al año o, lo que es lo mismo, 2.100 horas (cfr. E. HOFER, en *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 156).

(59) El derecho puede tener como objeto, incluso, participaciones en empresas agrarias, lo que constituye una importante innovación respecto del régimen anterior. En efecto, en cuanto que el artículo 4.2 LFDIR prevé la aplicación de las disposiciones de la Ley sobre las empresas agrarias a «*las participaciones mayoritarias en personas jurídicas cuyos activos consistan fundamentalmente en una empresa agraria*», el derecho de pre-empción puede ser ejercitado «*no sólo sobre el objeto mismo [la empresa agraria], sino también sobre una participación mayoritaria, por ejemplo, un paquete de acciones*» (cfr. «*Message a l'appui des projets...*», cit., pág. 915).

(60) Tanto la Compilación aragonesa (art. 149.1) como la navarra (Ley 452) se refieren genéricamente a bienes inmuebles. Por su parte, el Privilegio de la Querimonia habla de «*casas, tierras, viñas, prados, molinos y otros bienes inmuebles*».

(61) La Ley civil foral vasca, con ánimo de evitar abusos —según se indica en su Exposición de Motivos—, ha excluido del ámbito de la saca aquellas fincas situadas en suelo urbano o urbanizable programado, salvo que se trate de un edificio, singular en su conjunto, que hubiese sido el hogar familiar de un ascendiente del pariente tronquero (art. 114).

Por último, en la regulación suiza no se exige, en principio (62), la procedencia familiar de los bienes, requisito presente, en todo caso, en Derecho aragonés, no así en Derecho navarro, vizcaíno y catalán (63).

D) *Negocios jurídicos originadores*

De entrada, cabe notar que en la nueva legislación se admite una gran variedad de enajenaciones a la hora de legitimar el ejercicio del derecho de preempción de los parientes, abandonando el criterio restrictivo de la Ley de 1951 (64). Así, mientras esta Ley sólo reconocía su procedencia en las ventas,

(62) Tal y como se ha podido comprobar al analizar la legitimación activa, sólo se requiere el carácter familiar de la empresa agraria —que no de los inmuebles agrarios— cuando pretenda ser adquirida preferentemente por los hermanos y sobrinos del enajenante, no así cuando el derecho de preempción sea intentado por los descendientes.

(63) De acuerdo con el artículo 149.1 CDCA, el derecho de abolorio recae exclusivamente sobre «*inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente*». En cuanto a la interpretación que debe darse a la expresión «*permanencia en la familia*», resulta clarificadora la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte que, al regular la materia que le es propia y, en concreto, la sucesión troncal, señala en su artículo 212.2 que: «*se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante [disponente, tratándose del derecho de abolorio] o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de generaciones intermedias*».

En cambio, la ley 453 FNN reconoce el retracto gentilicio sobre dos tipos de bienes: de una parte, sobre los bienes de abolorio y patrimonio (esto es, inmuebles procedentes del abuelo y recibidos por el enajenante a título lucrativo, bien directamente de aquél —de abolorio—, bien a través del padre u otro descendiente del abuelo —de patrimonio—); y de otra, sobre los bienes conquistados (inmuebles adquiridos a título oneroso o lucrativo por el propio enajenante o por sus progenitores). Vid. más ampliamente, R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., págs. 189-205.

Lo mismo sucede en el Derecho vizcaíno donde son bienes troncales y, por tanto, están sujetos a la saca foral, respecto a los descendientes del enajenante, todos los bienes raíces cualquiera que sea su título adquisitivo y aunque éste los haya adquirido de extraños; y respecto a los ascendientes y colaterales, los bienes raíces pertenecientes al tronco común del pariente que ejercita la saca y del disponente, incluso los que este último hubiese adquirido de extraños (art. 22 LDCFPV). Puede consultarse sobre el particular, L. GOIKOETXEA OLEAGA, *El derecho de saca...*, cit., págs. 737-741.

Finalmente, por lo que se refiere al derecho de tornería, el Privilegio parece exigir implícitamente la procedencia de los bienes de un ascendiente común en cuanto al definir el ámbito subjetivo se refiere a los parientes «*en la línea de parentela*». Así, lo ha entendido tanto la doctrina (vid., por todos, M. YSAS SOLANES, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XXX, 1987, pág. 671) como la jurisprudencia (SJPI de Viella, de 16 de noviembre de 1979, y SAT de Barcelona, de 25 de septiembre de 1980, *RJC*, 1981, págs. 69-70, que confirma la anterior).

(64) Según indica R. HOTZ, en *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 471, con esta ampliación se trata de evitar que transmitente y adquirente eludan los objetivos de De-

en la vigente regulación el derecho también puede ejercitarse frente a las enajenaciones onerosas equivalentes a la venta (art. 216c.1 Co), así como frente a las transmisiones gratuitas [art. 43 letra *b*) LFDFR]. Por lo que se refiere a las ventas, de conformidad con el artículo 681.1 del Código Civil, pueden tratarse de ventas tanto voluntarias como forzosas (65). Igualmente, se reconoce la viabilidad del derecho en caso de aportación del inmueble o empresa agraria, bien a una comunidad de bienes, bien a una sociedad, sociedad cooperativa u otra persona jurídica [art. 43 letra *a*) LFDFR].

Así las cosas, si se compara en este punto el Derecho suizo con los Derechos territoriales españoles, es posible advertir que éstos se muestran más limitativos a la hora de determinar las transmisiones originadoras de sus respectivas preferencias adquisitivas familiares, en cuanto excluyen las transmisiones gratuitas e, incluso, algunos de ellos sólo permiten el ejercicio del derecho en las ventas y daciones en pago (66). Asimismo, resulta significativo que la nueva normativa suiza declare expresamente la procedencia del derecho frente a la aportación a sociedad cuando la doctrina española ha puesto muchas objeciones a su inclusión entre las enajenaciones que dan lugar a este tipo de derechos de adquisición preferente, atendiendo fundamentalmente al mecanismo subrogatorio a través del cual operan estos derechos cuando obedecen a la tipología del tanteo y retracto (67).

E) *Plazo de ejercicio*

También el régimen de los plazos de ejercicio del derecho ha sido objeto de una total revisión por parte del legislador suizo que, de una parte, ha sustituido el plazo de un mes previsto en el antiguo artículo 681.2 del Código Civil por un plazo de mayor amplitud y, de otra, ha introducido un plazo general de caducidad.

recho inmobiliario rural perseguidos por la Ley, llevando a cabo una enajenación al margen de las previstas legalmente.

(65) La posibilidad de ejercitar el derecho frente a las ventas forzosas constituye una novedad respecto a la anterior regulación (cfr. A. BUGNON, *Le droit...*, pág. 208, y R. HOTZ, *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 464).

(66) Adoptan un criterio especialmente restrictivo el Privilegio de la Querimonia que limita la tornería a las ventas y la Compilación aragonesa que, en su artículo 149.1, sólo reconoce el derecho «*en toda venta y dación en pago*». Optan, en cambio, por fórmulas más generales, la Ley 445 FNN que habla de «*transmisión onerosa*» y, asimismo, la LDCFPV que en su artículo 112 utiliza la expresión similar de «*enajenación a título oneroso*».

(67) Vid., en este sentido, R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., págs. 174-178, y G. GARCÍA CANTERO, *El derecho de abolorio...*, cit., pág. 212.

Así, de acuerdo con el artículo 681a.2 del Código Civil —incorporado a este cuerpo legal en la reforma de 1991— (68), los titulares de la preempción tienen tres meses para su correspondiente ejercicio. Este plazo empieza a correr desde el conocimiento —completo— de la enajenación por el ejercitante, bien por comunicación del transmitente (69), bien por cualquier otro medio —en especial a través de la publicidad registral— (70).

Junto al plazo de tres meses, el precepto mencionado establece un plazo máximo de caducidad de dos años a contar desde que el adquirente conste inscrito registralmente como nuevo propietario o, lo que es lo mismo, desde la consumación de la enajenación. Ello significa que, agotado este límite temporal, el derecho se extingue automáticamente sin excepción alguna. Por consiguiente, el conocimiento de la enajenación en los dos años siguientes a su materialización conllevará una reducción de este plazo, entrando en juego el de los tres meses; pero, si tal circunstancia acaece con posterioridad al mismo, éste no experimentará un alargamiento.

Expuesto el régimen suizo en materia de plazos de ejercicio del derecho de preempción de los parientes, importa considerar ahora las divergencias existentes entre el Derecho suizo y los Ordenamientos territoriales españoles.

De entrada, a diferencia de los Derechos aragonés, navarro y vizcaíno, en Derecho suizo se establece un único plazo de ejercicio del derecho, siendo indiferente el momento en que se ejercite el mismo (71).

(68) El artículo 681a.2 del Código Civil tiene el siguiente tenor: «*Si el titular pretende ejercer su derecho, debe invocarlo en los tres meses a contar desde el momento en que ha tenido conocimiento de la conclusión del contrato y de su contenido, pero a más tardar en los dos años siguientes a la inscripción del nuevo propietario en el Registro inmobiliario*».

(69) A tal efecto, el artículo 681a.1 del Código Civil impone al disponente la obligación de informar a los titulares del derecho «*de la celebración del contrato de venta y de su contenido*». Conforme al «*Message à l'appui des projets...*», cit., pág. 1018, tal comunicación puede revestir cualquier forma.

(70) De hecho, el artículo 969.1 del Código Civil dispone que el Encargado del Registro inmobiliario ha de notificar a los titulares del derecho «*de la adquisición de la propiedad por un tercero*».

(71) En Aragón el artículo 150 CDCA distingue dos plazos para ejercitar el derecho de abolorio en función de la existencia (o no) de notificación fehaciente, «*bien del propósito de enajenar y ofrecimiento en venta, bien de la enajenación efectuada*». Así, el plazo es de treinta días si ha habido notificación fehaciente. En defecto de notificación fehaciente, la Compilación concede un plazo de noventa días a contar desde la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde el día en que el retrayente tenga conocimiento de la enajenación.

Lo mismo sucede en Navarra donde la Ley 458 FN también prevé dos plazos diferentes (aunque más breves que los que rigen para el derecho de abolorio) dependiendo de que la enajenación haya sido notificada fehacientemente (o no) a los titulares del retracto gentilicio. El plazo es de nueve días, existiendo notificación fehaciente. En su defecto, el plazo es de treinta días a partir de la fecha de inscripción en el Registro.

En segundo término, el legislador suizo ha optado por el criterio subjetivo del conocimiento de la enajenación para determinar el punto de partida del plazo de ejercicio, con los problemas de prueba que ello conlleva. Este criterio está presente, asimismo, en los Derechos aragonés y vasco, si bien sólo entra en juego de modo subsidiario para el caso de que la enajenación no haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Por su parte, el Derecho navarro prescinde de este criterio para adoptar un criterio objetivo, el de la inscripción registral.

Por último, también establecen un plazo máximo de duración de sus correspondientes preferencias adquisitivas tanto el Derecho aragonés como el navarro. En concreto, hay una total coincidencia del Derecho suizo con el Derecho aragonés, en cuanto el artículo 150.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón declara la caducidad del derecho de abolorio, en todo caso, a los dos años de la enajenación (72). Por su parte, el Derecho navarro establece un plazo más breve, de un año y un día —a contar, asimismo, desde la enajenación—, e introduce una excepción a la aplicación del mismo: el ocultamiento malicioso de la enajenación (73), lo que no sucede en Derecho suizo ni en Derecho aragonés; de ahí, que en estos dos últimos Ordenamientos exista el riesgo de que la transmisión no llegue a conocimiento de los titulares del derecho sino una vez transcurridos los dos años por haberles sido ocultada maliciosamente por adquirente y/o transmitente, no pudiendo entonces ejercitarlo al haber caducado.

En Vizcaya la LDFPV establece dos plazos distintos según haya habido (o no) llamamiento a los parientes tronqueros. Realizado el llamamiento —mediante el oportuno edicto—, el pariente tronquero que pretenda adquirir el bien debe comparecer ante el Notario designado en el edicto dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de publicación (art. 117). Efectuada la enajenación sin previo llamamiento, el plazo de ejercicio de la saca es de tres meses a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde el conocimiento de la enajenación (art. 123).

En Cataluña, el Privilegio de la Querimonia establece un único plazo, el de año y día, a contar desde la venta para intentar la tornería. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1915 (*JC*, núm. 73, págs. 457-461) declaró en su día la sustitución de este plazo por el de nueve días previsto en el artículo 1.524 del Código Civil.

(72) Respecto al inicio del cómputo de este plazo, la jurisprudencia aragonesa exige la enajenación consumada, no meramente perfeccionada. Vid., en este sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 10 de julio de 1973 (*JA*, núm. 115-C) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 14 de enero de 1991 (*Informe Anual del Justicia de Aragón de 1991*, pág. 471).

(73) Según matiza R. BARBER, *El retracto...*, cit., pág. 429, también en Derecho navarro la jurisprudencia y doctrina mayoritaria sitúan el inicio del cómputo en la consumación de la enajenación, no en su celebración. Sobre la noción de «ocultamiento malicioso» puede consultarse esta misma monografía, págs. 430-432.

6. COLISIÓN CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

El derecho preferente de los parientes puede concurrir con otros derechos de preempción en su ejercicio sobre un mismo inmueble o empresa agraria, originándose una colisión de titularidades, cuya resolución pasa por examinar los criterios de preferencia que rigen en la legislación helvética.

A este respecto, interesa destacar que el Derecho suizo cuenta, desde la reforma de 1991, con unas reglas generales de jerarquía entre los distintos derechos de adquisición preferente (74). Ello contrasta con el Derecho español donde cada legislación establece su propio orden de preferencia, incurriendo, en ocasiones, en contradicciones (75).

Pues bien, en aplicación de estas reglas, debe señalarse, en primer lugar, que, conforme al artículo 681.3 del Código Civil, el derecho de preempción de los parientes —en cuanto derecho de origen legal— tiene carácter prioritario frente a los de origen convencional.

Si la colisión se plantea entre el derecho de los parientes y otros derechos legales de preempción, la solución es distinta según se traten de derechos reconocidos por el Derecho federal o por el Derecho cantonal.

Tratándose de derechos previstos por el Derecho federal, de acuerdo con el orden de preferencia que establecen los artículos 47.3 y 49 LFDIR, el derecho de los parientes prima sobre el del arrendatario y el del copropietario, salvo

(74) En Derecho suizo es posible identificar dos grandes grupos de derechos de preempción, los de origen legal y los de origen convencional. En cuanto a los derechos de preempción legales hay que distinguir entre los que regula el Código Civil y los reconocidos por la LFDIR (los llamados «derechos de preempción rurales»). El Código Civil contempla, en su artículo 682, dos modalidades de derecho de preempción: el de los condueños de inmuebles y el que corresponde tanto al superficiario como al dueño del suelo gravado por un derecho de superficie. Por su parte, la LFDIR distingue dos clases de derechos de preempción rurales, los reconocidos por el Derecho federal —el de los parientes, el del arrendatario y el de copropietarios— y los previstos por el Derecho cantonal al amparo del artículo 56.1 (cfr. P.-H. STEINAUER, «La nouvelle réglementation...», cit., pág. 3).

(75) Centrado nuestro estudio en los Derechos civiles territoriales españoles, reconocen la prioridad de los derechos de adquisición preferente por ellos reconocidos en el artículo 152 CDCA («el derecho de abolitorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente»), la Ley 446 FNN («los retractos legales gratuitos, de "vecindad forana", "corralizas" o "helechales" y el gentilicio, por este orden, tienen prioridad respecto a los de comuneros, colindantes, arrendatarios, enfiteutas y a cualesquiera otros derechos de adquisición preferente de carácter civil o administrativo») y el artículo 127 LDFPV («Los derechos reconocidos en este Título serán preferentes a cualquier otro de naturaleza análoga»). El Privilegio de la Querimonia guarda silencio sobre este tema.

Sobre la colisión de los derechos de adquisición preferente en Derecho español puede consultarse G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., t. XIX, págs. 540-541.

que este último reúna la condición de explotador a título personal (para el caso de empresas agrarias) o tenga la propiedad o facultad de disponer de una empresa agraria (para el caso de inmuebles agrarios), en cuyo caso su derecho prevalece sobre el de los parientes (76). La colisión entre el derecho de los parientes y el del superficiario, no obstante, carece de solución legal (77).

Respecto a los derechos reconocidos por el Derecho cantonal, el derecho de los parientes prevalece sobre éstos en su condición de derecho establecido por el Derecho federal (art. 56.2 LFDIR) (78).

7. EFECTOS

El ejercicio del derecho preferente de los parientes produce como efecto común a todos los derechos de preempción —ya sean de origen legal o convencional— la adquisición por su titular de la propiedad del inmueble o empresa agraria de que se trate en las mismas condiciones que las de la transmisión inicial (art. 216d.3 Co) (79).

(76) De acuerdo con el artículo 47.3 LFDIR, «El derecho de preempción de los parientes prevalece sobre el del arrendatario».

Por su parte, el artículo 49 LFDIR, dice así:

«En caso de enajenación de una parte de copropiedad sobre una empresa agraria, tienen, en el siguiente orden, un derecho de preempción sobre esta parte:

1. Todo copropietario que tiene intención de explotar la empresa el mismo y parece capaz de ello;

2. Cada descendiente, cada uno de los hermanos y hermanas y sus hijos, así como el arrendatario, en las condiciones y modalidades y en el orden aplicable al derecho de preempción sobre una empresa agraria;

3. Cualquier otro copropietario según el artículo 682 del Código Civil.

En caso de enajenación de una parte de copropiedad sobre un inmueble agrario tiene, en el siguiente orden, un derecho de preempción sobre esta parte:

1. Todo copropietario que ya es propietario de una empresa agraria o que dispone económicamente de la misma cuando el inmueble esté situado en la línea de explotación de tal empresa, usual en la localidad;

2. Cada descendiente y el arrendatario, en las condiciones y modalidades y en el orden aplicables al derecho de preempción sobre un inmueble agrario;

3. Cualquier otro copropietario según el artículo 682 del Código Civil.»

(77) En defecto de previsión normativa expresa, R. HOLTZ, *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 462, estima preferente el derecho de preempción de los parientes, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 49.2 LFDIR.

(78) El artículo 56.2 LFDIR establece que: «Los derechos de preempción legales previstos por el derecho federal priman sobre los derechos cantonales. Los cantones establecerán el orden de los derechos de preempción que introduzcan».

(79) Cfr. P.-H. STEINAUER, «La nouvelle réglementation...», cit., pág. 16.

El artículo 216d.3 Co, referente a los derechos convencionales de preempción, dispone que: «salvo cláusula contraria del pacto de preempción, el titular del derecho de preempción puede adquirir el inmueble en las condiciones convenidas por el vendedor con un tercero».

No obstante lo anterior, constituye una nota distintiva de la institución que nos ocupa el hecho que el precio a pagar por el pariente a modo de contraprestación no sea el precio abonado por el adquirente, sino —como señala el *Message*— un «*precio de favor*», que consiste en el valor de rendimiento agrícola cuando lo enajenado sea una empresa agraria y el doble de dicho valor, si se trata de un inmueble agrario (art. 44 LFDIR) (80). Con todo, el legislador, con ánimo de evitar que el sujeto pasivo pueda resultar perjudicado, establece varias excepciones a la aplicación del valor de rendimiento.

La primera de estas excepciones se contempla en el artículo 52.1 LFDIR, que permite al enajenante solicitar un aumento «*apropiado*» del precio de recobro cuando concurren circunstancias especiales. En particular, son circunstancias especiales, según matiza el artículo 52.2 LFDIR, un precio de venta elevado o que el transmitente haya efectuado inversiones importantes en el inmueble o explotación en los diez años anteriores a la enajenación.

Como segunda excepción, el artículo 52.3 LFDIR declara que «*el precio de recobro debe ser, al menos, igual al montante de las deudas hipotecarias*» que gravan a la empresa o inmueble agrario.

En tercer y último lugar, el valor de rendimiento tampoco entra en juego cuando el inmueble o empresa agraria haya sido objeto de ejecución forzosa, ya que en este caso, según el artículo 681.3 del Código Civil, el derecho debe ejercitarse «*en las condiciones de la adjudicación*».

Adicionalmente, otro efecto específico del derecho de preempción de los parientes radica en la limitación que impone el artículo 54 LFDIR a la facultad de disponer del adquirente. En concreto, este precepto declara la imposibilidad de enajenar la empresa agraria adquirida en virtud de un derecho de preempción rural durante diez años, salvo que se cuente con el consentimiento del vendedor (81). Con esta previsión el legislador pretende garantizar,

(80) De acuerdo con el artículo 10 LFDIR, se considera valor de rendimiento: «*el capital cuyo interés, calculado al tipo medio aplicable a las hipotecas de primer rango, corresponde a la renta de la empresa o inmueble agrario explotado según los usos del país*». Este valor suele ser generalmente más bajo que el valor de mercado, lo que permite a los agricultores adquirir tierras a precios tolerables, contribuyendo así al cumplimiento del mandato constitucional de consolidar la propiedad rural (cfr. E. HOFER, *Le droit foncier rural...*, cit., pág. 228).

Como explica A. BUGNON (*Le droit...*, cit., pág. 181) la aplicación de este precio privilegiado «*tiene por objeto favorecer a los más próximos parientes del vendedor que desean explotar personalmente la explotación, asegurándoles un recobro óptimo al nivel de sus condiciones económicas*». Por lo demás, se benefician, asimismo, de este precio los copropietarios de empresa o inmueble agrario (art. 49.3 LFDIR), no así el arrendatario.

(81) El artículo 54 LFDIR dispone lo siguiente:

«*Si por el ejercicio de un derecho de preempción, el propietario ha adquirido una empresa agraria con vistas a explotarla el mismo, no puede enajenarla en los diez años que siguen a la adquisición sino es con el acuerdo del vendedor.*»

más que la permanencia de los bienes en la familia, la explotación personal de la empresa por parte del pariente que ejercita el derecho de preempción.

La naturaleza de esta limitación de la facultad dispositiva es clara: Estamos ante una prohibición de disponer legal, al venir impuesta por la Ley. Ahora bien, el precepto que la establece no es una norma imperativa sino dispositiva, en cuanto deja al arbitrio del vendedor el que tal prohibición opere o no en cada caso concreto.

Por lo que se refiere a su alcance, parece tratarse de una privación parcial, pues únicamente comprende los actos de enajenación, no, en cambio, la posibilidad de constituir gravámenes sobre la empresa agraria o de renunciar a su propiedad. Por lo demás, en los términos en que se expresa la Ley, las enajenaciones prohibidas son tanto las efectuadas a título oneroso o gratuito, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*.

En cuanto a los sujetos implicados en la prohibición, se plantean dos cuestiones, a saber: primero, a quién vincula la inalienabilidad; y en segundo lugar, frente a qué adquirentes opera. Respecto a la primera cuestión, debe decirse que sólo afecta al adquirente de empresa agraria, no al de inmueble agrario. En cuanto a la segunda cuestión, la restricción actúa tanto frente a extraños como frente a parientes, con una salvedad: la transmisión de la empresa a favor de descendiente que tenga intención de explotarla personalmente y parezca capaz de ello. Se priorizan, de nuevo, los intereses de política agraria sobre la protección del vínculo existente entre familia y propiedad.

El plazo de inalienabilidad ha de computarse, según matiza la Ley, desde la adquisición de la propiedad de la empresa por el pariente.

Por lo demás, con idéntica finalidad de garantizar la explotación a título personal se reconoce al vendedor el derecho a recobrar la empresa agraria vendida en caso de que, en el plazo de diez años, el ejercitante del derecho —o el descendiente al que éste haya transmitido la empresa— deje de explotarla personalmente de modo definitivo (art. 55 LFDIR). El disponente tiene, asimismo, salvo pacto en contrario, el derecho a la ganancia, esto es, el derecho a percibir del adquirente en virtud del derecho de preempción una participación en el precio de reventa cuando éste venda voluntaria o forzosamente, con beneficio, el inmueble o empresa agraria adquiridos (arts. 29 a 35 por remisión del art. 53 LFDIR). Con ello, se trata de compensarle del per-

Este acuerdo no es necesario cuando:

- a) *Un descendiente adquiere la empresa agraria porque tiene intención de explotarla el mismo y parece capaz de ello;*
- b) *el propietario enajena la empresa agraria a la colectividad por ejecución de una obra pública según el artículo 65 o es obligado a separarse de ella;*
- c) *el propietario enajena inmuebles o partes de inmuebles de la empresa con la aprobación de la autoridad competente en materia de autorización (art. 60)».*

juicio económico sufrido a causa del ejercicio del derecho de preempción por un valor inferior al de mercado (82).

Finalmente, a partir de lo expuesto, es posible efectuar un análisis comparativo con los derechos de adquisición preferente españoles por interés familiar. De entrada, cabe manifestar que tanto el ejercicio del derecho suizo de preempción como el de los diferentes derechos españoles, con la salvedad de la saca vizcaína (83), suponen que el ejercitante adquiere la propiedad en la misma situación que el comprador, si bien, como se viene indicando, la Ley suiza estipula un precio inferior al valor de venta en aras nuevamente del favorecimiento de las explotaciones agrarias.

En relación con la prohibición legal de disponer, también en Derecho aragonés y navarro se localizan previsiones de esta naturaleza, aunque con notables diferencias respecto del régimen aplicable en la normativa helvética (84). En concreto, los Derechos españoles mencionados y el Derecho suizo no coinciden en el elemento teleológico de estas limitaciones, pues se subordinan, respectivamente, a finalidades de tipo familiar y a la puesta en práctica de medidas estructurales agrarias. Complementariamente, es posible observar otras divergencias respecto de la regulación suiza, siendo relevante que las prohibiciones de disponer españolas tengan carácter imperativo (85), sus plazos sean más breves y su alcance más reducido.

Por último, respecto a los derechos que la Ley suiza reconoce al vendedor —esto es, los derechos de recobro y a la ganancia—, no es posible encontrar derechos similares en los diferentes Ordenamientos españoles.

AURORA LÓPEZ AZCONA
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

(82) Sobre este derecho, vid. más ampliamente A. BUGNON, *Le droit...*, cit., pág. 184; y JEAN-MICHEL HENNY, en *Le droit foncier rural...*, cit., págs. 353-400.

(83) Acerca de las peculiaridades de la saca, me remito a la nota 23.

(84) El artículo 151 CDCA declara la inalienabilidad *inter vivos* en un plazo de cinco años del inmueble adquirido por derecho de abolorio, excepto «que el adquirente venga a peor fortuna». Por su parte, la Ley 459 FNN prevé que el inmueble adquirido en virtud de retracto gentilicio es inalienable *inter vivos* durante dos años, sin salvedad alguna.

(85) Vid., en este sentido, G. GARCÍA CANTERO, *El derecho de abolorio...*, cit., pág. 235; y R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., pág. 481.

La regulación jurídica de la firma electrónica; sus posibilidades en el ámbito de las Administraciones Públicas (1)

SUMARIO: 1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL ARTICULO 45 DE LA LEY 30/1992 (LPC).—2. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTICULO 45 DE LA LEY 30/1992: EL REAL DECRETO 263/1996, POR EL QUE SE REGULA LA UTILIZACION DE TECNICAS ELECTRONICAS, INFORMATICAS Y TELE-MATICAS POR LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO.—3. LOS DESARROLLOS SECTORIALES POSTERIORES AL REAL DECRETO 263/1996, EN PARTICULAR EL SISTEMA ADOPTADO POR LA COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES.—4. LA REGULACION ESPECIFICA DE LA FIRMA ELECTRONICA: EL ADELANTADO REAL DECRETO-LEY 14/1999 Y LA DIRECTIVA 1999/93/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999, POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO PARA LA FIRMA ELECTRONICA: 4.1. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA: LA APROBACIÓN MEDIANTE DECRETO-LEY. 4.2. OBJETO DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999. LOS CONCEPTOS LEGALES EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA. 4.3. LOS CERTIFICADOS, EL DNI DIGITAL. 4.4. EL PROBLEMA DE LA ACREDITACIÓN DEL TIEMPO: EL SELLO TEMPORAL.—5. LAS AUTORIDADES CERTIFICANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL ARTICULO 81 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO 66/1997 Y EL REAL DECRETO 1290/1999, DE DESARROLLO DE LA LPC EN MATERIA DE FIRMA ELECTRONICA.—6. ALGUNAS MENCIONES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE FIRMA ELECTRONICA.—BIBLIOGRAFIA.

La utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración, y la relación de ésta con los administrados y ciudadanos es un requisito

(1) El presente artículo constituye el contenido de la conferencia presentada en el «Curso sobre cuestiones actuales del Derecho, la Administración y la Política», celebrado en Albacete los días 26 y 27 de marzo de 2001.

perseguido por la ley y la Constitución, y que ha sido desarrollado de forma parcial en los últimos años a medida que las técnicas informáticas y digitales han evolucionado. En la presente intervención vamos a analizar la reciente regulación (española y comunitaria) en materia de firma electrónica, y las posibilidades que este concepto abre en el campo de la relación de los ciudadanos con sus Administraciones.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL ARTICULO 45 DE LA LEY 30/1992 (LPC) (2)

Cualquier referencia al uso de las nuevas tecnologías por parte de la Administración ha de comenzar con la referencia legal contenida en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones

(2) A nivel constitucional, el artículo 18.4 de la Constitución dispone que *«La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»*. Se trata de un artículo que tan solo incidentalmente afecta a la materia de nuestro estudio, y el cual sorprende doblemente: en primer lugar, por la relativa prontitud de la Constitución a la hora de regular una materia como el uso de la informática; en segundo lugar, la referencia que se hace la misma: no se «regulará», sino que se «limitará». Dicho límite, pues, hay que buscarlo en los derechos al honor y a la intimidad personal, pero no en otros ámbitos donde la informática puede proporcionar una relación más fluida entre los ciudadanos y la Administración, por ejemplo. Por ello, el desarrollo legislativo que de este artículo se ha hecho se encuentra hoy en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (que sustituye a la anterior Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal). La Ley únicamente se ocupa de los ficheros de datos personales, ya sean éstos de titularidad pública o privada (nos referimos a las diferentes empresas de venta por correo y venta de datos de potenciales consumidores). La conexión de esta Ley Orgánica con la LPC estaría en el artículo 38.3 de la misma, que establece que todos los registros generales, así como todos los registros que las Administraciones establezcan para la recepción de escritos y comunicaciones, deberán instalarse en soporte informático. Se exceptúan expresamente del ámbito de aplicación de la LO de Protección de Datos algunos ficheros de determinadas Administraciones *ratione materiae*, como son los ficheros sometidos a la protección de materias clasificadas, los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada; y se rigen por sus disposiciones específicas los ficheros establecidos en la legislación electoral, los que sirvan a fines meramente estadísticos, los que contengan informes sobre el personal de las FFAA, los ficheros derivados del Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes, y los ficheros gráficos procedentes de videocámaras obtenidos por las Fuerzas de Seguridad.

De igual manera, el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración, dispone que «la utilización de estas técnicas por parte de la Administración se ajustará a la legislación en materia de honor e intimidad personal y familiar. Por su parte, el Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio, por el que se Desarrolla el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en materia de prestación de servicios de seguridad en las

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPC). Se trata, como afirma ORTEGA ALVAREZ (3), de un artículo que no sólo propone, sino que también prescribe la utilización de nuevas técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Este artículo consagra e impulsa la apertura decidida de la LPC hacia la mayor tecnificación y modernización de la actuación administrativa, propugnando a este respecto la utilización de aplicaciones y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, tanto por parte de las Administraciones Públicas, en el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias, como por parte de los ciudadanos, en sus relaciones con dichas Administraciones Públicas. El legislador dirige en este artículo un mandato general a todas las Administraciones Públicas para el «*empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias*» (art. 45.1 LPC). La aplicación de estos medios supone, como afirma MARTÍNEZ NADAL (4) la transformación de los tradicionales documentos realizados en soporte papel en procesos digitales en los que la palabra impresa es sustituida por un código binario (5), con la lógica consecuencia de que el documento tradicional en soporte papel es reemplazado por sus equivalentes electrónicos.

comunicaciones de las Administraciones Públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, añade también una referencia de sometimiento «*a la norma que resulte de la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*». Por último, el artículo 15 del Real Decreto-ley 14/1999, sobre firma electrónica, dispone en el artículo 15.1 que «El tratamiento de los datos personales que precisen los prestadores de servicios de certificación para el desarrollo de su actividad y el que se realice en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, al que se refiere este Real Decreto-ley, se sujetan a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y en las disposiciones dictadas en su desarrollo».

(3) ORTEGA ALVAREZ, LUIS IGNACIO, «Nuevas Tecnologías y Procedimiento Administrativo», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 18: Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, agosto de 1993, pág. 212.

(4) MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas-UIB-Govern Balear, 2.^a edición, 2000, pág. 28.

(5) Los ordenadores no trabajan con un código decimal o un alfabeto, sino con un código binario, compuesto por unos y ceros, que indica a su vez que por un determinado punto pasa o no electricidad. La agrupación de estos unos y ceros da lugar a secuencias en las que se contiene la información. Por lo tanto, a diferencia del lenguaje humano, el «lenguaje máquina» no usa las letras del alfabeto, sino sólo los números 0 y 1. Cuando *hablamos* con un ordenador estamos convirtiendo nuestras letras, cifras y símbolos habituales en secuencias de ceros y unos, es decir, en una señal eléctrica (GRIERA FISA, MERCÉ y otros, *Conecta el micro*, núm. 1: Fem informática, Ed. Fundació Caixa de Pensions, 1.^a edición, 1985, págs. 37-38).

Paralelamente, se ofrece también al ciudadano la facultad de relacionarse con las diferentes administraciones a través de las mismas técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos, pero condicionando esta posibilidad a que ello sea compatible con los medios técnicos que dispongan las Administraciones (por tanto, en función del desarrollo tecnológico) y, sobre todo, con que se respeten las garantías y requisitos establecidos en cada procedimiento (art. 45.2), requisito este último que entendemos aplicable igualmente al desarrollo de la tecnología informática, en la medida en que haga posible, por ejemplo, tener constancia fidedigna de los datos del interesado, conocer que éste ha recibido efectivamente la notificación, etc. Estos requisitos se pueden resumir en dos:

Primero, que los procedimientos que se tramiten en soporte informático permitan garantizar la identificación del administrado, lo cual no es más que el correlato *informático* del deber que el administrado tiene de identificarse *ex artículo 70.1 LPC*, y que el ejercicio de la competencia se realice por el órgano que tiene atribuido dicho ejercicio (art. 45.3 LPC, correlato a su vez del principio de competencia contenido en el art. 53.1 LPC).

Un segundo requisito, de carácter técnico, sería que los diferentes programas informáticos y telemáticos a través de los cuales se ejerzan potestades públicas, sean aprobados por el órgano competente para el ejercicio de las mismas, difundiendo además públicamente sus características (art. 45.4 LPC).

El artículo 45 se cierra con la equiparación del documento tradicional al documento en soporte informático, siempre que pueda garantizarse su «*autenticidad, integridad y conservación, y en su caso, la recepción por el interesado*», así como el cumplimiento de cualquier garantía exigida por Ley. Y en la medida en que la firma electrónica cumpla estos requisitos, estas condiciones van a ser el referente que habrá de cumplirse en cualquier regulación o posterior desarrollo que se haga de este artículo.

2. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTICULO 45 DE LA LEY 30/1992: EL REAL DECRETO 263/1996, POR EL QUE SE REGULA LA UTILIZACION DE TECNICAS ELECTRONICAS, INFORMATICAS Y TELEMATICAS POR LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO

El primer desarrollo parcial del artículo 45 LPC lo encontramos en el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero. Este Real Decreto delimita las garantías, requisitos y supuestos de utilización de las aplicaciones y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, y considera como órgano competente para aprobar los programas y aplicaciones a aquél que, en cada caso, tenga atribuida la competencia para resolver cada procedimiento administrativo.

El Real Decreto adopta la sistemática del artículo 45, y realiza una distinción entre cuatro supuestos:

- a) Tramitación de procedimientos administrativos en soporte informático.
- b) Programas y aplicaciones utilizados para el ejercicio de potestades administrativas. Los programas y aplicaciones con los que las Administraciones ejerzan potestades con efectos *ad extra* serán objeto de aprobación y difusión pública (6).
- c) Relaciones entre la Administración y el ciudadano.
- d) Emisión de documentos y copias.

Los fines últimos de este Real Decreto son establecer las garantías de la utilización de soportes, medios y aplicaciones con carácter general. El segundo objetivo es dar validez y eficacia, equiparando los documentos *automatizados* a aquellos que constan en soporte de papel. Precisamente, una de las obsesiones de este Real Decreto es garantizar la identificación y el ejercicio de la competencia por parte del órgano administrativo; corresponde a los ciudadanos el derecho a obtener información que permita la identificación de los medios y aplicaciones utilizadas, así como del órgano que ejerce la competencia. Ello no es más que el correlato al deber legal que consta en el artículo 35.b) de la Ley 39/92 de identificar a las autoridades y funcionarios.

Como norma técnica que es, este Reglamento contiene en su artículo 30 una primera serie de definiciones, muy elementales, de términos que son ajenos al jurista, pero que habrán de añadirse a los que posteriormente veamos al hablar de firma electrónica:

- a) Soporte: objeto sobre el cual o en el cual es posible grabar o recuperar datos.
- b) Medio: cualquier mecanismo, instalación, equipo o sistema de tratamiento de información que permite, utilizando técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas, producir, almacenar o transmitir documentos.
- c) Aplicación: programa o conjunto de programas.
- d) Documento: entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que pueda ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada.

(6) Correlativamente, el artículo 5 de este Real Decreto dispone que no será necesaria dicha aprobación cuando el uso de potestades sea meramente instrumental, esto es, con efectos *ad intra*.

Tanto los soportes, los medios como las aplicaciones pueden utilizarse en cualquier actuación administrativa, particularmente en la tramitación de procedimientos administrativos. Como requisito para posibilitar esta utilización, las técnicas deben asegurar la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información. En concreto, las medidas de seguridad deben garantizar:

- a) La restricción de su utilización sólo a personas autorizadas.
- b) La prevención de alteraciones o pérdidas de datos e informaciones.
- c) La protección de los procesos informáticos frente a manipulaciones no autorizadas.

Es en el artículo 6 donde encontramos el primer avance de lo que luego supone la regulación de la firma electrónica. En este artículo se dispone que los documentos de los particulares que hayan sido emitidos por procedimientos electrónicos, informáticos y telemáticos serán válidos siempre que quede acreditada su integridad, conservación y la identidad del autor, así como la autenticidad de su voluntad, mediante la constancia de códigos u otros sistemas de identificación. Por otra parte (art. 7), la transmisión o recepción de comunicaciones entre la Administración y cualquier persona física o jurídica (o viceversa) podrá realizarse a través de soportes, medios y aplicaciones informáticos, electrónicos y telemáticos, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Garantía de disponibilidad y acceso a los mismos.
- b) Compatibilidad entre los usados por el emisor y el destinatario.
- c) Medidas de seguridad que eviten la interceptación y alteración de las comunicaciones.

Por otra parte, las comunicaciones y notificaciones (aunque no se especifica, pensamos que el Decreto se está refiriendo a las expedidas por la Administración) serán válidos, siempre que:

- a) Exista constancia de la transmisión y recepción de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones. La referencia a las fechas es clave, dada la importancia y efectos que el cómputo de plazos tiene en Derecho Administrativo (7). Asimismo la expresión «conte-

(7) El propio Real Decreto así lo reconoce en el artículo 7.4: Las fechas de transmisión y recepción son las válidas a efectos de cómputo de plazos y términos. Para ello se anotarán en los registros generales o auxiliares a que hace referencia el artículo 38 de la LPC, artículo que —recordemos— impone a la Administración la instalación en soporte informático de los registros generales, y de todos los registros que las Administraciones establezcan para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares.

nido íntegro» recuerda la mención que hace el artículo 58 de la LPC al «texto íntegro» de la resolución en materia de notificaciones, y creemos que es en la efectividad de las notificaciones informáticas de lo que está hablando el legislador cuando menciona el contenido íntegro de las mismas.

- b) Se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de la comunicación (art. 59.1 LPC). En el caso de tratarse de un particular, pensamos que dicha identificación fidedigna puede muy bien ser proporcionada por la firma electrónica.

Otro Real Decreto, el 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, admite en su artículo 3 como medio de presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones por los administrados, las presentadas por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, remitiendo la regulación de estos al Real Decreto 263/1996.

3. LOS DESARROLLOS SECTORIALES POSTERIORES AL REAL DECRETO 263/1996, EN PARTICULAR EL SISTEMA ADOPTADO POR LA COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

Establecido ya el uso de las nuevas tecnologías por parte de la Administración, faltaba un elemento que permitiera tener la certeza de la autenticidad de la identidad del interesado. Pero hasta la aprobación del sistema de firma electrónica, aparecen en el Derecho español determinadas experiencias de regulación del uso de medios informáticos de marcado carácter parcial y sectorial. Este es el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que por Acuerdo de 11 de marzo de 1998 estableció un «Sistema de Intercambio de Información» (8) a través de línea telemática, con el fin de conseguir la necesaria celeridad en las relaciones jurídicas de la Comisión sin merma de la seguridad jurídica. Dicho sistema está basado en los principios de autenticidad, confidencialidad, integridad, conservación, acuse de recibo y disponibilidad (norma 1.^a del Acuerdo). Podemos considerar este acuerdo la primera regulación, bien que sectorial, de la firma electrónica en el Derecho español (9).

(8) BOE de 27 de marzo de 1998. Concretamente se trata del Sistema CIFRA-DOC/CNMV, cuyas características técnicas se describen en el Anexo I del Acuerdo.

(9) Ello no quiere decir que sea el primer supuesto de utilización de soportes informáticos por parte de los particulares en su relación con la Administración. También en

La regulación de la CNMV trae causa directa del Real Decreto 263/1996, con el fin de adecuar todos los procedimientos de envío de soportes informáticos existentes hasta entonces (10). Para ello se aprueban una serie de aplicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas descritas en los anexos, que configuran un sistema de intercambio de información, para su utilización gradual por los interesados. Concretamente, el sistema de firma electrónica aprobado en el anexo I cumple con los siguientes requisitos:

1. Autenticidad: Identificar suficientemente al emisor y al receptor del documento y dar certeza de las fechas y horas de envío y recepción. En la tramitación de procedimientos administrativos, la aplicación garantizará la identificación y competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La información y documentación transmitida a través de este sistema tendrá plena validez y eficacia. De esta manera, las fechas de transmisión y

el año 1996 aparece una referencia directa a la firma electrónica, pero de manera muy incidental y en una ley autonómica. Se trata de la Ley catalana 19/1996, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 1997, en cuya Disposición Adicional 8.^a-1 se «*autoriza al Departamento de Economía y Finanzas para que pueda establecer la utilización de un sistema de intercambio electrónico de documentos con los proveedores de la Generalidad. Este sistema permitirá la sustitución de documentos impresos en papel por documentos grabados en soporte electrónico y la sustitución de los sistemas de autorización y control instrumentados mediante sellos y diligencias por autorizaciones y controles establecidos por las mismas aplicaciones informáticas, así como, en sustitución de los controles, validaciones de acceso restringido o firma electrónica*». La misma disposición, con el mismo tenor literal, vuelve a aparecer en la Disp. Dic. 8.^a de la Ley catalana 20/1998, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 1999.

(10) Ello, a su vez, es consecuencia directa de la previsión legal contenida en el artículo 49 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, según el cual, «*Las Bolsas de Valores establecerán un Sistema de Interconexión Bursátil de ámbito estatal, integrado a través de una red informática, en el que se negociarán aquellos valores que acuerde la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de entre los que estén previamente admitidos a negociación en, al menos, dos Bolsas de Valores, a solicitud de la entidad emisora y previo informe favorable de la Sociedad de Bolsas a que se refiere el artículo siguiente, conforme a lo que se establezca reglamentariamente*». Tradicionalmente, ha sido en el ámbito de la Comisión Nacional del Mercado de Valores donde el uso de soportes informáticos ha sido exhaustivo, incluso con anterioridad a la aprobación de la LPC. De esta manera, la presentación de documentos en soporte informático aparece en la Circular 3/1990, de 23 de mayo, que establece que la presentación de los estados reservados y públicos de las sociedades y agencias deberá hacerse en soporte informático, de acuerdo con los requerimientos técnicos establecidos en cada momento; la Circular 7/1990, de 27 de diciembre, permite que los estados financieros reservados de las Instituciones de Inversión Colectiva puedan presentarse en soporte informático; y la Circular 5/1992, de 28 de octubre, establece también la presentación en dicho soporte de los estados financieros reservados de las Sociedades gestoras de las Instituciones de Inversión Colectiva y las Sociedades Gestoras de Cartera. Como consecuencia de la aplicación de estas circulares, el envío de información a la Comisión mediante soportes informáticos por parte de las entidades supervisadas pasó a ser la regla general, recibándose por esta última un promedio de 1.000 disquetes al mes.

recepción acreditadas en las comunicaciones realizadas a través de este sistema, serán válidas a efecto de cómputo de plazos y términos, a cuyos efectos se anotarán en un registro auxiliar, de acuerdo con el artículo 38.3 de la LPC.

2. Confidencialidad: Asegurar que ningún usuario distinto de emisor y receptor tiene acceso al documento.

3. Integridad: Garantiza que cualquier alteración del contenido del documento durante la transmisión será detectada por el receptor.

4. Conservación: Archiva adecuadamente los documentos en la Comisión Nacional del Mercado de Valores e impide su pérdida o manipulación.

5. Acuse de recibo: Impide rechazar el envío y da certeza al remitente de que la recepción ha tenido lugar.

6. Disponibilidad: Asegura que el documento sea accesible a los usuarios autorizados.

Pero es en el Anexo I del Acuerdo, a la hora de describir las características del sistema, donde nos encontramos la primera definición del concepto de firma electrónica: Se trata de un sistema basado en un cifrado de la información remitida, al que se le complementa con una firma electrónica (que es la que proporciona la autenticidad) y un adecuado procedimiento de intercambio de mensajes y acuses de recibo en el que, tanto el emisor como el receptor combinan dos claves, una de ellas pública y la otra reservada (11).

La segunda alusión sectorial a la firma electrónica la encontramos en la Orden de 12 de abril de 1999, del Ministerio de Industria y Energía, por la que se dictan instrucciones técnicas complementarias al Reglamento de Puntos de Medida de Consumos y Tránsitos (12), cuando habla en el punto séptimo de las características de los concentradores de medidas secundarios (13). La Orden dispone que en el caso de optar por un procedimiento «*software*», se empleará, preferentemente, el método denominado de «firma electrónica». Como la regulación general sobre la firma electrónica no había sido aún aprobada, la Orden precisa también qué debe entenderse por firma

(11) La clave pública es el elemento que debe ser puesto al alcance de cualquier persona que lo requiera, y que está relacionado por procedimientos matemáticos con la clave privada; su custodia corresponde a la Autoridad de Certificación en su directorio. Por su parte, la clave privada es el elemento secreto que queda custodiado por la persona certificada con garantías de seguridad.

(12) Se está refiriendo al Real Decreto 2018/1997, de 26 de diciembre, relativo a consumos y tránsito de energía eléctrica.

(13) Para quienes somos profanos en la materia, un concentrador secundario garantiza la integridad de la información enviada por comunicaciones cuando la información que se puede obtener por lectura local del registrador se corresponde, byte a byte, con la recibida en el concentrador principal, a excepción de las modificaciones que introduzcan los protocolos específicos del canal de comunicaciones.

electrónica, con lo que de nuevo tenemos una definición: Este método establece una correspondencia entre un fichero de datos y una firma electrónica, generada en el extremo origen mediante algoritmo, que se adjunta con el anterior, conformando así el fichero mensaje. Cualquier modificación sobre el fichero de datos o sobre la firma electrónica, realizada en un punto intermedio de la cadena de comunicación, es detectada en el extremo destino, al desaharse la correspondencia entre ambas partes del fichero mensaje.

4. LA REGULACION ESPECIFICA DE LA FIRMA ELECTRONICA:
EL ADELANTADO REAL DECRETO-LEY 14/1999
Y LA DIRECTIVA 1999/93/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO
Y DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999,
POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO
PARA LA FIRMA ELECTRONICA

La promulgación del Decreto-ley 14/1999 supone la consagración legal de la regulación específica de la firma electrónica. No resulta nuevo que es en el ámbito del comercio electrónico donde la firma electrónica va a encontrar un amplio desarrollo, sin embargo este aspecto de la firma electrónica no es el que nos interesa (14), sino su utilización en el ámbito de las Administra-

(14) La regulación establecida por el Decreto-ley y la Directiva europea en materia de firma electrónica es una regulación general, no sólo de los usos administrativos de la misma. De hecho, el ámbito de aplicación de la firma electrónica habrá de conocer una enorme incidencia práctica en el campo del comercio electrónico. Todos los aspectos relacionados con los problemas legales del comercio electrónico corresponden al Derecho Mercantil. En este sentido, vid. los trabajos de MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÓNIA, *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, 1.ª edición, 2000, 311 págs. MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÓNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas-UIB-Govern Balear, 2.ª edición, 2000, 305 págs. En particular, sobre contratación y comercio electrónico, vid. DEVOTO, MAURICIO y LYNCH, HORACIO M., *Banca, comercio, moneda electrónica y firma digital*, pág. 4. Artículo electrónico en la Red (www.it-cenit.org.ar/Publicac/BancaMD/Bancoml), aunque originalmente publicado en la Revista Jurídica *La Ley*, de Buenos Aires. DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, «Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de Comercio Electrónico de 2000», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 663, enero-febrero de 2001, págs. 81 a 122. DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, «Contratación electrónica y protección de los consumidores: Régimen jurídico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 660; julio-agosto de 2000, págs. 2327 a 2389. MATEO DE ROS, RAFAEL, y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, JUAN MANUEL (coordinadores): *Derecho de Internet: contratación electrónica y firma digital*, Ed. Aranzadi, año 2000, 1094 págs y un CD-ROM. GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 652, mayo-junio de 1999, págs. 765 a 796.

ciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos o, dicho de otra manera, en el ámbito del artículo 45 de la Ley 30/1992 (15).

Con todo, no nos es posible avanzar en la comprensión jurídica del Decreto-ley sobre firma electrónica sin antes dar unas nociones sobre qué es un sistema de firma electrónica. Lo primero que hay que señalar es que al igual que sucede con la firma manuscrita, la firma electrónica permite tener la certeza absoluta de que la persona que envía un documento electrónico es quien dice ser. Así, por ejemplo, se podría equiparar el requisito de incorporar una firma electrónica a un documento presentado a la Administración, por ejemplo, por correo electrónico, a la firma manuscrita en cualquier otra solicitud o instancia. En este sentido se entiende plenamente el contenido del artículo 70.1.d) de la LPC, cuando dice que uno de los requisitos que deberá contener la solicitud del interesado será la firma del mismo «*o la acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio*»; creemos que la firma electrónica cumple perfectamente con esta exigencia legal. Actualmente el *World Wide Web* (o simplemente, el «Web») y el correo electrónico tienen un importantísimo papel en materia de difusión de información de las Administraciones Públicas (piénsese, por ejemplo, en las diferentes páginas «Web» de las distintas Administraciones Públicas), pero también como medio de realización de actuaciones del particular ante las Administraciones de forma prácticamente interactiva y *on-line*, en el caso del «Web», o por medios de almacenamiento y reenvío de un mensaje a través de determinados agentes de transferencia de mensajes (caso del correo electrónico). Como señala MARTÍNEZ NADAL, el WWW y el correo electrónico son dos aplicaciones de Internet que, dada su configuración como red abierta, ofrece el problema de la seguridad (16).

Los riesgos más importantes del uso de sistemas electrónicos informáticos y telemáticos pueden ser resumidos en cuatro:

- a) Que el autor del mensaje haya sido suplantado (por ello, lo primero es garantizar la identidad).
- b) Que el mensaje sea alterado (integridad del mensaje).

(15) Las posibilidades en este sentido son enormes, desde la más sencilla presentación de documentos hasta el cumplimiento de obligaciones fiscales vía línea informática, posibilidad de conocer el estado de tramitación de un expediente o los resultados de una oposición, cumplimentación de trámites administrativos sin que sea necesario el desplazamiento físico del administrado o, a nivel policial, presentación de deuncias a través de correo electrónico.

(16) El origen de Internet estriba en el intercambio de información militar (Milnet). En la actualidad, la seguridad en la red ha devenido una de las prioridades, lo que ha dado lugar a la aparición de distintas soluciones tecnológicas (MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÒNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades...*, ob. cit., pág. 30).

- c) Que el emisor del mensaje niegue haberlo transmitido o el destinatario recibido (no rechazo), al igual que ocurre con las notificaciones escritas.
- d) Que el contenido del mensaje sea leído por una persona no autorizada (confidencialidad).

Las firmas electrónicas y los correspondientes certificados son tecnologías seguras que contribuyen a resolver estos problemas creados de la utilización de medios informáticos, al permitir la confirmación inequívoca de la identidad del remitente y la integridad del mensaje. Las firmas manuscritas desaparecen y son reemplazadas por una variedad de métodos que son incluidos en el concepto amplio de firma electrónica. De esta manera, una firma electrónica sería cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizados para autenticar un documento, que además cumple algunas, todas y en ocasiones más funciones que la firma manuscrita (17). Sin embargo, debemos huir del concepto literal de firma; así, por ejemplo, no es válido a efectos de autenticar, una firma manuscrita que el particular escanea e incluye en un documento electrónico. Y no puede ser válido porque falta la seguridad a la hora de saber quién firma el documento (cualquiera puede escanear nuestra firma) (18). En un concepto amplio de firma electrónica habría que incluir estos supuestos, pero como vemos no ofrecen seguridad. Por ello se acude al concepto de firma digital, que es una variedad específica de firma electrónica. El sistema de firma digital se basa en la criptografía de claves asimétricas (19). Las claves se utilizan para cifrar (encriptar) el contenido del documento y para firmarlo electrónicamente: se cifran o firman

(17) Como precisa MARTÍNEZ NADAL, partiendo de un texto de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, las funciones tradicionales de una firma son: identificar a una persona, proporcionar certidumbre en cuanto a su participación personal en el acto de una firma, y vincular a esa persona con el contenido del documento (MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades...*, ob. cit., pág. 39, en nota).

(18) Este supuesto se plantea también en los actos administrativos realizados por escrito cuando se utiliza un sello de tinta para firmar un acto determinado; la utilización del sello no ofrece una total garantía de que el acto haya sido firmado por el titular concreto de la competencia.

(19) La criptografía es una rama de las matemáticas. Las claves asimétricas aparecieron en 1976, y fueron inventadas en la Universidad de Standford, en Estados Unidos. Se trata de unos criptosistemas basados en el uso de un par de claves asociadas: una clave privada, conocida por su titular, que debe mantenerla en secreto (normalmente, en una tarjeta inteligente); y una clave pública, relacionada matemáticamente con la privada, y que puede ser accesible para cualquiera. Aunque las claves estén relacionadas matemáticamente, el diseño y ejecución de un criptosistema asimétrico hace imposible que las personas que conozcan la clave pública puedan derivar de ella la clave privada. Esto es a lo que se llama inderivabilidad de las claves, que se encuentra establecida en el Ane-

utilizando una de las claves y se descifran con la clave complementaria, relacionándose ambas claves por una fórmula compleja (un algoritmo matemático) de forma que del conocimiento de la clave pública no se pueda deducir el de la clave privada. La firma electrónica consiste, pues, en cifrar un resumen del contenido del documento, extraído mediante un algoritmo que asegura la unicidad del resumen con la clave privada del firmante que incluye la fecha y hora. Cualquier variación en el contenido del documento supondría un cambio en el resumen, es decir, en la firma que se obtendría al aplicar de nuevo el algoritmo.

La firma electrónica garantiza así, a cualquiera que reciba el documento y que sea capaz de descifrarlo con la clave pública del firmante, la identidad del emisor y que el contenido del documento no ha sido alterado durante la transmisión, así como la fecha y hora en que ha tenido lugar su firma. Si, posteriormente, el conjunto formado por el documento y la firma electrónica se cifra con la clave pública del destinatario, quedará garantizado que sólo este último tendrá acceso al contenido del documento transmitido, aplicando previamente para descifrarlo su clave privada.

Para que el sistema de firma electrónica sea operativo antes de iniciar la transmisión de cualquier documento, el emisor y el receptor deben intercambiarse sus claves públicas. Para ello, la Administración (en este caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores) lleva a cabo una gestión centralizada de las claves públicas que permite acreditar la correspondencia entre la clave pública y el usuario autorizado.

A la hora de enviar, el emisor realiza los siguientes pasos:

- a) El emisor firma electrónicamente el documento a enviar utilizando su clave privada.
- b) El emisor cifra el documento y la firma con la clave pública del receptor.
- c) Finalmente, el emisor envía el documento y la firma por el medio telemático establecido.

xo III de la Directiva y en el artículo 19 del Decreto-ley español. Este sistema ha suplantado al más primitivo basado en la criptografía simétrica o criptografía tradicional, en el que ambas partes compartían una clave común que era utilizada para cifrar (encriptar) y descifrar el mensaje, y que debía ser secreta para evitar el acceso autorizado a datos confidenciales; el principal problema que planteaba este sistema era conseguir que ambas partes conocieran la misma clave sin que ningún tercero se enterase (MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA, *Comercio Electrónico. firma digital y autoridades...*, ob. cit., págs. 44-45 y 55-56. Vid. también DEVOTO, MAURICIO y LYNCH, HORACIO M., *Banca, comercio, moneda electrónica y firma digital*, pág. 4. Artículo electrónico en la Red (www.it-cenit.org.ar/Publicac/BancaMD/Bancoml), aunque originalmente publicado en la Revista Jurídica *La Ley*, de Buenos Aires).

Para realizar las operaciones de recepción y acuse de recibo, el receptor:

- a) Descifra el documento con su clave privada y obtiene el documento original y la firma del emisor.
- b) Descifra de nuevo el documento con la clave pública del emisor y comprueba que el contenido no ha sido alterado, así como la identidad del emisor y la fecha y hora en que se firmó.

El receptor firma electrónicamente el documento utilizando su clave privada. El receptor envía al emisor esta firma electrónica por el medio telemático establecido como acuse de recibo. Así, por ejemplo, en el envío de una instancia a la administración mediante el uso de la firma electrónica, el administrado cifraría la solicitud con una clave privada que sólo él conoce, y sería descifrado por la Administración utilizando la clave pública del administrado que la Administración conoce. De esta manera, el documento que le es presentado a la Administración sólo se puede descifrar con la clave pública del administrado si fue cifrado con la clave privada; asimismo, no es posible averiguar cuál es esa clave privada (20). Con ello, la Administración que recibe el documento sabe que éste fue cifrado o firmado por el concreto administrado que posee dicha clave privada. Resulta necesario tener la seguridad de que la clave pública pertenece efectivamente a la Administración; ésta es la tarea de las autoridades de certificación, a las que ya nos referiremos en el apartado siguiente (21). De esta manera la firma digital consigue, iguales e incluso superiores efectos que la tradicional firma manuscrita, pues da integridad, autenticidad y evita el problema del rechazo o negación. Por ello las diferentes legislaciones existentes en el Derecho comparado han equiparado los efectos de la firma manuscrita y la digital (22).

(20) Esta precisión tiene su sentido, ya que la clave privada deriva de la clave pública, pero el sistema está hecho de tal manera que no es posible averiguar una partiendo de la otra. A esta característica se le denomina inderivabilidad.

(21) El sistema requiere de una infraestructura grande y compleja, pero esencial, de tal manera que las autoridades certificadoras operen bajo estrictas normas predeterminadas. La determinación de la referida estructura está relacionada con la política de intervención legislativa que se adopte con referencia a la validez del documento electrónico. Todas las cuestiones relativas a la naturaleza, efectos y plazo de validez de los certificados y la responsabilidad de las autoridades de certificación ha sido objeto de regulación por parte del Derecho público.

(22) No es este el lugar para analizar el Derecho comparado en materia de firma digital. El primer lugar que procedió a regular la firma digital fue el Estado de Utah, en Estados Unidos (*Utah Digital Signature Act*), que entró en vigor el 1 de mayo de 1995, y que ha servido de modelo a otras regulaciones estadounidenses: Arizona, Georgia, Hawai, Oregón, Washington, Illinois, California, Florida, etc. Únicamente diremos, siguiendo a DEVOTO y LYNCH, que caben las siguientes posturas legislativas:

4.1. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA: LA APROBACIÓN MEDIANTE DECRETO-LEY

Lo primero que llama la atención de la regulación de la firma electrónica en el Derecho español es la forma jurídica que el legislador español ha utilizado para regularla: el Decreto-ley. El legislador trata de autojustificar la «*extraordinaria y urgente necesidad*» a la hora de dictar un Decreto-ley en el deseo de dar a los usuarios de los nuevos servicios, elementos de confianza

Una postura amplia en que el legislador establece la validez del documento electrónico, sin hacer referencia a su soporte material ni al tipo de lenguaje utilizado (regulaciones de los Estados de California y Florida).

Una postura restringida, en que el legislador se preocupa no sólo de establecer la validez jurídica del documento electrónico, sino también de reglamentar su uso, a la vez que determina detalladamente la infraestructura técnica y operacional que se utilizará para el uso del mismo (regulaciones de los Estados de Utah y Georgia).

Una postura detallista, en que el legislador revisa todo el ordenamiento jurídico para derogar, modificar o añadir normas que hagan compatibles el sistema con el documento electrónico (caso de la ley federal alemana).

Como sistemas mixtos se pueden citar el Reglamento italiano y la Ley chilena sobre documentos electrónicos, que se limitan a enumerar unos principios, remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario (DEVOTO, MAURICIO y LYNCH, HORACIO M., *Banca, comercio, moneda electrónica y firma digital...*, ob. cit., pág. 5).

A nivel europeo, la primera regulación sobre firma electrónica tiene lugar en Italia, a través de la Ley de 15 de marzo de 1997, núm. 59, por la que se delega al gobierno la atribución de funciones y deberes a las regiones y entes locales para la reforma de la Administración Pública y para la simplificación administrativa. Esta norma delega a una normativa posterior los aspectos técnicos y legales concretos para dicha modernización. Así surge el Reglamento que contiene las modalidades de aplicación del artículo 15.2 de la Ley de 15 de marzo de 1997, núm. 59, en formación, archivo y transmisión de documentos con instrumentos informáticos y telemáticos. El artículo 2 del Reglamento italiano establece que los documentos informáticos serán válidos y eficaces a todos los efectos legales si son acordes con las exigencias del reglamento; en concreto, el artículo 10.2 equipara la firma digital sobre un documento informático a la firma escrita en soporte papel, y el artículo 8 establece que cualquiera que pretenda utilizar la criptografía asimétrica con los efectos del artículo 2 debe conseguir un par de claves adecuado y hacer pública una de ellas a través del procedimiento de certificación efectuado por un certificador.

En Alemania, la Ley reguladora de la firma digital y las autoridades de certificación fue aprobada por el Bundestag el 13 de junio de 1997. La finalidad de esta Ley es proporcionar las condiciones para crear una infraestructura segura para el uso en Alemania de las firmas digitales, aunque el cumplimiento de la ley es voluntario.

En Portugal, el Decreto-ley número 290-D/99, de 2 de agosto, tiene como objetivo regular la validez, eficacia y valor probatorio de los documentos electrónicos y la firma digital.

Por último, en Francia no existe ley que regule directamente las firmas digitales, pero sí el uso de la criptografía (Ley núm. 96-650, de 26 de julio de 1996), aunque existe una normativa en preparación específicamente para la firma electrónica, al igual que sucede en Reino Unido, Dinamarca, Finlandia y Bélgica (MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÓNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, ob. cit., págs. 52 y 93 a 95).

y por la existencia de un sector empresarial que podría prestar un servicio de certificación de la firma electrónica con suficiente calidad, tal y como confiesa la Exposición de Motivos. Sin embargo, surgen dudas más que razonables acerca de la prisa del legislador, sobre todo cuando se encontraba en fase de elaboración un proyecto de directiva a nivel europeo del que la normativa española hubiera tenido que hacer una trasposición. En efecto, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, llegó al DOCE el 19 de enero de 2000, esto es, tan sólo cuatro meses después de que el Gobierno español adoptase este Decreto-ley. Se trata de un caso paradigmático de regulación nacional *ex ante*, que desde luego no es lo habitual cuando existe una legislación comunitaria (23). La promulgación de la normativa española, además de puentear la intervención del Parlamento, ha conseguido una regulación que discrepa en algunos puntos de lo que después ha establecido la Directiva y que tendrá por tanto que ser reformada para efectuar la correcta trasposición de la misma. Todos estos elementos hacen, con mucho, sospechosa la demora y la urgencia del Ejecutivo español en la adopción de este Decreto-ley, que más parece motivada por presiones empresariales que por una necesidad legislativa concreta (24). Con todo, este Decreto-ley fue convalidado sin mayor problema a través de la Resolución del Congreso de los Diputados, de 21 de octubre de 1999. Sin embargo, unos días antes, el Gobierno volvía nuevamente a sorprendernos con un Real Decreto-ley 16/1999, de 15 de octubre (nada menos que sobre medidas para combatir la inflación), en cuya Disposición Adicional primera «*Se faculta al Ministerio de Fomento para que reglamentariamente desarrolle lo previsto en (...) los artículos 6 y 22 del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre (...)*», es

(23) La regulación española, con todo, no es independiente de la comunitaria. Como la propia Exposición de Motivos del Decreto-ley confiesa, se parte del Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco común para la firma electrónica, cuya tramitación se encontraba ya muy avanzada. Sin embargo, como advierte MARTÍNEZ NADAL, no es menos cierto que por no haber sido definitivamente aprobado, el texto comunitario era susceptible de pequeñas variaciones y discrepancias, como efectivamente sucedió (MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÒNIA, *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, 1.ª edición, 2000, pág. 26).

(24) MARTÍNEZ NADAL añade otra crítica a estos argumentos. La urgencia no se justificaba desde el momento en que, como hemos visto, ya estaban aprobadas diversas normas sectoriales que regulaban la firma electrónica de forma parcial, y con las que era posible inferir una regulación mínima en materia de firma electrónica (MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÒNIA, *La Ley de firma electrónica*, Ed. Civitas, 1.ª edición, 2000, pág. 23. De la misma autora, vid. «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», en Revista *La Ley*, núm. 4.939 y 4.949, 1 y 2 de diciembre de 1999, págs. 1 a 5 en ambos números). En todo caso, no era conveniente regular a nivel nacional sin conocer antes la versión promulgada de la directiva comunitaria.

decir, que además de reconocer la incompleta regulación hecha en su día por el Decreto-ley 14/1999, se habilita a Fomento para que a través de una Orden Ministerial desarrolle todo lo relativo a servicios de certificación y dispositivos de verificación de firma (25).

Por su parte, la elaboración de la Directiva Comunitaria 199/93/CE fue menos azarosa. El proceso se abre el 16 de abril de 1997 con la *Comunicación de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la iniciativa europea de comercio electrónico* (26); y en el mismo año, el 8 de octubre de 1997, con una *Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones garantizando la seguridad y confianza en las comunicaciones electrónicas: Hacia un marco europeo para las firmas digitales y la encriptación* (27). Tras estas comunicaciones, la Conferencia Europea Ministerial de Bonn (6 y 8 de junio de 1997) manifestó la necesidad de un marco legal y técnico común para las firmas digitales. El 1 de diciembre del mismo año, el Consejo invitó a la Comisión a que presentara una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de firma digital. La Comisión presentó ya en 1998 un borrador de propuesta de directiva sobre un marco común para las firmas electrónicas que, finalmente, fue aprobado como Directiva el 13 de diciembre de 1999.

4.2. OBJETO DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999. LOS CONCEPTOS LEGALES EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA

El Decreto-ley se dicta por el Gobierno central al amparo de las competencias exclusivas del Estado de los artículos 148.1.8.^a, 18.^a y 21.^a de la

(25) En el ejercicio de esta habilitación, el Ministerio de Fomento ha dictado ya la Orden de 21 de febrero de 2000, que contiene el reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica.

(26) [COM (97) 157 final]. La finalidad de esta Comunicación es fomentar el crecimiento del comercio electrónico en Europa. Básicamente se trata de proporcionar un acceso amplio y asequible a la infraestructura, los productos y los servicios necesarios para el comercio electrónico mediante tecnologías y servicios seguros y fáciles de usar. Y, en segundo lugar, implantar tecnologías seguras (como firmas digitales, certificados digitales) y un marco jurídico e institucional que sirva de apoyo a estas tecnologías.

(27) [COM (97) 503]. El principal objetivo de esta comunicación es desarrollar una política europea en la materia, estableciendo un marco común para las firmas digitales que, al crear un marco que genere confianza en las mismas, asegure el funcionamiento del mercado interno. Las medidas deberían aplicarse a más tardar en el año 2000 y ser lo suficientemente flexibles como para admitir desarrollos tecnológicos.

Constitución en materia de legislación civil, de bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de telecomunicaciones (28). Según la Exposición de Motivos, el objetivo del Decreto-ley es «establecer una regulación clara del uso de ésta (la firma electrónica), atribuyéndole eficacia jurídica y previendo el régimen aplicable a los prestadores de servicios de certificación». Este objetivo se reitera en el artículo 1: se regula el uso de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de servicios de certificación (29). El artículo 1 del Decreto-ley coincide básicamente con el artículo 1 de la Directiva (titulado «ámbito de aplicación»). Ambos instrumentos normativos únicamente regulan las firmas electrónicas como un elemento que, junto con el sistema de certificados, permite solucionar los problemas de autoría, integridad y no rechazo de origen.

Como en otras normas, también en el Decreto-ley se contienen una serie de definiciones, de las cuales la que más nos interesa es la propia definición de firma electrónica [art. 2.a): «Es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge». Este concepto coincide básicamente con el establecido en el artículo 2.1 de la Directiva: «los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación». Se trata de un concepto amplio de firma que, sin embargo, resulta insuficiente, pues carece de un elemento exigido por el artículo 45 de la LPC: la seguridad. Por ello, el legislador afina más y define,

(28) Disposición Final 1.ª del Decreto-ley 14/1999.

(29) En este artículo se precisa que el Decreto-ley no afecta a la tradicional Teoría civil del contrato, en lo que se refiere a las normas relativas a celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos. Tampoco supone la sustitución de las funciones que corresponden a los fedatarios públicos (notarios y corredores de comercio) en cuanto a personas que dan fe o elevan los documentos a públicos. De hecho dos recientes regulaciones han establecido la posibilidad de presentar las cuentas anuales en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos, así como de legalizar los libros de los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos (Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 y 31 de diciembre de 1999, respectivamente). En ambos casos se remite a la regulación vigente en materia de firma electrónica avanzada y a la preceptiva intervención de la entidad prestadora de servicios de certificación, aunque la Instrucción de 30 de diciembre es más explícita y alude expresamente al Real Decreto-ley 14/1999 y a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 1999).

La precisión es una novedad del Decreto-ley español (no se incluye en la Directiva), y viene a establecer una salvaguarda de la actividad de los fedatarios públicos a los que en ningún caso va a poder sustituir un prestador autorizado de servicios de certificación, cuya función es distinta y, además, no está revestida de los atributos propios de aquéllos. Por ello, como afirma MARTÍNEZ NADAL, esta precisión resultaba innecesaria (MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÓNIA, *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, 1.ª edición, 2000, pág. 32).

quizá de forma tautológica, la «*firma electrónica avanzada*» [art. 2.b)]: «*Es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que esté vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos*». Se trata de una firma que reúne unos requisitos que añaden calidad a la simple firma electrónica, haciéndola más segura (30). Se trata, como vemos, de una subespecie de firma electrónica (31) (32), por lo que quizá hubiera sido más conveniente hablar de firma digital (33). De hecho, los efectos jurídicos de los que habla el artículo 3 del Decreto-ley (y 5.1 de la Directiva) hablan únicamente de la firma

(30) Los requisitos son similares y equiparables a los que se contienen en el artículo 2.2 de la Directiva, aunque esta última los enuncia de una forma un poco más clara: «*firma electrónica avanzada: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes:*

a) *estar vinculada al firmante de manera única;*

b) *permitir la identificación del firmante;*

c) *haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control;*

d) *estar vinculada a los datos a que se refiere, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable*».

(31) Como señala MARTÍNEZ NADAL, tras el concepto de «*firma electrónica avanzada*» se esconde la firma digital basada en la criptografía asimétrica. Sin embargo, razones de neutralidad tecnológica impiden regular expresamente este tipo de firma basada en una concreta tecnología, pero está claro que la «*firma electrónica avanzada*» es hoy la firma digital. Por ello, tras la neutralidad tecnológica del concepto, se esconde la realidad material de la firma digital. Y más concretamente, una firma digital basada en la PKI, aunque el objetivo de la Directiva de ser «*tecnológicamente neutral*» no le permiten ser tan explícita, en un intento de pervivir a los frenéticos cambios de la tecnología (MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÓNIA, *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, 1.ª edición, 2000, ob. cit., pág. 45, en nota. También, de la misma autora, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, ob. cit., pág. 42).

(32) MARTÍNEZ NADAL cita una clasificación de firmas electrónicas realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en orden decreciente en función de su mayor seguridad: firmas electrónicas, firmas digitales, firmas digitales verificadas por referencia a un certificado emitido por una autoridad con licencia a la que la autora balear añade las firmas digitales verificadas por referencia a un certificado emitido por una autoridad de certificación especialmente cualificada e incluso, finalmente, las firmas digitales autenticadas ante notario (MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÓNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, ob. cit., pág. 68).

(33) Así, por citar un ejemplo, habla indistintamente de firma electrónica o digital el artículo 35.6 de la Orden del Ministerio de Justicia, de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles, cuando establece que «*La identificación de los créditos cedidos, de su fecha y de la persona de los deudores no necesitará constar en el modelo oficial presentado a inscripción; a estos efectos bastará que tales circunstancias consten en soporte magnético, cuyo contenido certifique el Banco de España o que se remitan por éste directamente de forma telemática a través de correo electrónico o similar. Para ello, previamente, aquél deberá aportar los datos identificativos de la firma digital o electrónica que permitan identificar al remitente*».

electrónica avanzada, y la equiparan a la firma manuscrita respecto de los datos consignados en documentos de soporte papel, siendo esta firma digital admisible como prueba en juicio (34). Para el resto de firmas electrónicas que no reúnan estos requisitos (que no sean «avanzadas») el Decreto-ley dispone que no se les negará valor jurídico ni serán excluidas como prueba en juicio, pero el legislador tampoco concreta qué consecuencias tendrá una firma que no sea avanzada (35). Volvamos al caso de la firma manuscrita escaneada; opinamos, en principio, que podrá surtir efecto mientras el particular no la niegue, de la misma manera que sucede hasta ahora con la firma manuscrita, ya que esta firma electrónica no ofrece la necesaria seguridad, aparte de su nula aportación respecto de la integridad del mensaje. Por ello, *de lege ferenda*, MARTÍNEZ NADAL entiende que hubiera sido más conveniente adoptar una posición técnica abierta para no desalentar el recurso a otras técnicas futuras y seguras, pero excluyendo técnicas actuales inseguras, y centrándose también en la regulación de la firma digital. Precisamente el artículo 12 de la Directiva contiene previsiones para incorporar posibles modificaciones a la vista de los avances tecnológicos:

«Artículo 12: Revisión

1. *La Comisión procederá al examen de la aplicación de la presente Directiva y presentará el oportuno informe al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 19 de julio de 2003.*

2. *Dicho examen permitirá, entre otras cosas, determinar si conviene modificar el ámbito de aplicación de la presente Directiva en vista de la evolución tecnológica y comercial y del contexto jurídico. El informe incluirá, en particular, una valoración de los aspectos de armonización, basada en la experiencia adquirida. El informe irá acompañado, en su caso, de propuestas legislativas».*

El resto del artículo 2 del Decreto-ley [apartados *d*) a *l*), y apartados 3) a 13)] de la Directiva, definen los elementos necesarios para la creación y

(34) El Decreto-ley establece en este sentido una remisión a las normas procesales, la cual hay que entender hoy referida a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, artículos 299 y siguientes. El artículo 299.2 de la nueva LEC es muy elocuente al respecto, cuando dispone que se admitirán como prueba, entre otros, los instrumentos que permitan archivar y conocer palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que resulten relevantes para el proceso. Esta posibilidad se desarrolla en los artículos 382 a 384 de la nueva LEC.

(35) El Decreto-ley español sigue en este aspecto los pasos de la Directiva, y adopta una postura dualista a la hora de definir la firma electrónica. Sin embargo, como advierte MARTÍNEZ NADAL, este dualismo es irrelevante por cuanto a esta dualidad corresponde una mayor o menor calidad en las firmas, lo cual resulta trascendente para el reconocimiento de los efectos legales de las mismas.

verificación de una firma electrónica, e introducen también una serie de definiciones jurídicas de conceptos eminentemente técnicos en los que no nos detendremos.

4.3. LOS CERTIFICADOS, EL DNI DIGITAL

Para que el sistema de firma electrónica funcione es necesario contar con un certificado reconocido. A diferencia de lo que ocurre con las firmas manuales, que tienen una asociación intrínseca con una persona física determinada, al estar hecha del puño y letra del firmante, un juego de claves usado para crear una firma digital no tiene una asociación intrínseca con nadie: un bit informático es exactamente igual a otro bit (36), y el par de claves (la pública y la privada) no son más que un par de números, no asociados a persona alguna (37). Por ello son necesarios otros instrumentos como las terceras partes de confianza (las autoridades de certificación) y los certificados. En el apartado siguiente veremos cómo la FNMT era la encargada de garantizar las comunicaciones de las Administraciones Públicas realizadas por medios electrónicos, informáticos y telemáticos (38). Sin embargo, ello no supone que a la FNMT se le haya otorgado el monopolio para ser autoridad de certificación a los efectos previstos en la firma electrónica. En este campo rige el principio de libre competencia, y la prestación de servicios de certificación no está sometida a autorización previa, sin que quepa es-

(36) Ye hemos dicho que un ordenador trata la información codificada en forma binaria, que podemos representar por los números 0 y 1, a los que se denomina bits. El bit es la unidad elemental de información y toma uno de esos valores (AGUAGO MUÑOZ, RICARDO y otros: *Básico. Curso de programación*, Ed. Computer School, Madrid, 1989, pág. 23).

(37) MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA, Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación..., *ob. cit.*, pág. 63.

(38) En este sentido, el artículo 5 del Decreto-ley se limita a señalar que se podrá supeditar el uso de la firma electrónica en el seno de las Administraciones y en las relaciones que mantengan los particulares, a las condiciones adicionales que se consideren necesarias, para salvaguardar las garantías de cada procedimiento. Estas condiciones adicionales que se establezcan podrán incluir la prestación de un servicio de consignación de fecha y hora, respecto de los documentos electrónicos integrados en un expediente administrativo. El citado servicio consistirá en la acreditación por el prestador de servicios de certificación, o por un tercero, de la fecha y hora en que un documento electrónico es enviado por el signatario o recibido por el destinatario.

Podemos citar un primer ejemplo de desarrollo legislativo de esta posibilidad. Se trata del Real Decreto 1891/1999, de 10 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto. Este Decreto prevé (Disp. Adic. 5.ª) que las actuaciones relativas al pago de las obligaciones de la Seguridad Social podrán ser realizados por técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, en los términos establecidos en el artículo 5 del Real Decreto-ley 14/1999, en relación con el artículo 45 de la LPC.

tablecer restricciones a los servicios de certificación procedentes de los Estados de la Unión Europea (39). Por razón de la materia podrá someterse a un régimen específico la utilización de la firma electrónica en las comunicaciones que afecten a información clasificada, a la seguridad pública o a la defensa (40).

Podemos definir los certificados como registros electrónicos que atestiguan que una clave pública pertenece a un determinado individuo o entidad (41). Ello permite la verificación de que una clave pública dada pertenece fehacientemente a una determinada persona. Un certificado por sí solo no es más que una certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y confirma su identidad. La principal función del certificado es unir un par de claves con la firma de un determinado suscriptor, asociar la identidad de una persona determinada a una clave pública concreta (e indirectamente, a una clave privada); de esta manera, el certificado viene a ser una especie de «documento de identidad digital», que funciona como un identificador único dentro de la red, y que permite a su poseedor ser identificado como tal dentro de la misma; además de evitar que alguien utilice una clave falsa haciéndose pasar por otro (42). Que además el certificado sea

Por otra parte, los documentos en los que se formalicen o se notifiquen a los interesados y que sean producidos o reproducidos, incluida la firma, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, gozarán de la validez y eficacia de los documentos originales siempre que en ellos figure la impresión mecánica del número secuencial del documento, incluidos los dígitos de verificación y la clave de identificación del centro o unidad emisor y del titular del órgano del que emana el acto o documento de que se trate.

(39) Esta última precisión es totalmente redundante por cuanto sabemos que la de prestación de servicios entre los diferentes Estados de la Unión es una libertad reconocida en los artículos 3.1.b) y 23 y sigs. del Tratado de la Comunidad Europea. Por ello, el artículo 10 del Decreto-ley regula únicamente el valor de los certificados emitidos por prestadores de servicios establecidos en un Estado no miembro, que serán equivalentes a los expedidos en España cuando el prestador reúna los requisitos establecidos en la normativa comunitaria (remisión, pues, a la Directiva); que el certificado esté garantizado por un prestador de servicios de la Unión Europea y que el certificado o el prestador estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad Europea y terceros países.

(40) Este supuesto no es más que la limitación, trasladada al campo de la firma electrónica, de la limitación contenida en el artículo 105 de la Constitución que a su vez ha sido desarrollada en el artículo 37.5 de la LPC respecto al acceso de los ciudadanos a archivos y documentos respecto de la defensa nacional o la seguridad del Estado. En materia de secretos oficiales sigue en vigor la preconstitucional Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por las Leyes 48/1978 y 11/1995.

(41) En parecidos términos se expresa el artículo 2.9 de la Directiva. El certificado es la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a una persona y confirma la identidad de ésta.

(42) En su forma más simple, contienen una clave pública y un nombre, la fecha de vencimiento de la clave, el nombre de la autoridad certificante, el número de serie del

«reconocido» supone su expedición por un prestador de servicios de certificación y que contiene una serie de informaciones (43).

El artículo 2.f) del Decreto-ley (y 2.6 de la Directiva) disponen que el dispositivo de creación de una firma electrónica debe ser «seguro». El dispositivo es simplemente un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de creación de la firma; el dispositivo es además «seguro» cuando cumple los siguientes requisitos establecidos en el artículo 19 del Decreto-ley (y Anexo III de la Directiva):

1.º Que garantice que los datos utilizados para la generación de firma puedan producirse sólo una vez y que asegure, razonablemente, su secreto.

2.º Que exista seguridad razonable de que dichos datos no puedan ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la firma no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.

3.º Que los datos de creación de firma puedan ser protegidos fiablemente por el signatario contra la utilización por otros.

4.º Que el dispositivo utilizado no altere los datos o el documento que deba firmarse ni impida que éste se muestre al signatario antes del proceso de firma.

certificado y la firma digital del que otorga el certificado. Los certificados se inscriben en un registro, considerado como una base de datos a la que el público puede acceder directamente en línea (*on-line*) para conocer acerca de la validez de los mismos. Los usuarios o firmantes son aquellas personas que detentan la clave privada que corresponde a la clave pública identificada en el certificado. Por lo tanto, la principal función del certificado es identificar el par de claves con el usuario o firmante, de forma tal que quien pretende verificar una firma digital con la clave pública que surge de un certificado tenga la seguridad que la correspondiente clave privada es detentada por el firmante.

(43) Dicho contenido es el que se enumera en el artículo 8 del Decreto-ley:

- a) La indicación de que se expiden como tales.
- b) El código identificativo único del certificado.
- c) La identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado.
- d) La firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado.
- e) La identificación del signatario, por su nombre y apellidos o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca.
- f) En los supuestos de representación, la indicación del documento que acredite las facultades del signatario para actuar en nombre de la persona física o jurídica a la que represente.
- g) Los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del signatario.
- h) El comienzo y el fin del período de validez del certificado.
- i) Los límites de uso del certificado, si se prevén.
- j) Los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen.

4.4. EL PROBLEMA DE LA ACREDITACIÓN DEL TIEMPO: EL SELLO TEMPORAL

Otro problema que se plantea en el sistema de firma electrónica es el de la acreditación del momento exacto en el que el documento ha sido presentado, lo cual tiene una importancia enorme, dado el sistema de plazos al uso en las diferentes Administraciones Públicas. La firma electrónica no proporciona por sí sola prueba alguna del momento temporal en el que el documento ha sido presentado; por ello al sistema de firma hay que completarlo con una marca temporal: combinando la firma digital con un sello temporal digital puede llegar a probarse que el documento fue presentado en un momento determinado. El sellado de un documento incluye todos los datos contenidos en el mismo, de forma que resulte imposible alterar ni uno solo de ellos, ni tampoco incluir una fecha u hora diferente a la que el documento fue presentado (44). El legislador español y comunitario han abordado estos problemas [art. 12 del Decreto-ley y Anexo II.c) de la Directiva], y ello se ha traducido en la exigencia de que los proveedores o prestadores de servicios que expidan certificados reconocidos garanticen el que pueda determinarse con precisión la fecha y hora en la que se expidió o revocó un certificado (45).

5. LAS AUTORIDADES CERTIFICANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL ARTICULO 81 DE LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO 66/1997 Y EL REAL DECRETO 1290/1999, DE DESARROLLO DE LA LPC EN MATERIA DE FIRMA ELECTRONICA

Un sistema basado en la criptografía necesita de una tercera parte de confianza (46), que debe actuar para asegurar el vínculo entre la clave pública

(44) El propio plazo de vida de los certificados digitales plantea nuevos problemas respecto a la eficacia temporal de los mismos una vez que éstos caducan; sin embargo, este no es el problema objeto de nuestro estudio. Sobre este aspecto, vid. MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÒNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades...*, ob. cit., págs. 77 y sigs.

(45) En todo caso, como afirma MARTÍNEZ NADAL, el valor probatorio del sello temporal dependerá de que sea proporcionado por un sistema seguro y de confianza. La autora cita varios sistemas técnicos actuales, que enunciaremos sólo a título enumerativo: a) Sistema de envío y simple sellado por la tercera parte de confianza; b) Sistema que consiste en añadir la hora y fecha al mensaje para su posterior firma por la tercera parte de confianza, y c) Sistema de vinculación de documentos para evitar manipulaciones del sello temporal MARTÍNEZ NADAL, APOL.LÒNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades...*, ob. cit., págs. 78 y 79).

(46) Una tercera parte de confianza (*Trusted third party, o TTP*) consiste en una o varias autoridades de certificación cuya misión es la de emitir certificados que, a la vez, sirven para distribuir la clave pública y asociar de forma segura la identidad de una

y el titular de la clave privada, además de desarrollar otras funciones igualmente importantes (por ejemplo, autenticar fechas y horas de determinadas acciones o publicar las claves que ya no son de confianza). La Autoridad Certificante (o Autoridad de Certificación) es una entidad dedicada a la emisión de certificados que contienen información sobre algún hecho o circunstancia del sujeto del certificado. Esta entidad puede emitir distintos tipos de certificados. Así, un certificado de identificación simplemente identifica y conecta un nombre a una clave pública. Los certificados de autorización proveen otro tipo de información correspondiente al usuario. Otros certificados colocan a la Autoridad Certificante en el rol de notario, pudiendo ser utilizados para la atestación de la validez de un determinado hecho o que un hecho efectivamente ha ocurrido. Otros certificados permiten determinar el día y hora en que un documento fue digitalmente firmado (*Digital time-stamp certificates*).

El interesado en operar con una firma digital, tras crear el par de claves, deberá presentarse ante la Autoridad certificante a efectos de registrar su clave pública, acreditando su identidad y cualquier circunstancia que le sea requerida para obtener el certificado que le permita «firmar» el documento de que se trate.

En el Derecho español, la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos de 1998 (Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), contiene en su artículo 81 una habilitación a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (en adelante, FNMT) para actuar como autoridad de certificación en materia de firma electrónica (*«Prestación de servicios de seguridad por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos»*). La Ley de Acompañamiento faculta a la FNMT para la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, validez y eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las relaciones que se produzcan entre:

persona concreta a una clave pública determinada. A la tercera parte de confianza se la denomina también autoridad de certificación, entidad de certificación, proveedor (o prestador) de servicios de certificación o simplemente certificador (MARTÍNEZ NADAL, APOLLÒNIA, *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, ob. cit., pág. 65). Como la misma autora señala, la terminología para referirse a las terceras partes de confianza es muy variada, y denota la opción del legislador sobre la naturaleza de las mismas. Así, «Autoridad», parece atribuirles naturaleza pública, mientras que la expresión «prestador de servicios» parece querer excluir cualquier connotación de carácter público y darles una naturaleza estrictamente comercial; la categoría intermedia sería la de «prestador» de servicios de certificación, que es la que utiliza el Decreto-ley español. *Ibidem*, pág. 128.

- a) Los órganos de la Administración General del Estado entre sí o con los organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla, así como las de estos organismos entre sí.
- b) Las personas físicas y jurídicas con la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

El artículo 81.2 habilita a la FNMT, en colaboración con la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos y de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias, para procurar la máxima extensión de la prestación de los servicios señalados para facilitar a los ciudadanos las relaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos con la Administración General del Estado y, en su caso, con las restantes Administraciones. Para dicha extensión de los servicios, se tendrán especialmente en consideración los órganos e instrumentos previstos en el artículo 38.4 de la LPC. Lo que se pretende, pues, es que la FNMT actúe como entidad certificadora de las Administraciones Públicas, emitiendo certificados que permitan comunicaciones electrónicas seguras dentro de la Administración, y entre ésta y los administrados, esto es, una autoridad de certificación a nivel estatal que actúe no sólo para la Administración del Estado, sino también para el resto de administraciones, autonómicas, municipales e instrumentales (47). El fin último no es otro que dar la mayor difusión a los servicios que garanticen la seguridad, validez y eficacia de las comunicaciones y documentos para facilitar a los ciudadanos las relaciones a través de estas técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

Este artículo 81 ha sido recientemente modificado a través de otra Ley de Acompañamiento, concretamente la Ley de 29 de diciembre de 1999, añadiendo dos nuevos apartados al artículo 81 de la Ley 66/1997. En el primero de ellos, relativo al ámbito judicial, se faculta a la FNMT, con la colaboración de Correos, a prestar los servicios técnicos, administrativos y de seguridad cuando los mismos fueran solicitados tanto por los órganos jurisdiccionales como por las partes intervinientes en un proceso, en relación con aquellos actos de postulación procesal que puedan practicarse a través de técnicas y

(47) Para ello, la Ley de Acompañamiento prevé expresamente una habilitación a la FNMT para prestar, en su caso, a las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ellas, los servicios de certificación en las relaciones que se produzcan a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos entre sí, con la Administración General del Estado o con personas físicas y jurídicas; siempre que, previamente, se hayan formalizado los convenios o acuerdos procedentes. El régimen jurídico de los servicios mencionados será el previsto en los artículos 38, 45 y 46 de la LPC.

medios electrónicos, telemáticos e informáticos (48). El segundo apartado añadido contempla la posibilidad de prestar los diferentes servicios a que alude el artículo 81 por otros proveedores que no sean la FNMT o Correos en condiciones no discriminatorias (49).

La Ley de Acompañamiento mandaba dictar al Gobierno las disposiciones precisas para la regulación de la prestación de servicios técnicos de seguridad en las comunicaciones de la Administración General del Estado y sus organismos públicos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos. En cumplimiento de esta previsión se dictó el Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio, por el que se desarrolla el artículo 81 de la Ley 66/1997 en materia de prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones de las Administraciones Públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, regulando el ejercicio de la facultad de prestación de estos servicios por la FNMT. Sin embargo, como el propio Real Decreto reconoce, no se lleva a cabo una regulación exhaustiva de los citados servicios de seguridad, en primer lugar por la existencia de una regulación general (compuesta por la LPC y el Real Decreto 263/1996, que ya vimos anteriormente), sino por estar pendiente de aprobación en ese momento lo que después fue la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, que analizaremos más tarde, y en la cual se regulan los

(48) La disposición se condiciona a los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial 1/1985, y sus normas de desarrollo. Pero el precepto hay que conectarlo con la aprobación, finalmente, de la nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, y las posibilidades que la misma abre en materia de notificaciones o, por ejemplo, de presentación de documentos como poderes y libros de los comerciantes, que originan un buen volumen de papel y fotocopias en los Juzgados.

(49) En el caso español, uno de estos proveedores están siendo en la actualidad las Cámaras de Comercio, que han creado un servicio de certificación digital denominado Camerfirma, dirigido principalmente a empresas y cuyo reconocimiento es internacional, al estar el proyecto Camerfirma coordinado por las Cámaras de Comercio europeas e impulsado a nivel estatal por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación que actúan como red de autoridades locales de registro, representadas por el Consejo Superior de Cámaras de España, quien actúa como Autoridad de Certificación y como interlocutor a nivel internacional. Las Cámaras de Comercio resultan idóneas para desempeñar esta función por varias razones: En primer lugar, porque tienen entre sus objetivos la representación y defensa del comercio, tanto nacional como internacional, incluso del comercio generado por medios telemáticos. En segundo lugar, las Cámaras han ejercido históricamente el papel de tercera parte de confianza, es decir, de certificadoras. Porque las Cámaras son entidades neutrales, sin intereses económicos directos en las transacciones que realizan. Finalmente la existencia de las Cámaras en todo el mundo hace que su conocimiento y reconocimiento sea internacional (página web de Camerfirma: www.camerfirma.com).

La otra autoridad de certificación reconocida es la Agencia de Certificación Electrónica, con capital mayoritario de Telefónica.

servicios de autenticación electrónica de datos que presta la FNMT. Por ello, la primera crítica que se le puede hacer a este Real Decreto es su adelantada publicación, en más de siete meses a la Directiva comunitaria, con el riesgo de desconexión y descoordinación que ello supone, adelanto que el legislador español vuelve a cometer con la promulgación, esta vez tan sólo tres meses antes de la llegada de la Directiva con el Real Decreto-ley 14/1999, desconectado a su vez del Real Decreto 1290/1999.

El Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio, desarrolla el artículo 81 de la Ley de Acompañamiento 66/1997 en materia de prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones de las Administraciones Públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, regulando el ejercicio de la facultad de prestación por parte de la FNMT de los servicios de seguridad, técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, la validez y la eficacia de las comunicaciones de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (50). El ejercicio de la facultad atribuida a la FNMT, en colaboración con Correos, comprende el garantizar la validez y eficacia de los actos y documentos de los actos y documentos emitidos y recibidos por:

(50) En el Anexo del Real Decreto se establece el listado concreto de servicios, cuya implantación se prevé realizar en varias fases (aunque no se indica cuándo comienza cada una de ellas). Así, los servicios que la FNMT ofrecerá en una primera fase son:

- Generación de claves.
- Emisión de certificados de clave pública.
- Revocación de certificados de clave pública.
- Archivo de certificados de clave pública.
- Registro de eventos significativos.
- Registro de usuarios.
- Publicación de políticas y normas.
- Publicación de certificados de clave pública.
- Publicación de listas de revocación.
- Servicio de directorio.
- Servicios de recuperación de claves de soporte de confidencialidad.
- Expedición del título de usuario.
- Información administrativa de los servicios.

En una segunda fase de implantación, la FNMT podrá prestar también los siguientes servicios técnicos y administrativos:

— Constancia de fecha y hora (fechado digital) en transacciones electrónicas, informáticas y telemáticas, realizadas por la FNMT de forma automática y a petición de los participantes en la transacción.

— Verificación y reconocimiento de la autenticidad de los usuarios, realizada por la FNMT de forma automática y a petición de los destinatarios.

En una tercera fase más avanzada de la implantación, la FNMT podrá prestar servicios técnicos y administrativos que faciliten a los usuarios que lo requieran la implantación de servicios que incluyan las siguientes funciones de seguridad:

- Certificación de contenido de las transacciones EIT.
- Confirmación de envío, entrega y recepción de los mensajes intercambiados entre dos partes.

- a) Los órganos de la Administración General del Estado en sus relaciones recíprocas o con los organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla, así como las de estos organismos entre sí.
- b) Las personas físicas y jurídicas, en sus relaciones con la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma.
- c) Las Comunidades Autónomas, entidades locales, las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a las mismas, cuando se hubieran formalizado los correspondientes convenios o acuerdos con la FNMT (51). La suscripción de dicho convenio convierte a las Administraciones en «usuarios públicos» de los servicios de la FNMT (52).
- d) Las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como aquellos organismos públicos que ejerzan potestades administrativas, de acuerdo con la LPC.

Los servicios técnicos y administrativos, a los que nos hemos referido en el apartado anterior, son aquellos que permiten las siguientes operaciones:

- a) Acreditar la identidad del emisor y del receptor de la comunicación, así como la autenticidad de su voluntad.
- b) Garantizar la integridad y conservación del contenido del documento en su emisión y recepción.
- c) Acreditar la presentación o, en su caso, la recepción por el destinatario, de notificaciones, comunicaciones o documentación.

(51) La regulación de dichos convenios se desarrolla en el artículo 76 de este Real Decreto. Los convenios determinarán el régimen de realización de los servicios a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Para información general, el Ministerio de Administraciones Públicas mantendrá a disposición del público la relación de Administraciones a las que la FNMT preste estos servicios.

(52) Ello supone una diferencia, establecida en el artículo 9 de este Real Decreto, con los llamados «usuarios privados», que para adquirir esta condición necesitan realizar una solicitud en el Registro de usuarios creado al efecto en la FNMT y la aceptación de las condiciones de utilización de los sistemas electrónicos, informáticos y telemáticos. Cuando se cumplan estos requisitos, la FNMT expide en el plazo de un mes el correspondiente certificado electrónico (título de usuario). El plazo de un mes criticable por su amplitud, cuando lo que precisamente se trata con la aprobación de estos medios es facilitar las relaciones lo más rápidas e inmediatas posibles entre la Administración y los ciudadanos. Como corrobora el artículo 11, la FNMT dispone de un registro de usuarios en el que deberán inscribirse los usuarios privados para actuar como tales. Hasta que no se realice la inscripción, al usuario privado no se le entregará el soporte que le permita actuar como tal. Por el contrario, los usuarios públicos (las Administraciones) que hayan suscrito convenio serán inscritos de oficio.

La utilización de Correos permite que a través de sus oficinas los ciudadanos puedan presentar sus solicitudes de inscripción en el registro de usuarios, acreditar su identidad y recoger los correspondientes títulos de usuario. Correos también puede colaborar, como lo ha hecho desde siempre con la presentación de solicitudes y documentación por escrito, con la FNMT en la prestación del servicio de constatación de la fecha y hora de presentación de documentos, lo que supone que, incluso a nivel de relaciones informáticas con la Administración, el particular podrá seguir haciendo uso de las oficinas de Correos (53).

Todas las comunicaciones, notificaciones o documentos, así como sus copias, emitidos a través de estas técnicas, gozarán de la validez y eficacia prevista en el artículo 45 LPC y en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 363/1996, de 16 de febrero. La FNMT proporciona a cada usuario un certificado electrónico (título de usuario), aunque con carácter previo comprueba la capacidad e identidad de la persona que lo solicita.

En las disposiciones adicionales del Real Decreto se establecen a título ejemplificativo algunos usos que pueden dar idea de la utilización que en la práctica cotidiana pueden tener los medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Así, el caso de cumplimiento de obligaciones tributarias o el pago de cualquier otro derecho económico a favor de las Administraciones Públicas, tanto si el pago se efectúa directamente como a través de entidades de crédito.

Como siempre, es en el Anexo donde se contienen una serie de definiciones y requisitos del sistema; estos requisitos son triples, como a continuación veremos, técnicos, de seguridad y administrativos:

1. REQUISITOS TÉCNICOS

1.1. Generación y gestión de claves. La FNMT proporcionará a los usuarios: Dos claves complementarias de autenticidad, una pública y otra privada, que permitirán identificarse de manera fidedigna al usuario ante cualquier receptor de un mensaje.

(53) Recordemos que estos extremos están regulados a nivel reglamentario por el Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, conforme a la redacción dada al mismo por la Orden de 14 de agosto de 1971 y el Decreto 2655/1985. Es en el artículo 205 donde se establece el régimen de admisión de instancias y escritos dirigidos a centros o dependencias administrativas. Algunas disposiciones de este Reglamento se han convertido en práctica administrativa habitual, e incluso han pasado a ser recogidas en la redacción de la LPC.

La confirmación de esta nueva función se encuentra hoy en el artículo 5 del Real Decreto 176/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad empresarial Correos y Telégrafos, el cual incluye, junto con las funciones tradicionales encomendadas a Correos, «f) La realización de cuantas actividades y servicios relacionados con las telecomunicaciones le sean encomendados por la normativa vigente».

Dos claves complementarias de confidencialidad, una pública y otra privada, que servirán de soporte para prevenir la divulgación no autorizada del contenido de la transacción. Las claves, tanto de los usuarios como de la propia FNMT, serán generadas por esta última, utilizando mecanismos que garanticen su seguridad técnica y criptográfica (54). El período de vigencia de las claves de autenticidad propia de la FNMT no será superior a cinco años. Los cambios en las claves de la FNMT no implicarán modificaciones en las claves en vigor que estén utilizando los usuarios.

Las claves privadas de confidencialidad se archivarán cifradas y de forma segura. Por el contrario, las claves privadas de autenticidad no serán archivadas y por tanto no se conservarán en ningún tipo de soporte, salvo en la tarjeta u otro dispositivo externo que se entregue al usuario.

1.2. Emisión, revocación y archivo de certificados de clave pública: La FNMT podrá emitir los siguientes tipos de certificados: certificados de autenticidad y certificados de confidencialidad (55). Todos los certificados emitidos por la FNMT tendrán validez por un período no superior a tres años a partir de la fecha de emisión del certificado. Transcurrido el período establecido, el certificado caducará, pasando al archivo histórico de la entidad. En los certificados revocados constará, además del contenido propio del certificado activo, la fecha, hora y el motivo de su revocación (56).

1.3. Registro de eventos significativos: La FNMT mantendrá registro de cada actuación que realice de todos los eventos significativos relacionados con su propia actividad y la de los usuarios del sistema.

El registro de eventos no podrá ser modificado por medios no autorizados; tendrá un alto grado de disponibilidad y de fiabilidad, y guardará traza de los accesos realizados.

1.4. Servicios de Directorio. La FNMT publicará los certificados de clave pública en un directorio de acceso público, que deberá permanecer físicamente en el entorno seguro de la infraestructura técnica de la FNMT.

(54) La especificación técnica de este mecanismo escapa a la comprensión del jurista medio; en concreto se utilizan algoritmos de cifrado asimétrico tipo RSA, con una longitud mínima de clave de 1.024 bits.

(55) Las especificaciones técnicas respecto de los certificados escapan también a la comprensión del jurista. Así, los certificados cumplirán los requisitos definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, sector de normalización de las telecomunicaciones, en la Recomendación UIT-T X.509, versión 3, de fecha junio de 1997 o posterior.

(56) Los certificados revocados se publicarán en listas de revocación, cuyos requisitos técnicos serán los definidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones para formatos de listas de revocación, sector de normalización de las telecomunicaciones, en la Recomendación UIT-T X.509, versión 2, de fecha junio de 1997, o posterior.

1.5. Expedición de título de usuario: Consiste en una tarjeta inteligente o en otro soporte de seguridad equivalente (57). Dispondrá de las medidas de seguridad físicas necesarias de forma que no pueda ser manipulado externamente o alterar su comportamiento.

Dispondrá de las medidas de seguridad lógicas para que este dispositivo no pueda ser leído por medios externos, de forma no autorizada. En el caso de que el volumen de actividad lo justifique se podrá instalar una configuración informática, que contará con un entorno criptográfico y un control de acceso seguros.

2. REQUISITOS DE SEGURIDAD

2.1. Plan integral de seguridad: La FNMT dispondrá de un Plan integral de seguridad permanentemente actualizado, basado en la metodología *magerit* de análisis y gestión de riesgos de sistemas de información de las Administraciones públicas.

2.2. Productos y sistemas de las tecnologías de la información: Los niveles de seguridad de los productos y sistemas se establecerán siguiendo «Criterios de evaluación de la seguridad de los productos y sistemas de las tecnologías de la información» (ITSEC/ITSEM) o posterior. Los niveles de seguridad serán según la norma citada.

3. REQUISITOS ADMINISTRATIVOS

3.1. Publicación de políticas y normas: La FNMT publicará los procedimientos que regirán en relación con los usuarios y la utilización de sus servicios. Las políticas y normas estarán a la libre disposición en el servidor «web» de la FNMT.

3.2. Requisitos del Registro de Usuarios: Los interesados presentarán la correspondiente solicitud, según los modelos que se establezcan al efecto. La solicitud debe completarse con la comparecencia de los interesados ante los órganos y organismos de la forma que reglamentariamente se establezca. El usuario presentará la documentación que acredite su identidad, así como su capacidad legal en el caso de actuación en nombre de terceras personas físicas o jurídicas, y cualquier otra documentación que se requiera al efecto.

(57) En caso de que al particular se le entregue una tarjeta, el dispositivo físico externo en el que se encuentran las claves privadas deberá ser accesible, vía estándares de mercado tipo PC/SC, y ofrecer un interfaz normalizado de acceso a las funciones criptográficas.

6. ALGUNAS MENCIONES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE FIRMA ELECTRONICA

Son todavía muy pocas las ocasiones en que la jurisprudencia ha hablado de firma electrónica, y en todas ellas el problema ha aparecido de manera incidental; no existe por el momento jurisprudencia sobre la aplicación del Decreto-ley 14/1999.

La primera sentencia con que contamos es la sentencia de la Sala de lo Contencioso del TS, Sección 2.^a, de 3 de noviembre de 1997. Se trata de una sentencia muy completa y gráfica en la materia. El supuesto de hecho fue la impugnación por parte de la Asociación Española de Banca Privada de determinados artículos del Reglamento General del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo). En concreto, el artículo 76.3.c).2 del Reglamento estableció un concepto amplio de documento, que incluía los documentos informáticos: *«a efectos de lo dispuesto anteriormente, se entenderá por documento cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa»*. El recurrente pretendía eliminar, mediante la presente impugnación, la frase *«incluidos los informáticos»*. Sin embargo, el Tribunal se opone a esta interpretación literal de documento. Si bien es cierto que casi toda la jurisprudencia que, con base en los artículos 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.215 del Código Civil, aboga por la virtualidad jurídica del documento en soporte electrónico, principalmente, sobre la problemática de su admisión —siempre que se den todas las cautelas necesarias para cerciorarse de su autenticidad— como prueba procesal. Y se plantea la duda de si los principios que rodean el gravamen fiscal de los documentos mercantiles son asimilables a los que se dan en el proceso judicial y de si el impuesto documental que se analiza es compatible con el soporte informático.

Según la recurrente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que otorgue al tenedor de un soporte informático esa legitimación a que se ha hecho referencia, pues, en su opinión, no puede emitirse un título valor o documento mercantil sino con la firma de su emisor y tal firma y/o su constancia por escrito no puede suplirse —termina diciendo— por ningún soporte informático. Pero, como señala el Tribunal, tal punto de vista ha quedado ya obsoleto. *«Estamos asistiendo —dice el Supremo— en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan consti-*

tuyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles.

Cierto que, en el Texto Refundido del ITPyAJD de 1993 e, incluso, en la Ley General Tributaria, no se hace referencia directa a este nuevo sistema documental. Pero ello no implica, de entrada, que la ampliación conceptual que, al respecto, se contiene en el precepto reglamentario que estamos examinando implique, sin más, una desvirtuación del principio de legalidad, ante una aparente falta de habilitación legal específica, pues no debe olvidarse que, dentro del alcance de la llamada reserva legal relativa, el Tribunal Constitucional ha declarado que aquellos elementos de las relaciones tributarias que no sean esenciales pueden quedar en manos, a efectos de su matización y complementariedad aclaratoria, de los órganos titulares de la potestad reglamentaria y de las disposiciones generales que, en consecuencia, promulguen. Al fin y al cabo, no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico, como sistema unitario y general, y no anclado en el puro positivismo legalista, goza de la fuerza normativa —expansiva— necesaria y suficiente como para justificar el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración en la materia que examinamos».

El Tribunal hace además una recopilación de toda la normativa aprobada hasta entonces en materia de documentos digitales: «debe tenerse consecuentemente en cuenta la proliferación de normas legales (y reglamentarias) que han venido patrocinando y recogiendo el uso, con los efectos jurídicos pertinentes, del documento en soporte electrónico». Así:

- La Ley del Patrimonio Histórico de 1985 recoge, en su artículo 49, una definición amplia y completa del documento «*toda expresión en lenguaje natural o convencional, y cualquiera otra expresión gráfica, sonora o de imagen, recogida en cualquier tipo de soporte material, incluido el informático*».
- La Ley del Mercado de Valores de 1988 regula las operaciones de Bolsa que se llevan a cabo mediante el Sistema de Interconexión Bursátil, integrado, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, mediante una red informática.
- La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, sobre el IVA, permite, en su artículo 88.2, que las facturas puedan emitirse por vía telemática; posibilidad que ha sido más detallada en la Orden Ministerial de 22 de marzo de 1996. Y el Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 19 de diciembre, recoge, en su artículo 62.3, la posibilidad de llevar libros o registros de carácter informático, siempre que se ajusten a los requisitos señalados en el citado Reglamento.
- La Orden Ministerial de 24 de julio de 1996, que desarrolla el Real Decreto de 22 de diciembre de 1995 relativo, en el ámbito fiscal, a la

declaración anual de operaciones con terceros, establece, en el apartado 2 del punto segundo, que «*será obligatoria la presentación en soporte directamente legible por ordenador de aquellas declaraciones anuales de operaciones con terceros que contengan más de cien personas o entidades relacionadas con la declaración*».

- La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas gozan de la validez y eficacia del documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación (asimilándose, en cuanto a su validez y eficacia, las copias de originales almacenadas por los citados medios).
- La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 permite, a tenor de su artículo 230, la utilización por los Juzgados y Tribunales de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, siempre que ofrezcan las adecuadas garantías de autenticidad e integridad.
- La propia Comunidad Europea ha potenciado el desarrollo de la transmisión electrónica de datos (programas *Electronic Data Interchange*), facilitando la celebración de contratos tipo entre pequeñas y medianas empresas, dándose al mensaje electrónico normalizado el mismo valor que al documento escrito y firmado.

De todo ello se desprende que la admisión del documento electrónico es una realidad en nuestro ordenamiento, *sub conditione*, sin embargo, de acreditar su autenticidad. Y es aquí donde el TS se refiere a la firma electrónica por contraposición a la manuscrita.

En el caso analizado por el Tribunal, el documento, que ha de cumplir una función de giro, debe reunir, para gozar de predicamento jurídico, los elementos determinantes de su autenticidad y de su autoría, y, en especial, la firma de quien asume su contenido y la efectividad de su clausulado. La firma es el trazado gráfico, que contiene habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice. Aunque la firma puede quedar reducida sólo a la rúbrica o consistir, exclusivamente, incluso, en otro trazado gráfico, o en iniciales, o en grafismos ilegibles, lo que la distingue es su habitualidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo de su autor. Y, en general, su autografía u olografía, como vehículo que une a la persona firmante con lo consignado en el documento, debe ser manuscrita o de puño y letra del suscribiente como muestra de la inmediatez y de la voluntariedad de la acción y del otorgamiento.

Pero la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos con firmas en el sentido indicado. Y, por otra parte, la firma es un elemento muy importante del documento, pero, a veces, no esencial, en cuanto existen documentos sin firma que tienen valor probatorio (como son los asientos, registros, papeles domésticos y libros de los comerciantes). En consecuencia, aunque puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido.

Por lo tanto, si se dan todas las circunstancias necesarias para acreditar la autenticidad de los ficheros electrónicos o del contenido de los discos de los ordenadores o procesadores y se garantiza, con las pruebas periciales en su caso necesarias, la veracidad de lo documentado y la autoría de la firma electrónica utilizada, el documento mercantil en soporte informático, con función de giro, debe gozar, como establece el artículo 76.3.c) del Reglamento de 1995, de plena virtualidad jurídica operativa.

De la misma fecha y sección es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) (Recurso 544/1995). El supuesto de hecho es el recurso contra el mismo reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, esta vez por parte de la CEOE. El Tribunal llega a la misma conclusión respecto de la admisión del documento electrónico y la autenticidad que proporciona la firma electrónica: *«se desprende la realidad de admisión del documento electrónico, bajo condición de que quede garantizada su autenticidad, y que esto es factible, inclusive mediante lo que podría calificarse hoy de firma electrónica —cifras, códigos, claves y similares procedimientos—, es algo universalmente admitido»*.

Por último, encontramos dos sentencias, de igual fecha, 19 de octubre de 1998, de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2.ª), dictadas en sendos sumarios sobre utilización fraudulenta de tarjetas de crédito tras un delito de robo. Se alude a la firma electrónica, pero a un concepto muy elemental de la misma (el equivalente a interpretar los datos de una banda magnética). El tribunal interpreta como una modalidad de estafa la *«manipulación informática o artificio semejante»*, porque en esta clase de estafas es en las que se asegura la operación mediante una «firma electrónica» coincidente con la clave identificativa que figura en la banda magnética de las tarjetas. Se aparta de la clase tradicional de estafas, ya que el engaño se sofisticaba, haciéndose de este modo con un activo patrimonial a través de una transferencia no consentida.

BIBLIOGRAFIA EN MATERIA DE FIRMA ELECTRONICA

- AGUADO MUÑOZ, RICARDO y otros: *Basic Básico. Curso de programación*. Ed. Computer School, Madrid, 1989, 254 págs.
- *Derecho sobre Internet* (libro electrónico disponible en la red, en la página web del BSCH: www.derechosobreinternet.com).
- DEVOTO, MAURICIO y LYNCH, HORACIO M.: *Banca, comercio, moneda electrónica y firma digital*, pág. 4. Artículo electrónico en la Red (www.it-cenit.org.ar/Publicac/BancaMD/Bancoml), aunque originalmente publicado en la Revista Jurídica *La Ley*, de Buenos Aires.
- DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA: «Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 663, enero-febrero de 2001, págs. 81 a 122.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS: «Contratación electrónica y protección de los consumidores: Régimen jurídico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 660, julio-agosto de 2000, págs. 2327 a 2389.
- GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER: «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 652, mayo-junio de 1999, págs. 765 a 796.
- GRIERA FISA, MERCÉ y otros: *Conecta el micro*, núm. 1: Fem informática, Ed. Fundació Caixa de Pensions, 1.ª edición, 1985, 93 págs.
- MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA: «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», en Revista *La Ley*, núm. 4.939 y 4.949, 1 y 2 de diciembre de 1999, págs. 1 a 5 en ambos números.
- *Comercio Electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas-UIB-Govern Balear, 2.ª edición, 2000, 305 págs.
- *La Ley de Firma Electrónica*, Ed. Civitas, 1.ª edición, 2000, 311 págs.
- MATEO DE ROS, RAFAEL, y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, JUAN MANUEL (coordinadores): *Derecho de Internet: contratación electrónica y firma digital*, Ed. Aranzadi, año 2000, 1094 págs. y un CD-ROM.
- ORTEGA ALVAREZ, LUIS IGNACIO: «Nuevas Tecnologías y Procedimiento Administrativo», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 18: Comentarios a la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, agosto de 1993, págs. 211 a 217.

JOSÉ MARÍA ARISTÓTELES MAGÁN PERALES
Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho de Albacete
Universidad de Castilla-La Mancha

La segunda hipoteca en el Derecho romano (*)

I. LA APARICION DE LA SEGUNDA HIPOTECA

Si preguntáramos a un civilista por la distinción entre prenda e hipoteca, probablemente acudiría al argumento según el cual la prenda se apoya en la posesión de la cosa pignorada por el acreedor o un tercero designado al afecto y la hipoteca en la inexistencia de desplazamiento posesorio de la cosa (1), o si lo prefiere utilizaría la figura de la hipoteca en relación a los bienes susceptibles de identificación registral y a la figura de la prenda para aquellos bienes de imperfecta identificabilidad registral.

Un romanista (2) mantendría la tesis tradicional según la cual la diferencia entre la *hypotheca* y el *pignus* estaría en la existencia o inexistencia del desplazamiento posesorio apoyándose para ello en el conocido texto de D.13.7.9.2 (3):

Propie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem.

Bien es verdad que hoy en día la mayoría de la doctrina (4) se inclina por un desarrollo interno de la hipoteca romana a partir del *pignus* sobre

(*) Galardonado con el Premio MELCHOR ALMAGRO, concedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en su modalidad de Derecho Privado.

(1) Distinción ya considerada por VALLET DE GOYTISOLO, «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», en *RDP* (1953), pág. 502.

(2) Para RASCÓN —siguiendo a FREZZA— el *pignus* no es sino «la garantía de un crédito constituido sobre cosa ajena cuya posesión pasa al acreedor pignoraticio», mientras que la hipoteca es aquella forma de garantía en la que no se produce el tránsito del objeto pignorado. RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico*, Oviedo, 1976, pág. 14, núm. 2.

(3) *ULPIANUS, lib. XXVIII. Ad Edictum.*

(4) Aunque la doctrina está dividida sobre cuál es la relación contractual que dichos pactos sobre los *invecta et illata* garantizaban, esto es, si el *pignus* es accesorio a una

los *invecta et illata* (5), dejando de lado el posible origen griego de la hipoteca (6).

También es necesario para la adecuada comprensión de la evolución histórica de esta figura aludir a la sustitución del *pignus* por *hypotheca*, ya que el término *hypotheca* comienza a prevalecer sobre el de *pignus* (o *pignus conventium*) en la época de los Severos (7), llegándose a interpolar en la mayoría de los textos clásicos anteriores a Diocleciano aplicando al nombre de *pignus conventium* (8) el término de *hypotheca* (9).

Una vez pues, que la *nuda conventio* permitió la constitución de esta nueva forma de garantía real, quedaba abierto el camino en virtud del cual la *sola voluntas* bastaba para la constitución de otras garantías posteriores, pues-

relación de compraventa de los frutos del fundo, o si el pacto lo que garantiza es el pago de la renta del arrendamiento del fundo, en apoyo de esta última tesis se muestran, entre otros, HERZEN (*Origine de l'hypothèque romaine*, París, 1899, pag. 25 y sigs.), SEGR (*Recensión a Ascoli le origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano, Scritti Varii*, pag. 598 y sigs.), SARGENTI (*Il De agri cultura di Catone...*, op. cit., págs. 158-184), FREZZA [*Le garanzie delle obbligazioni, 2* (Le garanzie reali), Padova, 1963, pag. 272 y sigs.]. Sobre el origen de la distinción entre la *Datio y la Conventio*, véase RASC, N., *Pignus y custodia en el...*, op. cit., pag. 32 y sigs.

(5) Por ello se parte de un *pignus conventio* sobre los instrumentos de trabajo introducidos por el arrendatario en el fundo, de manera que la propia introducción en el mismo de animales, esclavos y aperos de labranza (los *invecta et illata*) hace las veces de convención con el arrendador, de tal forma que tales útiles garantizarían el pago de las rentas del arriendo. De esta forma, en caso de impago de las rentas por el arrendatario, el pretor podía conceder al arrendador un interdicto posesorio sobre tales *invecta et illata*.

(6) Algunos autores defienden el origen griego de la hipoteca, como es el caso de PAOLI («Sul diritto pignoratorio attico», *ASDGR*, Milano, 1963, pag. 394) o de BISCARDI, los cuales establecen ciertas analogías entre el sistema hipotecario ético y el *pignus* romano. BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano, 1982, pag. 219. BISCARDI, «Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain», en *JJP*, 19 (1983), pag. 41 y sigs. (reimp. y trad., Barcelona, 1987, pag. 60).

(7) Según ERMANN, el término *hypotheca* comienza a prevalecer sobre el *pignus conventum* en la época de los Severos por influencia helénica, realizándose una modificación en las obras de Gayo y de Marciano por la jurisprudencia anterior a Justiniano e incluso por los propios compiladores justinianos, de tal forma que el término *pignus* se llegó a sustituir por el de *hypotheca*. ERMANN, «Pygnus hypothecaeva», *Melanges Girard*, 1 (1912), págs. 419 y sigs.

(8) Como indica ARIAS RAMOS, un *pignus* en el que la posesión de la cosa no quedase en manos del acreedor, no se presentaba a los ojos de los romanos como una cosa nueva y esencialmente distinta de un *pignus* en el que la *res* quedase en manos del acreedor. Entre otras razones por cuanto que de las facultades concedidas al acreedor, tampoco podía derivarse una divergencia tan fundamental entre las diferentes formas de garantía real que justificase a sus ojos la necesidad de una distinta terminología. ARIAS RAMOS, «La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», en *RDP*, 313 (1943), págs. 213-223.

(9) EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam und die hypothekarezeption*, Leipzig, 1917.

to que si el deudor estaba de acuerdo en ello, nada obstaría para que tal cosa fuera posible, y por consiguiente la posibilidad de la pluralidad hipotecaria.

¿Pero cuál es el origen de la segunda hipoteca?

En nuestra mentalidad podríamos pensar en la necesidad de que aparezca un nuevo acreedor que proporcione una nueva línea de crédito a un deudor acosado por la perentoria necesidad de solvencia (10). Ello, evidentemente, sólo es posible si queda resto de valor en la cosa primeramente hipotecada para poder hacer frente a una segunda garantía.

Pero la cuestión de cuándo aparece formalizada la constitución de una segunda hipoteca en Roma debemos analizarla a través de las fuentes, y del estudio de las cuales parece que podemos entrever que en realidad el nacimiento de la segunda hipoteca tuvo lugar mediante una evolución gradual: En un primer momento mediante la necesidad de la previa satisfacción del acreedor anterior, para posibilitar la aparición de una hipoteca posterior. Ello implicaba que era necesario el efecto solutorio sobre la hipoteca precedente. De esta forma, mientras la precedente estuviera garante sobre la misma cosa, la posterior no podía tener virtualidad.

El siguiente paso fue el permitir la posibilidad de constitución de una segunda hipoteca, aun sin haber liquidado previamente la hipoteca anterior. Dicha hipoteca previa quedaría subsistente y coincidente con la segunda y nueva hipoteca con el efecto resultante de la existencia de dos hipotecas sobre la misma cosa. Vamos a ver con más detenimiento estas dos fases de dicha evolución.

I.a. PRIMERA FASE: LA SEGUNDA HIPOTECA NACE CONDICIONADA A LA PREVIA EXTINCIÓN DE LA PRIMERA

La idea de una incompatibilidad hipotecaria de una segunda hipoteca, mientras estuviera vigente la primera, era permanente en el Derecho Clásico. De ahí que en este período fuera frecuente que el propio deudor hipotecante tuviera que declarar que la cosa no estaba hipotecada a ningún otro.

(10) Esta es la solución que podríamos invocar en aras del artículo 1.138 del Código Civil español, que expresa que tratándose de obligaciones mancomunadas, el crédito se presume dividido en tantas partes como acreedores haya reputándose créditos distintos unos de otros. Tratándose de hipotecas que garantizan créditos pluripersonales, deben de reputarse tantas hipotecas como acreedores hipotecarios haya, pudiendo ejecutarse libremente por cualquiera de los acreedores, con las especialidades establecidas en el artículo 227 RH («Se consideran preferentes... Las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor»), y el artículo 131, regla 8.ª de LH. Lo que supone que los gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor continúan subsistentes entendiéndose al rematante subrogado en la responsabilidad de los mismos. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Madrid, 1989, pág. 1639.

Encontramos un caso de esto último en D.20.1.15.2 (11):

Si res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent, alii nulli ream obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit.

Gayo contempla un supuesto caso en el que se utiliza una fórmula empleada por aquellos que obligan sus bienes y que de nuevo proceden a obligarlos a un segundo acreedor, y para evitar el peligro en el que pueden incurrir suelen indicar que la cosa no está obligada a ningún otro sino a Lucio Ticio —por ejemplo—, para que en lo que exceda de la primera obligación quede obligada la misma cosa por una nueva garantía, bien en lo que exceda de la primera obligación o bien cuando la cosa quede libre de la primera deuda. Con ello el pasaje trata de conciliar la necesidad de que la cosa quede libre de la primera garantía antes de constituir otra nueva con la necesidad de establecer una fórmula que posibilitara que la práctica comercial no estuviera en contradicción con la imposibilidad de constituir más de una hipoteca sobre una misma cosa simultáneamente. Por otra parte, Gayo alude al *periculum* en que pueden caer los que obligan varias veces con unos mismos bienes. ¿Cuál era ese peligro?: Caer en *stelionatus*. La declaración de estar libres las cosas sobre las que se constituye hipoteca no estándolo en realidad, es considerado como delito de estelionato y conlleva la pena de destierro (12).

Esta misma línea argumental la podemos encontrar en D.20.1.34 donde el deudor hipotecario manifiesta al acreedor que la cosa no está hipotecada a ningún otro —*quam tibi esse obligatos...*—, e incluso la misma declaración aparece en D.20.6.9.1:

...quo caverat Seius, fundum nulli alii esse obligatum...

Lo que nos permite pensar en un momento histórico en el que la garantía real está aún influenciada por la necesidad del desplazamiento de la posesión propio del *pignus*. Pero pronto se inicia una tendencia de considerar tal declaración como una cláusula de estilo, si estando la cosa en situación de estar ya previamente hipotecada fuera necesario volverla a hipotecar.

Para tratar de comprender en esta primera fase el origen de la segunda hipoteca es necesario partir pues de la naturaleza condicionada de esta segun-

(11) *GAIUS, De formulae hypothecariae.*

(12) D.47.20.4.

da hipoteca. Esta idea de una segunda hipoteca condicionada en el momento de su constitución parte de una base: La de que sólo tendría efectividad en el caso que la finca quede libre de la primera.

Sin embargo algunas fuentes parecen decantarse por el tratamiento de la condición como base de una segunda hipoteca, lo que en realidad no es sino fruto de una evolución que podemos apreciar a través de diversos pasajes como son D.13.7.2 y C.8.19.1.pr.

1. En D.13.7.2 (13):

si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei numos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis; ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

En este fragmento un deudor vende y entrega una cosa sobre la que existía un derecho de prenda, pagando al acreedor, con lo cual desaparece la garantía pignoraticia. Un nuevo acreedor exige la constitución de una prenda sobre la cosa que ya había sido vendida, pero dado que la primera prenda había sido ya liberada —probablemente con el dinero de un segundo acreedor— no se constituye una nueva prenda al no estar ya la cosa en manos del deudor; por otra parte, al ser pagado el acreedor anterior, el nuevo adquirente la recibiría libre de gravámenes (14). Aquí no sería posible la constitución de la garantía pignoraticia sobre cosa ya ajena en tanto que el adquirente de ella la recibe como libre.

2. En C.8.19.1 pr (15):

Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit, hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam dat, ubi hoc pacto credat, ut idem pignus et obligetur et in locum eius succedat.

El texto pone de relieve que la sucesión en el acreedor hipotecario no siempre se produce cuando se paga al acreedor hipotecario, sino sólo cuando lo es bajo condición de constituir una nueva garantía sobre la misma cosa obligada y que en tal caso el nuevo acreedor suceda en el lugar de aquél.

(13) POMPONIUS, VI Ad Sabinum.

(14) Con ello se establece una diferencia con el texto del D.20.3.3, donde sí se produce la subrogación del segundo acreedor por cuanto que la cosa sigue estando en el patrimonio del deudor.

(15) Const. SEVERUS et ANTONIUS: QUI POTIORES IN PIGNORE HABEANTUR.

Las diferencias entre estos textos son las siguientes:

1. En D.13.7.2, la constitución de la garantía se hace sobre cosa ya ajena al haber sido ésta previamente ya vendida, y por tanto no se constituye prenda.

2. En C.8.18.1 pr se recoge un supuesto en el que parece que para que se produzca la sucesión en la propia prelación hipotecaria, es necesario que se constituya una nueva hipoteca y que se condicione la efectividad de la misma a que el nuevo acreedor ocupe el puesto del primero.

¿Cuál es el punto de unión de todos estos supuestos?

La determinación de las partes para configurar una nueva garantía. Pero mientras en el primer caso la cosa hipotecada ya no pertenece al patrimonio del deudor y ello aunque la voluntad de las partes fuera la de constituir la garantía, ello no es posible porque chocaría con la imposibilidad que la cosa ya no es de quien constituye la prenda o la hipoteca; en el segundo caso, la voluntad de las partes da lugar a la sucesión de un nuevo acreedor en el lugar del primero, pero en este caso se condiciona a la liberación de la primera garantía. Por ello, la doctrina parece admitir desde antiguo la posibilidad de una hipoteca bajo condición.

La cuestión está pues, en partir de la idea de una segunda hipoteca condicionada ya desde el momento de su constitución, la cual sólo tendría efectividad sobre la base de que la finca quede libre de la primera garantía, de manera que sólo en ese supuesto es cuando la segunda hipoteca pasaría a ocupar el puesto que la anterior ha dejado vacante. Esto nos llevaría a pensar en varias posibilidades:

1. Que en realidad se está constituyendo una garantía futura que sólo tendría efectividad si la finca queda libre de la primera, según la tesis formulada por CARCATERRA (16).

2. O bien considerar que se trata de una hipoteca de presente pero condicionada a que antes desaparezca la primera garantía que grava el fundo, según considera VOLTERRA (17).

Esta última tesis es difícil de admitir, ya que en el Derecho Clásico el negocio jurídico condicional no producía efectos en el período de pendencia y por tanto antes de la entrada en juego de la condición, no podía tener virtualidad. Además si nos atenemos a la teoría general de la condición, ésta tiene el significado de hacer depender un efecto jurídico de un acontecimiento

(16) CARCATERRA, «Il pegno delle cose future (fructus e partiis)», *Annali Bari*, 3 (1940), págs. 123-165.

(17) VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Roma, 1930, pág. 31.

incierto; si el acontecimiento es cierto, de lo que se trata es de un plazo (18). Además el acreedor que pretendiera estar amparado por una garantía condicionada no estaría protegido en realidad con nada, al menos hasta que la condición se cumpla.

¿Cómo imaginar en la mentalidad romana que un negocio jurídico perfectamente válido en su constitución puede llevarse o no a efecto, no por la voluntad de los intervinientes sino por la realización de un hecho incluso ajeno a la propia voluntad de dichos contratantes?

La única respuesta que se nos ocurre es pensar que la hipoteca no es sino una enajenación potencial y por tanto en el fondo habríamos de tener en cuenta la relevancia de la distinción entre el momento de la constitución y el momento de su efectividad. Sólo en ese último momento es cuando se puede reclamar la plena ejecutoriedad de la misma, puesto que antes, en realidad, la hipoteca, al no implicar contacto posesorio con la cosa, sólo es una garantía potencial.

Así pues, la segunda hipoteca comienza a consolidarse bajo la consideración de la previa extinción de la primera, pero en realidad su juego crediticio no lo desarrolla en base a una pretendida teoría general de las condiciones, sino incluso a pesar de ellas. No hay dos hipotecas operando al mismo tiempo en este momento, sino dos deudas en las cuales una de ellas se garantiza de presente con un *pignus* sobre el fundo, y otra —la segunda deuda— la cual sólo puede garantizarse con la finca cuando quede libre de la primera garantía. De ahí la necesidad sentida de posibilitar una segunda hipoteca con eficacia real antes incluso de que la primera quede liquidada.

I.b. SEGUNDA FASE: LA CONSTITUCIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA SIN NECESIDAD DE LA PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA HIPOTECA ANTERIOR

Según MIQUEL (19), los textos más antiguos en los que se ha querido encontrar una segunda hipoteca son D.20.4.13 y D.20.4.14.

1. Según D.20.4.13 (20):

Insulam tibi vendidi et dixi, prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram, pignorumque ab inquilino datorum ius

(18) Por otra parte, los juristas romanos señalaron que tanto *dies* como *condicio* puede contener incertidumbre, en tanto que se puede hablar de *dies incertus* y a la vez la condición puede contener un *incertus quando*. Así, en D.45.1.8, D.35.1.54 pr y D.36.2.22 pr. ENNECERUS-NEPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, II, Barcelona, 1935, pág. 312.

(19) MIQUEL, «El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico», en *AHDE*, 29 (1959), pág. 237.

(20) PAULUS, *V Ad Plautium*.

utrumque secuturum; Nerva, Proculus, nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, ius omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur; si quid superesset, ad te. Paulus: facti quaestio est, sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.

En dicho fragmento se contempla la venta de una finca urbana sobre la cual recae un arrendamiento, conviniéndose que la distribución de las rentas se efectúe de modo que corresponda la del primer año al vendedor y la de los siguientes al comprador.

Se plantea el problema respecto al destino de la venta de las cosas gravadas por el inquilino de si lo obtenido de la misma pertenecía en primer lugar al vendedor o de si se pagaría a prorrata y de común entre ambos, ya que sólo se pactó que dicho producto perteneciera a ambos. NERVA y PRÓCULO consideran que al no decirse nada, el producto de la venta correspondería al vendedor y si algo sobrara sería para el comprador. PAULO es de la opinión que es verosímil que se entregue al primero el producto de cualquier pensión por causa del *pignus*, pero que en todo caso es una cuestión de hecho, no de derecho, ya que no hay pacto sobre ello.

En referencia a este texto, MANIGK (21) considera que Nerva y Próculo conocían ya la fórmula *si quid superesse*, y por tanto la posibilidad de una prelación de distintos acreedores hipotecarios sobre una misma cosa. De esta manera MANIGK, en base a la fórmula *si quid superesse*, trata de admitir la tesis de la segunda hipoteca sobre la base que el objeto sobre el que recae es el *superfluum*, de tal manera que la segunda hipoteca nace condicionada y recayente sobre el mismo *superfluum*. A pesar de ello concluye que de este texto no cabe inferir que se encuentre aquí una referencia a una segunda hipoteca.

HERZEN, por su parte, estima que de este texto en realidad no se desprende que se trate de una auténtica segunda hipoteca, sino más bien un pacto entre dos acreedores hipotecarios. Pacto en el que el deudor no toma parte y por tanto no se puede decir que el deudor hipoteque una misma cosa dos veces y ello por cuanto es evidente que una hipoteca puede constituirse por el deudor o por un tercer hipotecante, pero no por el acreedor hipotecario. A mayor abundancia, apunta que tampoco se desprende claramente del texto que las partes hayan pactado la fórmula *si quid superesset*, dado que tales palabras no han sido pronunciadas por los intervinientes (22).

(21) MANIGK, «Hypotheca», en *PW* (1913), pág. 343 y sigs.

(22) HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, 1899, pág. 308.

En el mismo sentido MIQUEL considera que de D.20.4.13 no puede inferirse la existencia de la segunda hipoteca, entre otras razones porque, dados los escasos fragmentos del tiempo de la república que han llegado hasta nosotros, la consideración según la cual la segunda hipoteca apareció antes de lo que indica el texto del Digesto, no es sino una aventurada hipótesis (23).

Creemos que tienen razón. En este texto no se contempla una segunda hipoteca, sino un supuesto de venta que incluye un arrendamiento con un pacto de distribución de las rentas procedentes del mismo. Lógicamente dichas rentas están garantizadas mediante la prenda de los *invecta et illata* del inquilino, pero no se trata de dos garantías sobre una misma cosa sino una sola hipoteca con pacto de distribución del crédito hipotecario entre ambos acreedores.

2. En el caso del D.20.4.14 (24), el texto dice así:

Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignorerit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possesor melior sit.

Se trata de dos supuestos; el primero, si un no-dueño constituye en prenda una misma cosa sucesivamente en favor de dos acreedores, se daría preferencia al primero. Sin embargo en el segundo, si se tratara de dos no-propietarios los que constituyeran prenda en favor de dos personas distintas, Paulo considera preferente a quien fuera poseedor de la misma.

Tal y como está el texto sería ininteligible si no fuera porque en realidad de lo que trató Paulo fue de un supuesto de venta en el que se utiliza la *exceptio rei venditae et traditae*. Con mayor claridad, KOSCHAKER (25) propone un paralelismo con D.6.2.9.4 (26) donde, tratándose de un supuesto de doble venta, plantea la cuestión del ejercicio de la acción publiciana dando preferencia a aquél a quien primero se entregó, y si lo fuera a varios el que de ellos posea.

(23) MIQUEL, *op. cit.*, pág. 238.

(24) PAULUS, *XIV Ad Plautium*.

(25) KOSCHAKER, «Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano», *IVRA*, 4 (1953), pág. 1 y sigs.

(26) El texto de D.6.2.9.4 (*ULPIANUS, Lib. XVI, ad Edictum*) dice así:

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo Digestorum scripsit: ut, siquidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est.

Donde se plantea un supuesto de doble venta al ejercicio de la acción pauliana y ante la alternativa de si a quien, en primer lugar, le han entregado la cosa o de quien la compró, Juliano considera preferente a quién se le entregó la cosa o si hubo diferentes compradores es de mejor condición del que la posee. Solución esta que no es muy diferente de la establecida en el artículo 1.473 del Código Civil español.

Según MIQUEL (27) de este texto tampoco se puede deducir que Plaucio conociera la segunda hipoteca, entre otras razones porque el hipotecante no ha adquirido la propiedad de la cosa hipotecada, aparte de plantearse serias dudas sobre la autenticidad del fragmento (28).

A la vista de tales argumentos, podemos pensar que ni de D.20.4.13 ni de D.20.4.14 puede inferirse la existencia de la segunda hipoteca. Y de todo ello se podría inferir la conclusión de la imposibilidad de afirmar que Plaucio o Paulo conocieran la segunda hipoteca, o en todo caso el primero de los juristas citados.

No obstante, sí que podemos extraer algunas consecuencias: Evidentemente la aparición de la segunda hipoteca habría de ser un proceso gradual, pero el origen podía estar bien en la fórmula *si quid superesset* o fórmula pactada de residuo, recayente sobre el *superfluum*, admitiendo incluso en una evolución posterior que dicha fórmula no se hubiera pactado ni siquiera como pura cláusula de estilo. En apoyo de la construcción formularia estaría el hecho que los juristas romanos sólo desarrollaron sus planteamientos sobre el juego de las acciones y no sobre teorías abstractas, y según ello lo lógico es pensar en un progresivo desarrollo a través de las fórmulas procesales (29).

Por otra parte, la doctrina tradicional y clásica de DERNBURG (30), MANIGK (31) y otros (32), considera que la segunda hipoteca arranca de la afectación al *superfluum* (33), aunque sin embargo D'ORS considera que el origen de la segunda hipoteca debe de situarse en la época clásica entroncada en el negocio jurídico de la subrogación (34).

(27) Según MIQUEL, se trata en realidad de una hipoteca y una prenda. MIQUEL, *op. cit.*, pág. 238, nota 42; pág. 240.

(28) LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, pág. 1194, núm. 8.

(29) Al igual que ocurriera con el interdicto Salvianum, y la posterior fórmula Serviana hasta desembocar en una propia acción real Serviana, *quasi-Serviana* o *hypothecaria*. D'ORS considera que estas consideraciones presentarían dificultades entre otras, cómo una *actio in rem* parte de una *formula in factum*. D'ORS, «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum* [IV. «La acción hipotecaria]», *IVRA*, 20 (1969), págs. 90 y sigs. Aunque ya antes había formulado idénticas ideas en *AHDE* 1959, págs. 722-727.

(30) DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig, 1860-64, pág. 480.

(31) MANIGK, «Pignus», en *PW*, 20 (1941), pág. 1239 y sigs.

(32) WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Basilea, 1955, pág. 255; VAN OVEN, *Leerboek van romanisch Privatrecht*, Leiden, 1948, pág. 181.

(33) MIQUEL, *op. cit.*, pág. 256.

(34) D'ORS considera que el derecho al *superfluum* sólo puede aparecer insinuado en la época post-clásica, precisamente porque el *pignus* se ha desvinculado de la idea patrimonial, engarzándose conceptualmente en una construcción convencional dentro de los actos negociales, retomando la vieja alzada de los juicios de buena fe. D'ORS, «El *IUS OFFERENDI* de Tertius», en *Studi Biondi*, 1 (1965), pág. 218.

A) *La subrogación hipotecaria por acreedor posterior*

Hemos visto cómo la satisfacción del acreedor antecedente posibilitaba la constitución de una nueva hipoteca, lo que era sólo admisible si se podía acudir a la subrogación en el puesto dejado vacante por el acreedor precedente.

En momento posterior, la evolución se va orientando en el sentido de ir concediendo cada vez más derechos a los segundos acreedores, en tanto y en cuanto que los derechos del primer acreedor no sufran menoscabo. Pero a pesar de esta tendencia general de reconocer cada vez más derechos al segundo acreedor —según MANIGK— éstos no llegaron nunca a ser tan amplios que permitieran reconocer un verdadero *ius distrahendi* en favor del segundo acreedor (35). Y según SCHULZ, los juristas romanos nunca consideraron la posibilidad de que el segundo acreedor tuviera derecho a vender la cosa hipotecada (36).

Pero es evidente que para que se produjera la subrogación total por parte de un nuevo acreedor hipotecario sería necesario que prestara su consentimiento el propio deudor ya que, en definitiva, cuando menos es necesario saber a quién o quiénes queda obligado.

El problema está que en las fuentes sólo existen algunos indicios que se refieren a la subrogación del acreedor posterior pero únicamente referentes a la reclamación de la *pecunia oblata* (37). Ello sobre la base que el derecho del acreedor no preferente sigue siendo el *ius offerendi*. Esto es, que de lo que se trata es de una *successio in locum* practicada vía utilización del *ius offerendi* (38).

No obstante consideramos que hay que tener presente algunas particularidades: La *successio in locum* requiere que el segundo acreedor pague al primero pero ofreciéndole su propio dinero. Si bien y por otra parte, toda *successio in locum* para que produzca la liberación de la hipoteca preferente tiene que basarse, o bien en el pago efectuado al acreedor preferente por otro acreedor de rango inferior no preferente (*ius offerendi*), o bien en la subro-

(35) Al menos esta es la opinión de la doctrina salvo algún autor como BOPP, según el cual el segundo acreedor hipotecario tuvo en Roma el ejercicio del *ius distrahendi*. Opinión que influyó en MANIGK, el cual se planteaba la pregunta de si tiene el acreedor posterior derecho a vender la cosa pignorada (*Hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs der Pfandsache?*). MANIGK, «Hypotheca», en *PW* (1913), págs. 343 y sigs.

(36) SCHULZ, *Classical Roma Law*, Oxford, 1951, pág. 423.

(37) Como ocurre en D.20.4.12.8 (*MARCIANUS, lib. Singulari ad formulam hypothecariam*).

(38) Así en el ya comentado D.20.4.12.5 se utiliza el término *superfluum*, con lo cual se introduce una idea que pudiera recordar a la *obligatio hyperochae*, y que la sustitución es limitada precisamente a la cantidad pagada por *Tertius* a *Primus*.

gación resultante de una *conventio hypothecaria* en virtud de la cual el primer acreedor cede su crédito hipotecario al acreedor no preferente; cesión a la cual sería ajeno el deudor hipotecario: Esto representaría una *novatio hypothecaria*.

De cualquier forma, en favor del carácter convencional de la subrogación, hay un argumento más: El de que no se puede obligar al acreedor preferente a aceptar el ofrecimiento del acreedor de rango inferior.

De lo que llevamos expuesto parece abrirse camino la idea de que la segunda hipoteca tiene su desarrollo en la subrogación de los derechos del acreedor preferente por un acreedor posterior. Al menos son numerosos los textos donde aparece la misma idea, la cual podemos encontrar en algunas constituciones recogidas en el Codex, así:

En C.8.14.22 (39):

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus, et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere potest.

Aquí el segundo acreedor en virtud del *ius offerendi* se subroga en la posición del primero, confirmando su propio derecho de tal manera que puede cobrar del deudor el capital y los intereses del mismo, no así los intereses de los intereses.

O en C.8.17(18).1 (40):

Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, quum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit.

En este segundo supuesto se permite al segundo acreedor confirmar su derecho, bien pagando al primer acreedor, o bien —previo ofrecimiento de pago— si éste no consiente en aceptar, consignándolo sin poder destinarlo a usos propios. Y ello independientemente del necesario margen que supone el *superfluum* en favor del segundo acreedor (41).

(39) *Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS ANTIOCHIANO.*

(40) *Imp. SEVERUS et ANTONIUS.*

(41) KASER, *Röm. Privatrecht*, I, Munich, 1955, pág. 391, donde dice: «Doch kann jeder Nachgläubiger dem -Erstgläubiger Erfüllung seiner Forderung anbieten. Er tritt damit -und ebenso bei Annahmeverzug- in seine Stellung ein und erwirbt zwar nicht seine Forderung, aber ein Verkaufsrecht und auch das Recht, sich aus dem Kaufpreis in Höhe und Rang der Erstforderung zu befriedigen».

De esta forma el segundo acreedor realiza en virtud del *ius offerendi*, una *successio in locum*, lo que produce el efecto de una subrogación en el crédito hipotecario primero, tesis que se puede confirmar en otros fragmentos como D.20.5.5.pr —texto de Marciano— (42) que se refiere al supuesto en el cual un segundo acreedor realiza en virtud del *ius offerendi*, una *successio in locum* o en D.20.4.3 pr (43) donde menciona la figura de la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Incluso en D.20.4.12.5 (44) parece dar a entender que si el segundo hiciera uso de dicho *ius offerendi*, éste podría reintegrarse en la cuantía de su crédito.

Esto destruiría la tesis de una segunda hipoteca condicionada a la primera, porque en realidad dicha segunda hipoteca no es que estuviera condicionada a la extinción de la primera, sino que antes del ejercicio del *ius offerendi*, la segunda hipoteca ya estaba existente con anterioridad y tenía virtualidad en el juego crediticio, lo que ocurre es que se convierte en preferente mediante el ejercicio del *ius offerendi*. Este pacto produciría el efecto que la primera hipoteca desaparecería del horizonte crediticio, de manera que no operaría como derecho real de garantía, sino que por efecto de la *novatio* quedaría asumida por el segundo acreedor que hubiera ejercitado el *ius offerendi*. Para

Kaser en dicho pasaje reconoce que no obstante cualquier acreedor posterior (*nachgläubiger*) puede ofrecer al primer acreedor (o acreedor preferente) el cumplimiento de su crédito. De este modo ocupa su lugar —al igual que en el caso de *mora accipiendi* también se produce la subrogación—, y si bien no adquiere su crédito, obtiene su derecho a vender y el derecho de subrogarse en el precio de la venta en la cuantía conforme al rango del crédito preferente o primer crédito (*Erstforderung*).

Según D'ORS, aquí KASER no piensa en un derecho al *superfluum* a favor del segundo acreedor (D'ORS, «El IUS OFFERENDI de...», *op. cit.*, pág. 215, núm. 1).

(42) MARCIANO en D.20.5.5.pr parece considerar la posibilidad que el segundo acreedor puede proceder a la venta de la cosa, si bien ello en razón de haber realizado previamente un ofrecimiento de pago en favor del primer acreedor, y quedando éste satisfecho.

De tal forma que se produce una *successio in locum* por consecuencia de un previo *ius offerendi*. El fragmento dice así:

Quum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

(43) D.20.4.3.pr (PAPINIANUS, *Lib. XI, Responsarum*):

Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventionem secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit; superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

En este texto, aunque PAPINIANO utiliza la locución *pignus*, al considerar que un primer acreedor aceptó en garantía cosas que por nuevo convenio habían sido aceptadas por un segundo, menciona la figura de la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Lo interesante es que aclara que si bien la prelación actúa en favor del acreedor primero, se produce la sucesión en su lugar —*in suum locum succedenti*—. Esta opinión fue después reconocida por MARCIANO, en D.20.4.12.5.

(44) MARCIANUS, *lib. Singulari ad formulam hypothecariam*.

ello era preciso, como requisito previo, que el deudor consienta en constituir una nueva garantía por quedar un resto de valor en la cosa hipotecada, y que el anterior acreedor no pusiera objeciones en contra.

Lo que no es admisible es considerar sin más que la subrogación hipotecaria como efecto del *ius offerendi* es lo que posibilita la segunda hipoteca y que esto es algo propio del derecho post-clásico; por el contrario, es algo que es más bien el producto o resultado de una evolución en la utilización de dicha figura.

B) *El superfluum y la pluralidad hipotecaria*

Volvamos al texto de Gayo recogido en D.20.1.15.2 (45), donde documenta de forma inequívoca el tratamiento del *superfluum*: Recordemos que el tratadista opta por considerar que el valor de toda la cosa entra en la *conventio* tanto si se convino así por la totalidad, como si se convino sólo respecto del excedente de valor.

En realidad, el núcleo central de la interpretación del pasaje no es la ambivalencia de las dos fórmulas: Una de las cuales dispone la constitución sobre el *superfluum*; otra, según la cual la segunda hipoteca recae sobre la totalidad de la cosa, pero que esto sólo será así si queda libre de la primera hipoteca. Lo que se ofrece aquí es la cobertura de la garantía al deudor en los dos supuestos posibles: Tanto si el primer acreedor queda satisfecho, como si no. Esta consideración estilística se trata de una fórmula que es considerada como cláusula de estilo —esto, al menos, es la opinión de DERNBURG—, que considera que el problema que plantea Gayo en el fragmento es tanto la cuestión de la condicionalidad de la segunda hipoteca como la afección de la misma al *superfluum* (46).

Creemos que en principio la segunda hipoteca, sólo podía constituirse sobre la base del planteamiento de que el primer acreedor va a tener la seguridad

(45) El fragmento dice así:

Qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant, praedicere solent, alii nulli ream obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod iuris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo, quod excedit, ut sit hypothecae; et solida res inesse conventioni videtur, quum a primo creditore fuerit liberata. An adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.

(46) Lo confirma la utilización de la fórmula:

...praedicere solent, alii nulli ream obligatam esse, quam... Fórmula según la cual «la cosa no está obligada a ningún otro, salvo...». DERNBURG, *op. cit.*, pág. 481.

de quedar satisfecho (47); para que siendo así, el segundo pueda optar a una plena garantía sobre la totalidad de la cosa. De ahí que no es que se trate de dos fórmulas distintas, sino que la condicionalidad de la segunda hipoteca y la afectación de la misma al *superfluum* pertenecen a una única y misma fórmula.

Por ello creemos que habría que considerar inexacta la afirmación de la doctrina dominante que la segunda hipoteca surge recayendo sobre el *superfluum*. Esto se podría entender así si interpretamos el texto de Gayo en el sentido según el cual la segunda hipoteca recae únicamente sobre la parte referida del valor de la cosa, pero además condicionada a la extinción de los derechos del primer acreedor. Lo que ocurre es que de entenderlo así, podría inducirnos a pensar que es absurdo que la hipoteca del *superfluum* se asimile y amplíe a la totalidad de la cosa cuando en puridad, estamos hablando de una garantía que recaería sobre objetos distintos, o bien sobre el margen del valor resultante del *superfluum*, o bien sobre la totalidad del valor en cambio de la cosa, lo que supone que cuantitativa y valorativamente el objeto hipotecado es en realidad distinto, y de ello resultaría que el texto es ininteligible.

Claro está que ello sólo ocurre en el preciso momento en el que el segundo acreedor en vez de esperar a la liberación de la primera garantía, constituye junto al deudor sucesivamente otra segunda antes de quedar resuelta la primera. Esta afirmación se puede avalar con la opinión de MARCIANO recogida en D.20.5.5.pr, el cual parece considerar la posibilidad que el segundo acreedor puede proceder a la venta de la cosa, si bien ello en razón de haber realizado previamente un ofrecimiento de pago en favor del primer acreedor, y quedando éste satisfecho. De tal forma que se produce una *successio in locum* por consecuencia de un previo *ius offerendi*. Se trata de un argumento similar al exhibido por PAPINIANO en D.20.5.1, que claramente consideraba que el segundo acreedor antes de la satisfacción del primero no tiene derecho a vender la cosa hipotecada. Ahora bien, según MARCIANO, si el primer acreedor queda satisfecho, nada obstaculiza tal venta (48).

(47) Lo que nos permite suponer que si en un momento existía como cláusula de estilo es porque antes de tal utilización —quizá como resultado de la prohibición de estelionato vigente— había de dejar patente que la cosa no estaba hipotecada a ningún otro para así salvar la validez de la segunda hipoteca, y que si se constituía una nueva hipoteca lo era sobre la base de dejar a salvo los derechos del primer acreedor.

(48) Conclusión similar mantiene en D.20.4.12.9 MARCIANUS, *ad formulam hypothecariam*:

Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus libro undecimo Responsorum scripsit; et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori, et loco eius succedat.

Donde trata de un supuesto tercer acreedor el cual, al pagar al primero su deuda, de tal forma que le sucede en su lugar. En este caso el jurista acompaña su opinión con la de Papiniano: El segundo acreedor no tiene ningún otro derecho que pagar al primero y sucederle en su lugar.

La conclusión es, pues, que el segundo acreedor no pudo tener más que los derechos derivados del *ius offerendi* salvo, naturalmente, que se tratara de un acreedor privilegiado (49).

Este sucesivo juego de acciones y excepciones no podrá dejar indefenso al acreedor de rango preferente, ya que el acreedor de rango preferente siempre podría oponer una *exceptio* contra el acreedor posterior que pretendiera ejercitar la acción hipotecaria (50).

De todas formas no hay que perder de vista que las deficiencias de un sistema hipotecario poco elaborado dentro del cual no rige un principio de publicidad registral (51), como el nuestro actual que garantice la certeza de las garantías y en el cual las ejecuciones hipotecarias muy comúnmente se practicaban en el seno de ejecuciones generales, producto sin duda del hecho que los juristas romanos en los casos recogidos y aún en otros (52), sólo desarrollaron sus planteamientos sobre el juego de las acciones y no sobre teorías abstractas, por ello lo lógico es pensar en un progresivo desarrollo de las fórmulas procesales, como ocurriera con el interdicto *Salvianum*, y la posterior fórmula *Serviana* —en tiempos sin edicto propio—, hasta desembocar en una propia acción real *Serviana*, *quasi-Serviana* o *hypothecaria* (53).

(49) La existencia de créditos preferentes a favor del fisco o de otros inmersos en un régimen especial rompería esta afirmación general. Así ocurre con D.49.14.22 donde contempla una hipoteca en favor del fisco, o en C.5.13.1 en favor de la mujer sobre el patrimonio del marido en garantía de la devolución de la dote.

(50) Así lo confirma el propio Marciano en D.20.4.12 pr:

Creditor, qui prior hypothecam accepit sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est; «si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata».

En este fragmento aparece reflejado cómo el acreedor con primera hipoteca, si otro acreedor posterior ejercitara la acción hipotecaria tiene como primero la excepción útil, «si la cosa no se me hubiera obligado antes en prenda o a título de hipoteca».

(51) De ahí la necesidad de la *interpellatio*, la cual, ciertamente, no es un sustitutivo de la publicidad registral sino advertencia de un acreedor al deudor antes de proceder a la venta, con todos los inconvenientes de las comunicaciones privadas.

(52) D.20.4.12 pr (*MARCIANUS, Lib. singulari ad formulam hypothecariam*):

Creditor, qui prior hypothecam accepit sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est...

o en D.44.2.19 (*Marcellus Lib. XIX Digestorum*):

Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit, egit posterior cum priore pignoratitia, et obtinuit, mox ille agere simili actione instituit...

D.20.5.1 (*Papinianus Lib. XXVI Quaestionum*):

Creditor, qui preadia pignori accepit...

(53) D'ORS considera que estas consideraciones presentarían algunas dificultades, entre otras cómo una *actio in rem* parte de una *formula in factum* (D'ORS, «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum* [IV. «La acción hipotecaria]», *IVRA*, 20 (1969), págs. 90 y sigs. Aunque ya antes había formulado idénticas ideas en *AHDE*, 1959, págs. 722-727.

C) *El ius offerendi y la segunda hipoteca*

De lo que llevamos expuesto parece confirmarse la idea de que la segunda hipoteca tiene su raíz en una evolución en virtud de la cual en un primer momento ésta aparece gracias a la sujeción de la hipoteca del segundo acreedor a la previa extinción de la primera hipoteca, siendo necesaria la extinción del derecho del primer acreedor para la efectividad de una segunda hipoteca.

Y en un momento posterior es necesario el acuerdo previo que permitiera la subrogación hipotecaria por el segundo acreedor de manera que la cláusula de afección al *superfluum* podría ser —además de una derivación de una práctica helenística y por ello no propia de un derecho romano clásico— una cláusula que surge como cláusula de estilo, dando por supuesto que la segunda hipoteca existe tanto si la cosa queda libre de la primera —de ahí su extensión a la totalidad de la cosa— como en todo caso sobre el *superfluum* si no fuera así. Esto, que aparentemente supondría la subrogación en los derechos del acreedor preferente o primero del acreedor posterior, posibilitaría el juego simultáneo de la propia constitución de una segunda hipoteca gravitando junto a otra hipoteca anterior sobre el *superfluum* o resto de valor en cambio de la cosa. Es la idea que parecen suponer los textos analizados [C.8.14.22, o C.8.17(18).1.] y aún en otros como D.20.4.12.6.

Pero analicemos ahora el mecanismo del ofrecimiento de pago por el acreedor no preferente que posibilita esta subrogación en los derechos hipotecarios. Para ello de nuevo debemos de recurrir a las fuentes para comprobar este último extremo.

La posibilidad de una *novatio* hipotecaria que sustituya a la anterior garantía de modo que resulte una *successio in locum*, ya era conocida por PAPI-
NIANO, como podemos comprobar en D.20.4.3 pr (54):

Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit; superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

En este texto en el que PAPINIANO utiliza la locución *pignus*, considera que un primer acreedor aceptó en garantía cosas que por nuevo convenio habían sido aceptadas por un segundo, pero menciona la figura de la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Lo interesante es que aclara que si bien la prelación actúa en favor del acreedor primero, se produce la sucesión en su lugar —*in suum locum succedenti*—.

(54) PAPINIANUS, *Lib. XI, Responsarum*.

Evidentemente no podría ser posible la *successio* si antes el primer acreedor no fuera satisfecho. Por ello esta línea de argumentación necesita del *ius offerendi* para que su construcción sea posible. Para ello debemos de poner el fragmento en relación con el texto de MARCIANO de D.20.4.12.5 (55):

Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere; sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea creditit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.

Fragmento donde retoma la idea papiniana, según la cual el acreedor, si se produce una novación posterior por volver a utilizar las mismas cosas para otras garantías permanece en la misma posición de primer acreedor pudiendo vender, llegado el caso, la cosa para retirar el importe correspondiente a su cuantía. Pero en el caso que el segundo acreedor no hiciera uso del ofrecimiento, puede vender el primero para hacerse pago por la primera cantidad entregada y en lo que recibiera de más, lo restituirá al segundo. Pero además parece insinuar que si el segundo hiciera uso del *ius offerendi*, éste podría reintegrarse en la cuantía de su crédito.

Con ello se sugiere la idea de liberación del primer acreedor y la confirmación de los derechos de segundos o ulteriores acreedores por vía de la *novatio*.

En otros fragmentos también se recoge la idea de la subrogación como mecanismo de entrada del segundo acreedor en la confirmación de sus derechos, como ocurre en D.20.4.21 pr (56).

Esto es lo que permite pensar a D'ORS (57) que el origen de la segunda hipoteca debe de situarse en la época clásica entroncado en el negocio jurí-

(55) MARCIANUS, *lib. Singulari ad formulam hypothecariam*.

(56) SCAEVOLA, *lib. XXVII Digestorum*:

Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit; quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Este pasaje es interesante por cuanto que plantea un problema de concurrencia de preferencias entre créditos privilegiados y preferentes fisco-tutela, a igual que en otros textos, como en D.20.3.3, o en el caso recogido en D.20.4.12.8.

(57) D'ORS, «El IUS OFFERENDI de...», *op. cit.*, pág. 218.

dico de subrogación en contra de la tesis tradicional y clásica de DERNBURG (58), MANIGK (59) y otros (60), que consideran que la segunda hipoteca arranca de la afección al *superfluum* (61). En realidad, D'ORS considera que el derecho al *superfluum* sólo puede aparecer insinuado en la época post-clásica precisamente porque el *pignus* se ha desvinculado de la idea patrimonial, engarzándose conceptualmente en una construcción convencional dentro de los actos negociales, retomando la vieja alzada de los juicios de buena fe (62). Quizá sea interesante destacar cómo en el Derecho griego no se planteaban especiales problemas para la configuración de la hipoteca como un gravamen que recayera sobre las *hyperochae* (63) cuando del segundo acreedor se trata (64). Según esta mentalidad (65) no es inconcebible la configuración de una hipoteca que recayera sobre el *superfluum* como modalidad de la cláusula *si superavit* (66).

Así en el ya comentado D.20.4.12.5 (67) se utiliza el término *superfluum* (68), pero D'ORS justifica la imposibilidad del derecho al *superfluum* en la época clásica por la propia limitación procesal de las acciones que se reconocen al acreedor hipotecario (69). El derecho del acreedor no preferente sigue siendo el *ius offerendi*, por ello hemos de considerar que la subrogación del acreedor no preferente para que alcance al pago de la totalidad requiere

(58) DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig, 1860-64, pág. 480.

(59) MANIGK, «Pignus», en *RE*, 20 (1941), pág. 1239 y sigs.

(60) WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts* (3.^a ed.), Basilea, 1955, pág. 255. VAN OVEN, *Leerboek van Romeinsch Privatrecht*, Leiden, 1948, pág. 181.

(61) MIQUEL, *op. cit.*, pág. 256.

(62) Por ello considera que no es posible —y ello es lógico— en el *pignus* una *actio in ius*, ni siquiera una *actio ex fide bona*, sino una nueva configuración procesal similar a una *actio pignoratitia directa utilis*, la cual es reconocida en favor de *Secundus* para reclamar a *Tertius* como subrogado en el lugar de *Primus* en el sobrante de la *pecunia oblata*. D'ORS, «Actio pignoratitia contraria», en *SDHI*, 1953, pág. 179, núm. 10. *Idem*, D'ORS, «El IUS OFFERENDI de...», *op. cit.*, pág. 218, núm. 14.

(63) En D.20.4.20 se alude al término *hyperochae*. Pero debemos de llamar la atención sobre el riesgo de sacar consecuencias precisamente del hecho de ser el único texto del Digesto donde se emplea dicha palabra.

(64) BISCARDI, «Le regime de la pluralité hypothecaire en droit grec et romain», en *JJP*, 19 (1983), pág. 41 y sigs.

(65) En esa línea de pensamiento, BISCARDI considera que una vez constituida la segunda hipoteca sobre la *hyperochae* no es necesaria una nueva *conventio* para conseguir que la cosa garantice por entero a la segunda hipoteca, si bien una vez extinguida la primera. De ahí la idea de que las hipotecas sucesivas están siempre condicionadas a la extinción de las precedentes. BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria...», *op. cit.*, pág. 76.

(66) D.20.4.12.5, D.46.3.96.3, D.22.2.6, D.49.14.22.1, por ejemplo.

(67) MARCIANUS, *lib. Singularem ad formulam hypothecariam*.

(68) *Et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat*.

(69) D'ORS, «El IUS OFFERENDI de...», *op. cit.*, pág. 219.

de una sustitución procesal completa, lo que conllevaría la pérdida del *ius vendendi* por el acreedor subrogante y correlativamente su posibilidad de ejercitarlo por el acreedor subrogado.

De ahí que si llega a la situación de tener que permitir que se venda la cosa pignorada para que sea pagado al primero su dinero, el segundo acreedor que le sigue en el rango no tendría más posibilidad que anticipar el pago al primero y sucederle en su lugar. Subrogación que podría efectuar un tercer acreedor o cualquier otro no preferente.

MARCIANO en D.20.4.12.9 establece esta misma solución al decir:

Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successorum eum —Papinianus libro undecimo Responsorum scripsit—; et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori, et loco eius succedat.

Vemos pues que aquí de lo que se trata es de una *successio in locum* practicada vía utilización del *ius offerendi*: Un tercer acreedor hipotecario autoriza al deudor para vender la cosa como medio de pagar la primera hipoteca al acreedor preferente; lo que ocurre es que el tercer acreedor se subroga en la posición del primero, puesto que se había convenido que pasara a ser primero por el pago realizado al acreedor primero, avanzando en rango y sucediéndole en el lugar del que hasta ese momento era el acreedor preferente.

Aunque tradicionalmente se ha incluido el presente supuesto dentro de los casos de *ius offerendi-successio in locum*, consideramos que hay que tener presente algunas particularidades que lo separan de dichas instituciones:

Por lo pronto, la *successio in locum* requiere que el segundo acreedor pague al primero pero ofreciéndole su propio dinero. Tal cosa no ocurre aquí: El deudor vende la cosa y paga con dinero de la venta y puesto que vende lo que es suyo, no paga ni con dinero del subrogante ni del subrogado.

Por otra parte, este supuesto tradicionalmente se incluía entre los casos de *successio in locum* por préstamo (70), pero observamos que aquí no hay mutuo, ni del acreedor segundo en favor del primero, ni en favor del deudor, puesto que la liberación del deudor respecto a éste no es por la intervención del subrogado sino producto de la venta y consiguiente pago por éste.

Según D'ORS, toda *successio in locum*, para que produzca la liberación de la hipoteca, tiene que basarse, bien en el ofrecimiento de pago efectuado al acreedor preferente por otro acreedor de rango inferior (*ius offerendi*), o bien en la subrogación resultante de un convenio hipotecario efectuado por acree-

(70) D'ORS, «El IUS OFFERENDI de...», *op. cit.*, pág. 220.

dor de posterior rango con otro preferente pero que accede a la prioridad por medio de la *oblatio pecuniae* (71).

Pero tal cosa no ocurre aquí. No hay pago directo ni tampoco se da la subrogación, aunque del fragmento parece inducirse el mismo resultado: *...et loco eius succedat*.

Quizá la explicación esté en considerar que estamos ante una glosa en la cual la desvirtuación se produzca por pensar que los efectos parecidos —que se producen en términos de ejercicio procesal— habían de ser también equivalentes en cuanto a las figuras jurídicas. Pero en realidad no se trata de una verdadera subrogación hipotecaria (72), puesto que si forzáramos la interpretación hasta límites sospechosos —léase la pretendida calificación de «hipoteca de propietario» por la dogmática germánica— (73), el caso de compra del crédito hipotecario por el propio deudor. Aunque quizá antes de hablar de una auténtica «hipoteca de propietario» tendríamos que pensar que el precio del fundo es una cosa, y otra distinta el crédito procedente de una deuda anterior y que estaba garantizado mediante hipoteca sobre el fundo (74).

De todas formas no hay que perder de vista las deficiencias de un sistema hipotecario poco elaborado dentro del cual no rige un principio de publicidad registral y donde deja al acuerdo deudor-acredor la publicidad de la existencia de vínculos hipotecarios anteriores que recaigan sobre la cosa. Ello impone que todo deudor que quiera destinar una cosa, ya previamente

(71) Como ocurre en D.20.4.12.8 (*MARCIANUS, lib. Singularem ad formulam hypothecariam*).

(72) D'ORS, *op. cit.*, pág. 220, núm. 21.

(73) La llamada «hipoteca de propietario» o *Eigentümerhypothek*, conforme al artículo 1.163 del BGB, se puede entender de dos formas. O bien la que inicialmente se crea o constituye e inscribe a nombre del dueño de la cosa hipotecada o bien aquella que, inscrita al principio a favor de un tercero queda, al ser pagado éste a disposición del dueño de la finca... En este último caso, vemos cómo difiere diametralmente del caso presente aparte de la imposibilidad manifiesta de encajar un tipo similar entre la hipoteca romana. CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario 2*, Madrid, 1989, págs. 1457 y sigs.

(74) En las fuentes hay un caso de compra de cosa hipotecada al deudor por el propio acreedor hipotecario preferente que se recoge en D.20.4.17:

Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, catenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

Texto en el cual se contempla la compra efectuada por un acreedor a un deudor de un predio obligado en favor del mismo acreedor, considerando Paulo que ha de ser amparado pero sólo en cuanto a la parte del precio que llegó a poder del primer acreedor, con lo cual se daría la circunstancia de ser el acreedor dueño de la cosa por compra y acreedor por la parte del precio que cubra la garantía a su favor. De tal forma que el comprador se convierte en propietario y expuesto a la acción hipotecaria de otro acreedor preferente si lo hubiera, pero que en tal caso el juez deduciría lo pagado por el nuevo propietario. Para ello es preciso considerarlo desde el punto de vista del ejercicio judicial de su defensa (*tuendum est*) y no de una auténtica subrogación hipotecaria.

hipotecada a la constitución de una nueva garantía, debe de realizar la advertencia correspondiente de la existencia del vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada (75). Un acreedor difícilmente podía instar a la venta de la cosa —sea hipotecada o no— si antes no acredita que el deudor ha incurrido en *mora*. Y que no siempre las intenciones de un primer acreedor trascienden al resto de los acreedores hipotecarios debido sobre todo a las propias deficiencias del sistema en sí. Y ello a pesar de que el mero hecho de ocultar hipotecas anteriores hiciera incurrir al deudor en responsabilidad.

Un acreedor preferente lo que intentaría es ejercitar su *ius vendendi* para reintegrarse de su derecho de crédito —perjudique o no al deudor o al resto de los acreedores—. Estos, ante el posible abuso de dicho acreedor preferente, podrían intentar retrasar la venta para obtener un precio más alto, o en todo caso evitar que el acreedor impaciente dé al traste con las expectativas de los demás implicados. Para ello precisamente pueden utilizar el mecanismo del *ius offerendi* mediante el cual la segunda hipoteca no es que esté condicionada a la extinción de la primera, sino que en realidad a través del *ius offerendi* (76), la segunda hipoteca ya existente se convierte en preferente mediante dicho ejercicio. Tal vez sea éste el sentido de la expresión *confirmare pignus* (77) que utilizan diversos pasajes en el sentido de aludir a una convalidación por adquisición subsiguiente de la disponibilidad de la cosa hipotecada (78).

(75) De ahí la necesidad de la *interpellatio* la cual, ciertamente, no es un sustitutivo de la publicidad registral sino advertencia de un acreedor al deudor antes de proceder a la venta, con todos los inconvenientes de las comunicaciones privadas, lo que parece dejar al acuerdo deudor-nuevo acreedor la publicidad de la existencia de vínculos hipotecarios anteriores que recaigan sobre la cosa. De ahí que todo deudor que quiera destinar una cosa ya previamente hipotecada a la constitución de una nueva garantía, debe de realizar la advertencia correspondiente de la existencia del vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada.

(76) De ahí que D'ORS llega a decir que «el *ius offerendi* es el contenido actual de la segunda hipoteca», justificándola como una *regula* que trata de evitar fraudes en perjuicio de acreedores no preferentes. Baste para ello pensar en una venta anticipada por el acreedor preferente con el acuerdo del deudor, en la que ambos pueden involucrar en un descalabro patrimonial a los acreedores secundarios. D'ORS, «El IUS OFFERENDI de...», *op. cit.*, pág. 222.

(77) Sobre los diferentes matices de la expresión *confirmare pignus*, véase C.8.17.1, C.8.17.5 y D.49.15.12.12. En la doctrina, WINDSCHEID (*Pandekten*, I..., *op. cit.*, pág. 704), en el sentido de aludir a una convalidación por adquisición subsiguiente de la disponibilidad de la cosa hipotecada. Asimismo, TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, pág. 218.

(78) Tanto del Digesto (D.49.15.12.12), como del Codex (así en C.8.17.1, C.8.17.5 y C.8.13.22).

I.c. CONCLUSIONES

¿Qué conclusiones podemos sacar de lo dicho hasta ahora?

1. Por una parte, la idea claramente contrastada de que la segunda hipoteca nace por vía de la sujeción de la hipoteca del segundo acreedor a la previa extinción de la primera hipoteca. Es decir, que en principio era necesario la extinción del derecho del primer acreedor para la efectividad de una segunda hipoteca.

2. En un momento posterior es necesario el acuerdo previo que permita la subrogación hipotecaria por el segundo acreedor, de manera que la cláusula de afección al *superfluum* podría ser —además de una derivación de una práctica helenística y por ello no propia de un derecho romano clásico— una cláusula que surge como cláusula de estilo, dando por supuesto que la segunda hipoteca existe tanto si la cosa queda libre de la primera —de ahí su extensión a la totalidad de la cosa— como en todo caso sobre el *superfluum* si no fuera así.

3. Finalmente el *ius offerendi*, como derecho reconocido al segundo acreedor, es el medio que permite llevar a cabo una subrogación en los derechos del acreedor primero y la convalidación de sus derechos como nuevo acreedor preferente.

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Profesor Asociado de Derecho Romano

La aportación social en uso

SUMARIO: INTRODUCCION.—**Primera parte: CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO.**—1. LA APORTACION SOCIAL. TITULO DE LA APORTACION. 2. LA APORTACION *QUOAD USUM*.—3. PRESUNCION FAVORABLE A LA APORTACION EN PROPIEDAD CUANDO NO CONSTA EL TITULO.—4. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE APORTACION EN USO: 4.1. CONCEPTO DE USO. 4.2. CONCEPTO DE APORTACION EN USO: 4.2.1. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» usufructo.* 4.2.2. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» arrendamiento:* 4.2.2.1. Sentencias que han declarado la existencia de traspaso antes de la LAU de 1994: 4.2.2.1.1. Con anterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964. 4.2.2.1.2. Con posterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964. 4.2.2.2. Sentencias que han declarado la existencia de cesión en uso antes de la LAU de 1994. 4.2.2.3. ¿Quid con posterioridad a la LAU de 1994? 4.2.3. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «de» derechos arrendaticios.* 4.2.4. *La aportación «en» uso es distinta del subarriendo a favor de la sociedad.* 4.2.5. *La aportación «en» uso es distinta del arrendamiento a favor de la sociedad.*—5. APORTACION EN USO Y APORTACIONES FIDUCIARIA, INDIRECTA, SIMULADA Y DISIMULADA.—6. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO: 6.1. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO DE COSA NO CONSUMIBLE. 6.2. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO DE COSA CONSUMIBLE.—7. CARACTERES DEL DERECHO APORTADO: 7.1. CARÁCTER PERSONAL DEL DERECHO APORTADO. CONSECUENCIAS: 7.1.1. *El acto de aportar en uso, acto constitutivo y de administración.* 7.1.2. *Inoponibilidad a terceros, salvo posible inscripción registral:* 7.1.2.1. Cuando se trata de inmuebles. 7.1.2.2. Cuando se trata de otros bienes registrables. 7.2. CARÁCTER TEMPORAL DEL DERECHO APORTADO.—8. BIENES APORTABLES EN USO: 8.1. EL DINERO. 8.2. LOS CRÉDITOS. 8.3. LA APORTACION EN USO DE COSA ARRENDADA. **Segunda parte: REGIMEN DE LA APORTACION EN USO.**—1. REQUISITOS DE LA APORTACION EN USO Y ADECUACION AL FIN SOCIAL.—2. OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE RELATIVAS A LA APORTACION *QUOAD USUM*: 2.1. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACION DE COSA NO CONSUMIBLE: 2.1.1. *La obligación de entregar la cosa.* 2.1.2. *La obligación de mantener en el uso y goce de la cosa aportada.* 2.1.3. *La obligación de reparar.* 2.1.4. *La obligación de saneamiento.* 2.2. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACION DE COSA CONSUMIBLE: 2.2.1. *La obligación de entregar la cosa.* 2.2.2. *La obligación de saneamiento.*—3. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD RELATIVAS A LA APOR-

TACION. LA OBLIGACION DE RESTITUCION.—4. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA NO CONSUMIBLE: 4.1. INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE: 4.1.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, no imputable (la pérdida fortuita)*. 4.1.2. *Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, no imputable*. 4.2. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE: 4.2.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, imputable*. 4.2.2. *Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, imputable*.—5. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA CONSUMIBLE.—6. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA: 6.1. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA, CUANDO ES NO CONSUMIBLE. 6.2. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA, CUANDO ES CONSUMIBLE.—7. LA IMPUTACION DEL RIESGO: 7.1. CUANDO EL RIESGO ES DEL SOCIO. 7.2. CUANDO EL RIESGO ES DE LA SOCIEDAD.—8. LA RESTITUCION DE LOS BIENES DADOS EN USO: 8.1. EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN. 8.2. EL MOMENTO DE LA RESTITUCIÓN: 8.2.1. *Cuando el término de la aportación coincide con el de la sociedad*. 8.2.2. *Cuando el término de la aportación no coincide con el de la sociedad*.

La aportación social en uso (o *quoad usum*) es una forma de aportación contemplada por el Código Civil para la sociedad civil (arts. 1.687 y 1.701 del Código Civil), aunque admitida, también, para la sociedad mercantil capitalista (arts. 36.2 LSA y 18 LSRL). Sin embargo, su regulación es extremadamente parca, por lo que es preciso construir (principalmente por el recurso a la analogía) su sistema, y apenas es conocida por la doctrina. Por lo que toca a la doctrina civilista, porque apenas muestra interés por la sociedad civil, y por lo que respecta a la mercantilista, porque su preocupación se ha centrado en las novedades del Derecho de sociedades.

Sin embargo, es un tipo de aportación que tiene gran atractivo. En particular, tiene el atractivo, respecto a la aportación en propiedad, de que el socio tiene la seguridad de recuperar un día (previamente conocido) su aportación, libre de toda carga; mientras que la restitución del bien aportado en propiedad está sometida a muy diversa suerte. Así, para el propietario que quiera invertir un bien sin asumir el riesgo de perderlo, la aportación en uso a una sociedad puede ser más interesante que el arrendamiento a esa sociedad (figura con la que guarda gran parecido), porque aquella aportación es fuente de derechos sociales y confiere al propietario la cualidad de socio. Por otro lado, si la aportación se hace a una sociedad de capital, se une al atractivo de la responsabilidad limitada, el de la recuperación *in natura* de los bienes aportados. Más no se puede pedir.

Sobre todo es un tipo de aportación interesante para las sociedades de profesionales, porque, con una aportación en uso de bienes de uso profesional (locales, instrumental, equipos, etc.), el profesional se asegura la continuación individual de su profesión, una vez disuelta la sociedad. De hecho, en Francia, la aportación en uso [*apport en jouissance*] es mencionada expresamente

en los decretos de aplicación de la Ley número 66-879, de 29 de noviembre de 1966, que regula este tipo de sociedades.

Sobre esta aportación, todos son interrogantes. Cuestiones como la de la integración de la aportación en uso en el patrimonio social, o la de la naturaleza de lo aportado (¿se trata de un derecho real o de un derecho personal?); o la de la atribución definitiva de la condición de socio al aportante, cuando resulta que la cesión en uso es siempre temporal; o la de los bienes susceptibles de este tipo de aportación; o la de las consecuencias de su incumplimiento; o, en fin, la de los riesgos o la de los derechos del socio en la liquidación, que sólo pueden ser resueltas, después de haber configurado jurídicamente la institución, deslindándola de otras figuras, y calificando al derecho aportado de personal, y, por tanto, de temporal, cuyo régimen debe obtenerse de una adecuada aplicación de las reglas del arrendamiento (en la aportación de cosa no consumible) y del mutuo (en la aportación de cosa consumible), siempre y cuando la diferente causa de cada uno y los principios del Derecho de sociedades no lo impida.

INTRODUCCION

La aportación social *quoad usum* es una forma de aportación contemplada por el Código Civil para la sociedad civil, aunque admitida, también, para la sociedad mercantil (1). Se trata de una figura venerable, reconocida por el Derecho antiguo, acogida por los redactores del Código Civil francés (2) y, a través de él, por los del nuestro. Pero, también, de una figura parcamente regulada, poco empleada en la práctica y apenas conocida por la doctrina (3). Por lo que toca a la doctrina civilista, porque apenas muestra interés por la sociedad civil, y por lo que respecta a la mercantilista, porque su preocupación se ha centrado en las novedades del Derecho de sociedades.

(1) En principio, el régimen de la sociedad civil es el régimen básico de la sociedad general, y la disciplina de aquélla es de aplicación subsidiaria a cualquier tipo de sociedad mercantil (salvo que, por motivos estructurales del tipo concreto que sea, algún aspecto del régimen general no le sea aplicable). Cfr. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (ed.), Madrid, 1993, t. II, págs. 1301 y sigs.

(2) En el Código Civil francés, en su redacción originaria, la aportación en uso (*apport en jouissance*) aparecía en el artículo 1.837 (relativo a la sociedad universal de bienes), en el 1.851 (referente al riesgo de la cosa aportada) y en el 1.867 (relativo a la disolución de la sociedad); tras la reforma realizada por la Ley de 4 de enero de 1978, se recoge en el artículo 1.843.3.º

(3) Con relación al Derecho español, no existe ningún estudio específico y apenas se hace una ligera mención en los tratados; sólo en los diversos comentarios al Código Civil se puede encontrar una mención más extensa, pero, en cualquier caso, breve a esta clase de aportación. Con relación al Derecho francés (fundamentalmente, de sociedades

Hemos afirmado que se trata de una figura que pocas veces aparece en la práctica. Digamos ahora, con más precisión, que aparece pocas veces directamente pactada en el contrato de sociedad, pero muchas, implícitamente querida por los socios cuando la sociedad está desprovista de personalidad jurídica. Lo decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ en una de las raras referencias que, a esta aportación, pueden encontrarse:

«Las aportaciones a una sociedad, si por un lado son verdaderas enajenaciones cuando la misma tiene personalidad jurídica distinta de la de los socios, se hallan afectadas, de otro, por la continuidad del contacto con el antiguo dueño, hasta el punto de que, en muchas ocasiones, no se sabe si éste ha querido desprenderse de cuotas ideales a favor de sus compañeros o solamente hacer comunes el uso y los frutos de las cosas aportadas» (4).

Se ignora todo sobre su funcionamiento, y por doquier se suscitan interrogantes. Cuestiones como la de la integración de la aportación en uso en el patrimonio social; o la de la naturaleza de lo aportado (¿se trata de un derecho real o de un derecho personal?); o la de la atribución definitiva de la condición de socio al aportante, cuando resulta que la cesión en uso es siempre temporal, o, en fin, la de los riesgos o la de los derechos del socio en la liquidación.

A todos estos problemas de orden teórico habría que añadir otro de orden práctico, que es el de la dificultad técnica de la valoración del uso y del goce (5). Pero ni aquéllos ni éste constituyen cuestiones insolubles. Frente a ellos debería pesar esta otra consideración: que, en el contexto económico actual parece un lujo prescindir de un medio de contribución al fin societario

mercantiles): HAUTCOEUR, R., *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés (Apports en jouissance, Apport en travail)*, Thèse pour le doctorat, Lille, 1928; BULTE, H., «Actes soumis à publicité: Acte de société contenant un apport en jouissance d'immeuble», *Jurisclasser périodique (édition notariale)* (1969), IV, 4666; CAUDRON, J., «Droit comptable et apport en société de la nue-propiété d'un bien, de son usufruit, de sa jouissance, ou d'une industrie», *Revue de droit comptable* (1991), núm. 1, págs. 19 y sigs.; HOUPIIN, C., «De l'apport de jouissance ou de nue propriété à une société par actions ou à responsabilité limitée contre l'attribution d'actions ou de parts de capital», *Journal des sociétés* (1931), 129; MORIN, G., «Groupeent agricole d'exploitation en commun. Apport en propriété et apport en jouissance d'un bail rural. Comparaison», *Répertoire du Notariat Defrénois* (1979), artículo 31.903; REGNAUT-MOUTIER, CORINNE, *La notion d'apport en jouissance*, Paris, 1995; SCHWAB, P., «Quelques considérations sur l'apport en jouissance dans les sociétés de capitaux (à l'occasion de l'arrêt de la Cour d'Aix 31 mai 1951)», *L'informatrice du chef d'entreprise* (1952), 154.

(4) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO, «Cosas fungibles», en *Estudios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1948, pág. 205.

(5) Sobre la valoración de la aportación en uso, se tratará en un próximo artículo.

común y, por ende, a la financiación de la sociedad; medio que el legislador ha puesto al alcance de ésta, y que es la aportación *quoad usum* (6); medio que puede resultar especialmente atractivo para determinadas sociedades, como las de profesionales (de hecho, en Francia, la aportación en uso [*apport en jouissance*] es mencionada expresamente en los decretos de aplicación de la Ley número 66-879, de 29 de noviembre de 1966, que regula este tipo de sociedades) (7).

En particular, la aportación *quoad usum* tiene el atractivo, respecto a la aportación en propiedad, de que el socio tiene la seguridad de recuperar un día (previamente conocido) su aportación, libre de toda carga; mientras que la restitución del bien aportado en propiedad está sometida a muy diversa suerte, sea porque el bien aportado ha servido para pagar a los acreedores, sea porque la sociedad ha dispuesto del bien en algún momento de la vida social, sea porque lo ha perdido. Así, para el propietario que quiera invertir un bien sin asumir el riesgo de perderlo, la aportación en uso a una sociedad puede ser más interesante que el arrendamiento a esa sociedad, porque aquella aportación es fuente de derechos sociales y confiere al propietario la cualidad de socio. Y si la aportación se hace a una sociedad de capital, se une al atractivo de la responsabilidad limitada, el de la recuperación *in natura* de los bienes aportados.

Pero, a pesar de tanta ventaja, hay que reconocer la escasa frecuencia de esta clase de aportación. Tal vez, la explicación a esta paradoja esté precisamente, como dice REGNAUT-MOUTIER, en su atractivo, que hace sospechar a los prácticos que una situación tan favorable deba esconder algo ilícito (8).

Que la aportación sea en uso y no en propiedad, repercute decisivamente en la vida de la sociedad y en las relaciones del socio con ésta, como veremos más adelante, la obligación de aportar no se extingue con la entrega de la cosa sino que permanece en el tiempo. Y repercute en aspectos concretos como es el de los riesgos y el de la pérdida de la cosa aportada, así como

(6) Como ha señalado Regnaud-Moutier: «Quand on sait l'importance économique des apports, qui constituent ou devraient constituer le moyen de financement privilégié de la société pour exercer ou au moins démarrer son activité, et l'importance juridique de ces apports, sans lesquels une société ne saurait exister, on en peut admettre que la pratique se prive d'un outil juridique que la loi met à sa disposition pour la seule raison qu'elle n'a pas les moyens de maîtriser cet outil.» (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 5).

(7) Sobre esta regulación, vid. TERRE, F., «Les sociétés civiles professionnelles», en *Jurisclasseur périodique* (1967), I, 2103.

(8) «C'est qu'en effet la situation apparaît si favorable que l'on a pu se demander si elle n'avait pas pour résultat d'exonérer l'apporteur de toute participation aux pertes et être ainsi entachée d'illicéité, la question s'étant surtout posée à l'égard de l'apport en jouissance de choses fongibles» (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 75).

en el de la restitución de los bienes dados en uso. También tiene consecuencias respecto al derecho a la denuncia libre o *ad nutum*, que los socios tienen en las sociedades de duración indefinida, y que no tienen, por contra, en las de duración limitada (9); porque la duración limitada de la sociedad se puede deducir no sólo del pacto social y de la naturaleza del negocio (es el caso de las sociedades ocasionales), y del objeto social (explotación de un derecho que caduca [patente, concesión, etc.] o alcanzar un resultado determinado), sino también del título de la aportación; y ese es el caso de las sociedades con aportación de un socio en uso por tiempo determinado, cuando el bien aportado sea esencial para el cumplimiento del objeto social.

Primera parte

CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO

1. LA APORTACION SOCIAL. TITULO DE LA APORTACION

La aportación es la prestación prometida por el socio en el contrato de sociedad; es la obligación fundamental que tiene éste, derivada del contrato: es, pues, el *objeto del contrato* de sociedad (10). A su vez, la aportación está al servicio del *objeto de la sociedad*: «la esencia de la aportación —dice GARRIGUES— consiste en ser medio para conseguir el fin común» (11), por eso «es aportación todo lo que sea adecuado como medio de obtención de una ganancia (cosas, dinero, mercancías, derechos de propiedad industrial o intelectual, una empresa entera, servicios personales, conocimientos técnicos, etc.)» (12). La idea de utilidad económica, de susceptibilidad para la

(9) El desistimiento de un socio es la causa de disolución número 4.º del artículo 1.700, que los artículos 1.705 a 1.707 desarrollan, y que, una vez que se realiza, abre el período liquidatorio (aunque si se ha previsto la continuación, lo que se producirá es la separación y la liquidación parcial). Se distinguen dos clases de denuncia: la ordinaria, que es la regulada en los artículos 1.705 y 1.706, y la extraordinaria, que es la regulada en el artículo 1.707. Tanto una como otra denuncia es un derecho potestativo que corresponde a todos los socios; derecho que se ejerce por medio de una declaración de voluntad recepticia: para la ordinaria lo dice el artículo 1.705: «debe ponerse en conocimiento de los otros socios», pero lo mismo ha de decirse para la extraordinaria del artículo 1.707.

(10) El objeto de la sociedad es, en último extremo, el fin común perseguido, y de modo más inmediato, la actividad; mientras que la aportación es el objeto del contrato, o sea, el objeto al que se refieren los artículos 1.261 y 1.271 del Código Civil.

(11) «Con ánimo de partir [...] las ganancias», dice el artículo 1.665 del Código Civil; «para obtener el lucro», afirma el artículo 116 del Código de Comercio.

(12) GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, 7.ª ed., t. I, Madrid, 1976, págs. 333 y 334. Simonetto, sobre la base del artículo 2.247 del *Codice Civile*, que se refiere genéricamente a «bienes y servicios» como objeto de aportación, dice que puede

obtención de beneficios en el marco del fin social, como veremos, tiene diversas consecuencias.

Decimos que la obligación de aportar es la obligación que tiene el socio, encaminada a la obtención del fin social, pero también es cierto que no es la única obligación del socio referida a ese objeto. La obligación de aportar es parte de una obligación más amplia (que tienen todos los socios), que es la de contribuir a la consecución del fin común (la comunidad de contribución), y que engloba la obligación específica de hacer aportación, junto con otras obligaciones, como son las de colaborar en los gastos de conservación de las cosas comunes, la de sufragar las pérdidas, la de administrar y las diversas consecuencias que se derivan del deber de fidelidad (13).

Cuando se quiere hablar del título de la aportación, hay que tener en cuenta que se puede hacer en dos sentidos. En sentido estricto, en el cual el título (o causa) de la aportación es el contrato de sociedad (14), y en sentido amplio (que es el que empleamos aquí), en el cual el título es el «concepto» en el que se hace la aportación: es decir, el «conjunto de facultades y poderes que son puestos a disposición de la sociedad por el socio aportante sobre los bienes objeto de la aportación del mismo, ya que cabe establecer una gradación que vaya desde un máximo, representado por la transferencia definitiva a la sociedad de los bienes aportados, hasta un mínimo, representado por la comunicación exclusivamente de escasas facultades de uso de dichos bienes» (15).

Siguiendo la terminología clásica, el título con el que el socio hace su aportación puede ser: *quoad dominium*, *quoad usum*, *quoad sortem*, *quoad dominium et quoad sortem* y *quoad usum et quoad sortem* (16).

Aunque suponga adelantar conceptos, la aportación *quoad dominium* es la que hace el socio a título de propiedad, con transmisión del dominio; pero también la que hace de cualquier otro derecho, siempre que sea con transmi-

aportarse a la sociedad todo lo que sea idóneo para satisfacer el interés social (SIMONETTO, ERNESTO, «L'apporto nel contratto di società», en *Rivista di Diritto Civile*, IV [1958], pág. 11). También afirma que el contenido de la aportación puede ser cualquier prestación propia de un contrato de cambio» (*ibid.*, pág. 51).

(13) Para PAZ-ARES, la obligación esencial es la genérica, pero no la de hacer aportación. Así, para él, hay sociedad cuando hay compromiso de contribuir al fin común, aunque no haya aportación (lo que denomina participación a costa de los demás); sin embargo, si hubiera aportación con desentendimiento de los deberes genéricos, no habría sociedad sino donación (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1412).

(14) CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, al cuidado de Manuel Albaladejo, t. XXI, vol. 1, Madrid, 1986, pág. 236. Simonetto entiende por aportación social «qualsivoglia prestazione effettuata appunto a titolo di conferimento "in società"» (SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, cit., pág. 11).

(15) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 236.

(16) GIRÓN TENA, JOSÉ, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 217 y 218; PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1415.

sión de su titularidad plena. La aportación *quoad usum* es la aportación sólo del uso de la cosa, con lo que el socio conserva el derecho a recuperar la misma cosa aportada. La aportación *quoad sortem*, en cambio, es mucho más difícil de definir.

Actualmente, para una posición doctrinal, el título *quoad sortem* viene a dar explicación a la cuestión de los riesgos (17). El título *quoad sortem* no es, para ella, un título autónomo sino una variedad de cualquiera de los otros dos; aunque, más bien, del *quoad dominium*, porque lo normal es que las aportaciones *quoad dominium* sean a la vez *quoad sortem*, y porque no es habitual que las aportaciones *quoad usum* sean al mismo tiempo *quoad sortem*. La aportación, a la vez, *quoad dominium et quoad sortem* es la aportación a título de propiedad, con transmisión del dominio, pero sin reserva de la devolución de la cosa aportada a la terminación de la sociedad (por lo que su cuota de liquidación relativa a la devolución del capital no sufre alteraciones, aunque las cosas aportadas sí las hayan sufrido y el riesgo es de la sociedad. Por el contrario, la aportación sólo *quoad dominium* sería una aportación en propiedad pero con reserva de la devolución de la cosa aportada a la terminación de la sociedad (con lo que el socio sufriría las alteraciones de valor sobrevenidas, incluida la pérdida y la enajenación [el riesgo es entonces del socio]). La aportación *quoad usum et quoad sortem* sería la aportación con transmisión del uso y del derecho de disposición sobre la cosa, por lo que el socio tendría derecho al valor de las cosas aportadas, con independencia de las alteraciones de valor sobrevenidas, conservando, por tanto, la misma cuota de liquidación relativa al capital: el riesgo sería, así, de la sociedad. En la aportación sólo *quoad usum* (18), el socio cede el uso y tiene derecho a recuperar *in natura* el objeto de su aportación, padeciendo las alteraciones sobrevenidas (incluso, la pérdida, pero no la enajenación, que en este caso no puede darse): el riesgo vuelve a ser del socio, pero con menor alcance que en la *quoad dominium*, ya que no corre el riesgo de la enajenación.

Para otra posición científica sería menester prescindir, hoy, del título *quoad sortem* y, desde luego, evitar combinarlo con los otros dos existentes (19). No obstante, afirma que la aportación *quoad sortem* se asemeja mucho a la aportación en propiedad, aunque propiamente consista en una aportación a título fiduciario: es decir, en la transmisión de la titularidad real con conservación de la titularidad formal. En virtud de este título, el bien o derecho pasa a integrar (en las relaciones internas de los socios) el patrimonio social, aunque externamente siga a nombre del socio, soportando, el riesgo, la sociedad.

(17) Así, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 241.

(18) De cosa no consumible.

(19) Así, PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1416. Es sintomático que la doctrina francesa, en absoluto, emplee esta categoría.

2. LA APORTACION *QUOAD USUM*

En el Código Civil no hay un precepto que establezca con claridad los diversos títulos en que puede hacerse la aportación; ni ninguno que defina lo que es aportación en uso; aunque esta clase de aportación está presente en tres artículos del Código: el 1.675, el 1.687 y el 1.701 (20). El primero se refiere a la aportación del «usufructo» en la sociedad universal de ganancias, aunque más bien debería decir del «uso». El segundo es relativo al riesgo de «cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos». Y el tercero versa sobre la disolución de la sociedad por pérdida de la cosa aportada, cuando, «reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce la misma».

También podría pensarse, a primera vista, que el artículo 1.678 del Código Civil, que menciona a la «sociedad particular» que tiene por objeto el uso de cosas determinadas o sus frutos, se refiere a una sociedad en la que la aportación se ha hecho a título de uso, y así lo ha entendido alguna sentencia (21). Pero este precepto se refiere a las sociedades para el uso y disfrute de una cosa, que son sociedades que rompen el módulo general de la sociedad (podría decirse que son una «anomalía» del sistema), al no perseguir el lucro, sino tener por finalidad el uso y disfrute de una cosa, pero que están admitidas —como se ve— por nuestra legislación civil. Siendo así que, porque la sociedad sea de uso y disfrute, no se prejuzga sobre el título de aportación que hayan hecho los socios, pudiendo ser en propiedad o en uso, aunque lo habitual es que la aportación sea con atribución a la sociedad de la propiedad de los bienes. Son sociedades, además, en las que no hay actividad común; sociedades de mera reglamentación. A las sociedades de uso y disfrute pertenecen las sociedades para la construcción o adquisición y uso de artefactos al servicio de sus respectivas explotaciones o industrias; y las sociedades para el uso de cosas comunes en las urbanizaciones privadas, como piscinas, centros de recreo, admitidas por la praxis notarial y registral (22).

(20) La aportación en propiedad tampoco está expresamente contemplada, pero el Código Civil la presupone en diversos artículos: 1.673, 1.674 y 1.681 del Código Civil.

(21) La STS de 3 de diciembre de 1959 cita, entre los preceptos que supuestamente se refieren a la aportación en uso, a este artículo 1.678.

(22) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1402. Sin embargo, dice que no son sociedades de uso y disfrute las siguientes:

— Las sociedades de mera tenencia, pues, en el caso de que no sean ilícitas por no encubrir un fraude, son sociedades de tenencia y administración: es decir, con la finalidad de racionalizar la administración de un patrimonio (vid. art. 12.2 de la Ley 48/85, de 27 de diciembre).

— Las sociedades de cartera, que pueden ser sociedades civiles pero no de uso y disfrute, porque el fin es la rentabilización por cuenta propia (por cuenta ajena son las

Por lo que respecta al Código de Comercio, el silencio es absoluto sobre la aportación *quoad usum*, pues guarda incluso un silencio general sobre el título de la aportación (23).

Así las cosas, los problemas que se plantean al intérprete son innumerables. Y, entre todos ellos, el más acuciante es el relativo al contenido del derecho aportado; cuestión sin cuya solución es imposible dar un concepto de la aportación en uso. La primera cuestión, pues, es saber en qué consiste esta clase de aportación; dicho de otra manera, saber qué es lo que recibe la sociedad con una aportación en uso o goce: el tipo de derecho que adquiere (real o personal) y, por tanto, cómo queda integrado el patrimonio societario. Para ello contamos únicamente con las escuetas palabras del artículo 1.687, que habla de que «son comunes el uso y los frutos», y con las del 1.701 que habla de «reserva de propiedad», por un lado, y de «transferencia del uso o goce», por otro, contraponiendo aportación en propiedad (párrafo 3.º) a aportación en uso (párrafo 2.º).

En una primera aproximación, podemos decir que aportación en uso, por contraposición a aportación en dominio, no supone transferencia completa y definitiva del mismo derecho que tiene el aportante: por ejemplo, del derecho de propiedad.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 1.681 del Código Civil hace pesar sobre el aportante en propiedad la misma obligación de garantía que sobre el vendedor. De ahí se puede inducir no sólo que la operación de aportar *quoad dominium* es semejante a la operación de vender, sino que los

sociedades gestoras de cartera) de ciertos activos: inmuebles para su arrendamiento, obligaciones para obtener intereses, acciones para dividendos, etc., y deben distinguirse de las sociedades de inversión colectiva.

— Los clubes de inversión, que, según PAZ-ARES, aunque se configuren como comunidades son sociedades.

— Y las sociedades *holding* o sociedades de tenencia de participaciones en otra sociedad (PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1402).

(23) La legislación especial sí contiene referencias, como luego veremos, a la aportación en uso: respecto a la sociedad anónima, el artículo 6.2 de su Ley especial, y el artículo 133.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Con relación a la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 190.1 del mencionado Reglamento, que remite al artículo 133. Respecto a las cooperativas, no existe una referencia concreta, pero el artículo 72.3 de la Ley General de Cooperativas (Ley 3/1987, de 2 de abril), con cierto carácter excepcional —pues prevé como supuesto ordinario el de la aportación dineraria—, dice de las aportaciones que, «si lo prevén los Estatutos o lo acordase la Asamblea general, también podrán consistir en bienes y derechos». Ahí se incluye la aportación en propiedad, que es la «aportación en bienes» a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 72.3, pero también las de los párrafos siguientes (aportación de un derecho de crédito, aportación de una empresa o establecimiento), y se ha de incluir también, la aportación en uso ya que la amplia expresión del mencionado precepto, que habla de «bienes y derechos», indudablemente lo permite.

objetos susceptibles de venta también lo son de aportación en uso; y objeto de venta no es sólo el derecho de propiedad sino cualquier otro derecho transmisible (24). Por eso, aportación en propiedad ha de equivaler a aportación de una titularidad sobre el derecho de esa, más que a aportación del derecho de propiedad.

Pues bien, si la aportación en propiedad supone la enajenación de una titularidad, la aportación en uso no puede consistir en la enajenación de ninguna titularidad, de ningún derecho ni de ningún contrato. Por eso, la aportación de un derecho de usufructo (ya sea el que se tiene, ya sea el que se constituye *ad hoc*), sería una aportación en propiedad (25), e igualmente la aportación de un arrendamiento o de otro contrato. La aportación en uso o goce no es, pues, aportación de un derecho real o de crédito que tiene el aportante y del que se desprende, sino aportación de facultades de uso o goce de ese derecho que se tiene y que se conserva. En la aportación *quoad usum* se ceden sólo las facultades de uso del derecho que se tiene, sin ceder ese derecho. Es decir, que previa la titularidad por el aportante de un derecho que incluye la facultad de uso, éste atribuye, no el mismo derecho (pues eso sería aportación en propiedad, sucesión en el mismo derecho), sino esa facultad de uso. O sea, que si se tiene el usufructo, se trata de atribuir el derecho de uso sin desprenderse del usufructo; y si se tiene el arrendamiento, se trata de ceder el uso que constituye el contenido del arrendamiento, pero no el mismo arrendamiento.

No se transmite el título que se tiene, pero ¿se constituye un nuevo derecho con la facultad de uso? Sí. Ahora bien, ese nuevo derecho que se ha creado (y que se integra en el patrimonio de la sociedad si es externa) tiene como causa un contrato de sociedad, que es un título distinto a los otros que conceden un derecho al uso: arrendamiento o comodato (26).

(24) Pueden ser objeto de venta las cosas y los derechos, tanto los reales como los de crédito; y, entre los reales, tanto los que tienen por objeto un bien material, mueble o inmueble, como un bien inmaterial; y entre los de crédito, tanto los que son relativos a cosas, como a servicios; salvo que, en cualquiera de los casos, el derecho sea intransmisible o indisponible con independencia de otro derecho o cosa al que esté vinculado por una relación de accesoriedad. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho Civil, II (Derecho de obligaciones)*, vol. 2.º, 8.ª ed., Barcelona, 1989, págs. 17 y 18.

(25) Y lo mismo puede decirse de la enfiteusis, que también encierra en sí el uso y el goce.

(26) No obstante, algunos autores opinan lo contrario. Para Lacruz ello constituiría una aportación en uso, pues ella puede hacerse «por cualquier título que autorice a la sociedad el empleo de la cosa aportada, el goce de la fructífera, etc.» (LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 407).

3. PRESUNCION FAVORABLE A LA APORTACION EN PROPIEDAD CUANDO NO CONSTA EL TITULO

En la duda sobre si la aportación que hizo el socio fue en propiedad o fue en uso —duda que surge cuando la sociedad ha nacido tácitamente o *per facta concludentia*, y los extremos del pacto social no son explícitos—, ¿qué ha de entenderse? ¿Que la aportación fue hecha en propiedad? ¿Que lo fue en uso? En el Derecho común, la presunción era favorable al uso, siendo de Baldo aquellas palabras: «*potius in dubio intelligitur in societate positus usus quam res*». Porque en el Derecho Civil tradicional se consideraba, por ser menos gravoso, que, en caso de duda, la aportación había sido hecha en uso.

Dice CAPILLA que esta solución era la adecuada a la sociedad *pecunia-opera*, es decir, a la sociedad en la que un socio aportaba su trabajo (industria), mientras que el otro aportaba bienes (27). La solución miraba a beneficiar (o a no perjudicar) al socio capitalista que, de esta manera, aseguraba recibir, a la disolución de la sociedad, los mismos bienes que había aportado, sin tener que compartir nada con el socio industrial. Pero nuestro Código Civil prefirió solucionar esta cuestión, negando al socio industrial, en general (es decir, con independencia del título de aportación del socio capitalista), toda participación en el capital para concedérsela, tan sólo, en los beneficios (art. 1.708 del Código Civil) —lo que supone no otorgar valor patrimonial alguno al trabajo—, sin establecer presunción alguna.

Sin embargo, en Derecho Mercantil, la antigua presunción favorable a la aportación en uso se fue invirtiendo en función de «la mayor separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios, y a la conveniencia de proporcionar mayor garantía a los acreedores sociales»; puesto que, considerando que los bienes aportados están integrados plenamente en el patrimonio de la sociedad, ellos serán los primeros en responder frente a los acreedores sociales (28). Y por este último motivo (favorecer el interés de los acreedores), existe, entre los mercantilistas, la *communis opinio* favorable a la presunción del título de propiedad (29). Y esta presunción figuró ya en el Código de Comercio italiano de 1882, en su artículo 82.

Actualmente, aunque el Código de Comercio español guarda silencio, en la legislación especial mercantil aparece la presunción a favor de la apor-

(27) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 239.

(28) CAPILLA RONCERO, *ibid.*, pág. 240; pág. 51.

(29) VIVANTE, CESARE, *Instituciones de Derecho Comercial*, Madrid, 1928, pág. 110; BOLAFIO, *Derecho Mercantil*, trad. esp., Madrid, 1953, pág. 67; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, t. 1, vol. 1, pág. 443, núm. 46.

tación en propiedad. Así, respecto a las sociedades anónimas, el 36.2 de su ley reguladora dice que «toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo»; y, respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 18 de su ley especial establece también esa misma presunción relativa a la aportación en propiedad.

En nuestro Código Civil no existe, como hemos dicho, una presunción favorable a la aportación en uso ni en propiedad, porque ni siquiera hay un precepto que establezca netamente la distinción (30). Para PAZ-ARES, en cambio, del segundo párrafo del artículo 1.687 se desprende la presunción de que cuando no consta el título de la aportación de las cosas fungibles, de las deteriorables, de las aportadas para ser vendidas o de las tasadas, la aportación ha de entenderse hecha a título de propiedad (31). Una, la de los bienes valorados en el contrato, porque «el legislador supone que la valoración es *venditionis causa* y no *taxationis causa*; y las demás (cosas consumibles, deteriorables, bienes destinados a la venta), por tener carácter de patrimonio circulante. Razón, esta última, por la que la presunción debería extenderse también a otros derechos con vocación circulatoria tales como los créditos, efectos, títulos, valores, etc. (32). Por otro lado, ve una presunción favorable a la aportación *quoad usum* en el artículo 1.676, porque, «en la medida en que es una concreción de la regla general establecida en el artículo 1.289 para los negocios gratuitos, podrá aplicarse cuando estemos en presencia de negocios mixtos de donación y sociedad» (33).

Sin embargo, con independencia de las sociedades mercantiles, que cuentan con una presunción legal explícita, no debe predominar ninguna presunción. Esa es la opinión de CAPILLA y de la mayor parte de la doctrina (34). Para este autor, resulta «poco adecuado formular criterios generales de preferencia por cualquiera de los títulos de aportación desechando pretendidos apoyos en preceptos [arts. 1.676 y 1.687] que propiamente no se encaminan a regular tal cuestión»; por lo que estima que «ante cada caso concreto habrá de procederse

(30) Tampoco, el Código de Comercio.

(31) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1430. Vid. *infra* «el riesgo en la aportación». En este sentido, propicio a la presunción de aportación en propiedad, se pronunció el Tribunal Supremo con anterioridad al Código Civil en las sentencias de 12 de julio de 1883 y de 23 de febrero de 1884, al entender que, en la duda, debía estimarse que se había transmitido la titularidad del derecho (propiedad u otro derecho) y no sólo el uso de una cosa.

(32) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1417.

(33) *Ibid.*, pág. 1416.

(34) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 240; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente*, XXV-1.º, Madrid, 1933, pág. 396; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., págs. 218-219.

a realizar la oportuna actividad interpretadora de la voluntad de las partes, acudiendo a los medios de integración del contrato que, con carácter general, se prescriben en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil». Se trata, pues, de elevarse hasta la voluntad real de los socios, en vez de hasta la voluntad presunta; aunque, *in extremis*, o sea, «cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos» 1.281 a 1.288, y por aplicación de la regla del artículo 1.289, relativa a los contratos onerosos (la causa onerosa es más próxima a la causa del contrato de sociedad que la causa lucrativa) (35), se estará en favor de la mayor reciprocidad de intereses, o sea, de la mayor transmisión de derechos; en definitiva, de la aportación en propiedad. Pero sólo en ese supuesto extremo.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente también parece inclinarse por examinar cada caso (36). Así, para la sentencia de 17 de febrero de 1978:

«cuando los interesados no hayan expresado claramente su voluntad sobre el particular [corresponde determinar] en cada caso, a falta de reglas fijas en la materia, a los Tribunales, según su prudente apreciación, habiendo de interpretar la voluntad de las partes con arreglo a las normas de la interpretación de los contratos teniendo en cuenta además aquellas circunstancias de hecho que acompañen al contrato y puedan explicar el fin perseguido, pudiendo proporcionar un criterio seguro, el tipo de sociedad, la clase de bienes en que consistan las aportaciones, los valores respectivos de éstas y el sistema de distribución de ganancias y pérdidas» (37).

Y la sentencia de 27 de enero de 1995 dice que no pudo haber aportación en propiedad, y que la hecha lo fue en uso, porque el aportante no era propietario del bien, sino su padre, aunque hiciera la aportación con el consentimiento de éste; si bien reconoce que, «en nuestra legislación civil no existe precepto alguno que imponga al socio aportante la obligación previa de ser propietario».

(35) Para la doctrina francesa, incluso, la aportación en sociedad es un acto esencialmente a título oneroso, pues, a cambio del bien aportado, se reciben derechos sociales (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 56, y los que cita). También la doctrina española, con relación a la sociedad capitalista, afirma que las acciones se dan «a cambio» de la aportación.

(36) Vid. también la STS de 3 de diciembre de 1959.

(37) En el mismo sentido se había pronunciado la STS de 8 de diciembre de 1959 y se manifestó después la STS de 2 de diciembre de 1989.

4. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE APORTACION EN USO

4.1. CONCEPTO DE USO

El término «uso» es muy vago en la terminología jurídica (38): puede ser desde un derecho real (el derecho de uso de los arts. 523 y siguientes del Código Civil) a una facultad; y esa facultad se puede tener en virtud de un derecho real o de un derecho personal (39). Por otro lado, el contenido del uso que se tiene o que se recibe puede ser diverso, según el derecho: en unos casos, comporta el estricto *usus* (40), y, en otros, además, el *fructus* (41). O según el carácter, fructífero o no, del objeto cedido o de la voluntad de las partes (42).

Evidentemente, en cada caso concreto de aportación en uso habrá que estar al contenido que las partes (los socios) hayan querido dar, pero, si no han sido explícitas en este punto, el «uso» ha de tomarse en el sentido más amplio, porque es el que propicia el artículo 1.687 con su expresión de que son comunes el uso y los frutos, y el artículo 1.701, en el que el uso se equipara al goce. Con otras palabras, que la aportación en uso, en principio, lo único que excluye es la facultad de disposición sobre el objeto de la aportación.

Decimos «en principio» porque la exclusión de la facultad de disponer no se da en todo supuesto de aportación en uso; sí se da en la aportación de cosa cierta y determinada (cosa no consumible), pero no en la de cosa consumible, porque su uso comporta necesariamente la *dispositio* (43). De ello trataremos más adelante.

(38) Y, además, en nuestro caso, en el artículo 1.675 se habla erróneamente de «usufructo».

(39) Las posibilidades de tener el uso en virtud de un derecho personal no se agotan con el arrendamiento y el comodato. Así, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Secc. 4.ª), de 14 de abril de 1998, se trataba de la cesión del «uso y a perpetuidad de un local destinado a bar-cafetería [...], pudiendo cederlo, arrendarlo, traspasarlo y efectuar cuantos contratos estime oportunos de cara a su explotación como tal [pero no] enajenarlo ni gravarlo [siendo tal derecho] transmisible tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*», a cambio de una compensación, fue calificado por el Juzgado de derecho real de uso, regulado en los artículos 523 y siguientes del Código Civil, si bien modificado por el título constitutivo, siendo nula la cláusula que lo hacía perpetuo por ser contraria al carácter personalísimo del derecho de uso. Pero la Audiencia lo calificó de derecho personal, aunque dijo que no podía ser transmisible *mortis causa*, dada esa naturaleza, cuando lo cierto es que, por ser personal, lo que no podía ser es perpetuo, pero sí transmisible *mortis causa*, lo mismo que *inter vivos*.

(40) Así, en el comodato (art. 1.741 del Código Civil).

(41) Así, por ejemplo, en el derecho real de uso, se contiene la posibilidad de percibir frutos (art. 524 del Código Civil).

(42) Así, en el arrendamiento (vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II, 2.º, cit., pág. 170).

(43) Vid. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., págs. 31 y sigs.

Por ahora, podemos afirmar que lo característico de esta clase de aportación es que el socio «se reserva para sí algunas facultades, que no son objeto de adscripción al patrimonio social»; y también, que «por no implicar plena transferencia de la titularidad de lo aportado en beneficio de la sociedad, normalmente el socio conserva el derecho de recuperar la cosa a la finalización de la sociedad, *in natura*» (44) (esto, igualmente, con la salvedad de las cosas consumibles).

Hemos dicho que la aportación en uso es aportación de las facultades de uso y goce que tiene el socio aportante como titular de un derecho que las comprende, sin ceder ese mismo derecho. Esto puede estar claro respecto a los derechos reales (propiedad, usufructo, servidumbre, etc.), pero no tanto respecto a los derechos personales.

Cabría pensar que quien tiene una posición contractual que le permite usar de una cosa ajena, que no pueda ceder a un tercero el uso sin ceder el contrato. La cuestión se plantea especialmente respecto al arrendamiento, pero también respecto a otros contratos como el *leasing*. Precisamente, respecto a este contrato atípico, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en un caso de aportación en uso hecha a una sociedad anónima (45). El supuesto es el siguiente:

Don José G. C., que tenía contratado con «Lico, Central de Leasing, S.A.» el arrendamiento financiero de una furgoneta mixta, marca Peugeot, y con la empresa «Fiat Leasing, S.A.», el arrendamiento financiero de un autobús IVECO, en la constitución de la sociedad «Unión Bus, S.A.», que fue escriturada el 28 de enero de 1989, aportó el uso de los referidos vehículos, siendo utilizados desde entonces por la referida sociedad en la explotación del negocio que constituía su objeto social.

El pleito que enfrentó al socio con la sociedad tuvo su origen en el incumplimiento del pacto incorporado al contrato social por el cual la sociedad asumía, frente al socio, el compromiso de pago de los plazos financieros relativos al *leasing* de los vehículos aportados, pero sin que ello supusiera novación alguna del contrato de *leasing*, pues ninguna de las dos referidas compañías financieras consintieron el mencionado pacto. El Juzgado de Pri-

(44) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 238. Y añade, desde su concepción del título *quoad sortem*: «Mas esta cualidad ha de ser tomada en consideración para calificar este tipo de aportaciones como excluidas de la categoría de las *quoad sortem*. Es, además, imaginable algún caso de aportación en uso que además sea *quoad sortem*, y el propio legislador se hace eco de ello en el artículo 1.687» (*ibid.*, pág. 238).

(45) STS de 7 de febrero de 1995.

mera Instancia condenó a la sociedad al abono de los dichos plazos financieros, y ésta recurrió en casación la sentencia de la Audiencia confirmatoria de la anterior, atacando la propia existencia de la aportación «toda vez que don José G. C. no era propietario de los vehículos». Pues bien, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, y dijo:

«La problemática que se plantea en cuanto a la eficacia de la aportación de los automóviles de referencia, en el régimen que les afectaba de *leasing*, a la constitución de la sociedad recurrente, como aportaciones no dinerarias de bienes y que autoriza el artículo 1.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable, de 17 de julio de 1951, se ha de resolver en el sentido de resultar procedente y conforme a lo pactado entre los socios, con inclusión de la obligación asumida de pago de los plazos financieros por la recurrente, pues no se llevó a cabo transferencia alguna de la propiedad de los vehículos y así no consta en la escritura social, sino únicamente de su utilización y aprovechamiento comercial que correspondía a don José G. C., el que los tenía a su disposición para su explotación por haberse hecho cargo de los mismos en razón a los arriendos financieros que había concertado.

La escritura de constitución de la sociedad no presentó trabas para su inscripción en el Registro Mercantil. La necesidad de indicar el título o concepto por el que se verificó la aportación de los automóviles y que exige el artículo citado 1.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, encuentra explicación en que la misma se verificó a título de uso y no de dominio, conformando pacto lícito y condición especial que autoriza el número 5.º de dicho precepto y que el artículo 36.2.º de la Ley actual, de 22 de diciembre de 1989, resuelve al reforzar tal interpretación, pues dispone que “toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo”».

La aportación del uso que se tiene en virtud de un contrato (en este caso de *leasing*) es, pues, perfectamente posible, sin necesidad de aportar el contrato.

4.2. CONCEPTO DE APORTACIÓN EN USO

Para mejor delimitar el concepto de aportación en uso, conviene señalar sus diferencias con otras especies de aportación o contribución a la promoción social, o de situaciones jurídicas a las que fácilmente podría ser asimilada o con las que guarda cierta semejanza. Nos referimos, fundamentalmente, a la

aportación de usufructo y a la aportación de arrendamiento y de derechos arrendaticios (lo que es diverso, a su vez, de las operaciones de arrendamiento y de subarriendo a favor de la sociedad). La distinción, no obstante, podría establecerse también con otras clases de aportación societaria (46).

4.2.1. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» usufructo*

Con la aportación de usufructo, el socio transfiere a la sociedad, de modo definitivo, un derecho de usufructo que tiene (47) o que constituye al efecto. Por ello, esta clase de aportación es semejante a la aportación de la propiedad y divergente a la aportación en uso (48); es decir, que bien sea porque, siendo propietario, el socio constituya un usufructo a favor de la sociedad, bien sea porque, siendo usufructuario, transfiera (en caso de que pueda) el usufructo a la sociedad, lo que realiza es una aportación *quoad dominium*, ya que existe transmisión de la titularidad de un derecho (49). Y esa divergencia se manifiesta en sus reglas.

(46) Garrigues menciona la aportación a título de préstamo mutuo, por la que «la sociedad adquiere la propiedad de la cosa, pero el socio tiene derecho a que le sea restituida la misma cosa o su valor» (GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., t. I, pág. 279). Tal aportación, sin embargo, en nada se diferencia de la aportación en uso de cosa consumible, de la que trataremos más adelante, como ya hemos dicho.

Otra clase de aportación con la que se puede establecer parangón es la aportación de industria. La aportación en uso y la aportación de industria coinciden en ser obligaciones de tracto continuo y temporales (en este sentido: MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil* comentado, t. XXV, cit., pág. 395). Sobre las relaciones entre estas dos clases de aportación, vid. HAUTCOEUR, R., *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés. Apports en jouissance – Apport en travail*, cit., Lille, 1928. Las coincidencias han llevado a algún autor a afirmar, incluso, que la aportación de industria era una variedad de la aportación en uso (así, M. VION, citado por REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 10). Pero, como resulta evidente, la diferencia es sustancial: el distinto objeto. La aportación en uso es una prestación *in natura*, la prestación de un objeto, mientras que la aportación de industria es una prestación de actividad.

Además, ese carácter continuo de la aportación en uso no es idéntico al de la aportación de industria, pues en aquella surge tras haberse realizado la entrega o puesta a disposición de la cosa aportada, que tiene carácter instantáneo, mientras que en ésta ese carácter preside absolutamente toda la aportación (sobre este punto, vid. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 48 y sigs.).

(47) Siempre que el derecho sea transmisible.

(48) Algunos autores han asimilado la aportación en uso al usufructo. Es el caso, en la doctrina francesa, de Juglart e Ippolito (JUGLART e IPPOLITO, *Droit commercial*, vol. 2, Paris, 1970, núm. 380). En la española: LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, tomo 3, Madrid, 2001, pág. 386.

(49) En este sentido: GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., t. I, pág. 279; LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO, «Aportaciones sociales. Artículos 36 a 41 de la LSA», en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, al cuidado de

Las reglas del usufructo son distintas a las de la aportación en uso en un punto tan esencial como el caso de pérdida de la cosa no consumible posterior a la entrega. En el usufructo se reparten los riesgos entre el nudo propietario y el usufructuario, pues cada uno los soporta sobre el derecho del que es titular. Si la cosa sobre la que recae el usufructo peca sin culpa, el usufructo se extingue (art. 513.5.º del Código Civil): el usufructuario pierde su derecho sobre la cosa y el nudo propietario pierde su derecho a la restitución de la misma, pues deviene imposible. Ahora bien, si el usufructo ha sido constituido a título oneroso, desde que el nudo propietario ha cumplido su obligación principal, es decir, desde que ha transferido el derecho real de disfrute, conserva la contraprestación recibida del usufructuario, a pesar de la pérdida del bien. Trasladado esto a la aportación en sociedad (en la que el socio recibe «a cambio» de su aportación la condición de socio), la regla significaría que los derechos sociales atribuidos al aportante en virtud de su aportación en uso deberían ser conservados aunque la cosa hubiere desaparecido (lo que implica, además, que la sociedad no debería disolverse). Sin embargo, las reglas establecidas por el artículo 1.687 del Código Civil, que hacen pesar el riesgo de la pérdida de la cosa cierta y determinada, no fungible, sobre el socio aportante en uso, y por el artículo 1.701, párrafo 2.º, que decide la consiguiente disolución de la sociedad, contradicen esa solución (50).

Puestas en parangón la aportación de usufructo y la aportación *quoad usum* por algún autor, la primera ha sido admitida como aportación societaria, por su carácter inmediato (la obligación del aportante es de tracto único), y la segunda rechazada, por todo lo contrario (el aportante tiene una obligación de tracto continuo) (51). Pero esa posición es tan extrema como negar el arrendamiento porque existe la venta. Además, y como dice LOJENDIO, no parece que sea peor la posición de una sociedad titular de un derecho de uso que la de una sociedad que adquiere un derecho de usufructo (52). En este caso, la sociedad soporta el riesgo de la pérdida de la cosa respecto al uso (el socio, con relación a la nuda propiedad); mientras que, en el caso de una aportación de uso, el riesgo es del socio. Por otro lado, el nudo propietario no tiene obligación de hacer reparaciones, salvo las extraordinarias (art. 501

Rodrigo Uría et al., Madrid, 1994, t. III, vol. 3.º, pág. 52; GARRIGUES, JOAQUÍN, «Teoría general de las sociedades mercantiles», en *RDM* (1975), pág. 216; GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, 3.ª ed., al cuidado de Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Madrid, 1976, pág. 356; CÁMARA, t. I, pág. 41; CAPILLA RÓNCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 237.

(50) Para Derecho francés, vid., en este punto: REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 33.

(51) En este sentido, BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1984, págs. 314-315.

(52) LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 56.

del Código Civil), mientras que el socio, como se verá, tiene la misma obligación de reparar que el arrendador. Además, en el caso de que el usufructo que tenga la sociedad no proceda de constitución *ad hoc*, sino de transmisión del que tenía el socio aportante, la posición de la sociedad será muy débil, pues su derecho sobre el bien dependerá del derecho que tuviera el aportante (53), y se terminará por las causas de extinción del usufructo originario: muerte del usufructuario aportante, término, etc. Por eso, LOJENDIO dice que, en este caso, «el resultado es que la sociedad adquiere un bien de valor aleatorio» (54).

4.2.2. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» arrendamiento*

También, la denominada aportación de arrendamiento, es una aportación *quoad dominium* de la posición contractual de arrendatario: con tal aportación el socio pierde la titularidad arrendaticia y la adquiere la sociedad (55). Es un supuesto de cesión de contrato (traspaso, si se trata de local de negocio), muy distinto de la cesión en uso, en la que el socio aportante no pierde «todo» el derecho que tenía, sino, tan solo, y temporalmente, las facultades de uso y goce de la cosa. La aportación de arrendamiento no es sino un caso concreto del supuesto más general, no previsto específicamente en nuestro Derecho, a diferencia del portugués (56), de la aportación de contrato a la sociedad.

La aportación de arrendamiento tiene un régimen especial: ella misma no consiste en una pura cesión de facultades, sino en una transferencia de todo el contenido de la posición de arrendatario que tiene el aportante, y que incluye derechos y obligaciones (57); requiere el concurso del arrendador (salvo, actualmente, en el arrendamiento urbano, en caso de que el arrendatario ejerza en el inmueble una actividad empresarial o profesional, que sólo

(53) La sociedad no puede adquirir más derecho del que tuviera el aportante. Ciertamente, esto ocurrirá también en la aportación en uso cuando el socio es arrendatario.

(54) Y añade: «Aunque el usufructo se pueda valorar de acuerdo con el cálculo de probabilidades que suministra la ciencia actuarial, la sociedad soporta el riesgo de una extinción del usufructo anterior a la calculada o puede beneficiarse de un disfrute más prolongado. En el segundo caso no hay problema, pero en el primero se vería afectada la debida integración patrimonial de la sociedad» (LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., págs. 56 y 57, citando a DE LA CÁMARA, t. I., pág. 407).

(55) El arrendamiento es susceptible de aportación social porque tiene, en sí mismo, valor patrimonial (la denominada propiedad comercial), aportación que se libera de inmediato (LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., págs. 53 y 54).

(56) Vid., *infra* artículo 984 del Código Civil portugués.

(57) Sobre la naturaleza jurídica de esta cesión, vid. LÓPEZ JACOISTE, J. JAVIER, *El arrendamiento como aportación social*, Pamplona, 1955, págs. 114 y sigs.

precisa la notificación: arts. 32.1 y 4 LAU de 1994); el aportante se desentendiende del arrendamiento porque su obligación es de tracto único; y el arrendador, en caso de arrendamiento inmobiliario urbano para uso distinto del de vivienda, tiene derecho a una elevación de la renta del 20 por 100 (art. 32.2 LAU de 1994).

Pero salvo —como decimos— el caso mencionado del arrendamiento de inmueble urbano para uso distinto de vivienda, y siempre que se ejerza en él una actividad empresarial o profesional, en todos los demás arrendamientos se requiere el consentimiento del arrendador para la cesión del arrendamiento: así, si se trata de una vivienda o de un local en el que todavía el arrendatario no ha ejercido una actividad empresarial o profesional (58), o de cualquier otro bien no sometido a la legislación arrendaticia urbana (59).

Por el contrario, el arrendatario puede hacer una pura cesión en uso y, por tanto, atribuir temporalmente el uso y goce de la cosa a la sociedad, sin contar con el concurso del arrendador, conservando su cualidad de arrendatario y de obligado frente al arrendador del pago de la renta. Esta clase de aportación está expresamente prevista en el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que dice: «quedan autorizados sin necesidad de consentimiento del arrendador: *f*) La aportación del uso y disfrute de la tierra a las entidades a que se refiere el apartado *b*) del artículo 15»: esto es, a las cooperativas agrarias, a las sociedades agrarias de transformación u otras formas de asociación de agricultores. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ante supuestos de esta índole (singularmente, en supuestos arrendaticios urbanos), en lugar de reconocer la existencia de aportación social *quoad usum* de la cosa arrendada, ha solido declarar la existencia de cesión del arrendamiento a la sociedad (60); y entonces, al faltar la concurrencia del arrendador (que para la cesión en uso no hace falta), ha considerado que la cesión era incontestada y que procedía el desahucio. Aunque no siempre.

(58) «El contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador» (art. 8.1 LAU de 1994).

(59) En la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 83/1980) se declara nula la cesión (sin consentimiento previo del arrendador) (art. 70).

(60) También hay autores que identifican toda aportación realizada por el arrendatario a una sociedad como cesión. Así, dice Domínguez Luelmo: «el arrendatario obtiene la consideración de socio mediante esta aportación, pero la operación económica realizada sólo puede ser considerada como cesión» (DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, «Artículo 32. Cesión de contrato y subarriendo», en AA.VV., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1994, pág. 419, núm. 56).

4.2.2.1. Sentencias que han declarado la existencia de traspaso antes de la LAU de 1994

4.2.2.1.1. Con anterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964

En la legislación arrendaticia urbana especial, anterior a la ley de 1964, se admitía el traspaso en términos parecidos a los de dicha ley (61); es decir, sin precisar del consentimiento del arrendador, pero con la exigencia de la notificación (además de otros requisitos). Estos requisitos no eran exigidos en el supuesto de aportación del arrendamiento a una sociedad constituida por los hermanos, que previamente habían sucedido a su padre en el arrendamiento del local, ni en el de aportación a una cooperativa (62). Por su parte, la cesión de vivienda necesitaba siempre del consentimiento del arrendador (63). Y las cesiones de local o de vivienda, hechas sin cumplir estas exigencias, facultaban al arrendador para pedir la resolución del contrato (64).

Ahora bien, respecto a la aportación en uso del inmueble arrendado por el arrendatario a la sociedad, sentencias como la de 20 de enero de 1948 calificaron ese supuesto como traspaso y dieron lugar al desahucio:

«La aportación del arrendamiento a una sociedad de personalidad distinta de la natural del arrendatario y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio contraria a lo pactado y causa de resolución del contrato, tanto en la anterior legislación como en la nueva, si en esa cesión no concurren los requisitos que la identifiquen con el traspaso autorizado por una y otra legislación».

La sentencia de 29 de enero de 1948 declaró, igualmente, en un caso de aportación de local arrendado a una sociedad, la existencia de traspaso incontestado, a pesar de aceptar la inexistencia de precio, pues consideró suficiente que se hubiera «acreditado que sin ella [sin la aprobación del arrendador] se cedió la explotación del local por la arrendataria a esa tercera persona que es la sociedad».

La sentencia de 20 de octubre de 1952 fue tajante al declarar que:

«esta Sala viene enseñando con reiteración que la constitución de una sociedad por el inquilino con terceras personas, consistiendo su establecimiento en el local que como arrendatario ocupa e intro-

(61) Vid. artículos 29 y sigs. de la LAU, de 13 de abril de 1956.

(62) Artículo 31 LAU de 1956.

(63) Artículo 25 LAU de 1956.

(64) Artículo 25 LAU de 1956.

duciendo por este medio en él una nueva personalidad distinta de aquél para ejercer de hecho la misma industria en el local arrendado es, en realidad, una cesión o transmisión del derecho arrendaticio, que no puede hacerse [...] sin consentimiento del arrendador, produciendo esta conducta la resolución del contrato».

Y, en parecidos términos, se expresó la sentencia de 30 de marzo de 1953 (65):

«La aportación del arrendamiento a una sociedad de personalidad distinta de la natural del arrendatario, y que ha constituido a ésta en el goce y uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio y era causa de la resolución del contrato en la legislación de alquileres anterior a la LAU, como lo es en ésta, cuando en tal cesión no han concurrido los requisitos exigidos para su validez en una y otra legislaciones».

4.2.2.1.2. Con posterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964

Los artículos 29 y siguientes de la LAU de 1964 permitían, al igual que el artículo 32 de la vigente LAU, hacer cesión de local de negocio sin contar con el consentimiento del arrendador, pero requerían también de la notificación al arrendador (66) (además de otros requisitos [art. 32 LAU de 1964]), y no sólo con la finalidad —idéntica a la actual— de permitir al arrendador la elevación de la renta, sino porque el arrendador tenía, en aquella ley, un derecho de adquisición preferente (tanteo o retracto [arts. 35 y 36 LAU de 1964]). Por otra parte, respecto a los arrendamientos de viviendas, la cesión necesitaba siempre del consentimiento del arrendador (cfr. arts. 23, 26 y 27 LAU de 1964). Pues bien, en caso de faltar aquella notificación o este consentimiento, el arrendador podía instar la resolución del contrato (art. 114.5.^a LAU de 1964).

Esas eran las circunstancias y las exigencias de una aportación societaria del arrendamiento (67), pero no, como sabemos, las circunstancias de una

(65) También declararon acto de traspaso la aportación del derecho de arrendamiento por un socio a la sociedad las SSTS de 30 de octubre de 1951, de 3 de julio de 1952, de 4 de diciembre de 1954, de 21 de diciembre de 1954, de 18 de noviembre de 1963.

(66) Otra cosa era que se hubiera facultado al arrendatario para hacer el traspaso sin sujetarse a los requisitos de la LAU de 1964: vid. SSTS de 9 de diciembre de 1992, 8 de octubre de 1993, 20 de junio de 1994.

(67) Salvo el caso de aportación a una sociedad constituida por los hermanos, que previamente han sucedido a su padre en el arrendamiento de local (ex. art. 60.1 LAU de 1964), o de aportación a una cooperativa, o de aportación a una sociedad «por ministerio de la ley» (art. 31 LAU de 1964).

mera aportación en uso del inmueble arrendado. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantuvo su jurisprudencia anterior (68).

4.2.2.2. Sentencias que han declarado la existencia de cesión en uso antes de la LAU de 1994

A pesar de esa jurisprudencia, en otros casos, el Tribunal Supremo ha considerado de uso y no de arrendamiento (cesión del contrato a la sociedad: traspaso) la aportación del local arrendado por el socio aportante (69). En la sentencia de 23 de marzo de 1993, el Alto Tribunal dijo que, al tratarse de una sociedad sin personalidad jurídica, no hubo necesidad de observar las formalidades necesarias para la cesión o transmisión del derecho arrendaticio; o sea, que hubo aportación en uso, pero no traspaso.

4.2.2.3. ¿*Quid* con posterioridad a la LAU de 1994?

Actualmente, cabe confiar en que el Tribunal Supremo modifique su doctrina mayoritaria de considerar cesión incontestada la aportación de local, por el arrendatario, a la sociedad. Existe un dato que debería propiciar ese cambio: antes de que la LAU de 1964 fuera reformada en su artículo 31.4 por el artículo 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, que establecía que «no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido» (lo que ha pasado al art. 32.3 LAU de 1994), toda transformación de una sociedad en otra era causa de resolución, si no contaba con el consentimiento del arrendador, porque se consideraba traspaso. Pues bien, si en supuestos de verdadera subrogación en la posición de arrendatario se elude la calificación de cesión («no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria», dice el art. 32.3 LAU de 1994), con más razón no debería considerar cesión de arrendamiento, el Tribunal Supremo, la simple aportación *quoad usum* del local arrendado cuando el socio aportante sigue manteniendo su posición de arrendatario y conservando sus obligaciones, especialmente la de pago de renta.

(68) SSTs de 31 de enero de 1968, 31 de enero de 1972, 16 de mayo de 1974, 29 de mayo de 1974.

(69) Casos de las STS de 16 de octubre de 1978 (R. 3076) y de 31 de mayo de 1993 (R. 4059).

4.2.3. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «de» derechos arrendaticios*

La cesión de derechos arrendaticios, como ya puso de relieve DE CASTRO (70), y recordó LÓPEZ JACOISTE (71), no es sino una especie dentro de la cesión de derechos, reconocida por el artículo 1.112 del Código Civil. En este supuesto, el arrendatario cede, no su entera posición contractual, con su parte activa y pasiva, sino tan sólo determinados derechos arrendaticios (es decir, la parte activa, completa o no). La gran diferencia con la cesión del contrato de arrendamiento (y en ello coincide con el subarriendo) es que no precisa del concurso del arrendador (72) y que el arrendatario no desaparece de la escena contractual.

La cesión de derechos arrendaticios es muy difícilmente diferenciable en la práctica de la aportación en uso de un bien (digamos, por ejemplo, de un local de negocio) arrendado; pero no en pura teoría, porque con aquella cesión el socio enajena un derecho que tenía (aunque, para sustentarlo, él deba permanecer de intermediario entre el arrendador y la sociedad), mientras que con la pura aportación a título de uso el aportante no pierde el derecho, ni en todo ni en parte, que tenía.

Como dice LÓPEZ JACOISTE, la aportación *quoad usum*, cuando el aportante es arrendatario,

«no entraña ninguna suerte de enajenación, ni del contrato ni de los derechos; simplemente se proporciona el disfrute de la cosa, derivado del arrendamiento, por el socio a la compañía para que lo aproveche según su contenido económico. Pero no se otorga ninguna cesión definitiva, ni se transmite la titularidad de la posición contractual, ni de ninguno de los derechos derivados de ésta. No hay transmisión plena sino prestación temporal del uso inherente al arrendamiento. El supuesto no puede encuadrarse ni en la cesión de contrato ni en la cesión de derechos» (73).

(70) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, «Cesión del arrendamiento y subarriendo», en *RGLJ*, t. 156 (1930), pág. 147.

(71) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 125.

(72) La diferencia entre ambas figuras puede verse en el *Codice Civile* (arts. 1406 y 1.410).

(73) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 135.

4.2.4. *La aportación «en» uso es distinta del subarriendo a favor de la sociedad*

Cosa distinta de la cesión del contrato de arrendamiento (y de la cesión de derechos arrendaticios) es la cesión en subarriendo, porque, con ella, se conserva el derecho arrendaticio antiguo, sin cambiar de titular, y nace un nuevo derecho, también arrendaticio, dependiente del primero, sin necesidad de que intervenga el arrendador (siempre que no esté expresamente prohibido y sin olvidar la notificación al arrendador en caso de finca destinada a actividad empresarial o profesional [art. 32.1 y 4 LAU de 1994 (74)]. Aquí el arrendatario no «desaparece», sino que permanece como nexo entre el arrendador y el subarrendatario. Pero, así como la cesión del arrendamiento puede constituir aportación social (aportación *quoad dominium*), no así la constitución de un subarriendo a favor de la sociedad, porque el subarriendo es, en definitiva, un contrato de arrendamiento, y éste requiere una renta periódica. El socio que subarrienda a la sociedad es un tercero respecto a ella; sus relaciones, por este concepto, no son societarias sino extrasocietarias; él queda vinculado con la sociedad por un contrato que no es el de sociedad.

El Tribunal Supremo, en muchas sentencias, ha considerado la existencia de subarriendo cuando lo que había realmente era aportación en uso. Así, en la sentencia de 29 de enero de 1949, entendió que lo que existía era subarriendo a *una personalidad distinta* (75). Doctrina que no puede sostenerse cuando el arrendatario no cede a título de arrendamiento (subarriendo), pues no existe precio alguno, sino a título de sociedad (76).

4.2.5. *La aportación «en» uso es distinta del arrendamiento a favor de la sociedad*

Igual al anterior es el caso del socio propietario (o usufructuario) de un bien que lo cede en arrendamiento a la sociedad. No se trata de un caso de aportación sino de la realización de un contrato de arrendamiento; el título

(74) En el arrendamiento de vivienda se precisa del consentimiento previo y escrito del arrendador (art. 8.2 LAU de 1994); pero en el resto de arrendamientos, incluidos los de local, cuando no se ejerza en el actividad empresarial o profesional, quedan sometidos a los artículos 1.550 a 1.553 del Código Civil, que no exigen consentimiento del arrendador.

(75) En general, el Tribunal Supremo ha deducido la existencia de subarriendo por el solo hecho de haber proporcionado, el arrendatario, a un tercero, el goce de la cosa. Vid. SSTS de 6 de febrero de 1948, de 20 de octubre de 1952.

(76) Ya hemos dicho que el título (en sentido estricto) de la aportación (sea en uso, sea en propiedad) es el contrato de sociedad. Vid. GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 356.

(en sentido estricto) que sustenta la posesión de la cosa por la sociedad no es el contrato de sociedad sino el de arrendamiento, y sus normas serán las aplicables; y no por analogía, sino por subsunción.

Por el contrario, el socio que cede a la sociedad el uso de unos bienes (singulamente, unos locales comerciales) que tiene en propiedad, usufructo o arrendamiento, pero no a cambio de una renta fija (77), sino «a cambio» de participar en los beneficios y de adquirir la condición de socio, realiza un contrato de sociedad.

La diferencia se manifestará, entre otras cosas, en la posibilidad, que la sociedad tiene —si no se ha pactado otra cosa—, de ceder el contrato y, con él, el uso, a un tercero, si es arrendataria; posibilidad de la que no goza si es usuaria a título de aportación social.

5. APORTACION EN USO Y APORTACIONES FIDUCIARIA, INDIRECTA, SIMULADA Y DISIMULADA

Una cosa es distinguir la aportación en uso de la aportación de usufructo, o de la de arrendamiento o de la de derechos arrendaticios (todas ellas, aportaciones *quoad dominium*), y otra que, en la práctica, se pueda configurar la aportación en uso bajo alguna de esas formas —incluso, que se configure, no como aportación, sino como contrato de arrendamiento o de subarriendo—, con la intención real de que el efecto no sea atribuir el derecho a la sociedad, sino sólo el goce del bien. En ese caso, el negocio jurídico de aportación, o el de cesión en arrendamiento o en subarriendo, será un negocio fiduciario en el que el resultado perseguido es menor del que le es propio (el fin perseguido es obtenido con un medio desproporcionado). Este tipo de aportación puede obedecer al deseo de proporcionar a la sociedad una apariencia patrimonial que le facilite un mejor desenvolvimiento en el tráfico. Así, la sociedad será la titular (fiduciaria) de la propiedad, del usufructo, del arrendamiento o del derecho que sea sobre el bien aportado, pero realmente no podrá disponer de él.

Supuesto distinto se producirá cuando, siendo el fin preseguido proporcionar a la sociedad el uso de un local arrendado, en vez de realizar con el arrendatario un subarriendo o un traspaso, se proceda a incorporar como socio al arrendatario, previa aportación del uso del local (78). Es decir, que se

(77) Por eso, en caso de que sea un arrendatario que ha cedido el uso, deberá pagar de su bolsillo la renta al arrendador. Ese pago de renta servirá, desde luego, para valorar la aportación que hace a la sociedad. Vid. COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO DE, «Comentario a la sentencia 6 de febrero de 1948», en *ADC*, I (1948), págs. 709 y 710.

(78) Sobre esta cuestión, vid. LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 150 y sigs.

emplee la aportación como medio para conseguir el fin de poner a disposición de la sociedad el local arrendado, y no el subarriendo o el traspaso.

Por el contrario, también puede suceder que la operación realizada sea aparentemente la de aportación en uso, pero que luego resulte que la sociedad paga al socio una renta. Si el socio es propietario (o usufructuario) estaremos ante un arrendamiento encubierto, y si el socio es arrendatario, estaremos ante un subarriendo o ante un traspaso, también encubiertos (79). En estos supuestos, la aportación simulada habrá sido cauce para eludir el derecho que el arrendador urbano tiene a participar del precio del subarriendo o a participar del traspaso. Y, a diferencia de lo que ocurría con la aportación indirecta, antes vista, la aportación no habrá sido querida realmente; aunque el fin perseguido y obtenido sea el mismo.

Pero también puede suceder lo contrario: que, por un lado, haya contrato de arrendamiento a la sociedad, con pacto de pago anticipado de toda la renta correspondiente al tiempo estipulado, y que, por otra parte, el arrendador aporte a la sociedad dicho crédito «a cambio» de acciones (en la sociedad anónima) (80). En este caso habrá un contrato de arrendamiento y una aportación en propiedad simulados, y una aportación en uso disimulada.

6. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO

Sobre la pequeña base de lo que ya conocemos, buscamos ahora la naturaleza del derecho aportado con una aportación en uso por medio de la analogía, a falta de otros recursos.

El artículo 1.687 distingue una aportación en uso de cosa cierta y determinada, no fungible, de una aportación en uso de cosa fungible; o sea, una aportación de cosa no consumible de otra de cosa consumible (81). Pues bien,

(79) La opinión de Cossío, para el caso del socio arrendatario, es la contraria: considera «lógico [...] que la sociedad resarza al socio, directa o indirectamente, del pago de la renta que éste se halla obligado a pagar al arrendador; en definitiva, tal aportación del uso del local es algo que tiene un determinado valor económico, que se computa necesariamente, por lo menos a los efectos de fijar la cuota social que el arrendatario ha de atribuirse como contraprestación de aquella aportación. [...] ¿Pero cabe hablar aquí de renta propiamente dicha? ¿Es posible, por ello, inferir la existencia de un subarriendo? Estimamos que no: la aportación se ha hecho a título de sociedad, no de arrendamiento, y las consecuencias jurídicas de ello tienen que ser forzosamente distintas; por ejemplo, el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones frente al socio arrendatario no podría nunca estimarse como falta de pago, y la resolución de la relación establecida no podría conseguirse sin lograr la resolución del contrato de sociedad» (*Comentario a la sentencia 6 de febrero de 1948*, cit., pág. 710).

(80) LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 55.

(81) En los dos párrafos del artículo 1.687 se hace referencia a una aportación de cosa fungible, aunque, como sucede en otros casos (arts. 337 y 1.740), aquí tampoco es

como ya dijimos, el contenido del derecho aportado es diverso en un caso y en otro, y, por tanto, también la naturaleza de la aportación en cada uno.

6.1. NATURALEZA DE LA APORTACIÓN EN USO DE COSA NO CONSUMIBLE

Ya hemos señalado la semejanza de la aportación en uso, sobre todo, con el usufructo. Pues bien, esa disparidad ha hecho volver tradicionalmente la vista sobre el arrendamiento a la búsqueda de un parentesco (82). De hecho, la regla societaria relativa a la pérdida de la cosa, contenida en el artículo 1.687 del Código Civil, es regla próxima a las que rigen en materia de arrendamiento, particularmente a la del artículo 1.568, que establece que «si se pierde la cosa arrendada [...] se observará [...] lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.183». Artículos que establecen la extinción de la obligación del deudor, siempre que la pérdida o destrucción haya ocurrido sin su culpa (culpa que sólo se presume si la pérdida ocurrió estando la cosa en su poder) y antes de haberse constituido en mora; siendo la jurisprudencia la que interpreta que lo que se extingue es la plena relación arrendaticia. Esta solución significa, no sólo que el arrendador pierde su derecho a la devolución de la cosa, sino que el arrendatario queda liberado de las rentas para el futuro. De igual modo, el artículo 1.687 del Código Civil, que hace pesar los riesgos sobre el aportante en uso, libera a la sociedad respecto a él en caso de pérdida.

Pero no sólo eso. También, en punto a la función que, respecto a la sociedad, puede cumplir la aportación en uso, la doctrina ha establecido la similitud con el arrendamiento:

«La aportación a título de uso —dice LÓPEZ JACOISTE—, por su propia naturaleza, desempeña una función económica muy similar al arrendamiento; ambas figuras implican la concesión del goce de una cosa, sea por el arrendador al arrendatario, sea por el aportante a la compañía. El título es distinto —arrendamiento y sociedad—, pero las consecuencias en orden al disfrute de la cosa son semejantes [...].

exacto el Código Civil al utilizar el adjetivo «fungible», debiendo haber empleado el de «consumible» (en este sentido, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 323; PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1430). En el primer párrafo, la referencia es a una aportación en uso de cosa no consumible, para decretar que, entonces, el riesgo de la cosa aportada (pérdida, menoscabo o incremento de valor) sea del socio; y, en el segundo, a una aportación de cosa consumible, sin precisar si es en uso o en propiedad, y para establecer que el riesgo sea de la sociedad.

(82) Dice, por ejemplo, Mucius: «La relación jurídica, en esta hipótesis, tiene gran analogía con la que se produce, a consecuencia del arrendamiento, entre el arrendador y el arrendatario» (MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, t. XXV, cit., pág. 395).

No es que se pretenda afirmar la completa identidad de esos dos cauces de negociación del uso, pues diversos son el título y las contraprestaciones que en ambos casos [...] pesan sobre quien obtiene el goce, pero importa subrayar la sustancial analogía de las relaciones constituidas en ambos supuestos» (83).

De ahí que los autores, para lo no previsto en la aportación en uso —que es casi todo—, entiendan que hay que proceder analógicamente con el arrendamiento; lo mismo que, en la aportación en propiedad, hay que proceder analógicamente con la compraventa, como el mismo Código Civil, en su artículo 1.681 y en punto a la garantía establece, al decir que el aportante «queda sujeto a la evicción en cuanto a las cosas ciertas y determinadas que haya aportado a la sociedad en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto al comprador». Se niega, por tanto, la analogía con el usufructo (84).

Esta solución, que en Derecho español es una propuesta doctrinal, en otras legislaciones es ya Derecho positivo, explicitado respecto al régimen de garantía debida por el aportante en uso. Es el caso de los Códigos más recientes: en el *Codice Civile*, el artículo 2.254 (85) remite, para la garantía de la aportación en uso, a los artículos 1.578 y siguientes, y a los 1.585 y siguientes, relativos al arrendamiento; en el Código Civil portugués, igualmente, la remisión al arrendamiento la hace el artículo 984 (86); en el *Code Civil*, tras la reforma operada por la Ley de 4 de enero de 1978, el artículo 1.843.3.º, párrafo 4.º (87); y en el Código Civil de Québec, en el artículo 2.199 (88).

(83) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 136.

(84) Es la opinión de GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 336; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 221; CAPILLA RÓNCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 239; PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1417; LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 53; y de la generalidad de la doctrina.

(85) Párrafo 2.º: «Il rischio delle cose conferite in godimento resta a carico del socio che le ha conferite. La garanzia per il godimento è regolata dalle norme sulla locazione».

(86) «A execução da prestação, a garantia e o risco da coisa são regulados nos termos seguintes:

“a) Se a entrada consistir na transferência ou constituição de um direito real, pelas normas do contrato de compra e venda;

b) Se o sócio apenas se obrigar a facultar à sociedade o uso e fruição de uma coisa, pelas normas do contrato de locação;

c) Se a entrada consistir na transferência de um crédito ou de uma posição contractual, pelas normas, respectivamente, da cessão de créditos ou da cessão da posição contractual, presumindo-se, todavia, que o sócio garante a solvência do devedor”».

(87) «Lorsqu’il est en jouissance, l’apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur.»

(88) «Dans ses rapports avec la société, celui qui apporte des biens en est garant, de la même manière que le vendeur l’est envers l’acheteur, lorsque son apport est en propriété; lorsque son apport est en jouissance, il est garant comme le locateur l’est envers le locataire.»

Afirmada la analogía con el arrendamiento, hemos de señalar que ella corresponde exactamente cuando el socio aportante es propietario o usufructuario, pero no cuando el socio es arrendatario que cede el uso. En este caso la analogía conviene establecerla más bien con el subarriendo, porque, como dice COSSÍO, la obligación que tiene el socio de prestar el uso del local «coincide exactamente con la del contrato de subarriendo» (89).

La legislación arrendaticia aplicable será, en principio, la que corresponda a la naturaleza del bien, si es que tiene regulación especial (casos de las viviendas y locales urbanos y de las fincas rústicas), pero, como dice CAPILLA, en los puntos en los que exista contradicción entre la legislación especial (LAU y LAR) y el Código Civil, ha de ser aplicado éste, dado «el matiz de excepcionalidad presente en las principales desviaciones que contienen estas leyes respecto del régimen común» (90).

La aplicación del régimen del arrendamiento disciplinará materias como la extinción por pérdida de la cosa; o la posición de la sociedad, en caso de venta, por el aportante, del bien aportado a un tercero frente a ese tercer adquirente (91).

6.2. NATURALEZA DE LA APORTACIÓN EN USO DE COSA CONSUMIBLE

Hemos dicho que el derecho atribuido por el socio con su aportación debe permitir a la sociedad, en el marco de su objeto social, obtener de la cosa beneficios; debe permitir utilizarla con rendimiento. Pues bien, esto está muy claro respecto a las cosas ciertas y determinadas, no consumibles, porque, respecto a ellas, la sociedad no necesita del título de propiedad para obtener una utilidad económica: le basta la simple autorización de usar y utilizar (92). Pero hay cosas que no pueden producir utilidad económica sino bajo el presupuesto de que el «usuario» tenga poder de disposición sobre las mismas; su utilidad está, precisamente, en disponer de ellas. Son las cosas consumibles, cuyo uso implica transferencia de propiedad.

Dicho esto, la pregunta surge inmediata: si en tales casos es necesario que la propiedad sea transferida, ¿no será porque de las cosas consumibles no

(89) COSSÍO Y CORRAL, *Comentario a la sentencia 6 de febrero de 1948*, cit., pág. 709.

(90) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 268.

(91) La asimilación al arrendamiento y no al usufructo tiene también otras consecuencias: la no aplicación del artículo 515 del Código Civil y la no exigencia de forma escrituraria pública en el contrato de sociedad, puesto que no hay aportación de inmuebles (ni de muebles), ni de derechos reales, sino de crédito, de conformidad con el artículo 1.667.

(92) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 52.

cabe hablar de aportación en uso y si, sólo, en propiedad? Si una pregunta parecida la formulásemos fuera del campo del Derecho de sociedades, en el marco general del Derecho común o civil, en la búsqueda de una posible atribución, no definitiva, de una cosa consumible a otro para que pudiera obtener de ella, hasta la restitución, un rendimiento, la contestaríamos negando la necesidad de una venta temporal de propiedad (venta con retracto) o de la constitución de un cuasi usufructo, y afirmando la existencia del préstamo mutuo como solución más sencilla al fin propuesto.

Pues bien, si la aportación de cosa no consumible guarda analogía con el arrendamiento (y a su través ha de ser explicada e integrada aquélla), la aportación de cosa consumible guarda analogía con el préstamo de consumo o simple préstamo (93).

En el artículo 1.843-3 del Código Civil francés aparecen netamente los dos elementos por los que puede establecerse la analogía. Por un lado se dice que la aportación en uso de cosa consumible comporta la transferencia de propiedad [«lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre (94) ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés»). Y por otro lado se añade la obligación, a cargo de la sociedad, de restituir «une pareille quantité, qualité et valeur». El artículo 1.687 de nuestro Código es mucho menos explícito, pero permite igualmente identificar estos dos elementos: la transferencia de propiedad puede deducirse del párrafo primero, puesto que, en él, se dice respecto de las cosas «no fungibles» que sólo «son comunes» el uso y los frutos; y a contrario debe significar, respecto de las fungibles, que también «es común» la propia cosa. Por otro lado, la existencia de la obligación de restituir la cosa consumible y, por tanto, que la transferencia de propiedad ha sido temporal, puede deducirse del segundo párrafo. En él se trata de las cosas consumibles, de las deteriorables, de las que se aportan para ser vendidas y de las aportadas con estimación hecha en el inventario, y de ésta se dice: «en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas», lo que supone reconocer que las demás cosas —las consumibles, entre ellas— también son objeto de restitución.

Respecto al préstamo mutuo, ambos elementos (transmisión de la propiedad al prestatario y obligación de éste de restituir) están explícitamente mencionados en el artículo 1.753 del Código Civil. En el mutuo, el prestamista pierde todo derecho sobre la cosa y pasa a tener un mero derecho de crédito a la restitución; en la aportación en uso de cosa consumible, al socio le sucede lo mismo, aunque este derecho forma parte de una situación más compleja. En

(93) En el mismo sentido, REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*

(94) El legislador francés emplea la expresión «choses de genre» en sentido amplio, comprensivo de las cosas genéricas, propiamente dichas, y de las consumibles.

ambos casos, la transmisión de la propiedad es temporal, pero no sólo porque pesa sobre el «usuario» la obligación de restituir, sino porque la misma naturaleza de la cosa consumible implica una vocación temporal a la propiedad, pues la propiedad termina con la destrucción de la cosa por el uso (95).

Igualmente, la aportación en uso de cosa consumible guarda analogía con el cuasi usufructo (usufructo de cosa consumible). Tanto en él, como en el préstamo mutuo y en la aportación en uso de la que ahora nos ocupamos, dado el destino económico del bien, su *usus* implica su *abusus*; el «usuario» ha sido elevado a la categoría de propietario, aunque temporal, y, por tanto, pesa sobre él la obligación de restituir. En el cuasi usufructo estos dos elementos (propiedad temporal y obligación de restituir) se deducen del artículo 482 del Código Civil, y así lo ha entendido la doctrina tradicional (96).

A la vista de esta analogía, podría aproximarse esta aportación en uso al cuasi usufructo, en detrimento del préstamo de consumo. Sin embargo —al menos desde el punto de vista teórico, pues, desde el práctico, las diferencias son inapreciables—, hay que separar ambas figuras: el cuasi usufructuario tiene derecho (de propiedad) sobre la cosa, pero no tiene ningún vínculo con el nudo propietario, distinto de la obligación de restituir, mientras que la sociedad (o el conjunto de los socios), además de aquel derecho sobre la cosa y de esta obligación, tiene con el aportante un vínculo contractual. Es el mutuo —contrato y no mero derecho sobre la cosa— el que está emparentado con la aportación en uso de cosa consumible, lo mismo que el arrendamiento lo está con la aportación en uso de cosa cierta y determinada, como dice el Código; porque, incluso, el arrendamiento, cuando es de cosa consumible, se transforma en mutuo (cfr. art. 1.545 del Código Civil).

Y, desde luego, podría negarse la posibilidad de una aportación en uso de cosa consumible con carácter autónomo, afirmando que, en la práctica, viene a identificarse con la aportación en propiedad. Pero tal relación de igualdad no puede aceptarse, pues, dado el carácter esencialmente temporal de la aportación en uso, habría que explicarla a través de una propiedad también temporal, con las dificultades que ello comporta (97).

(95) REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, pág. 54, núm. 115.

(96) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, 2, II, 14.^a ed., Madrid, 1988, pág. 50; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, III, 2.^o, Barcelona, 1991, pág. 71. Aunque, para un sector de la doctrina, no hay adquisición de la propiedad por el usufructuario, sino pérdida de ella por el propietario una vez que la cosa ha sido consumida por aquél, o se ha confundido en su patrimonio; pero mientras ello no sucede, el usufructuario de cosa consumible no es propietario (JORDANO BAREA, JUAN, «El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena», en *ADC* [1948], págs. 981 y sigs.; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1997, pág. 418).

(97) Habría que emplear, por ejemplo, para explicarla, el pacto de retroventa, lo que plantea dificultades como la relativa al plazo, que no puede exceder de diez años (art. 1.508 del Código Civil), lo que limitaría las posibilidades de la aportación; o la

La analogía con el préstamo mutuo explica y completa el régimen de la aportación en uso de cosa consumible, así como aclara sus diferencias con la aportación en uso de cosa no consumible en puntos como el de las obligaciones del socio respecto a la cosa aportada, a los riesgos, a la restitución y a la posibilidad de integración de una aportación de cosa consumible en el patrimonio de una sociedad de capital. Más el sometimiento a las reglas del préstamo mutuo no es total. La distinta naturaleza de la operación de aportar y la de prestar impone límites a la transferencia de normas. En primer lugar, el contrato de préstamo es un contrato real (98), mientras que el contrato de sociedad (no existe un negocio autónomo de aportación) (99) es un contrato consensual, lo que supone que la entrega de la cosa aportada (sea consumible o no) no forma parte de la formación del contrato, sino de su ejecución (100). Es decir, que el contrato de sociedad con aportación en uso de cosa consumible, genera a cargo del socio la obligación de entregarla, mientras que el préstamo mutuo no genera ninguna obligación para el prestamista, que ya ha entregado. Y, por eso, vamos a poder afirmar que el derecho que recibe la sociedad con una aportación en uso, sea de cosa consumible o no, es de carácter personal; derecho que, en cualquiera de los casos, contiene una inicial prestación de entrega.

También, la distinta naturaleza de cada contrato y el consiguiente distinto carácter de cada uno (gratuito, en principio, el mutuo; de fin común lucrativo, el de sociedad) impone que exista un régimen distinto de garantía en cada uno. El mutuante, si el contrato es gratuito, sólo tiene obligación de resarcir los daños que la cosa mutuada hubiere causado al mutuuario si, conociendo sus vicios, no los hizo saber (101), porque la gratuidad no justifica un régimen más severo (102). En cambio, el aportante responde con un régimen de garan-

relativa al carácter oneroso de la retroventa (art. 1.518 del Código Civil), del que carece la restitución de la aportación.

(98) Aunque, para Albaladejo, ésta no es una característica esencial de este contrato (ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1989, pág. 378).

(99) Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1418, entre otras. La aportación social en uso, no obstante, puede confundirse, en la práctica, con un contrato independiente, unido al contrato de sociedad. Como dice Girón, para identificar una u otra situación «son indicios la duración —coincidente o no con la sociedad—, contraprestación o simple participación en las ganancias, etc.» (GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 221). El socio puede, desde luego, al margen del contrato de sociedad y de la aportación que en él haya realizado, hacer un pacto (parasocial) con los demás socios (tampoco con la sociedad, que lo convertiría en una relación completamente extraña), unido al contrato social y subordinado a éste, por el cual se obligue a entregar en uso una cosa a cambio de alguna contraprestación (vid. GIRÓN, *ibid.*, pág. 54).

(100) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, pág. 55.

(101) Por analogía, artículo 1.752 del Código Civil.

(102) En cambio, si es oneroso, el mutuante responderá por vicios, a tenor de las reglas del saneamiento (ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1989, pág. 381).

tía más estricta porque la finalidad de lucro está presente en el aportante, lo mismo que en el resto de los socios. El aportante en uso no es como el mutuante a título gratuito, para el que no hay finalidad de lucro ni de cambio: el aportante, en virtud del contrato de sociedad y de su aportación, recibe, además del derecho a la restitución de la cosa, el derecho al beneficio, entre otros derechos sociales. REGNAUT-MOUTIER dice más: porque el mutuo es, en principio, a título gratuito, mientras que la aportación a una sociedad es acto esencialmente a título oneroso (103). Sin embargo, no es el título oneroso —que no existe, porque las prestaciones (aportaciones) no se hacen, unas en consideración a las otras— el que impone ese régimen; no es a causa de un derecho que, como contraprestación, se recibe, sino de la condición de socio, que no se recibe como contrapartida y que no es un derecho subjetivo, sino un complejo de derechos y obligaciones (104), ordenados, todos, a la consecución del fin común.

Hemos hablado de la aportación de cosa consumible para afirmar, en ese caso, la transmisión de propiedad, la analogía con el mutuo y la restitución de «otro tanto [*tantumdem*] de la misma calidad y especie» (art. 1.752 del Código Civil). Ahora bien, ello presupone que la cosa consumible es, a la vez, fungible. Pero, si no es así, ¿qué sucede? ¿Qué ocurre con estos tres elementos (105) cuando la cosa es consumible pero no es fungible (106) o cuando es fungible pero no es consumible? (107).

Respecto a este último caso, basta entender (108) que la cosa fungible, aunque no consumible físicamente, sí lo es jurídicamente, y que ha sido aportada en uso, lo mismo que la consumible en sentido estricto, para poder admitir que haya transferencia de propiedad y posibilidad de ser enajenada, con la obligación de devolver «otro tanto». O sea, que esta cosa fungible no consumible físicamente, es la cosa aportada para ser vendida de la que habla el segundo párrafo del artículo 1.687. Pues la consumibilidad no es el único «criterio interpretativo para decidir el cambio de riesgo [sino] la deteriorabilidad y la alienabilidad» (109), como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, el cual añade:

(103) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, pág. 56.

(104) Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1325 y 1327.

(105) Transmisión de la propiedad, analogía con el mutuo y restitución de «otro tanto».

(106) Mercaderías raras y exóticas (flores o frutas) o las últimas de una serie limitada (botellas de vino de una determinada cosecha).

(107) Bienes duraderos fabricados en serie (los ejemplares de la edición de un libro).

(108) Como hace don Jerónimo González (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Cosas fungibles*, cit. pág. 201).

(109) *Ibid.*, pág. 206.

«Así, cuando dos librerías se unen en sociedad, con aportación de los respectivos fondos, el riesgo de los ejemplares es común, aunque posean varios incunables no fungibles, porque todos se aportaron para ser vendidos. Si el objeto social fuese el arrendamiento de libros, no obstante la fungibilidad técnica de tales cosas, resultaría de dudosa aplicación la doctrina legal del cambio del riesgo, porque en rigor, los libros no son cosas consumibles en el sentido jurídico, pueden guardarse sin que se deterioren y, en el supuesto examinado, no han sido aportados para ser vendidos» (110).

Respecto a la cosa consumible, pero no fungible, naturalmente, es posible hacer aportación en uso con transferencia de la propiedad y del riesgo a la sociedad, aunque sin derecho a la restitución del *tantumdem*, sino del valor de la cosa. Hay que tener en cuenta que las partes (los socios) pueden libremente otorgar a una cosa el carácter fungible que le falta, estableciendo el valor por el que ha de ser sustituida al tiempo de su restitución. Esa, y no otra, es la posibilidad que admite el mismo párrafo segundo del artículo 1.678 al decir que «el riesgo es de la sociedad [en el caso] de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario [supuesto en el que] la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas». Porque, si permite que, en la aportación en uso de una cosa «cierta y determinada» (111), por el solo hecho de haberse dado tasada, haya desplazamiento del riesgo a la sociedad y obligación de restitución del valor estimado, con más razón, en el caso de que se trate de cosa consumible, cuando haya sido dada también tasada.

7. CARACTERES DEL DERECHO APORTADO

Aunque el contenido del derecho aportado sea diverso, dependiendo de que el objeto sea consumible o no, y, por ello, también, la naturaleza de la aportación en cada caso, se impone la necesidad de calificar al derecho proporcionado a la sociedad con la aportación en uso como personal (112). Pero calificar al derecho que es aportado en uso como derecho de crédito, seme-

(110) *Ibid.*

(111) El precepto no lo dice, pero hay que entenderlo así, dado que se habla de «cosas», sin más especificaciones.

(112) Es bien conocida la antigua controversia sobre el carácter real o personal del arrendamiento. A favor de lo primero opinaron MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*, t. VI, Additions, 2.^a ed., 1820, pág. 809, col. 1; TROPLONG, *Du Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De l'échange et du luage*, núm. 12. Para la opinión contraria, vid., DERRUPPE, J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, 1952.

jante al del arrendatario, impone también su calificación como derecho temporal (113).

7.1. CARÁCTER PERSONAL DEL DERECHO APORTADO. CONSECUENCIAS

El derecho que tiene la sociedad en virtud de una aportación en uso es un derecho personal, que, en principio, sólo puede hacerse valer frente al socio aportante, y que, aunque atribuye un poder directo sobre la cosa, necesita de la cooperación del aportante para satisfacer el interés de la sociedad. Sin embargo, no es un derecho personalísimo, aunque podría pensarse lo contrario a la vista de que el derecho de uso y goce que ostenta la sociedad no puede ser transmitido, no puede circular en el tráfico, no puede ser cedido ni enajenado por la sociedad, ni, por tanto, agredido por los acreedores; y, ello, porque la transmisión (onerosa o gratuita, voluntaria o forzosa) implicaría transmisión de la relación contractual en su complejo, o sea, del contrato de sociedad, puesto que la aportación no tiene autonomía negocial (114). Sin embargo, esto no convierte en personalísimo al derecho, puesto que es admisible que la sociedad, sin ceder su derecho, pueda —si no se ha prohibido— hacer entrar a un tercero en el uso y goce, o sea, en el ejercicio del derecho, a modo de subarrendatario (art. 1.550 del Código Civil).

El no ser personalísimo, aleja también la aportación en uso de la aportación de industria (aportaciones, ambas, de carácter duradero, en las que la sociedad ostenta en derecho personal frente al socio). Entre la aportación de industria y la aportación en uso, existe, además, la diferencia relativa a su valoración. La aportación de industria representa para la sociedad un valor extremadamente aleatorio: la prestación prometida presenta, como dice REGNAUT-MOUTIER (115), un gran riesgo de inejecución; además de que su ejecución no se mide, en principio, por el resultado (puesto que el socio sólo se compromete a aportar su trabajo), a diferencia de la obligación del aportante en uso, como veremos, que consiste, por una parte, en un *dare* y, por otra, en un *facere*, que apunta a un derecho concreto (reparar y mantener en el uso y goce). Evidentemente, la aportación en uso presenta dificultades para su valoración (mayores que la aportación en dominio, porque no existe para el uso un mercado tan explícito como para la propiedad, y, por tanto, un precio claro

(113) Regnaut-Moutier lo denomina «derecho personal de ejecución sucesiva» (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., págs. 34 y sigs.).

(114) En la sociedad anónima, implicaría la transmisión de las acciones del socio, puesto que ellas son la expresión del conjunto de sus derechos y obligaciones, como socio, lo que sólo puede hacer él.

(115) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 120.

de referencia), pero no presenta la incertidumbre propia de la aportación de industria, ni, por ello, debe ser subestimada.

La calificación de personal que merece este derecho tiene diversas consecuencias: por ejemplo, justifica la plena validez de una aportación en uso de cosa ajena no consumible (es el caso de la STS de 27 de enero de 1995). Mientras que la aportación en propiedad efectuada *a non domino*, al igual que la venta de cosa ajena, tiene un alcance limitado (116), la aportación en uso realizada por quien no es el *verus dominus* o el titular del derecho que sea, tiene un alcance pleno (117). Aunque el contrato de sociedad es, tanto si la aportación (de cosa no consumible) es en propiedad como si es en uso, un contrato creador de obligaciones, y, entre ellas, la obligación de entrega por el aportante, que puede ser cumplida por un *non dominus* perfectamente si está en posesión de la cosa, la diferencia surge una vez realizada la entrega. Porque, en caso de que la aportación sea en propiedad, la sociedad no habrá adquirido el derecho al que aspiraba (salvo que el aportante haya adquirido entre medias la propiedad), amén de que el contrato pueda ser nulo por dolo o por error; mientras que, en caso de la aportación en uso, aunque la cosa sea ajena, una vez realizada la entrega (y aún antes), la sociedad tendrá exactamente el derecho que pretendía: un derecho de crédito a ser puesta y mantenida en el goce pacífico de la cosa. Así, cumplida la entrega, y mientras el *verus dominus* no reivindique la cosa, no existirá causa de disolución de la sociedad: ni la de pérdida del artículo 1.701, ni la de incumplimiento de obligaciones del 1.707 —éste, para la sociedad por tiempo determinado—.

Pero, como decimos, esta no es la única consecuencia que se deriva de la naturaleza personal del derecho. Esa calificación del derecho afecta a la configuración del acto de aportar, que ha de ser definido como acto constitutivo y como acto de administración, y que supone, si la aportación en uso es de un bien inmueble, su inaccesibilidad al Registro de la Propiedad, pues, a diferencia de los derechos reales, que tienen acceso a él por el sólo hecho de

(116) Queda supeditada a que el vendedor o el aportante adquiera la propiedad de la cosa para que pueda cumplir su obligación de entrega con eficacia traslativa.

(117) En el caso de la citada sentencia (sentencia de 27 de enero de 1995): un socio había aportado una finca de la que no era propietario y otro había aportado el dinero con el que se construyó una granja para la explotación de la cría de ganado porcino, objeto de la sociedad. Se discutía el carácter de la aportación (si en uso o si en propiedad) de la finca para saber si, en el patrimonio social a liquidar, había de considerarse dicho inmueble. La Audiencia había dicho que, por no ser el socio aportante propietario de la finca, no había podido aportarla sino en uso. El Tribunal Supremo afirmó, igualmente, la existencia de aportación en uso, y no en propiedad, pero dijo, en contra de lo sostenido por el Tribunal de segunda instancia, que «en nuestra legislación civil no existe precepto alguno que imponga al socio aportante la obligación previa de ser propietario», lo cual es cierto pero con el mismo alcance que en la venta de cosa ajena.

serlo, en el caso de los personales esto ha de concederle la ley, y la ley no lo permite, en principio, más que para el arrendamiento (art. 2.5.º LH).

Veamos estas consecuencias.

7.1.1. *El acto de aportar en uso, acto constitutivo y de administración*

Se suele hablar de la aportación como acto traslativo (acto que opera la transmisión de un derecho preexistente), sin reparar en que existen diversos títulos de aportación, y que el ser acto traslativo conviene sólo a la aportación del derecho de propiedad o a la aportación de contrato (por ejemplo, de arrendamiento), pero no a la aportación del uso, porque el acto por el que se crea un derecho nuevo —y tal es el caso del acto creador de un derecho de crédito, cual es el acto de aportar en uso o el de aportar industria—, es un acto constitutivo (118).

Por otro lado, el acto de aportar en uso, al contrario que el acto de aportar en propiedad, y de modo idéntico al acto de arrendar o al de prestar es acto de administración. Esa cualificación afecta a la capacidad de obrar y a la posibilidad de actuar por otro. La capacidad, por tanto, es la de administrar; capacidad que tiene el menor emancipado en virtud de lo preceptuado en el artículo 323 del Código Civil, el cual podrá hacer aportación en uso de sus bienes, muebles o inmuebles, o de establecimientos mercantiles o industriales o de objetos de gran valor, sin necesidad de consentimiento de sus padres o del curador.

Ahora bien, si se trata de una aportación de bien inmueble por tiempo superior a seis años, al igual que el arrendamiento superior a ese tiempo, habrá que considerarlo acto de gravamen, porque excede, según el entender común de la doctrina, de lo que es el modo normal de explotar un bien, y porque ello se deduce del artículo 1.548 del Código Civil, relativo al arrendamiento de inmuebles. En efecto, parafraseando al artículo 1.548, se puede decir que «los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial» podrán hacer aportación en uso de las cosas «por término que no exceda de seis años». Y por lo mismo, también, se puede decir que el titular del bien inmueble necesita de capacidad para hacer actos de gravamen, o sea, para disponer, si quiere aportarlo en uso por más de seis años.

Por lo que respecta a los muebles, también habría que considerar como acto de administración extraordinaria la aportación por más de seis años, con parecidas consecuencias, pero no en el caso de la aportación en uso de cosa

(118) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 35.

consumible porque, en ella, el mayor tiempo por el que se realice la aportación no la hace más gravosa. Es más, si el riesgo relativo al patrimonio es criterio que permite distinguir el acto de administración ordinaria del de la extraordinaria, en el caso de la aportación en uso de cosa consumible, tal riesgo no existe para el aportante (art. 1.687 del Código Civil), y da igual el tiempo pactado para la restitución.

Con relación a la posibilidad de actuar por otro, el mandatario provisto de un mandato general, según lo establecido en el artículo 1.713 del Código Civil, no necesita de un poder especial para realizar una aportación en uso.

7.1.2. *Inoponibilidad a terceros, salvo posible inscripción registral*

7.1.2.1. Cuando se trata de inmuebles

Ya sabemos que el derecho adquirido por la sociedad, a través de una aportación *quoad usum*, es un derecho personal, no oponible a terceros, posibles acreedores del socio que pretenden embargar la cosa aportada o posibles adquirentes del bien (119); y, por ser personal, si se trata de bien inmueble, es un derecho no inscribible en el Registro de la Propiedad (120). Pero esta afirmación merece una explicación (121).

Dos dificultades se alzan frente a la posibilidad de que una aportación en uso sea inscrita en el Registro de la Propiedad. En primer lugar, que nuestro Derecho registral niega como principio general el acceso al Registro de los derechos personales (art. 9. RH), y sólo, como excepción, permite la inscripción del arrendamiento (arts. 1.549 y 1.571 del CC, y 2.5.º LH), de modo que, por tratarse de una norma excepcional, no admite la analogía ni la interpretación extensiva, por lo que por esta vía queda vedado el acceso a la aportación en uso. En segundo lugar, la dificultad surge de la personalidad de la sociedad, porque sólo una sociedad personificada puede inscribir bienes a su nombre. Ahora bien, si se trata de una sociedad mercantil, la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de la aportación en uso podría tal vez admitirse, ya que el Reglamento Hipotecario, en su artículo 383, dice que, una vez

(119) El socio, en la medida en que conserva la propiedad de la cosa (si se trata de cosa no consumible, siempre; y si de cosa consumible, hasta la entrega), no ha perdido la posibilidad de enajenarla.

(120) Lo que supone una gran desventaja para esta clase de aportación, comparada con la aportación del usufructo o con la del arrendamiento; aportaciones con las que puede equipararse en cuanto a duración y a valor patrimonial.

(121) En este favorable a la inscribibilidad, LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 56.

practicada la inscripción de la aportación («aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales») a favor de la sociedad mercantil, en el Registro Mercantil, podrá acceder al Registro de la Propiedad; lo que, en realidad, quiere decir, como ya advirtió ROCA SASTRE, que primero se ha de inscribir en el Registro Mercantil la sociedad, pero no que, en él, se hayan de inscribir las aportaciones de bienes (122). Pero, a lo que vamos, dicho precepto habla genéricamente de aportación o adquisición por cualquier título, lo que permitiría entender que, para la sociedad mercantil inscrita, y, por tanto, con personalidad, cabría la inscripción en el Registro de la Propiedad de las aportaciones a título de uso, lo mismo que a título de propiedad. Así, este precepto se constituiría además, como el 2.5 LH, en el caso del arrendamiento, como norma que excepcionaría el principio general que impide el acceso de los derechos personales, por lo que la aportación en uso a una sociedad mercantil, aunque derecho personal de esa sociedad, gozaría, como el derecho real, de oponibilidad frente a terceros adquirentes de la cosa aportada. La posición de la sociedad sería tan favorable como si ella fuera titular de un derecho real sobre la cosa aportada. El obstáculo es que el precepto que habilitaría esta posibilidad es reglamentario.

En cualquier caso, si se trata de sociedad civil, al no adquirir ésta su personalidad en virtud de publicidad registral (123), sino de publicidad de hecho, no se podría utilizar analógicamente el cauce del artículo 383 del Reglamento Hipotecario para pretender la inscripción en el Registro de la Propiedad de las aportaciones inmobiliarias a la sociedad civil, ya sean en propiedad o en uso. Ahora bien, aunque no se inscriba la aportación en uso en el Registro de la Propiedad, y el derecho de la sociedad no goce de aquella prerrogativa de la oponibilidad a terceros, la sociedad no está desprotegida ante una enajenación del bien. Por aplicación analógica del artículo 1.571 del Código Civil, la sociedad tiene (como el arrendatario de inmueble), en caso de venta y de extinción de su derecho, el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le causen.

(122) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. II, Barcelona, 1948, pág. 250.

(123) Máxime en el momento actual, en el que se ha declarado nula, por sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de reforma del Reglamento del Registro Mercantil, que añadió un apartado 3 al artículo 81 del citado Reglamento del siguiente tenor: «podrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil», así como un nuevo artículo, el 269 bis. Precepto que no hacía obligatoria, desde luego, la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles como requisito de personalidad. Sobre el alcance de la reforma y de la «contrarreforma», vid. GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, «La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro civil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *RCDI*, LXXVI (2000), págs. 1068 a 1111.

7.1.2.2. Cuando se trata de otros bienes registrables

En el caso de otros bienes, para los que existe Registro público, como es el caso de las marcas, la cesión del uso, en cualquiera de sus formas, y, por tanto, también como aportación social, es inscribible (con la única dificultad, claro está, de la personalidad de la sociedad) y goza, por ello, de eficacia frente a terceros. Así se deduce del artículo 41.1 de la Ley de Marcas (Ley 32/1988, de 10 de noviembre) que dice que «con independencia de la transmisión de la totalidad o de una parte de la empresa, la marca y la solicitud de registro de marca podrá ser cedida por todos los medios que el Derecho reconoce», y del artículo 43 que señala que «para que la cesión o licencia de la marca surta efecto frente a terceros deberá presentarse por escrito e inscribirse en el registro de marcas» (art. 43). Y lo mismo sucede con las patentes (124).

7.2. CARÁCTER TEMPORAL DEL DERECHO APORTADO

Lo propio de la aportación en uso es la atribución de facultades (que comportan uso y goce) con carácter temporal, al contrario que la aportación en propiedad, que es definitiva, como, en principio, lo es toda transferencia de dominio. En la aportación en uso, el socio conserva una vocación a recuperar todas las facultades que atribuyó a la sociedad. Este carácter temporal, como dice REGNAUT-MOUTIER (125), encuentra su justificación en los principios clásicos del Derecho Civil, tanto del Derecho de bienes como del de obligaciones. Por una parte —dice—, es el principio de que todo derecho que comporte el goce no puede ser sino temporal, en la medida en que el propietario que lo concede debe conservar una vocación a reunir todas las utilidades y aprovechamientos del bien; y ese carácter esencialmente temporal del derecho a gozar de la cosa de otro se verifica en el usufructo, en el derecho de uso o en el de habitación: derechos de duración estipulada, vitalicios o limitados a treinta años cuando son constituidos en provecho de una persona moral (arts. 515 del Código Civil). Respecto al Derecho de obligaciones, que es el directamente aplicable a nuestro caso, es la prohibición de las vinculaciones perpetuas, de la que es clara expresión el artículo 1.583 (para el contrato de servicios), y también, aunque con menos claridad, el artículo 1.543, que impone el «tiempo determinado» al arrendamiento (aunque, en realidad, se trata de la «no perpetuidad») (126), indica que el derecho personal de goce debe tener también un lí-

(124) Artículos 74 y sigs. de la Ley de Patentes (Ley 11/1986, de 20 de marzo).

(125) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 60.

(126) ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, II, 2.º, cit., pág. 180.

mite temporal. Y estos principios, aplicados a la aportación en uso, significan que el aportante debe recobrar la plenitud de facultades que cedió al término de la aportación; y, por ello, la restitución de la cosa objeto del derecho al uso es una característica esencial de esta aportación (127).

Pero una cosa es que la aportación en uso sea esencialmente temporal y que las facultades de uso y goce atribuidas no se adquieran, por la sociedad, definitivamente, y otra, cuál deba ser el límite temporal de la aportación en uso. Nada dice el Código Civil sobre el término de la aportación: si debe o no coincidir con el término de la sociedad; si debe ser determinado o si puede ser indeterminado.

Sobre la fijación del término (coincidente o no, superior o inferior al de la sociedad), y ante el silencio del Código, debe prevalecer la libertad de elección (128); que, por otra parte, es propia del arrendamiento común o general, aunque con los límites que veremos. Así pues, hay que afirmar que, en principio, puede pactarse, además de una aportación por igual tiempo que el de la sociedad, una aportación por tiempo inferior al de ésta, debiendo, en ese caso, al término de la aportación —no de la sociedad— procederse a la restitución. GARRIGUES parece admitir una aportación en uso por plazo determinado inferior al de la sociedad (129), sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 1961, entendió lo contrario, y dedujo la existencia de depósito y no de aportación, entre otras circunstancias (130), por el hecho de que se estipuló un plazo de devolución de la cosa inferior a la duración pactada del contrato; y por esta razón la relación entre el *tradens* y el resto de los partícipes fue extrasocietaria, como la de un tercero que contratara con la sociedad.

Pero ese principio de libertad en la elección del término presenta varios límites. En primer lugar, que la aportación no sólo no debe ser a perpetuidad, lo que iría radicalmente en contra del carácter temporal de toda relación obligatoria (131) e implicaría desmembración del dominio y, por tanto, apor-

(127) REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, pág. 61.

(128) Sobre la libertad en la elección del término, vid., *ibid.*, pág. 85.

(129) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., t. I, pág. 33.

(130) La persona supuestamente aportante no participaba en las ganancias y en las pérdidas.

(131) Como dice la STS de 26 de octubre de 1998, la perpetuidad «es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (véase el art. 1.583 del Código Civil), teniendo declarado la antes citada sentencia de esta Sala, de 16 de diciembre de 1985, que "la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, entre los que no se encuentra el contemplado, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden público"». Esta sentencia distingue los contratos a tiempo indeterminado, que las partes pueden desistir *ad nutum*, de los contratos a perpetuidad, que son nulos.

tación en propiedad, sino que debe tener un término que no implique, de hecho, esa perpetuidad; incluso cuando se haya pactado por el mismo tiempo de la sociedad. El carácter temporal de la aportación, como el de cualquier otro vínculo personal, impone que la aportación no pueda ser, ni directa ni indirectamente, perpetua. La prohibición de los vínculos perpetuos es de Derecho común y de orden público, y afecta a todas las relaciones obligatorias con prestaciones duraderas (132), no sólo a la aportación [y al arrendamiento (133), con el que se ha de establecer la analogía], sino a la propia sociedad (134).

Ahora bien, ¿cuándo un término ha de considerarse que, de hecho, supone perpetuidad? ¿Qué límite debe tener el término para que no pueda entenderse perpetuo? Por analogía con el arrendamiento, puede pensarse en el de noventa y nueve años, pues lo que lo supera se asocia con la perpetuidad. No cabe la analogía con el usufructo, para aplicar el límite de treinta años que el artículo 515 establece en el caso de constitución de tal derecho a favor de «un pueblo, corporación o sociedad», porque este límite de treinta años se impone en razón de ser el usufructo normalmente vitalicio y tener las personas jurídicas vida ilimitada, por regla general; mientras que el límite temporal en el arrendamiento no se impone en virtud de su carácter vitalicio, sino de su carácter temporal y no perpetuo (135).

Otro límite es el relativo a la esencialidad del bien aportado en uso para el cumplimiento del objeto social. Si fuera esencial el uso del bien para la consecución del fin social, la aportación hecha por tiempo inferior faltaría a uno de los requisitos de la aportación, del que hablaremos: la adecuación entre ésta —su título y circunstancias— y el fin social.

Cuestión distinta es si resulta admisible que el término esté indeterminado. La cuestión se plantea, precisamente, cuando se ha pactado que la aportación coincida con el tiempo de vida de la sociedad, lo que, en principio, parece ser lo más adecuado. Ciertamente, en este caso, la duración no estará siempre determinada, por lo que, *ab initio*, no podrá saberse el momento de la resti-

(132) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 323.

(133) Respecto al arrendamiento, dijo el TS en la vieja sentencia de 11 de febrero de 1908 que, «dada la naturaleza del contrato de arrendamiento, efectos legales que produce y relaciones jurídicas que por él se establecen entre arrendador y arrendatario, es manifiesto que la circunstancia de su perpetuidad no se aviene ni conforma con las condiciones intrínsecas de dicho contrato, significando, como significa, un obstáculo legalmente insuperable para que el dueño y propietario pueda recobrar en ningún tiempo la posesión y aprovechamiento directo de la cosa cedida».

(134) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1409.

(135) El usufructo y el arrendamiento son derechos temporales, pero el primero, además, y con carácter ordinario, es vitalicio, mientras que el segundo es de tiempo variable.

tución. No lo estará, desde luego, cuando la sociedad sea por tiempo indeterminado, pero tampoco cuando sea por tiempo determinado (siempre que la vida de la sociedad en la que se pensó fuera la vida efectiva), porque la sociedad podrá disolverse antes del término (arts. 1.700.2.º y 3.º, y 1.707 del Código Civil) y también, prorrogarse después de él (art. 1.702 del Código Civil). Sí lo estará, cuando al estipularse una duración por el tiempo de la sociedad, éste fuera el tiempo fijado para ella en el contrato; o sea, que la duración fuera la estatutaria, porque será en ese momento, perfectamente determinado (salvo disolución anticipada), cuando deba concluir la aportación y procederse a la restitución.

Pues bien, una aportación por tiempo indeterminado, en cualquiera de los supuestos mencionados (tiempo igual al de la sociedad a tiempo indeterminado o igual al de duración efectiva de la sociedad a tiempo determinado), no resulta admisible. La cuestión ha sido tratada por REGNAUT-MOUTIER (136), la cual llega a esta conclusión partiendo de la naturaleza de la operación de aportar. Ahora bien, no es necesario coincidir con ella en el carácter autónomo y oneroso de la aportación (lo que negamos), para poder llegar a la citada conclusión. En efecto, para REGNAUT-MOUTIER, a cambio de la cesión realizada, el aportante recibe una remuneración en forma de derechos sociales, unificados en la cualidad de socio; derechos concedidos en función del valor de la aportación. Y el valor de la aportación, lo mismo que el valor del uso atribuido en el arrendamiento, depende del tiempo. Sin conocer previamente el tiempo, no se puede valorar la aportación ni se puede hacer atribución de derechos proporcionales a aquélla. No es lo mismo que la aportación dure cinco años que dure diez, a efectos de derechos sociales. Para nosotros, no hace falta atribuir carácter oneroso a la aportación, ni concederle autonomía respecto del contrato social (137), para poder concluir en el mismo sentido: que una aportación por tiempo indeterminado es una prestación de valor incierto y, en sí misma, indeterminada. No hace falta acudir a la imposibilidad de fijación de los derechos sociales que se reciben en función (no «a cambio») de la aportación, para negar la posibilidad de una indeterminación temporal. Basta decir que esa indeterminación produce la indeterminación de la aportación, como objeto de la prestación del socio, la cual debe ser determinada, en virtud del artículo 1.273 del Código Civil (138), y, secundariamente, la imposibilidad de fijar proporcionalmente la cuota de participación en los beneficios (principio de proporcionalidad que, advierte PAZ-ARES, subyace en el art. 1.689 del Código Civil) (139). Aunque esto no es lo definitivo,

(136) REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, págs. 79 y sigs.

(137) *Ibid.*, págs. 211 y sigs.

(138) Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1413.

(139) *Ibid.*, págs. 1414 y 1415.

puesto que la autonomía privada puede establecer una cuota no proporcionada. Además, la aplicación de la regla fundamental del arrendamiento, que impone la determinación temporal, lleva a la misma conclusión.

Y la duración determinada no puede comprender el derecho a prórroga en el uso de la cosa aportada porque aquella determinación dejaría de existir. En el arrendamiento —contrato por tiempo determinado y precio cierto—, sí cabe la prórroga, pero porque la prestación del arrendatario —el pago de la renta— se prorroga lo mismo que la permanencia en el uso de la cosa arrendada; el valor de las respectivas prestaciones mantiene su proporción (cuquiera que sea ésta) (140) después de la prórroga. Pero en la aportación en uso, al adquirirse la posición de socio y los derechos sociales al tiempo de hacer la aportación, en función de ésta, la eventualidad de una prórroga rompería la proporción inicialmente establecida al tiempo del contrato y de la aportación.

Por último, hay que plantearse la hipótesis de que se pactase que el tiempo de la aportación de cosa no consumible superase la vida efectiva de la sociedad, con lo que no habría restitución de la cosa, y el derecho personal de uso y goce, todavía no agotado, formaría parte del activo social al tiempo de la liquidación y entraría en el reparto. Pero para que tal pacto fuera posible, el derecho que tiene la sociedad debería ser transmisible, y sabemos que no lo es.

* * *

Otra cuestión es la de si, no determinado expresamente el tiempo de la aportación, éste pueda saberse por medio de una interpretación del contrato. Ciertamente, podrán ser elementos para esa interpretación el tiempo de la sociedad, el objeto de la misma o la cuota en la participación en los beneficios. La doctrina francesa está conforme en que, cuando los socios no designan un término, la aportación en uso debe ser entendida por todo el tiempo de la sociedad (141).

Llegado el término, automáticamente, sin necesidad de notificación previa, la sociedad, disuelta o no, dependiendo de que el término (determinado) de la aportación sea igual o menor al de duración de la sociedad, deberá restituir el bien que se aportó en uso. Esta seguridad en el tiempo de la devolución (seguridad que se tiene, además, desde el mismo momento de hacer la aportación) es algo de lo que no gozan los demás socios y es otro atractivo de la aportación en uso (142).

(140) Otra cosa es el fenómeno de la depreciación monetaria.

(141) Vid. REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, pág. 85.

(142) Vid., *ibid.*, pág. 88.

8. BIENES APORTABLES EN USO

Dice SIMONETTO que aportación es «qualsiasi entità idonea alla sodisfazione di un interesse sociale» (143). Ciertamente, la aportación en uso puede serlo de cualquier cosa que, por su naturaleza y su situación jurídica (144), sea susceptible de utilidad social, lo mismo que la aportación en propiedad. Ahora bien, ¿pueden ser objeto de una u otra clase de aportación los mismos bienes? Es indudable que los bienes corporales, muebles o inmuebles, pueden serlo, de la misma manera que pueden ser objeto de venta, de arrendamiento o de préstamo; y también, los bienes incorporales, como la patente de invención (145) o la marca (146). E igualmente, un negocio o un establecimiento mercantil o una explotación agraria, pues el hecho de que pueda ser objeto de

(143) SIMONETTO, ERNESTO, *L'apporto nel contratto di società*, cit., pág. 11. Sin embargo, la afirmación no es tan absoluta como parece: vid., respecto a la aportación aleatoria y a la condicional, las págs. 51 a 53.

(144) Decimos que, no sólo la naturaleza, sino la actual situación jurídica de cosa puede ser un obstáculo para que sirva a la consecución del fin social, y, por tanto, para su aportación en uso: por ejemplo, la cosa que aporta el socio ya estaba cedida por éste a un tercero; aunque el obstáculo puede ser relativo si la situación es transitoria y se han hecho las oportunas previsiones (se trata de un arrendamiento que ha de expirar en poco tiempo, y se ha pactado que, hasta ese momento, no se produzca la entrega o puesta a disposición del bien). La situación jurídica de la cosa (en definitiva, la «cualidad» del uso, de la que hablaremos) y su inadecuación actual para rendir utilidad social no hace necesariamente imposible la aportación: todo depende del momento en que haya de hacerse la promoción del objeto social; y, desde luego, del contrato. Depende del contrato, porque la cosa, hoy insusceptible de aportación, puede haberse prometido como futura. En este sentido, vid. STS de 23 de abril de 1957: hay contrato preparatorio o preliminar de sociedad cuando dos o más personas se comprometen a realizar, en el futuro, el contrato de sociedad que, en el momento presente, no pueden o no quieren realizar; por contra, cuando se ha pactado el objeto de la sociedad, aunque las aportaciones prometidas sean futuras y una de ellas sometida a condición suspensiva, el contrato es de sociedad, sometido al artículo 1.679.

(145) La Ley 11/1986, de 20 de marzo, hace susceptibles de atribución en goce o explotación (y por ello, de aportación en uso) a las patentes y a las solicitudes de patente. El artículo 74.1 dice que «tanto la solicitud de patente como la patente [...] pueden ser objeto de licencias»; y el artículo 75.2 añade que estas licencias pueden serlo en la totalidad de la patente o de la solicitud, «o en alguna de las facultades que integran el derecho de exclusiva, para todo el territorio nacional o para una parte del mismo». El titular de la licencia, salvo pacto en contrario, «tendrá derecho a realizar todos los actos que integran la explotación de la invención patentada, en todas sus aplicaciones, en todo el período nacional y durante toda la duración de la patente» (art. 75.4). Por lo demás, también los modelos de utilidad son susceptibles de cesión para su explotación (cfr. arts. 152 y 154) y, por tanto, de aportación en uso.

(146) El artículo 41.1 de la Ley de Marcas (Ley 32/1988, de 10 de noviembre) dice que «con independencia de la transmisión de la totalidad o de una parte de la empresa, la marca y la solicitud de registro de marca podrá ser cedida por todos los medios que el Derecho reconoce»; por tanto, es susceptible de aportación en uso.

arrendamiento (147) avala el que pueda serlo de aportación en uso. Y también, una concesión administrativa, si el título de la concesión no lo impide, y dentro de los límites de la concesión.

Dicho esto, conviene examinar otros posibles objetos de los que, no sin dificultad, se puede afirmar su susceptibilidad para ser objeto de una aportación en uso. Hablaremos, pues, del dinero, de los créditos y de la cosa arrendada.

8.1. EL DINERO

Por su naturaleza, el dinero parece ser idóneo únicamente para una aportación «a fondo perdido», es decir, una aportación en propiedad (148). Sin embargo, esta impresión inicial debe ser ponderada. En el Derecho antiguo era admitida la aportación en uso de dinero, pues ofrecía un medio, a prestamistas y usureros, para eludir la prohibición canónica del préstamo con interés y de la usura (149): el que aportaba el dinero tenía derecho a recibir, al término de la aportación, la cantidad aportada (el capital) y, además, a participar de los resultados (el rendimiento del capital).

En nuestro Derecho, que admite la aportación en uso de bien fungible/consumible (art. 1.687 del Código Civil) no debe haber obstáculo para que el dinero, bien fungible por antonomasia, pueda ser objeto de una aportación de este tipo, lo mismo que puede ser objeto de préstamo simple o mutuo. Además, como el dinero es un bien fructífero, y, por tanto, susceptible de producir rendimientos a su poseedor, con independencia del título de la aportación, resulta adecuado para la promoción de cualquier objeto social. Por otro lado,

(147) En efecto, pueden ser objeto de arrendamiento —el denominado arrendamiento de industria— que fue definido por el artículo 3.1 de la LAU de 1964, como el que recaer sobre «una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para ello serlo de meras formalidades administrativas». El hecho de que la LAU de 1994 no se refiera ya a él, no parece significar otra cosa que el que deba considerarse sometido a la norma arrendaticia urbana especial (como arrendamiento para uso distinto del de vivienda) —evidentemente, siempre que la base física del negocio o industria sea un inmueble urbano; así, DÁVILA GONZÁLEZ, JAVIER, «Artículo 3.º», en AA.VV., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1994, pág. 32-. En este sentido hay que recordar que la referencia que hacía la antigua ley a este arrendamiento era para excluirlo de su ámbito de aplicación; por lo tanto, su omisión en la actual ley ha de significar lo contrario: su inclusión. Sobre el arrendamiento de industria, vid. SANCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1998, págs. 184 y sigs.; MOTOS GUIRAO, M., «El arrendamiento de la empresa», en *Estudios Garrigues*, I, págs. 479 y sigs., y BROSETA PONT, M., «La empresa como objeto de tráfico jurídico», en *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 15 y sigs.

(148) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 154.

(149) *Ibid.*, pág. 2.

el artículo 1.665 declara aportable al dinero, sin hacer salvedad derivada del título de aportación.

Otra cosa es que, la aparente aportación de dinero encubra un préstamo, usurario o no. Se tratará de un supuesto en el que el aportante no participa realmente en la comunidad de contribución, pues no asume el deber general de contribuir, ni participa del fin común, pues el fin es individual; se tratará de un supuesto, en fin, de simulación.

Una aportación en uso de dinero, no es una aportación dineraria, o sea, una aportación de dinero con carácter definitivo, en propiedad, sino una aportación *in natura* (no dineraria). Por eso, el problema, o más bien la dificultad, de esta clase de aportación, se sitúa especialmente en la valoración (cuestión de suma importancia en las sociedades de capital). Si fuera aportación dineraria no haría falta la valoración porque el dinero aportado sería, a la vez, objeto de la prestación y medida del valor la misma. Pero al ser no dineraria, hay que valorar la aportación porque el dinero no es exactamente el objeto de la prestación, sino el derecho personal al uso y goce, por un tiempo determinado, de la cantidad de dinero (aunque tal uso y goce implique, como en la aportación dineraria, transmisión de propiedad).

Se trata de deuda de dinero, tanto en su momento inicial (obligación de aportar) como en su momento final (restitución), pues la sociedad habrá de devolver la misma cantidad recibida y no el valor actualizado de la que fue entregada (de otra manera, el riesgo sería de éste); y, por eso, si hay retraso, tanto en la entrega por el socio, como en la devolución por la sociedad, y se han de pagar intereses, será por haberse constituido en mora al obligado, y tendrán carácter indemnizatorio, pero no de actualización de valor.

8.2. LOS CRÉDITOS

Tampoco parece inmediatamente evidente la posibilidad de aportar en uso un crédito, porque la cesión de un crédito supone la transmisión de su titularidad, de tal manera que el cesionario adquiere la disponibilidad de la deuda, la posibilidad de exigirla o de condonarla, o de dejarla prescribir. Por contra, lo que no necesita explicación es que un crédito pueda ser objeto de una aportación en propiedad, porque, él mismo, puede ser objeto de venta (arts. 1.526 y sigs. del Código Civil); es más, el Código Civil concibe, en principio, la cesión de crédito como una venta (los citados artículos están incardinados en el título IV del libro IV, «Del contrato de compra y venta»).

Sin embargo, hoy se puede considerar superada la concepción del Código, porque la cesión puede obedecer a muy diversas causas (150): onerosa (venta,

(150) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, II, págs. 805 y sigs.

descuento), lucrativa (donación), de fin común (aportación a sociedad) (151); y puede cumplir muy diversas funciones, y no sólo la inmediatamente traslativa, sino también la de garantía (152).

Que la cesión de un crédito pueda ser a título de sociedad no es, pues, un problema. El problema está en que la función económica del derecho de crédito admita una operación distinta de la de disponer de él. La cuestión es si cabe ceder el uso de un derecho de crédito. Pues bien, además de que el Derecho ofrece algún supuesto de cesión de derecho de crédito no traslativa de la titularidad (153), el hecho de que la cesión implique transmisión no empece el que el derecho de crédito cedido pueda y deba ser restituido, al menos, por equivalente. La transmisión de la titularidad de un derecho de crédito, lo mismo que la transmisión de la propiedad, no es incompatible con la idea de cesión en uso, o sea, con la idea de temporalidad en la cesión, como lo demuestra la existencia del préstamo mutuo y de la aportación de cosa consumible. La cesión o la aportación en uso de un crédito, que es traslativa de la titularidad, supone únicamente que la sociedad ha de restituir su equivalente al término pactado para la aportación. La última dificultad estriba en que, verdaderamente, el crédito sea «consumible», esto es, sea realizable, exigible, pues, de lo contrario, no podrá ser «usado» por la sociedad y, aunque pueda ser restituido al socio, ninguna utilidad habrá rendido a aquélla.

8.3. LA APORTACIÓN EN USO DE COSA ARRENDADA

Ya deslindamos el supuesto de la aportación *quoad usum*, cuando el aportante era mero arrendatario de la cosa, de otros supuestos próximos a él, como el de aportación del arrendamiento o el de constitución del subarriendo a favor de la sociedad. En el caso de aportación en uso de cosa arrendada, el socio proporciona a la sociedad el uso y el disfrute de la cosa que él tiene como arrendatario, pero no transmite ningún derecho arrendaticio a la sociedad.

La cosa arrendada es viable como objeto de aportación en uso porque ella misma es susceptible, en principio, de un segundo arrendamiento, o sea, de

(151) El artículo 39.2 de la LSA la admite para la sociedad anónima, y, por ende, para la sociedad capitalista.

(152) DÍEZ-PICAZO, *ibid.*, pág. 809.

(153) Un supuesto de cesión en uso de derecho de crédito lo ofrece el Derecho laboral: es el caso de la empresa de trabajo temporal (regulada por Ley 14/1994, de 1 de junio), que cede al trabajador por ellas contratado a otra empresa, denominada usuaria, que será la que pueda exigir, durante un tiempo, la prestación de servicios a la que el trabajador está obligado.

un subarriendo (art. 1.550 del Código Civil). Por esto, dice LÓPEZ JACOISTE que a esta clase de aportación ha de serle aplicable el régimen del subarriendo en cuanto a las relaciones entre el arrendador y el arrendatario aportante en uso (en las relaciones entre el arrendatario y la sociedad ya se le aplica el régimen del arrendamiento, como en toda aportación en uso, por analogía): «la aportación del arrendamiento a título de uso [...] aunque objetiva y aisladamente considerado no sea un arrendamiento, frente al vínculo existente entre arrendador y arrendatario, ofrece trascendencia de subarriendo» (154). Pero ha de ser una aplicación también analógica, no directa, como apunta este autor (155): así, por ejemplo, no podrá el arrendador ejercer la acción directa contra la sociedad para cobrar lo que el arrendatario (socio aportante) le deba sobre la base de las mercedes subarrendaticias debidas, porque, sencillamente, en la aportación no existe renta. La analogía se impondrá, desde luego, en otros aspectos: por ejemplo, en el caso de un inmueble arrendado en el que se ejerce una actividad empresarial o profesional, el arrendatario aportante deberá notificar al arrendador, en el plazo de un mes, la aportación *quoad usum* que acaba de realizar (156).

Por otro lado, el término de la aportación no supone ninguna dificultad frente al arrendador, puesto que, con la restitución, el socio aportante recupera el uso aportado sin que haya «devolución» del arrendamiento, pues la sociedad, en ningún momento, ha sido arrendataria —lo que habría supuesto cesión de contrato—.

(154) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 150. También REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., págs. 168 y sigs.

(155) Dice: «Es imprescindible examinar los elementos arrendaticios latentes en el propio negocio de aportación. Y, una vez puntualizada su existencia o se da valor a estos elementos, y entonces la aportación tiene repercusión de subarriendo; o no se les da valor, y entonces se desconoce la naturaleza de lo aportado y se construye el negocio en el vacío, pues el título de aportación legítima a la compañía para el uso de la cosa, pero no le asegura la existencia material de facultades de esa clase, ya que éstas derivan del arrendamiento.» Y termina: «la disyuntiva es concluyente: [o] se considera la aportación del arrendamiento a título de uso como subarriendo o se crea una figura totalmente desconectada de la fuente de usos arrendaticios y, por lo tanto, totalmente inane. Así, pues, aquel negocio, aunque objetiva y aisladamente considerado no sea un arrendamiento, frente al vínculo existente entre arrendador y arrendatario, ofrece trascendencia de subarriendo» (*ibid.*, pág. 150).

(156) Cfr. artículo 32.4 LAU de 1994.

Segunda parte

REGIMEN DE LA APORTACION EN USO

1. REQUISITOS DE LA APORTACION EN USO Y ADECUACION AL FIN SOCIAL

En el contrato de sociedad, se llama aportación a la prestación que debe realizar el socio, la cual constituye el contenido de la principal obligación que tiene éste: la obligación de aportar (157). Pues bien, como toda prestación, la de aportar en uso ha de reunir los requisitos de posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad que exigen los artículos 1.271 a 1.273. Pero, además, ha de ser adecuada al fin común.

Ciertamente, los requisitos generales de todo objeto contractual no son suficientes en el caso del contrato de sociedad. Se precisa, además, cierta proporción entre lo aportado y el fin social (158). En el contrato de sociedad se hace necesaria la adecuación del objeto a la causa del contrato; y hasta tal punto esto es así que ha sido tradicional la confusión entre el objeto del contrato y el objeto de la sociedad (causa), predicándose de éste los requisitos de posibilidad y determinación de aquél; aunque, como advierte PAZ-ARES, ambos requisitos, predicados de la causa, se pueden inferir también del existencia de ésta (159). Porque para que haya causa, ésta ha de estar determinada en más o en menos y, sobre todo, ha de ser posible.

Como advierte GIRÓN TENA, «la relación con el fin social, cuyo carácter común es esencial para el concepto mismo de sociedad, postula la exigencia de la adecuación de lo que el socio compromete bajo el concepto de aportación, a la promoción del fin social propuesto» (160); con otras palabras, lo aportado o prometido en aportación debe presentar una utilidad que se debe medir en relación a la actividad de la sociedad, o sea, al objeto social (161). Pues bien, un aspecto de esa proporción entre el objeto aportado y el fin concreto de la sociedad u objeto social, es la adecuación que ha de existir entre el título en que se aporta y ese mismo fin; en nuestro caso, entre el título *quoad usum* y el fin social que los socios se han comprometido a promocio-

(157) Hay, no obstante, un concepto amplio de aportación, equivalente a la obligación general de colaborar a la consecución del fin común (vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1412), al que no nos referimos ahora.

(158) PAZ-ARES, *ibid.*, pág. 1414.

(159) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1337.

(160) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 213.

(161) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 20. Esa incompatibilidad entre la cosa aportada y la actividad, se produce, por ejemplo, en el caso de la aportación de una patente a una sociedad inmobiliaria.

nar. Los ejemplos no son difíciles de encontrar. Así, en caso de que el objeto social consista en la venta de inmuebles, la aportación en uso de un inmueble resultará inadecuada, a no ser que se trate de una aportación marginal respecto al conjunto de las aportaciones, como sería el caso de que tal inmueble fuera destinado a sede social.

Mas no sólo eso, hay que fijarse también en la «cualidad» del uso aportado para apreciar o no su adecuación al fin social. Porque el uso que el socio tiene, y que aporta, puede estar configurado de muy diversa manera, según los casos. Por poner un ejemplo, piénsese en que el socio aportante es propietario de varias plazas de garaje, y como sucede en la mayor parte de los casos, lo que en realidad tiene es una cuota de la comunidad existente sobre todo el local destinado a tal fin (comunidad de garaje). Pues bien, si aporta las plazas de aparcamiento en uso y la sociedad se propone explotarlas (alquilarlas, por ejemplo), tal vez la configuración que la comunidad (dotada de estatutos) haya hecho del uso del garaje sea incompatible con aquella explotación. Recuérdese que en la genuina comunidad de garaje nadie es propietario de «su» plaza, sino que existe el acuerdo entre los comuneros sobre el uso de un determinado espacio; acuerdo relativo al uso, que ha podido configurarse como rotativo, correspondiendo cada vez a cada comunero una plaza distinta, lo que puede no convenir al mencionado fin social (162).

Y si saltamos de la comunidad ordinaria a la propiedad horizontal, obtenemos otro ejemplo de lo que decimos: si el socio —digamos, en una sociedad de médicos— aporta en uso un piso y la sociedad lo va a destinar a instalar en él la consulta, la aportación no será adecuada si, en los estatutos de la comunidad, está prohibido el uso de los pisos a actividades negociales o profesionales.

La incompatibilidad o falta de adecuación entre el título de aportación en uso (considerando también la «cualidad» de este uso) y el fin social, cuando la sociedad, por ello, no pueda obtener ninguna utilidad del bien aportado, hace improcedente la aportación, y el contrato será nulo por inadecuación de la aportación (163).

Por otro lado, como lo que justifica la prestación no es, como en los contratos de cambio, la contraprestación, sino el fin común, si la prestación no sirve para promocionarlo, puede que la misma existencia del fin común se

(162) El uso, en toda comunidad, es en principio solidario con los límites del artículo 394 del Código Civil; o sea, cada comunero puede ejercerlo sobre el todo (*solidum*), pero los comuneros pueden transformarlo en uso exclusivo de partes atribuidas a cada comunero, o en uso periódico, etc.

(163) No cabe hablar de nulidad del negocio de aportación porque éste no tiene autonomía (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1418), sino de nulidad del contrato de sociedad. Otra cosa será la nulidad parcial.

vea afectada. Si el fin común concreto (objeto de la sociedad y causa del contrato) no es posible (de la causa se ha de predicar, en el contrato de sociedad, no sólo la existencia, veracidad y licitud, sino también la posibilidad y la determinación) (164) o sea, no puede alcanzarse por inadecuación de la prestación, el contrato de sociedad puede resultar también nulo por este motivo (165): porque «la posibilidad —jurídica y fáctica— de desarrollo del fin común es ella misma condición de existencia de la causa» (166).

No en el caso de que pueda afirmarse la imposibilidad de la causa, pero sí cuando lo que hay es mera inadecuación de la aportación (de una aportación), es decir, cuando la causa de nulidad no afecta a todo el contrato plurilateral, sino a una de sus relaciones jurídicas, la nulidad puede ser parcial (por ejemplo, en el caso de la sociedad de más de dos socios, porque el fin pueda cumplirse con las aportaciones de los otros socios). Pero no debe afirmarse esto a la ligera, porque, en materia de nulidad parcial, se debe examinar la voluntad de las partes (real o presumible) (167); y también cuando se trate de contratos plurilaterales o asociativos. Es decir, en nuestro caso, se debe poder saber o inducir, al menos, que los demás socios quisieron o hubieran querido continuar con la sociedad sin la «parte» que resulta nula. Porque, si esto no es así, la nulidad será total (168).

¿Qué significa que la sociedad es nula parcialmente? En la sociedad interna, en la sociedad-contrato, la nulidad parcial opera como en cualquier otro contrato: será nula la «parte» del contrato. Ahora bien, en este caso, no será una estipulación o una cláusula contractual a la que resulte nula, sino una relación jurídica que se integra en el complejo contrato plurilateral: precisamente, la consecuencia más importante que se extrae de la categoría de los contratos plurilaterales es la de la posibilidad de limitar la nulidad (también la ineficacia sobrevenida, la resolución por incumplimiento) al vínculo del socio al que afecta la causa de nulidad (169).

La nulidad parcial opera, no obstante, de modo semejante a la disolución parcial y exclusión del socio. Por eso, dada la inexistencia de previsión normativa en el Código Civil, habrá que acudir, para fundar esta nulidad parcial,

(164) PAZ-ARES, *ibid.*, pág. 1337.

(165) PAZ-ARES habla de nulidad de la obligación (*ibid.*, pág. 1414).

(166) *Ibid.*, pág. 1338.

(167) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (reimpres., Madrid, 1991), pág. 493; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho patrimonial*, I, Madrid, 1993, pág. 456.

(168) Cabe, incluso, la posible voluntad que habrá que poder inducir también, de continuar la sociedad con el socio «no aportante», puesto que es admisible la sociedad en la que uno participa a costa de los demás, siempre y cuando, ese socio asuma el deber de aportación general, o sea, el de contribuir a la promoción del fin social (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1412).

(169) Vid., Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho patrimonial*, I, pág. 141.

a la aplicación analógica del artículo 1.706, párrafo 1.º, *in fine*. Precepto que faculta a los socios para excluir al compañero en un supuesto concreto (denuncia de mala fe para apropiarse del provecho que debía ser común, lo que supone una infracción del deber de fidelidad), pero que puede aplicarse «a los demás supuestos de incumplimiento culpable, por parte de los socios, de sus deberes fundamentales» (170). Y de este precepto cabe extraer el principio aplicable a nuestro caso (*analogía iuris*) de conservación del contrato de sociedad por exclusión del socio al que afecten incumplimientos, pero también vicios y vicisitudes del contrato. Como dice GIRÓN, el desfase temporal entre la construcción de la categoría del contrato plurilateral y los textos legales, supuso que éstos contemplaran supuestos aislados de continuación de la sociedad con exclusión del socio: supuestos concretos de incumplimiento, con olvido de otros: nulidades, imposibilidad, etc. (171).

En la sociedad externa —sociedad en la que la nulidad da lugar al fenómeno de la sociedad de hecho—, el motivo de nulidad operará, propiamente, como causa de disolución autónoma (172); y, en este caso, de disolución será parcial. En la sociedad anónima, en cambio, después de la inscripción, ni la inadecuación de la aportación ni la imposibilidad de consecución del fin común serán causas de nulidad (173).

* * *

Respecto a la forma, no hay exigencia: la aportación en uso, aun cuando fuera de bien inmueble, no puede imponer la forma escrituraria pública al contrato de sociedad (174). En primer lugar, porque el artículo 1.667 del Código Civil habla de aportación de inmuebles, y un derecho personal de uso sobre un inmueble no tiene la consideración de bien inmueble, pues sólo la tienen los derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 334, 10.º del Código Civil). Y, en segundo lugar, porque la analogía existente entre el derecho que ostenta la sociedad en virtud de una aportación en uso, con el arrendamiento, impone también la analogía entre los contratos que dan origen a una y otra situación (175).

(170) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1.511.

(171) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., págs. 666 y 675.

(172) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1332.

(173) Artículo 34 de la LSA.

(174) En cualquier caso, se trata de forma no esencial. Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1348. Con un planteamiento más ambiguo, CAPPILLA, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 32 a 37.

(175) La exigencia de la escritura pública para el arrendamiento por más de seis años no lo es sino para poder inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad (art. 1.280.2.º en relación con el art. 1.549 del Código Civil).

2. OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE RELATIVAS A LA APORTACION *QUOAD USUM*

Hacer la aportación no es la única obligación del socio, pero sí la principal (176). En el Código no hay una regulación expresa del contenido de esta obligación del socio, por lo que su contenido debe ser integrado por el recurso a la analogía, dependiendo de que el objeto cuyo uso se aporta sea consumible o no consumible. Comencemos por ahí.

2.1. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACIÓN DE COSA NO CONSUMIBLE

Establecida, para la aportación en uso de cosa no consumible, la analogía con el arrendamiento es fácil apreciar cómo esa obligación se desglosa en una serie de deberes, de conformidad con el artículo 1.554 del Código Civil:

- el de entregar la cosa que se aporta;
- el de hacer, en la cosa aportada, las reparaciones necesarias a la conservación, conforme a su destino y
- el de mantener a la sociedad en el uso y goce pacífico de la cosa aportada.

Por otro lado, del artículo 1.553 se desprende también la obligación de saneamiento.

2.1.1. *La obligación de entregar la cosa*

La primera obligación del socio aportante, sea en uso, sea en propiedad, es una obligación de dar, es decir, de hacer un traspaso posesorio a la sociedad. El socio debe entregar, debe realizar los actos necesarios para que la sociedad tome posesión de la cosa. Entrega que, en palabras de DIEZ-PICAZO, «puede ser un paso de mano a mano, pero puede ser también una puesta a disposición» (177); lo que dependerá de lo previsto en el contrato, en su caso,

(176) Otras obligaciones que tiene el socio son: el deber de fidelidad (art. 1.684); la obligación de contribuir a los gastos de conservación de las cosas comunes (art. 1.695.3.^ª); la obligación de contribuir a las pérdidas (art. 1.689), que es distinta del deber de suplementación en la aportación, que, en nuestro Derecho, no existe como tal, aunque, desde luego, puede pactarse, y hasta, tal vez, podría hacerse derivar excepcionalmente de las exigencias de la buena fe (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1412 y 1413); y, en su caso, la obligación de administrar (art. 1.692).

(177) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 240. La expresión «puesta a disposición», aunque evoca el *abusus*, no es exclusiva de la entrega en el contrato de compraventa (vid. art. 333 del Código de Comercio); puede aplicarse a otros contratos en los que debe haber traspaso posesorio sin enajenación.

completado por los usos de los negocios (entre otros elementos de integración). En el Derecho francés, el nuevo artículo 1.843-3 del *Code Civil* (redactado en 1978) dice que la aportación consiste en la transferencia de los derechos correspondientes o en la *mise à la disposition effective des biens* (178). De la puesta a disposición, podría dudarse de su efectividad como mecanismo para la aportación en propiedad, es decir, como medio para transmitir la propiedad, pero no cabe dudar de su eficacia para entender cumplida, con ella, la obligación de entregar (179), máxime en el supuesto de cosa no consumible, porque, en ella, con la puesta a disposición, no hay transmisión del riesgo.

Con independencia de que la forma exigida por el artículo 1.667 (forma no esencial) afecta al contrato y no al cumplimiento de la obligación de aportar, y de que, como ya hemos dicho, no alcanza a la aportación en uso de bienes inmuebles, existen casos en los que la cesión de derechos de uso de determinados bienes exige de la forma escrituraria (pública o privada) como forma esencial, por lo que la obligación de aportar ese uso ha de ser cumplida de esa forma, para que la sociedad (o el conjunto de los socios) adquiera el derecho. La cuestión es compleja. La exigencia de forma, como dice PAZ-ARES, «no se contrae, como a veces se sostiene, a la obligación de aportar que tenga por objeto la participación en una sociedad limitada, la patente, el derecho de propiedad intelectual, la asunción de una garantía mercantil, etc., sino que se extiende a todo el contrato de sociedad» (180). Porque la aportación no es un negocio autónomo, sino una obligación derivada del contrato. Así pues, la forma, de ser exigida para la cesión, ha de impregnar todo el contrato, con independencia que también sea necesaria para el acto de cesión. Es el caso, por ejemplo, de la cesión de patente. La aportación de patente o de solicitud de patente, en virtud de lo establecido por la Ley de Patentes para el acto de cesión (arts. 74 a 107), ha de constar por escrito (art. 74.2); además de que el acto de cesión ha de ser completado, por el aportante, con la puesta a disposición del «licenciatario [de] los conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación de la invención» (art. 76.1).

La entrega material (o simbólica) o la puesta a disposición con la finalidad de que se opere un cambio posesorio, en el caso de la sociedad no personificada, debe hacerse al conjunto de los socios o, al menos, a los que ejerzan la administración. Pero también (y con independencia de cómo sea la sociedad) es posible que no haya ni una ni otra y que el socio aportante

(178) No se aplica a la aportación de dinero.

(179) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 629.

(180) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1345.

continúe detentando la posesión de la cosa aportada (181). En este caso, en el que no hay acto material de entrega, hay cambio de afectación de la cosa, porque el socio pasa a detentar la cosa, desde el momento que se haya fijado en el contrato, por cuenta de la sociedad (o del conjunto de los socios, en el caso de la sociedad interna), y la sociedad (o el conjunto de los socios) adquiere la posesión en virtud del artículo 439 del Código Civil.

Por último, respecto al objeto que se ha de entregar o poner a disposición (que ha de ser idéntico e íntegro), en virtud del artículo 1.097, ha de comprender todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados en el contrato (de sociedad). Y estos accesorios son los que la cosa tuviera al perfeccionarse el contrato y los que sean necesarios para su uso y destino.

2.1.2. *La obligación de mantener en el uso y goce de la cosa aportada*

La obligación del socio, cuando su aportación es *quoad usum*, no termina con la entrega, sino que continúa con la permanente colaboración que sea precisa a fin de que la sociedad pueda usar y gozar la cosa aportada todo el tiempo que dure la aportación o la sociedad. De esta obligación del socio, ya hemos dicho que es de tracto continuo, similar, por ello, a la aportación de industria, que es obligación duradera (182).

Cuando el socio se obliga a aportar *quoad dominium*, su obligación es de tracto único, pues una vez realizada la entrega queda liberado y sólo se le puede obligar al saneamiento (como en la compraventa); mientras que cuando se obliga a aportar *quoad usum* su obligación es de tracto sucesivo y dura por todo el tiempo pactado (183). Así, dice LÓPEZ JACOISTE: «la aportación en uso implica continuada colaboración del socio con la sociedad para proporcionar a ésta el goce de la cosa; se trata de la función de intermediario inexcusable en todas las situaciones de goce sobre cosa ajena, las cuales precisan una cierta cooperación del titular del dominio» (184).

Esa obligación de colaborar para que la sociedad se mantenga en el uso y goce de la cosa aportada es una obligación de contenido muy amplio, que se descompone en otras obligaciones específicas.

En primer lugar, la obligación de evitar las situaciones de perturbación en el goce implica la obligación, del socio, de abstenerse de toda actuación que provoque esa perturbación. Lo que supone, sobre todo, que no deba perturbar

(181) Vid. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 15.

(182) Vid. HAUTCOEUR, *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés*, cit.

(183) En este sentido: GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 336.

(184) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 78.

la posesión de la sociedad, la cual tiene, frente al socio, al igual que el arrendatario frente al arrendador, la tutela de su posesión *ex* artículo 250.4.º LEC (los antiguos interdictos de retener y de recobrar la posesión *ex* art. 446 de la LEC anterior). Además, esta obligación, se concreta en la exigencia del artículo 1.557 de que el arrendador (el socio aportante) no varíe la forma de la cosa entregada.

En segundo lugar, el socio ha de responder también de las perturbaciones que procedan de terceras personas. Estas perturbaciones son las de derecho, porque de las de hecho el artículo 1.560 exime al arrendador (en nuestro caso, al socio aportante), pues concede al arrendatario (en nuestro caso, a la sociedad) acción directa contra el perturbador; lo que no obsta para que el socio aportante, al igual que el arrendador, también tenga acción contra el perturbador y pueda ejercerla en beneficio de la sociedad.

Las perturbaciones de derecho son las realizadas por un tercero «en virtud de un derecho que le corresponde», como dice el artículo 1.560, en su segundo párrafo. De ellas sí responde el socio aportante, el cual debe defender a la sociedad por vía de acción o de excepción; aunque esta obligación tiene como presupuesto el cumplimiento de otra obligación, por parte de la sociedad, que es la puesta en conocimiento al socio, lo antes posible, de «toda novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare» (art. 1.559, pfo. 1.º).

2.1.3. *La obligación de reparar*

Con relación a la obligación de reparar la cosa, hay que decir que se refiere no sólo a todas las reparaciones necesarias al uso para el que se destina la cosa, ya procedan de defectos anteriores a la entrega, ya de deterioros posteriores, debidos tanto al mero transcurso del tiempo como al uso ordenado de la cosa, como a caso fortuito o fuerza mayor (185). En este punto hay que advertir que las obras que son exigibles, por parte de la sociedad, son las obras de mera corrección de deterioros, y no las de reconstrucción (186) (del caso de destrucción o pérdida de la cosa trataremos más adelante).

Por su parte, la sociedad tiene (al igual que el arrendatario) la obligación de poner en conocimiento del socio, con carácter de urgencia, la necesidad de todas las reparaciones necesarias (art. 1.559, pfo. 2.º), y en caso de no hacerlo será responsable de los daños y perjuicios que por su negligencia se causen (art. 1.559, pfo. 3.º). Además, ha de tolerar las obras en aplicación del ar-

(185) STS de 9 de marzo de 1964, relativa al arrendamiento.

(186) SSTs de 12 de noviembre de 1974, de 20 y de 28 de febrero de 1975, relativas al arrendamiento.

título 1.558, cuyos párrafos segundo y tercero no son aplicables y hay que reconducirlos al supuesto de pérdida temporal que más adelante se examina.

2.1.4. *La obligación de saneamiento*

Nada dice el Código de la garantía que, en caso de aportación en uso, haya de prestar el socio a la sociedad. Respecto a la aportación en propiedad, como ya hemos dicho, el artículo 1.681.2.º establece la garantía por evicción, si la cosa es cierta y determinada, «en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto al comprador»; y la doctrina entiende que también se ha de incluir el saneamiento por vicios ocultos, como en la compraventa (187).

Para la aportación en uso, sólo podemos afirmar, antes de acudir a las normas del arrendamiento, que el socio, como obligado que está a entregar la cosa que aporta, debe, no sólo cumplir, sino que debe hacerlo sin defecto. Después, la remisión a las reglas del arrendamiento ha de servir para disciplinar esa elemental obligación, y, en su virtud, concluir que el socio aportante, que tiene una obligación continuada de mantener a la sociedad en el goce pacífico de la cosa, lo mismo que el arrendador, ha de asegurar, además, ese goce pacífico (art. 1.554-3.º del Código Civil) (188).

A su vez, el artículo 1.553 del Código Civil, relativo al arrendamiento, remite a las reglas de la compraventa, con lo que la regulación de la garantía de la aportación en uso viene a ser igual a la de la aportación en propiedad, pues el artículo 1.681, en su segundo párrafo, para la aportación en propiedad, hace también remisión a las normas de la compraventa. Así las cosas, podría parecer conveniente que, para evitar el circunloquio, en lugar de aplicar analógicamente, a la aportación en uso, los artículos 1.553 y 1.554, se aplicara analógicamente el artículo 1.681. Sin embargo, como ha señalado CAPILLA, no da igual optar por una o por otra solución porque «la obligación de saneamiento o garantía del vendedor no se extiende más que a los casos de evicción y vicios ocultos, como consecuencia de la naturaleza de la relación jurídica instaurada a partir del contrato de compraventa [...]. Por el contrario, el arrendador está gravado con una obligación de garantía más extensa, a causa de instaurarse una obligación de tracto continuado: así, no sólo responde por evicción o vicios ocultos (los cuales traen causa desde antes del arrendamiento, igual que en la compraventa), sino que asume una

(187) Por todos, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 262.

(188) En otros derechos europeos, la remisión a las reglas del arrendamiento, en cuanto a la garantía es expresa: artículo 984 del *Código Civil Português*; artículo 2.254 del *Codice Civile*; artículo 1.843.3 del *Code Civil*.

posición de garante que le obliga “a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato”, según se desprende del número 3.º del artículo 1.554». Y concluye: «por todo ello, entiendo preferible la opinión que estima, en principio, que debe asimilarse la aportación en uso con el arrendamiento, que cuenta en su favor con lo establecido por el artículo 1.687 en materia de riesgos» (189).

Sin embargo, esta polémica carece de virtualidad porque, como dicen DIEZ-PICAZO y GULLÓN, lo que está falto, de entrada, de justificación es el reenvío que el artículo 1.553 hace a las normas sobre saneamiento de la compraventa (190). En efecto, el supuesto de evicción, esto es, el de pérdida total parcial del goce de la cosa como consecuencia de una acción ejercida por un tercero, supone ya un incumplimiento para el socio aportante de su obligación de mantener a la sociedad en el goce pacífico de la cosa. Y el supuesto de vicios ocultos que hagan impropia a la cosa aportada para el uso a que se la destina, conduce ya hacia la obligación de hacer las reparaciones necesarias que impone el artículo 1.554.2.º y que, efectivamente, incluye los vicios existentes al tiempo de hacerse el arrendamiento (la aportación) y los que surjan después. O sea, que no es que la obligación de saneamiento (en el arrendamiento y en la aportación en uso de cosa consumible) haya de regirse directa o indirectamente por el régimen de saneamiento de la compraventa, y que haya que ver si esa obligación supone un concepto más amplio de saneamiento que el de la evicción o el de los vicios ocultos, sino que dicha obligación de saneamiento queda desprovista de contenido por la existencia de las restantes obligaciones del arrendador o del aportante en uso de cosa no consumible, que ya hemos examinado.

2.2. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACIÓN DE COSA CONSUMIBLE

2.2.1. *La obligación de entregar la cosa*

Lo mismo que en la aportación de cosa consumible, el socio tiene una obligación de entregar, porque, al contrario que el contrato de préstamo mutuo, con el que la aportación en uso de cosa consumible guarda analogía, el contrato de sociedad no es real.

(189) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 262 y 268. Respecto al régimen de garantía, dentro de los arrendamientos, estima que debería aplicarse el que corresponda a la naturaleza del bien (inmueble urbano o rústico), siempre que no contradiga las normas generales sobre arrendamientos contenidas en el Código Civil, habida cuenta el carácter de excepcionalidad de las normas arrendaticias urbanas o rústicas (pág. 268).

(190) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, t. II, pág. 368.

En la medida en que la cosa consumible sea cosa genérica (191) (por ejemplo, materias primas, mercaderías), deberá individualizarse ésta, con carácter previo al cumplimiento. Facultad (y deber, dice Díez-PICAZO) (192), en principio, del deudor, esto es, del socio. La especificación llevada a cabo por el deudor señala el momento de la traslación de los riesgos a la sociedad, como se deduce del artículo 1.452.3.º, que, aunque relativo a la compraventa, al establecer el momento en que los riesgos se imputan al acreedor (comprador), puede ser aplicado por analogía en este caso de imputación de riesgos a la sociedad (acreedor que adquiere la propiedad, lo mismo que el comprador). Mas la sola especificación realizada por el socio no parece suficiente para hacer traslación de los riesgos, cuando la misma, aun notificada a la sociedad, no va seguida inmediatamente por la entrega. Como dice Díez-PICAZO, habrá que estar a lo pactado, integrado, en su caso, por los criterios que deban utilizarse, y, entre ellos, los usos negociales; y como, dice, siguiendo a LARENZ, habrá que distinguir «según que sea una obligación de entrega efectiva, una obligación de remisión o una obligación de puesta a disposición: en el primer caso, la obligación sólo se especifica o individualiza con la entrega; en el segundo caso se individualiza desde el momento en que el deudor separa unilateralmente los géneros y los pone en camino; y en el tercer caso basta que el deudor tenga la mercancía a disposición del acreedor, siempre que haya comunicado a éste tal hecho, ofreciéndosela en condiciones tales que permita la mora del acreedor, si éste no efectúa la recogida, aunque deba admitirse que el riesgo se traslada desde la separación con puesta a disposición, exista o no todavía *mora accipiendi*» (193).

Con relación a la calidad de la cosa genérica, ha de ser aplicada la regla del artículo 1.167 del Código Civil, a no ser que, en el contrato social, se haya establecido otra cosa; contrato que, en su caso, habrá de interpretarse conforme a los artículos 1.281 y siguientes de dicho cuerpo legal (194).

2.2.2. *La obligación de saneamiento*

Respecto a una obligación de garantía, más estricta para el aportante en uso que para el mutuante, ya hemos hablado para decir que la naturaleza

(191) En la concepción del Código, parece identificarse la cosa consumible («fungible») con la genérica. Así, el artículo 1.687 parece equiparar la no consumible con la «cosa cierta y determinada», lo que, *a contrario*, significa aquella identificación. Si se tratara de cosa fungible en sentido estricto, sí que podría establecerse, sin duda, esa identidad.

(192) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 298.

(193) *Ibid.*

(194) Vid. CAFFARENA LAPORTA, «El requisito de identidad de pago en las obligaciones genéricas», en *ADC* (1985), págs. 909 y sigs.

del contrato de sociedad (contrato de fin común lucrativo), o sea, su carácter no gratuito, hacía inadecuada una garantía tan moderada como la del artículo 1.752 del Código Civil. Al aportante en uso de cosa consumible se le ha de hacer responder por vicios. Ahora bien, no cabe repetir aquí lo que se ha dicho sobre el saneamiento en la aportación de cosa no consumible, porque, en el caso de la aportación de cosa consumible, no existe la obligación duradera de mantener en el uso y goce, ni la de reparar, que sí existe en aquella aportación. Aquí, el saneamiento ha de ser el de la compraventa, puesto que esta aportación entraña transmisión de la propiedad. Ello no obstante, lo mismo que en el caso de la aportación en propiedad, la aplicación de las reglas de saneamiento de la compraventa (en virtud de la remisión expresa que hace el art. 1.681) no es automática (195). Así pues, el supuesto de evicción debe ser reconducido al de incumplimiento de la obligación de aportar, con las consecuencias propias, y no a la acción de los artículos 1.475, porque el efecto fundamental de la restitución del precio no puede darse, porque el precio no existe. Y lo mismo puede decirse, en caso de vicios ocultos, con relación a la acción redhibitoria. Sin embargo, la acción estimatoria o *quanti minoris* es perfectamente aplicable, si se sustituye la «rebaja del precio» por la reducción proporcional de la participación del socio (196).

3. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD RELATIVAS A LA APORTACION. LA OBLIGACION DE RESTITUCION

Nos referimos ahora a las obligaciones que surgen entre la sociedad y el socio no derivadas de su pura cualidad de socio sino de su cualidad de aportante en uso, y como consecuencia de haberse instaurado por ese concepto una relación de tracto continuo. Así pues, lo mismo que en el arrendamiento (art. 1.555.2.º del Código Civil), si se trata de un bien no consumible, la sociedad viene obligada a usar la cosa conforme a su destino, el cual vendrá marcado por el objeto social (o fin concreto de la sociedad); lo que supone que habrá de indemnizar ésta al socio por el uso negligente que provoque la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa (arg. ex art. 1.563 del Código Civil) (197). Pero, sobre todo, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa, viene obligada, la sociedad, a devolverla.

(195) Cfr. CAPILLA, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 261 y sigs.

(196) Vid., *ibid.*, pág. 266.

(197) La obligación precedente, cuando la sociedad es personificada, recae sobre los administradores.

Se plantea REGNAUT-MOUTIER, a la vista de las dispares opiniones de la doctrina francesa, si la obligación de restitución es distintiva en la portación en uso (de cosa no consumible) que en la aportación en propiedad (198). La duda surge, en Derecho francés, porque la aportación en propiedad puede tener el mismo efecto que la aportación en uso, por el juego de las reglas relativas a la liquidación de las sociedades. En efecto, el artículo 1.844-9 del *Code Civil* (procedente de la reforma de 1978) dice que, en defecto de decisión previa de los socios, «tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partagée est attribué, sur sa demande, et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport». Y ello ha llevado a algún autor a decir que las consecuencias de una aportación en propiedad son semejantes a las de una aportación en uso, puesto que el aportante, en ambos casos, podrá recuperar la cosa *in natura*.

El Código Civil español nada dice sobre la liquidación de la sociedad, limitándose, en su artículo 1.708, a remitir a las reglas de la partición de la herencia, reglas que tampoco indican nada sobre una preferencia en la adjudicación de bienes. Razón por la que PAZ-ARES afirma que «no hay derecho de los socios a la recuperación *in natura* de la aportación que hubieren realizado»; y, aunque el Código parte de la premisa de que el reparto se hará *in natura* (o sea, no en metálico), no existe «un derecho de predetracción» (199).

Ciertamente, podría llegarse a un derecho de adjudicación preferente sobre el bien aportado en propiedad, de existir todavía en el patrimonio, por aplicación analógica de las reglas de liquidación de patrimonios conyugales (200), dada la parcial semejanza de supuestos. Y así, del artículo 1.406 podría resultar el principio de adjudicación de bienes con los que el partícipe tiene vinculación personal, que aplicada a la sociedad devendría en la regla de adjudicación del mismo que fue aportado en propiedad.

Pero, aunque así fuera, seguiría siendo distinto el derecho a recuperar cosas *in natura* que fueron aportadas en propiedad, en la liquidación, del derecho a la restitución de bienes (no consumibles) aportados en uso. La aportación en propiedad opera una transferencia definitiva del bien, por eso, el socio aportante en propiedad no tiene ningún derecho originario a recuperar el mismo bien; el derecho a la recuperación del mismo bien —en caso de que exista tal derecho— surge al tiempo de la liquidación, de existir todavía ese bien en el patrimonio social. Por el contrario, el derecho del socio aportante en uso a recupe-

(198) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 62.

(199) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1522. La doctrina francesa, anterior a la ley de 4 de enero de 1978, también era contraria (REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*).

(200) Aplicación que sugiere el mismo Paz-Ares (PAZ-ARES, *ibid.*, pág. 1517) y en la que sigue a LACRUZ (LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 3.º, cit., pág. 428).

rar la cosa es originario, y lo tiene por el mismo hecho de ser propietario, y de no haber perdido esa condición mientras ha durado la aportación. En el primer caso estaríamos ante un derecho «sucesorio», que surgiría una vez disuelta la sociedad; en el segundo, de un derecho que siempre tuvo el socio.

Afirmado el carácter originario del derecho a recuperar la misma cosa aportada, que es propio únicamente de la aportación de cosa no consumible, digamos que, en ese caso, también se ha de recibir en el estado en que se encontrara al ser aportado, conforme a las reglas del arrendamiento (art. 1.561 del Código Civil), salvo casos de pérdida o menoscabo fortuitos.

Si se trata de cosa consumible, en cuyo caso ha habido transmisión de propiedad a favor de la sociedad, la restitución de la aportación ha de ser en cosa de la misma calidad y especie (y cantidad) por aplicación de las reglas del mutuo. Pero, para que esto pueda ser, hace falta, como sabemos, que la cosa consumible sea, a la vez, fungible; si no lo es, la restitución no puede ser de cosas idénticas y tiene que realizarse por equivalente. En cualquier caso, no hay un mero traspaso posesorio de la sociedad al socio, sino una verdadera transferencia de propiedad, que se opera con la entrega al socio (lo mismo que al inicio, con la entrega a la sociedad).

Tratándose de aportación de dinero, la regla del nominalismo impone que lo restituible sea la misma suma de dinero (de unidades monetarias en la especie pactada o en moneda de curso legal [art. 1.170 del Código Civil]) que fue aportada (deuda de dinero) con independencia de las fluctuaciones que haya experimentado. El artículo 1.753 del Código Civil dice que «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible [...] estará obligado a devolver al acreedor otro tanto», es decir, la misma cantidad. También, el artículo 312 del Código de Comercio, a pesar de su difícil inteligencia, consagra el principio nominalista para el préstamo de dinero (201).

Por otro lado, se debe devolver el bien, cuando corresponda hacer la restitución, y cualquiera que sea la situación financiera de la sociedad. En caso de embargo por los acreedores sociales, el socio podrá oponerse a él, aportando el contrato social y, sobre todo, los documentos que justifiquen su derecho de propiedad o su titularidad, conforme establece el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y podrá interponer demanda de tercería de dominio dirigida al alzamiento del embargo, de acuerdo con los artículos 595 y siguientes de la misma ley.

Si se trata de cosa consumible, por aplicación de las reglas del cuasi usufructo, el socio aportante puede hacer garantizar la restitución por medio de algún derecho de garantía como, por ejemplo, la hipoteca sobre los bienes de la sociedad.

(201) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 263.

En caso de pérdida no fortuita de la cosa, o sea, por culpa de la sociedad (de los administradores), no se extingue la obligación que la sociedad tiene de devolver, si bien, no ya la cosa aportada, que ya no existe, sino su valor (arts. 1.568 y 1.101 del Código Civil). Pero, en este supuesto, no parece que la pérdida sea productora del derecho a la denuncia unilateral del artículo 1.707, salvo que tal pérdida resulte significativa para el conjunto patrimonial, y haga dudar de la viabilidad de la sociedad para alcanzar su término.

4. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA NO CONSUMIBLE

La cuestión del incumplimiento de las obligaciones del socio aportante está muy poco estructurada en el Código, y la doctrina, por su parte, no se ha preocupado de sistematizarla; con todo, los preceptos y las cuestiones de referencia son las siguientes: el prácticamente inútil artículo 1.686, relativo a los daños y perjuicios causados por el socio a la sociedad (202); el artículo 1.687, que regula la materia de los riesgos; el 1.701, sobre la disolución de la sociedad en caso de pérdida, y el 1.707, sobre la denuncia disolutoria, en casos, tanto de incumplimiento imputable como no imputable, o sea, en casos, también, de pérdida fortuita. En efecto, tanto la obligación principal del socio aportante en uso, que es la de hacer entrega de la cosa, como la de mantener en el uso y goce de la cosa a la sociedad, son obligaciones cuyo incumplimiento está relacionado con la cuestión de la pérdida.

Analicemos, primero, el supuesto de incumplimiento no imputable, y luego el de incumplimiento imputable al socio.

4.1. INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE

4.1.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, no imputable (la pérdida fortuita)*

El supuesto de incumplimiento de la obligación de entregar, no imputable al socio, es el supuesto de pérdida fortuita anterior a la entrega (imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de entregar y, en general, de la obligación de aportar). El artículo 1.687 no se refiere más que a la pérdida de las

(202) Decimos que es prácticamente inútil porque apenas presenta especialidad respecto a los artículos 1.094 y siguientes del Código Civil, relativos al incumplimiento de las obligaciones (en este sentido, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 304).

cosas ya aportadas (o sea, a la cuestión del riesgo de la cosa aportada), y con miras al momento final de la sociedad, pero no dice nada de las que aún no lo han sido. Ahora bien, sí es aplicable el artículo 1.701, relativo a la disolución de la sociedad por pérdida de cosa específica (203), prometida en aportación (*quoad dominium y quoad usum*, pfo. 1.º) (204); y también el 1.707, que concede el derecho a la denuncia disolutoria en todo caso de incumplimiento (o sea, no sólo por culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor); preceptos, ambos, que regulan lo relativo a los efectos que el incumplimiento tiene sobre la sociedad (disolución y denuncia), pero no sobre la obligación de aportar (extinción o no de la misma) ni sobre la situación del que debió aportar. Veamos primero este segundo aspecto.

Con relación a la obligación de aportar, habida cuenta la ausencia de norma específica, hay que acudir a las reglas generales contenidas en los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil. Y, así, ha de afirmarse que el incumplimiento por imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de aportar supone la extinción de ésta y la liberación del deudor que había prometido hacerla. La no imputabilidad al socio deudor, por imposibilidad sobrevenida, que tiene como consecuencias la liberación de su obligación y la no responsabilidad por el incumplimiento, se funda en el caso fortuito [ha de interpretarse el «sin culpa del deudor» del artículo 1.182 como caso fortuito (205), con lo que coincide con el criterio del artículo 1.105]. La pérdida fortuita es causa de la liberación y límite de la responsabilidad del deudor (206).

Respecto a la sociedad, el perecimiento fortuito de la cosa, antes de efectuada la entrega, conduce a la disolución de la misma, por mandato del artículo 1.701; artículo que regula el supuesto doblemente: en el párrafo primero decreta genéricamente la disolución cuando la cosa prometida en aportación perece antes de la entrega, lo que vale tanto para la aportación en uso como en propiedad; y en el párrafo segundo, cuando se trata de cosa de la que el

(203) La hipótesis de pérdida de cosa genérica no es concebible.

(204) Entendemos que el párrafo 1.º se refiere a toda clase de aportación periclitada antes de la entrega; mientras que el párrafo 2.º se refiere sólo a las *quoad usum* periclitadas después. Este segundo párrafo regula, pues, el supuesto de pérdida, una vez realizada la entrega, o sea, estando la cosa en posesión de la sociedad; supuesto que es también el del artículo 1.687. Este caso no difiere en consecuencias del supuesto del párrafo 1.º del artículo 1.701. En este sentido dice Capilla que «la disolución de la sociedad por pérdida fortuita de la cosa aportada en uso se produce como consecuencia de la extensión a este tipo de aportaciones del régimen propio del arrendamiento (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 623).

(205) En este sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 653.

(206) Vid. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 150 y sigs.

socio se ha reservado la propiedad (o sea, en la aportación *quoad usum*), dice que la sociedad se disuelve en todo caso, es decir, tanto en caso de perecimiento anterior como posterior a la entrega. Pero esta drástica consecuencia requiere alguna explicación.

En primer lugar, parecería que esta causa disolutoria no es sino una concreción de la del número 2.º del artículo 1.700, que dice que «la sociedad se extingue cuando se pierde la cosa». Pero no es así, porque el artículo 1.701, en todos sus párrafos, no es un desarrollo del número 2.º del artículo 1.700. Y no lo es porque no declara siempre la disolución de la sociedad por pérdida de la cosa aportada: la declara en el párrafo 1.º y en el 2.º, como hemos dicho, pero no en el párrafo 3.º para cuando la pérdida «ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella». Así pues, cabe afirmar que la pérdida a que se refiere el número 2.º del artículo 1.700 es la extinción del sustrato patrimonial de la sociedad, que hace que sea imposible la consecución del fin social, mientras que la pérdida a la que alude el artículo 1.701 (pfos. 2.º y 3.º) es la del objeto ya aportado o por aportar.

En segundo lugar, que esa radical consecuencia de la pérdida, que es la disolución de la sociedad (207), no es tan automática como parece deducirse del tenor literal del artículo 1.701. Y no puede serlo porque protege intereses privados en los que los tribunales no pueden entrar de oficio «y nada impide que los consocios permanezcan inactivos, conformándose con que siga en sociedad el socio que en realidad nada aportó» (208). La pérdida fortuita funciona como «justo motivo» que permite la denuncia disolutoria (la renuncia causal) por cualquier socio al amparo del artículo 1.707 (209) (en las sociedades por tiempo determinado); es decir, que el supuesto de hecho del artículo 1.701 queda comprendido en el del artículo 1.707. En definitiva, es la misma idea que preside el artículo 1.124, no aplicable por tratarse de un contrato no sinalagmático, pero sí su principio (210): que el incumplimiento

(207) Ha sido tradicional la crítica a que el efecto de la pérdida sea la disolución y no la exclusión del socio incumplidor, como sucede para las sociedades mercantiles personalistas: artículo 218.7.º Hay que advertir que en ese precepto, según opinión general, se incluye tanto el supuesto de incumplimiento imputable como no imputable (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 626). No obstante, veremos como la exclusión del socio tiene juego en este ámbito.

(208) CAPILLA RONCERO, *ibid.*, pág. 622. En igual sentido: PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1496. La interpretación histórica es la contraria: que la disolución por pérdida de la cosa no imputable al deudor de la aportación (el socio), opera automáticamente.

(209) La pérdida puede operar sólo como móvil en el caso del artículo 1.705, pues, en él, no es necesario alegar justo motivo para instar la disolución.

(210) Capilla dice que la disolución del artículo 1.701 es plasmación del principio informante del artículo 1.124 (*ibid.*, págs. 623, 625). En cambio, del artículo 1.707 afirma que «supone la aplicación a la relación social del mecanismo resolutorio que, con carácter general, recoge el artículo 1.124» (*ibid.*, pág. 621; también: págs. 681 y sigs.).

imputable, y, menos aún, el no imputable (imposibilidad sobrevenida) no producen la resolución automática del contrato (en nuestro caso, la disolución de la sociedad), sino que posibilitan al que cumplió el poder pedir la resolución (en nuestro caso, ejercer la denuncia).

Así pues, cabe que los socios no insten la disolución porque quieran la continuidad de la sociedad a todo trance, incluso con el socio que no pudo aportar. Para este supuesto, lo que correspondería sería la disolución parcial, esto es, la exclusión del socio (cuyo presupuesto de la condición de socio [su participación en la comunidad de contribución en sentido estricto] ha desaparecido), sin derecho a contrapartida alguna (211). Es la solución del Derecho italiano: en el *Codice Civile* se da la exclusión del socio aportante del «go-dimento», por pérdida de la cosa no imputable a los administradores (art. 2.286, 2.º pfo. *Codice Civile*). Nuestro Código no prevé nada relativo a la disolución parcial, salvo la mención que hace el artículo 1.706, párrafo primero, a la exclusión del socio renunciante de mala fe, pero, a través de la aplicación analógica de ese precepto, se podría llegar a afirmar, también para nuestro caso, la solución de la exclusión del socio. En efecto, como dice PAZ-ARES, «no hay razón para permitir que se excluya a un socio cuando infringe el deber de denunciar la sociedad de buena fe (que, al fin y al cabo, es una hipótesis de menor trascendencia) y para no permitir lo propio cuando se infringe el deber de aportar o el deber de no competencia, etc.» (212).

Si, a pesar de todo, la sociedad continúa con todos sus socios, porque no se ha producido la disolución de la sociedad ni la exclusión del socio, éste habrá ostentado los derechos correspondientes a su cualidad de socio, pero, cuando se produzca la disolución, no sólo no tendrá derecho a recuperar el valor de la cosa perdida, sino, como no la aportó, tampoco tendrá derecho a participar en los resultados, pues éstos, en principio, deben ser proporcionales a lo aportado (art. 1.689 del Código Civil) (213).

(211) Es la propuesta de Rey Portolés (REY PORTOLÉS, «El art. 1.701 del Código Civil [la imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad]», en *ADC* [1975], págs. 897 y sigs.).

(212) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1511. En contra, Capilla opina que «si no se promueve la efectiva disolución de la sociedad, ésta permanece inalterada, salvo la disminución patrimonial provocada por la pérdida sufrida. El socio afectado por la imposibilidad seguirá de hecho siendo socio, percibiendo la participación en beneficios que se haya pactado en su favor». Porque, para él, la disolución parcial no es posible, salvo previsión acordada unánimemente por los socios (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 626).

(213) Para Paz-Ares, el sentido del artículo 1.701 es precisamente el de «distribuir los riesgos contractuales entre las partes» por pérdida fortuita de la cosa aportada o prometida en aportación (*ibid.*, págs. 1495 a 1497; en el mismo sentido: CAPILLA, *ibid.*, págs. 615 a 617; con opinión diversa: DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, cit., pág. 532). Cuando el pericimimiento de la cosa es posterior a su aportación, y ésta fue en propiedad, dice el artículo que no hay disolución; lo que significa que el riesgo

Por último, en el caso que contemplamos de que la sociedad continúe con él a pesar de su no aportación, pierde este socio deudor su derecho a exigir a los demás su aportación (lo que, en otro caso, podría haber hecho en el marco, desde luego, de la *actio pro socio*). A diferencia de la compraventa (art. 1.452), que atribuye el riesgo, como regla general, al acreedor (o sea, al comprador, siguiendo el principio *res perit emptori*) aquí se atribuye al deudor (esto es, al socio) que no podrá reclamar nada. Y si lo que reclama es el cumplimiento de los demás socios, se podrá oponer por éstos, no la *exceptio non adimpleti contractus*, pues no se trata de un contrato sinalagmático, pero sí la *exceptio doli* (214), *sobre todo si la sociedad es de dos socios*.

4.1.2. *Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, no imputable*

La pérdida fortuita de la cosa, una vez entregada, es una cuestión de riesgo, del que luego hablaremos, pero implica también el incumplimiento (no imputable) de la obligación de mantener en el uso y goce de la cosa aportada. En efecto, la pérdida fortuita posterior a la entrega produce necesariamente el incumplimiento (por imposibilidad sobrevenida, no imputable) de la obligación de tracto continuo, que tiene el socio, de mantener a la sociedad en el uso o goce de la cosa aportada; incumplimiento (y liberación) del socio que, aunque no imputable, hace que éste decaiga en la comunidad de contribución, lo que explica que el segundo párrafo del artículo 1.701 prevea la disolución de la sociedad no sólo cuando la pérdida es anterior a la entrega sino también cuando es posterior. Por contraposición, en la aportación en propiedad, en caso de pérdida posterior a la entrega, el párrafo tercero del artículo 1.701 no establece la disolución, porque en ella no existe obligación duradera y toda la obligación del socio ha sido ya cumplida.

lo soporta la sociedad: el socio conserva sus derechos en la sociedad. Pero cuando el perecimiento es de cosa prometida en aportación *quoad dominium*, aún no entregada (antes de ser aportada); o cuando la aportación es en uso o goce, ya sea antes, ya después de ser entregada, el riesgo es del socio: o sea, al socio se le priva del derecho a reclamar la cuota de liquidación.

Lo mismo afirma Capilla al decir que «la consecuencia dimanante de la afirmación de que el riesgo es del socio es, precisamente, que éste ve alterada su posición jurídica como consecuencia de los eventos fortuitos padecidos por su aportación»: «recupera las cosas en el estado en que se encuentren, o no recupera nada al finalizar la sociedad, y decrece, aumenta o se extingue su derecho a participar en resultados»: «desaparece el contenido patrimonial de su condición de socio» y «debe desaparecer también la condición de socio» (CAPILLA, *ibid.*, pág. 619).

(214) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1317.

La aplicación del artículo 1.701 se ha de hacer, como ya se ha dicho, en conjunción con el 1.707, al que hay que dar el alcance mencionado, incluido el relativo a la posibilidad de exclusión del socio. Sin embargo, en la medida en que, ahora, la pérdida se produce con posterioridad a la entrega, la medida de la exclusión del socio puede ser injusta si el período de uso y disfrute, por la sociedad, de la cosa ha sido todo o una gran parte del tiempo prometido. Para las sociedades de capital, dice LOJENDIO que, «por aplicación de las normas sobre arrendamiento, en caso de pérdida de la cosa (art. 1.568 del CC), queda extinguida la obligación de devolverla si el arrendatario [sociedad] prueba que no se perdió por su culpa (arts. 1.182 y 1.183 del CC). Al extinguirse el contrato por pérdida del objeto desaparece, igualmente, la obligación del arrendatario [sociedad] de pagar la renta, por lo que cabe pensar, en el caso de aportación de uso a la sociedad a cambio de acciones entregadas en el mismo momento, que si se pierde la cosa antes de finalizar el período de duración pactado, la sociedad tendría derecho a recuperar una parte proporcional de lo que entregó, esto es, de acciones o de su valor en dinero, correspondiente al período no disfrutado» (215); pero el socio no perdería su condición mientras conservara algunas acciones. Esto se explica porque la entrega de acciones (en la sociedad anónima) equivale al pago anticipado de todas las rentas correspondientes al período fijado de uso, por lo que, en caso de pérdida, habría derecho a recuperarlas proporcionalmente al período no disfrutado.

4.2. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE

4.2.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, imputable*

En caso de incumplimiento imputable de la obligación de entregar (supuestos de pérdida no fortuita y, por tanto, negligente) (216), o de pérdida fortuita, estando en mora o habiéndose prometido la cosa a varias personas (art. 1.096 del Código Civil); o el simple supuesto de mora) puede tener lugar, igualmente, la disolución de la sociedad en el marco, ahora exclusivamente, del artículo 1.707, que permite la denuncia de la sociedad por tiempo determinado en caso de «faltar uno de los compañeros a sus obligaciones». Bajo este aspecto, la consecuencia, no obstante, es la misma (justo motivo para pedir la disolución), o casi la misma que en el caso del incumplimiento no imputable de la obligación de entregar, o sea, en el supuesto de pérdida

(215) LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 56.

(216) La diligencia debida en la concreta relación obligatoria mide la evitabilidad o no de la pérdida, y, por tanto, su caracterización o no como fortuita (vid., JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 217 y 218).

fortuita. La diferencia entre el incumplimiento culpable y el no culpable, con relación a la disolución, está, como dice CAPILLA, en que el efecto disolutorio, en el primer caso, opera desde la denuncia, mientras que, en el segundo, desde la pérdida (217) (aunque este segundo caso requiere también de la denuncia, puesto que no hay automatismo en la disolución).

Como el incumplimiento procede de causa imputable al socio, éste no se libera, pudiendo optar la sociedad —o cualquier socio (en el ejercicio de la *actio pro socio*)—, en vez de por la denuncia, por exigir el cumplimiento (218). Si el cumplimiento ya no es posible (caso de pérdida no fortuita o fortuita, estando en mora o habiendo prometido la cosa a varias personas), habrá surgido la obligación de indemnizar; y si todavía es posible, los demás socios podrán intimar al socio a fin de que cumpla *in natura*; y, si no, proceder al cumplimiento forzoso, pudiendo exigirle, además, responsabilidad por los daños y perjuicios que haya causado, en aplicación de lo establecido en el artículo 1.686, que es un trasunto del artículo 1.101, y que dice que «todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo», entre los que habrán de incluirse «los que se ocasionen a los socios como consecuencia de la terminación anticipada de la sociedad» (219).

4.2.2. *Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, imputable*

La hipótesis de incumplimiento imputable de la obligación de mantener en el uso o goce incluye varios supuestos: además de los casos de perturbación en la posesión, el de pérdida culpable posterior a la entrega por no haber, por ejemplo, realizado, en las cosas, las reparaciones necesarias, o el de evicción. En cualquier caso, es aplicable el artículo 1.707, o sea, la posibilidad de denunciar la sociedad por incumplimiento de un socio o de excluirle; debiendo añadirse, por tratarse de incumplimiento imputable, el deber de indemnizar por parte de este socio.

5. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA CONSUMIBLE

En la medida en la que la cosa consumible sea genérica, no cabe la hipótesis de pérdida anterior a la entrega (*genus numquam perit*), ni la de

(217) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 624.

(218) La denuncia es incompatible con el cumplimiento (PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1513; CAPILLA, *ibid.*, pág. 693).

(219) PAZ-ARES, *ibid.* Vid. CAPILLA, *ibid.*, pág. 696.

liberación del socio por imposibilidad sobrevenida; el socio soporta el riesgo del perecimiento fortuito porque puede entregar y cumplir con cosas del género pactado (220). El incumplimiento de la obligación de entregar cosas genéricas es imputable al socio en tanto el género subsista, con independencia de su diligencia (221).

En caso de incumplimiento de la obligación de entregar, en este supuesto de cosa genérica, por parte del socio, y presupuesta la condena, cabe el cumplimiento forzoso en los términos del artículo 1.096, párrafo 2.º del Código Civil, esto es, por medio de la adquisición de las cosas pertenecientes al género, siendo del socio la obligación de pagar el precio de las mismas. El incumplimiento, no obstante, de la obligación de entregar, puede dar lugar a la denuncia de la sociedad, *ex* artículo 1.707 del Código Civil. Además, será exigible la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

Por otro lado, al no existir obligación de mantener en el uso y goce de la cosa, la pérdida posterior a la entrega no puede constituir un problema de incumplimiento, sino de riesgo.

6. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA

Uno de los aspectos más característicos de la aportación en uso es el relativo a la atribución del riesgo, que es materia regulada expresamente por el artículo 1.687. Para empezar, hay que aclarar que el riesgo de que trata este artículo no es el relativo a la obligación de aportar (por imposibilidad de cumplirla), de lo que ya hemos tratado (222), sino el «riesgo» a la plusvalía o minusvalía (incluso, a la pérdida) que sufra la cosa ya aportada (223); resolviendo la cuestión de a quién debe atribuírsele: si al socio que la aportó o a la sociedad, y, por tanto, a todos los socios.

(220) Esto, entendido con las limitaciones que señala Caffarena (CAFFARENA LAPORTA, «*Genus numquam perit*», en *ADC*, 1982, pág. 293): que se trate de género no limitado y que el acreedor no se encuentre constituido en mora.

(221) Así, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pág. 432. La hipótesis de incumplimiento no imputable sería la de pérdida fortuita de cosa consumible, no fungible, anterior a la entrega, o de cosa consumible de género limitado.

(222) El riesgo, en ese caso, es también del socio, como en el caso presente, pero esa imputación del riesgo es algo que hay que deducir del artículo 1.701, en combinación con el artículo 1.707, como ya se ha dicho.

(223) De lo que parcialmente hemos tratado, cuando supone incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce. «Por riesgos han de entenderse los avatares padecidos por las cosas objeto de una prestación, que se traducen en su pérdida, menoscabo o incremento de valor, como consecuencia de circunstancias no imputables a dolo, culpa o negligencia de los sujetos intervinientes» (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 315).

Por eso, lo primero que hay que hacer es determinar el sujeto que ha de sufrir el riesgo, y para ello es preciso analizar el artículo 1.687, distinguiendo, como él hace, a efectos de desplazamiento del riesgo, entre cosas consumibles y no consumibles; aunque, junto a las primeras, menciona también otras. Dice el artículo 1.687 que «el riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles [no consumibles], que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario» (párrafo 1.º); mientras que «si las cosas aportadas son fungibles» [no consumibles], o «no pueden guardarse sin que se deterioren» [deteriorables], o «se aportaron para ser vendidas», o «con estimación hecha en el inventario», el riesgo es de la sociedad (párrafo 2.º).

6.1. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA, CUANDO ES NO CONSUMIBLE

En el párrafo primero del artículo 1.687 se dice que si la aportación fue *quoad usum* y la cosa era no consumible, el riesgo es del socio aportante (224), lo que guarda congruencia con la regla *res perit domino*. ¿Qué quiere decir que el socio soporta el riesgo? Pues que, en caso de pérdida, no tiene derecho a recuperar, no ya la cosa que ha perecido, sino tampoco su valor; pudiendo perder, por otro lado, la cualidad de socio para el futuro, según hemos visto ya. Es la misma regla que rige en el arrendamiento, pues, en él, el arrendatario no sufre la pérdida o menoscabo de la cosa por causa no imputable a él, o sea, por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero, o por deterioro por el uso ordinario o por el transcurso del tiempo (art. 1.561 del Código Civil). Otra cosa sucede en caso de que el deterioro o pérdida sea debido a culpa del arrendatario o de persona de «su casa», como dice el artículo 1.564. Y lo mismo en el caso de aportación en uso a una sociedad, cuando el deterioro o pérdida son debidos a socios, administradores, empleados, clientes, etc., pues, entonces, es la sociedad la que debe responder del deterioro o pérdida.

De igual modo, en el caso no de minusvalía, sino de plusvalía, esto es, de mejora del bien aportado, el riesgo, o sea, el beneficio, es también del socio aportante, al igual que en el arrendamiento, es del arrendador. El artículo 1.573 remite a las reglas del usufructo (arts. 487, 488 y 502 del Código Civil) y en su virtud, el arrendatario, o sea, la sociedad, no tiene derecho a indemnización alguna por las mejoras útiles o de recreo, si bien podrá retirarlas siempre que hayan mantenido su individualidad, o sea, siempre que no

(224) Que tiene que soportar la pérdida o menoscabo de la cosa debida a caso fortuito o hecho de tercero; o sea, que, en el momento de la disolución, el socio no tendrá derecho a ninguna compensación por no recibir la cosa aportada.

hayan pasado a formar parte integrante de la cosa aportada; en definitiva, siempre que puedan separarse sin detrimento. Por otra parte, podrá compensar las mejoras con los desperfectos (art. 488).

6.2. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA CUANDO ES CONSUMIBLE

En el Derecho antiguo, la aportación en uso de cosa fungible y, sobre todo, de dinero, se había convertido en un expediente para burlar la prohibición canónica de los préstamos usurarios, pero carecía del suficiente atractivo porque existía la regla de que los riesgos de las cosas consumibles o fungibles aportadas eran del socio. Y POTHIER propuso, a la vista de lo dicho, la transferencia de los riesgos de las cosas fungibles a la sociedad (225), lo que fue aceptado por los redactores del *Code Civil* (antiguo art. 1.851) y por los de nuestro Código Civil.

Actualmente, la regla por la que la sociedad asume los riesgos de las cosas consumibles dadas en uso tiene otras explicaciones. Para CAPILLA, la aportación en uso de cosa consumible con atribución del riesgo a la sociedad, acogida en el segundo párrafo del artículo 1.687, se explica por ser, además, aportación *quoad sortem* (226): por reservarse el socio recuperar su valor en todo caso al finalizar la sociedad, es decir, por «conservar íntegra su expectativa a la cuota de liquidación sin que se rompa la proporcionalidad inicialmente determinada en base al valor relativo de la cosa aportada» (227). Porque, cuando el socio tiene derecho a recuperar el valor de lo aportado, aunque en el momento de la disolución lo aportado no exista, o haya aumentado o disminuido su valor (lo que sucede cuando la aportación es *quoad dominium* y *quoad sortem*, que es lo normal), el riesgo es de la sociedad.

Para PAZ-ARES, el supuesto de una aportación en uso o goce de cosa consumible es extraño, porque una aportación de cosa consumible entraña enajenación o transmisión de la propiedad (228). Así, pues, considerando que tal aportación, en verdad, es traslativa de propiedad porque el uso y disfrute de esas cosas (por ejemplo, mercaderías, materias primas) supone su desaparición material o su enajenación, se explica que el riesgo recaiga en la sociedad, pues *res perit domino*. Para este autor, el segundo párrafo del artículo 1.687 se refiere a la aportación en propiedad únicamente, pues, de otra

(225) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 2.

(226) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 323 y sigs. No hay que olvidar la distinta concepción del título *quoad sortem* que tiene este autor respecto a Paz-Ares.

(227) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 322.

(228) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1430. Vid. la STS de 20 de julio de 1989, cómo interpreta este artículo.

manera, el artículo, en su conjunto, sería reiterativo: referencia negativa a la aportación en uso de cosa consumible en el párrafo primero, y positiva en el segundo. Pero esta interpretación no logra explicar por qué el legislador ha tenido que singularizar, en el segundo párrafo, cuatro supuestos de aportación en propiedad, habiendo bastado con una referencia genérica. Para salvarlo, PAZ-ARES entiende que este segundo párrafo lo que hace es «establecer la presunción de que, en la duda acerca del título de la aportación, las cosas fungibles, deteriorales, aportadas para ser vendidas y las tasadas deben reputarse realizadas a título de propiedad» (229).

Sin embargo, la explicación es más sencilla. Partiendo de que la aportación en uso de cosa consumible está admitida por el artículo 1.687 como tal aportación en uso y no como aportación en propiedad y de que, como ya dijimos, la presunción de la que habla PAZ-ARES no resulta evidente, es preciso volver sobre la naturaleza de la aportación en uso de cosa consumible. Con esta clase de aportación, el derecho que ostenta la sociedad, y que le permite, en el marco de su objeto social, obtener de la cosa beneficios, es de propiedad, y su posición jurídica frente al socio es semejante a la del mutuario respecto al mutante. Así pues, partiendo de la existencia de transmisión de dominio, la aplicación de la regla *res perit domino* conduce a ligar los riesgos a esa transferencia de propiedad (230); y porque las vicisitudes de la cosa (sea la aportada o las de su misma especie y calidad) en nada afectan al aportante, que conserva su derecho frente a la sociedad; por ello, el artículo 1.687, en su segundo párrafo, dice que «si las cosas aportadas son fungibles [...] el riesgo es de la sociedad». Lo mismo sucede en el mutuo: según el artículo 1.753, el prestatario tiene que devolver «otro tanto de la misma especie y calidad», y según el artículo 1.754, tiene que entregar «una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteraciones en su precio»; o sea, que el riesgo es suyo. El socio aportante conserva la integridad de sus derechos sociales, sea cual sea la suerte que corra el bien aportado, y conserva íntegro su derecho a la restitución.

7. LA IMPUTACION DEL RIESGO

Veamos ahora lo que significa hacer imputación del riesgo a los efectos del artículo 1.697, o sea, con relación a la liquidación (231).

(229) PAZ-ARES, *ibid.*

(230) Como ya dijimos, es determinante el momento en el que se sitúe la transmisión de la propiedad porque, a partir de él, la sociedad soportará el riesgo.

(231) Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1429 y 1430.

7.1. CUANDO EL RIESGO ES DEL SOCIO

Cuando el riesgo es del socio, quiere decirse que el aumento, disminución o pérdida de la cosa aportada se le atribuye a él, de modo que la plusvalía, sea beneficio suyo; lo mismo que la minusvalía o la pérdida sean también suyas, sin que pueda, en estos casos, aumentar su participación en las ganancias, imputando aquella pérdida a los resultados. Porque ninguna posible alteración sufrida por el bien puede afectar al resto de los socios.

La cosa determinada no consumible que, en caso de no haber perecido, recupera el socio, nunca ha formado parte del patrimonio de la sociedad, por lo que, con ocasión de la restitución, la cosa no sale del patrimonio de la sociedad para reingresar en el del socio. Tampoco sale del patrimonio social, en ese momento, el derecho personal de uso, para hacer tránsito hacia el patrimonio del socio, porque, precisamente, ese derecho se ha consumido, ha llegado a su término. Por eso, el patrimonio de la sociedad no se altera ni con la plusvalía ni con la minusvalía, ni con la pérdida del bien.

7.2. CUANDO EL RIESGO ES DE LA SOCIEDAD

Cuando el riesgo es de la sociedad (o, lo que es lo mismo, de los socios), el aumento o disminución de valor de la cosa aportada se imputa al resultado. Así, por ejemplo, si la cosa ha aumentado de valor, el socio aportante *quoad usum* tendrá derecho, en principio, a recuperar cosas de la misma calidad y especie (y cantidad) a las aportadas. Ahora bien, la devolución de bienes, ahora de valor superior, pero en la misma cuantía, especie y calidad, es pérdida para la sociedad y se imputa al resultado; resultado en el que el socio aportante participa.

8. LA RESTITUCION DE LOS BIENES DADOS EN USO

Lo propio de la aportación en uso es que la atribución que se hace a la sociedad del uso y goce es esencialmente temporal; o sea, que exige la restitución del bien aportado, cuestión de la que ya hemos tratado desde la perspectiva de la sociedad, como sujeto obligado.

8.1. EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN

En el caso de los bienes no consumibles, la restitución debe ser *in natura*, de la misma cosa aportada. Propiamente no es devolución de la aportación,

sino de la cosa. En esta aportación, como en la de industria, cuando llega su término, el socio no recupera el uso o el servicio que aportó, lo que recupera es la cosa libre o la libre disposición de su actividad.

En el caso de los bienes consumibles, cuyo uso ha supuesto su desaparición física o su enajenación (consumición jurídica), la restitución no podrá ser de la misma cosa aportada. Pero hace falta que sea, a la vez, fungible (lo que sucederá normalmente), para que pueda hacerse la restitución *in natura* (entendiendo por tal, cosa de la misma calidad y especie): los artículos 1.753 y 1.754 parten de la doble cualidad de la cosa prestada (consumible y fungible) al establecer que la restitución sea «de otro tanto de la misma especie y calidad» de la cosa mutuada. En caso de que sólo sea consumible, la restitución habrá de ser por equivalente.

8.2. EL MOMENTO DE LA RESTITUCIÓN

8.2.1. *Cuando el término de la aportación coincide con el de la sociedad*

En el supuesto de que el término de la aportación coincida con el tiempo efectivo de duración de la sociedad (que habrá de coincidir además con el tiempo estatutario para que haya aportación a tiempo determinado), el bien aportado habrá de devolverse en la liquidación. Ahora bien, hay que ver en cuál de las operaciones de liquidación ha de hacerse la restitución, siendo, como son, la liquidación del activo, la liquidación del pasivo y la división del patrimonio neto entre los socios (operación, ésta, que se descompone en dos: devolución del capital y distribución del resultado) (232).

La devolución del capital consiste, precisamente, en sustraer al patrimonio neto (patrimonio resultante de la liquidación del activo y del pasivo) el valor de las aportaciones realizadas por los socios, y en distribuir ese valor entre éstos, conforme a lo que aportaron; y lo que resta de aquella deducción es el resultado, que puede ser positivo o negativo, y que también habrá de ser distribuido entre los socios. Pues bien, la aportación en uso de cosa no consumible no se imputa al capital: el socio aportante en uso no tiene derecho a participar en el reparto del capital (en el reparto de resultado, sí) (233). «La devolución de los bienes no aportados en propiedad —dice GIRÓN— no es división del patrimonio social, sino cumplimiento de una obligación de la sociedad» (234).

(232) *Ibid.*, págs. 1519 y sigs.

(233) Tampoco tiene ese derecho el socio industrial.

(234) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 708.

La devolución, pues, del bien (no consumible) aportado en uso (del mismo bien, con su plusvalía o su minusvalía) no se hace en la fase de división del patrimonio neto, sino antes. Así, dice PAZ-ARES que puede incluirse en la liquidación del pasivo (pago de las deudas de la sociedad), «aunque técnicamente sean cuestiones diferentes, la devolución a los socios de las aportaciones realizadas a título de uso. Esta devolución ha de hacerse a partir del momento en que cesa la actividad de la explotación de la sociedad, puesto que se trata de bienes que no están afectos a fin de liquidación [satisfacción de las deudas]. No obstante, si se precisan para tal fin (v.gr.: el inmueble donde se almacena el patrimonio social o se realizan las ventas) podrá demorarse la entrega hasta el momento final» (235).

8.2.2. *Cuando el término de la aportación no coincide con el de la sociedad*

En el caso de que haya de restituirse antes de la terminación efectiva de la sociedad, si se trata de cosa no consumible, al haber transcurrido el término de la aportación, la sociedad carece de título para seguir poseyendo y ha de restituir el bien, como el arrendatario ha de reintegrar la posesión, una vez extinguido el contrato. Si la cosa es consumible, la sociedad ha de satisfacer el crédito que el socio tiene contra ella, por el que ha de recibir cosas de la misma calidad y especie (y cantidad) que la cosa aportada (art. 1.754 del Código Civil, por analogía); derecho que tiene desde que hizo la aportación, porque, como en el mutuo, su derecho de propiedad se transformó en un derecho de crédito.

M.^a ANGUSTIAS MARTOS CALABRÚS
y ALVARO NÚÑEZ IGLESIAS
Profesores Titulares de Derecho Civil
Universidad de Almería

(235) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1520. «El deber de fidelidad —señala Girón— aconseja interpretar que quepa retenerlo si es imprescindible el uso durante el proceso liquidatorio» (GIRÓN TENA, *ibid.*). Sobre restitución de los bienes dados en uso, vid. el artículo 2.281 del *Codice Civile*.

Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional 1.^a 9.^a LGDCU

SUMARIO: I. EL OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO Y LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO.—II. EL PARRAFO I DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU.—III. EL PARRAFO II DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU.

I. EL OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO Y LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO

1. Entre las modificaciones que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación hace en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), se encuentra la de incorporar una Disposición Adicional 1.^a (DA 1.^a), la cual contiene una lista de cláusulas consideradas abusivas a los efectos del artículo 10.bis LGDCU. La cláusula 9.^a de dicha DA 1.^a constituye el objeto de nuestro estudio y su tenor literal es como sigue:

DA 1.^a LGDCU: Cláusulas abusivas. «A los efectos previstos en el artículo 10.bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: [...]

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

9.^a La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indem-

nización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueren posibles o resultasen insatisfactorias.»

El trabajo lo hemos dividido en dos apartados, siguiendo de esta manera la propia estructura de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, que consta de dos párrafos. En breve síntesis y en líneas generales hemos de decir, que en relación con el párrafo I de la DA 1.^a 9.^a LGDCU nos planteamos cómo hemos de concebir el concepto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del profesional, dónde hemos de localizar los derechos legales del consumidor y qué hemos de entender por exclusión o limitación de forma inadecuada de dichos derechos legales del consumidor. A medida que vamos ahondando en el estudio de este párrafo va surgiendo la duda de cuál es, hoy por hoy, su exacta utilidad.

Por lo que respecta al párrafo II de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, diferenciamos en su análisis dos reglas: una primera que se refiere a cláusulas que, modificando el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1.484 y sigs. del Código Civil), tienen la condición de cláusulas abusivas, y otra segunda que, modificando asimismo el saneamiento por vicios ocultos, tienen la condición de cláusulas válidas. La primera regla preceptúa que son abusivas las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos. Comparando esta norma con la disciplina del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil (arts. 1.484 y sigs.), llegamos a la conclusión de que lo que la DA 1.^a 9.^a LGDCU añade a dicho cuerpo legal es que, incluso siendo el vendedor de buena fe, no se puede modificar el saneamiento por vicios ocultos si se trata de una relación contractual establecida entre un profesional y un consumidor de la LGDCU (art. 1.2), en la que hay cláusulas no negociadas individualmente o condiciones generales de la contratación y la modificación que se pretenda lo es en perjuicio del consumidor. En cuanto a la segunda regla, que comenzaría a partir del «salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de [...]», conectamos su interpretación con el artículo 11.2 y 3 LGDCU, que regula la figura de la garantía de los bienes de naturaleza duradera. Tal conexión la hacemos porque al leer el contenido de la cláusula que según el legislador sí puede válidamente desplazar al saneamiento por vicios ocultos, comprobamos que está pensando en la garantía de los productos y ésta cuenta, desde 1984, con una específica regulación en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, completada con el artículo 12.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). Y es en la relación que media entre las normas de la DA 1.^a 9.^a LGDCU y del artículo 11.2 y 3 LGDCU en donde constatamos cierta descoordinación que hemos intentado, en la medida de lo posible, salvar. No obstante nuestro intento interpretativo de coordinar dichas normas, debemos reconocer que tal vez lo más aconsejable sea derogar esta regla de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, o

como mínimo modificarla y adaptarla a la regulación que de la garantía hace el artículo 11.2 y 3 LGDCU. Ahora bien, dicho lo anterior, recordemos que hemos de incorporar a nuestro ordenamiento interno la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de las ventas y de las garantías de los bienes de consumo. Entre las posibles formas de proceder a su transposición, como pueden ser, por ejemplo, la de promulgar una nueva ley especial que recoja su contenido, o la de modificar el Código Civil en instituciones como el incumplimiento o el saneamiento por vicios ocultos, se encuentra la de modificar la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Y si el legislador optase por esta última posibilidad, entendemos que como efecto rebote debería de plantearse qué hacer con la presente regla de la DA 1.^a 9.^a LGDCU.

II. EL PARRAFO I DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU

1 bis. Incorpora a nuestro ordenamiento la letra *b*) del apartado 1 del Anexo de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (1). De conformidad con dicha letra *b*), los Estados miembros *pueden* declarar abusivas las cláusulas que excluyan o limiten «[de] forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, [...]».

El artículo 10.1.c).6.º LGDCU, *redacción de 1984*, contemplaba en parte la norma de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU. Según aquel precepto, «[l]as limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio» no respetaban la buena fe y el justo equilibrio entre contraprestaciones (eran cláusulas abusivas y por ello nulas, teniéndose por no puestas; v. art. 10.4.I LGDCU, *redacción de 1984*).

2. La DA 1.^a 9.^a I LGDCU considera abusivas las cláusulas que excluyan o limiten de forma inadecuada los derechos legales del consumidor *por incumplimiento* del profesional.

El término incumplimiento puede entenderse de formas distintas. Una de ellas es concebirlo de manera *estricta*. Aquí diríamos que la *categoría dogmática* del incumplimiento se asocia *tan sólo* con problemas relativos a la ejecución del contrato. La otra forma de entender el incumplimiento la podemos calificar de *amplia o no estrictamente técnica*. En este sentido, fijaría-

(1) Sobre esta Directiva, JAVIER PAGADOR LÓPEZ, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, 1998.

mos la atención en que *hay unas normas jurídicas que ponen a cargo de un determinado sujeto de la relación contractual unas obligaciones*. Ahora bien, estas obligaciones pueden imponerse en el período antecedente a la celebración del contrato (el de los tratos previos); o pueden imponerse en el momento de la formación de la voluntad contractual (incluyendo aquí, asimismo, aspectos relativos a la forma del contrato, cláusulas que ha de contener el documento que refleje el contrato, etc.); o pueden imponerse por haber surgido ya la regla contractual, esto es, en el período de ejecución del contrato (aquella se conforma no sólo por la voluntad concorde de las partes, sino además por la ley, los usos y la buena fe: art. 1.258 del Código Civil).

Cuando la DA 1.ª 9.ª I LGDCU alude al incumplimiento, ¿de qué forma lo entiende? En nuestra opinión, lo hace en un sentido amplio o no estrictamente técnico y bajo el presupuesto de haberse celebrado el contrato. Es frecuente que *las normas que tratan de la protección del consumidor, cuando lo que está implicado es una relación contractual* [v. *infra*, núm. 3, letras a) y sigs.], *no se limiten a regular aspectos relativos a la ejecución del contrato, sino que incluyan obligaciones antecedentes a la formación del contrato y obligaciones en la propia formación del contrato*. Pues bien, situándonos en la DA 1.ª 9.ª I LGDCU, la infracción por el profesional *de una cualquiera de esas obligaciones legales* suyas merece la calificación de *incumplimiento*, y este incumplimiento tendrá unas consecuencias jurídicas, *que es a lo que se refiere la DA 1.ª 9.ª I LGDCU cuando habla de los derechos legales del consumidor* (son los remedios que el ordenamiento le ofrece para reaccionar).

Un ejemplo, entre otros muchos que podríamos poner y que muestra la importancia de precisar el alcance de la DA 1.ª 9.ª I LGDCU, puede ser el siguiente. En la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que regula dicho derecho, obliga al profesional a suministrar una serie de informaciones (art. 8) y obliga asimismo a que en el contrato de adquisición, que ha de constar por escrito, figure una serie de extremos (art. 9). La infracción de estas obligaciones legales permite al adquirente del aprovechamiento por turno, resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del mismo (art. 10). Si nos olvidásemos del artículo 2.1 de la Ley 42/1998 —que exponemos *infra*, en el núm. 3, letra l) y que es el que da la solución al caso; para la explicación de esta afirmación, v. también *infra*, núm. 5—, según la DA 1.ª 9.ª I LGDCU, ese derecho legal de resolución, *por el incumplimiento del profesional*, no puede ser excluido o limitado de forma inadecuada, y dicho derecho de resolución proviene del incumplimiento de una serie de obligaciones precontractuales y de otra relativa a la formación del contrato. Se nos podría contraargumentar que, celebrado el contrato, al menos las obligaciones de información antecedentes al mismo (o realmente su omisión) devienen en un problema de ejecución del contrato —del art. 10 de la Ley 42/1998 se desprende que dichas

informaciones pueden suministrarse (se subsana la omisión habida) después de la celebración del contrato—, y de esta manera entrarían en el ámbito de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, y ello, manejándose una noción estricta de incumplimiento.

*Pero, y más allá del ejemplo que acabamos de exponer, no siempre el incumplimiento del profesional podrá reconducirse a una obligación derivada de la ejecución del contrato, sino que tan sólo podrá ser calificada de obligación precontractual que no sigue el régimen de la responsabilidad contractual, o de obligación relativa a la formación del contrato, y entonces, tales casos no entrarían desde luego en la DA 1.^a 9.^a I LGDCU si se maneja una noción estricta de incumplimiento (y surgiría además el problema de, ¿se localizan en algún otro apartado de la DA 1.^a LGDCU, o sólo cuentan con el art. 10.bis LGDCU?). Por otro lado, una interpretación de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, en beneficio del consumidor —arg. art. 51 CE; arts. 1.1, 8.2, y 27.1 LGDCU— conduce a manejar una noción amplia del término incumplimiento. Y por último —y lo que sigue es el argumento decisivo—, la interpretación que proponemos se apoya en el Anexo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, apartado 1, letra b). Si comparamos la redacción de este apartado 1, letra b) con la de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU constatamos que, en lo que coinciden, la redacción entre ambos es muy similar, pero que la DA 1.^a 9.^a I LGDCU omite una frase del apartado 1, letra b) del Anexo que es, precisamente, la que aclara el alcance de lo que pretendió el legislador comunitario. Recordemos, la DA 1.^a 9.^a I LGDCU preceptúa, «[...] tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: [...] 9.^a La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional». Y el apartado 1, letra b) del Anexo de la Directiva dice, «excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una de cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional [...]». Y de sobra es conocida la doctrina del Tribunal de Justicia que afirma que el derecho interno de los Estados miembros ha de interpretarse a la luz de la letra y de la finalidad perseguida por la directiva que esté implicada. La indicación de *cualquier obligación contractual del profesional* evita que haya de entrarse a discutir sobre si una determinada obligación contractual pertenece al período precontractual, a la formación del contrato o a su ejecución, discusión que si, dentro de los derechos internos de los Estados miembros puede plantearse con cierta virulencia, aún lo es más si nos ubicamos desde la perspectiva de los derechos de los Estados miembros con distintas tradiciones jurídicas. Situados en el nivel comunitario, lo que interesa es obtener o alcanzar un resultado dado, importando menos que*

los derechos internos califiquen la cuestión de distinta forma (en nuestro caso, en cualquiera de las diferentes fases del contrato, etc.).

3. *¿Dónde localizamos esas cualesquieras obligaciones contractuales del profesional?* Habrá de acudir a dos bloques normativos. Uno es lo que, desde la perspectiva doctrinal, se conoce como teoría general del contrato y de la obligación, así como los contratos en particular, y el otro, el específico de la protección de los consumidores.

Una de las características de las normas de derecho privado que tratan de la protección de los consumidores y usuarios —esto es, de normas cuya aplicación está condicionada a que se reúna la condición de consumidor— es que *su inserción con el resto de las normas del ordenamiento jurídico* no se hace, en general, bajo la regla de que la norma especial desplaza a la general, sino bajo la de la *compatibilidad*. El consumidor español puede encauzar su pretensión —y seguramente en términos económicos y de eficacia será lo más adecuado— a través de las específicas normas protectoras de los consumidores, pero también puede hacerlo, *y desde un principio*, a través de las normas generales que protegen a todo contratante (él optará). Estas normas serán, en la mayor parte de los casos, las del Código Civil, pues la mayoría de las normas protectoras de los consumidores contienen una definición estricta de consumidor (se habla de *destinatario final, de que actúe fuera del marco de la actividad empresarial*), noción estricta que es la única que ahora interesa porque estamos en el ámbito de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (cfr. art. 1.2 LGDCU). Por supuesto, el Código Civil también desempeña, en el ámbito de los consumidores, su tradicional *función supletoria*. Si una cuestión dada no está regulada en la específica norma de protección de los consumidores, se acudirá a aquel texto legal (art. 4.3 del Código Civil) (2). En definitiva, habre-

(2) La afirmación de que la relación LGDCU/CC se rige, cuando ambos textos regulan similar o una misma cuestión, por la regla de la compatibilidad, la apoyamos en el artículo 7 LGDCU. Este, situado en el Capítulo III, titulado *Protección de los intereses económicos y sociales*, preceptúa: «Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio» (v. *infra*, nota núm. 3, en donde exponemos diferentes propuestas interpretativas sobre este precepto). El término *además*, que emplea el artículo 7 LGDCU, permite defender la aludida regla de la compatibilidad (cfr. asimismo la EM de la LGDCU). Ahora bien, el alcance normativo del artículo 7 LGDCU ha de coordinarse con el de la DD de la LGDCU que dice, «[q]uedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en esta Ley». Es evidente que, dependiendo de cómo se interprete, ante un caso dado, el concepto de oposición, operará o no dicha compatibilidad. Y dicho término de *además* permite, asimismo, afirmar que la relación LGDCU/CC, cuando la primera no regula una cuestión si contemplada por el segundo, se rige por la regla de la *función supletoria* que el Código Civil desempeña (como hemos expuesto en texto, dicha función supletoria está también recogida, si bien con un alcance más amplio, en el art. 4.3 CC).

mos de tener presente, básicamente, las normas del Código Civil que tratan de la formación del contrato y de la determinación de la regla contractual —arts. 1.254 y sigs. del Código Civil—, las que tratan de la obligación —arts. 1.088 y sigs. del Código Civil—, y las que regulen el contrato celebrado (el Libro IV del Código Civil).

Por otro lado, recordemos que en el momento de la promulgación de la LGDCU —1984— el propósito del legislador español fue que hubiera una ley que regulase todas las especialidades que pudiera suponer el que uno de los sujetos implicados, en una relación jurídica dada, tuviese la condición de consumidor (la LGDCU regula no sólo aspectos de Derecho privado, sino también de Derecho público). Sin embargo, tras la LGDCU, han ido surgiendo un número creciente de leyes de Derecho privado que regulan un concreto sector en el que intervienen los consumidores [v. en texto, núm. 3, letras *a*) y sigs., la enumeración de leyes y reglamentos que, sin pretensión alguna de exhaustividad, hacemos]. Surge así la cuestión de cuál es la relación que media entre *LGDCU/leyes especiales de protección de los consumidores*. Pues bien, si una cuestión dada no es regulada por la ley especial de protección de los consumidores, la LGDCU desempeña una *función supletoria*. Esta función, que responde a una regla de lógica jurídica, no tenía reflejo directo en una norma legal. Tal situación ha cambiado con la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuya DA 1.^a-7 ha añadido a la LGDCU una DA 2.^a del siguiente tenor: «*Lo dispuesto en la presente Ley [LGDCU] será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla*». Aunque no es necesario plasmar legislativamente esta función supletoria de la LGDCU, tampoco hay mayor problema en que ello haya tenido lugar. Y, por supuesto, en defecto de previsión normativa de la LGDCU, se acudirá supletoriamente al Código Civil (arts. 7 LGDCU y 4.3 CC).

La DA 2.^a LGDCU ha sido duramente criticada por GERMÁN BERCOVITZ ALVAREZ. Este autor distingue dos partes en dicha DA 2.^a LGDCU. Una primera es la regla que establece que la LGDCU se aplicará a los contratos en que intervengan consumidores *que reúnan las condiciones y requisitos que la misma establece*. Entiende Germán Bercovitz Alvarez que esta norma es reiterativa y superflua, en cuanto que la LGDCU se remite a sí misma en lo que respecta a su ámbito de aplicación (se acudirá al art. 1.2 LGDCU), lo cual es algo evidente (DA 2.^a LGDCU, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999, pág. 1332, núm. 3, y pág. 1331, núms. 1 y 2). Estamos de acuerdo con esta observación, si bien, tal vez pudiéramos interpretar esa alusión al ámbito subjetivo de aplicación de la LGDCU, en el sentido de que la LGDCU *recuerda* al aplicador del Derecho que maneja una noción estricta de consumidor —lo es el *destinatario final*, lo cual implica no incluir al *consumo empresarial* (art. 1.2 y 3 LGDCU)— y ello se recuerda porque algunas de las *leyes especiales de protección de los consumidores* contienen una noción amplia de consumidor —llegan a incluir al consumo empresarial, e incluso, a veces, al *bystander*; v. en texto núm. 3, letras *a*) y sigs.—. La otra parte de la DA 2.^a LGDCU contiene, según Germán Bercovitz Alvarez, dos reglas potencialmente contradictorias. Una es la vigencia de las condiciones generales *a falta de normativa sectorial específica*, lo que refleja la idea de la prevalencia de la ley especial sobre la general, *regla que no supone nada nuevo* (*op. cit.*, págs. 1333-1334, núm. 8). Observación con la que coincidimos, como hemos expuesto en el párrafo que antecede a éste. La otra regla es que la normativa sectorial específica *respetará el nivel de protección de la LGDCU*, siendo ésta, señala el presente autor, la posible novedad o utilidad de la DA 2.^a LGDCU. No obstante, concluye indicando que

Por lo que respecta a las normas de protección de los consumidores y usuarios —conjunto normativo que sobre todo en la última década se ha incrementado de forma notable— habrá de acudirse, es algo obvio, a la concreta norma que contemple la cuestión contractual dada. *Sin pretensión alguna de exhaustividad*, las siguientes normas regulan relaciones contractuales en las que interviene el consumidor (seguimos un orden cronológico; sobre las mismas hacemos unas muy breves indicaciones, que nos interesan a efectos de la explicación de la presente DA 1.^a 9.^a LGDCU; v. *infra*, núm. 5):

a) *Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios*. En la determinación de su ámbito de aplicación, la Ley maneja una noción estricta de consumidor —lo es, quien sea *destinatario final* (art. 1.2 LGDCU)—. De esta Ley interesan los artículos que tratan de la *protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores*, los cuales regulan aspectos que surgen a propósito de la celebración de un contrato. Aparte del artículo 7 LGDCU (v. notas núm. 2 y 3), son: el artículo 8 —entre otros aspectos, trata de la incidencia de la publicidad en la determinación de la regla contractual—; el artículo 9 —contiene una norma de remisión acerca de la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales premios o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta, materia que ha regulado la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista [arts. 32 a 34; v. *infra*, núm. 3, letra *i*)]; los actuales artículos 10 y 10.bis

una interpretación razonable de dicha regla la hace inútil, en cuanto que no añade nada nuevo a las reglas hermenéuticas de que prevalece la norma de superior rango o de que prevalece la norma especial sobre la general (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 9). Así, si la normativa sectorial específica tiene rango de *ley* y es *posterior* a la LGDCU, la DA 2.^a LGDCU no le afecta: el legislador es libre de establecer lo que quiera y derogar la norma anterior (habla el autor de que se trata de un «brindis al sol») (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 11). Y si la norma sectorial específica es de rango *inferior* a la LGDCU (un reglamento, por ejemplo), la afirmación de que tiene que respetar el nivel de protección de la LGDCU es evidentemente una afirmación inútil, pues la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior (arts. 1.2 CC y 9.3 CE) (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 12). Asimismo señala que la DA 2.^a LGDCU no deroga la regla de la prevalencia de la ley especial sobre la general, *la cual ha de combinarse con el principio de jerarquía*. Así, si la norma de rango *inferior* es la más específica, la misma *se aplicará siempre que no se oponga a la norma general de rango superior*, lo cual incluye el caso en que la norma de rango inferior y más específica regule una cuestión *no contemplada* en la de rango superior y general (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 13). En cambio, *no se aplicará la norma de rango inferior*, aunque hubiere establecido una *protección superior* a la de rango superior y general, si la primera se opone a la segunda (arts. 1.2 CC y 9.3 CE e incluso, por el propio Estado de Derecho; pág. 1335, núm. 14). Concluye Germán Bercovitz Álvarez señalando la inutilidad del precepto, «pues no parece que deba alterar el juego habitual del principio de especialidad y jerarquía» (*op. cit.*, pág. 1335, núm. 15).

Otra norma que refleja la regla de la *compatibilidad* entre la LGDCU y el Código Civil, si bien en un campo más reducido, es el artículo 12.1 LOCM. Dice éste: «El vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos en la forma determinada en los *Códigos Civil y Mercantil* [sic, de Comercio], *así como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias*».

—introducidos por la DA 1.^a, 2 y 3, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y que regulan la contratación en la que hay cláusulas no negociadas individualmente o cláusulas con el carácter de condiciones generales—; el artículo 11 —contempla la garantía y el servicio postventa, precepto completado por el art. 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista [v. *infra*, núm. 11, letras e), f) y g)]— y el artículo 12 —que no admite la comparecencia personal y obligatoria del consumidor para realizar cobros, pagos o trámites similares.

También habrá de tenerse presente el artículo 13 LGDCU, que trata, desde la perspectiva del derecho privado, del derecho a la información de los consumidores y usuarios.

Asimismo deben tenerse en cuenta los artículos 25 a 30 LGDCU, que regulan la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario. Aunque, si se acude a la tramitación parlamentaria de la LGDCU, se desprende claramente que en la elaboración de dichos preceptos se tenía presente sólo la responsabilidad extracontractual, hoy en día la mayoría de los autores consideran que dichos preceptos se aplican a la responsabilidad extracontractual y a la *contractual*. Ahora bien y dicho esto, no ha de olvidarse que en un sector importante de bienes y a propósito de su *seguridad*, los artículos 25 y sigs. LGDCU son actualmente inaplicables por así disponerlo la DF 1.^a de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos [v. *infra*, núm. 3, letra f)].

La LGDCU es norma imperativa *en el sentido* de que los derechos que regula se conciben como *mínimos*, y en consecuencia es nula la modificación que se haga a la baja y no la que se haga al alza (la de un contenido superior al legal). Según el artículo 2.3 LGDCU es nula la renuncia previa de los derechos que la LGDCU reconoce a los consumidores, y son nulos los actos realizados en fraude de ley, de acuerdo con el artículo 6 del Código Civil.

b) *Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y de sus componentes.* Este Real Decreto, aparte de regular cuestiones relativas a los talleres de reparación de vehículos automóviles, contiene una serie de normas que interesan al consumidor contratante del servicio, en particular los artículos 12 a 17, correspondientes al Título IV, *Garantías, responsabilidades.* *Infra*, núm. 11, letra e), hacemos referencia a la garantía del consumidor por la reparación del vehículo automóvil.

c) *Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico.* Aunque sus normas se dirigen a las personas dedicadas a la instalación, conservación, reparación o mantenimiento de aparatos de uso doméstico, se regulan asimismo aspectos de interés para el consumidor contratante de dichos servicios. *Infra*, núm. 11, letra e), hacemos referencia a la garantía del consumidor por la reparación del aparato de uso doméstico.

d) *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.* Su ámbito *subjetivo* de aplicación coincide con el de la LGDCU. La Ley 26/1991 afirma que se aplica a los contratos que celebren un empresario y un consumidor, *entendido éste de conformidad con*

el concepto establecido en el artículo 1.2 LGDCU (art. 1.1, Ley 26/1991; el art. 1.2 incluye además a las ofertas de contrato).

El artículo 9 de la Ley 26/1991 preceptúa que los derechos del consumidor por la presente Ley son irrenunciables, si bien se consideran válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el consumidor.

e) Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de vivienda. Este reglamento desarrolla fundamentalmente el derecho de información contenido en el artículo 13.2 LGDCU y se aplica a quienes son consumidores de conformidad con la LGDCU (art. 1.1 del Real Decreto 515/1989).

f) Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Su ámbito de aplicación es amplio, pues incluye al consumo particular, al consumo empresarial y al *bystander* (cfr. art. 10.1 y EM). Esta Ley se aplicará, sobre todo, a relaciones que hemos de calificar de *extracontractuales*, pues los sujetos pasivos de la responsabilidad civil que regula son el fabricante y el importador del producto (arts. 1 y 4, 1 y 2; en ciertos casos responde el suministrador: art. 4.3 y DA única) y lo más normal es que el consumidor particular no haya contratado directamente con aquéllos. *Pero, igualmente se aplica cuando entre dichos sujetos hubiere mediado una relación contractual* (cfr. arts. 14 y 15). La preocupación fundamental de la Ley 22/1994 es establecer un régimen *uniforme para los daños causados por la no seguridad de los productos puestos en circulación por el fabricante y por el importador*, régimen que se incrustará en la relación en que haya surgido, independientemente de su naturaleza *extracontractual* o *contractual*. Evidentemente, a nosotros la cita de esta Ley 22/1994 nos afecta desde la perspectiva de su aplicación *contractual* [y bajo el presupuesto de que, además de que resultó inútil, el bien no ofreció la seguridad que cabía legítimamente esperar (art. 3)]. Por otro lado, dicha Ley es imperativa (art. 14). (Téngase presente que hemos de ampliar el ámbito objetivo de la LRCDPD, por causa de la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; la ampliación supone la inclusión en el ámbito de aplicación de la LRCDPD de las materias primas agrícolas y de los productos de la caza).

g) Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. En la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación, la Ley maneja una noción de consumo estricto. A propósito del consumidor, el artículo 1.1 de la Ley 7/1995 dice que el crédito que se conceda, bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, *ha de ser para satisfacer necesidades personales al margen de la actividad empresarial o profesional*. Y el artículo 1.2, que es el precepto que nos ofrece el concepto de consumidor a efectos de la aplicación de la Ley 7/1995, dice que es la persona física que en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley *actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*.

Según el artículo 3 de la Ley 7/1995, «[n]o serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste». [Sobre la relación de esta Ley 7/1995 con la Ley de venta a plazos de bienes muebles, v. *infra*, núm. 3, letra k)].

h) Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. Su ámbito de aplicación incluye al consumo privado y al empresarial. Según el artículo 2.7 es consumidor o usuario, «cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario».

El apartado 4 del artículo 11 de la Ley 21/1995 —precepto que regula la responsabilidad de los organizadores y detallistas de los viajes combinados— preceptúa que «[n]o podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo». Dicho apartado 1, del artículo 11, afirma la responsabilidad de los organizadores y detallistas de viajes combinados por el *correcto cumplimiento del contrato*, y el 2, la responsabilidad de organizadores y detallistas de viajes combinados por los daños sufridos por el consumidor derivados de la *no ejecución o ejecución deficiente del contrato*, estableciendo a continuación una serie de circunstancias, que, si efectivamente ocurren, determinan que no haya lugar a la anterior responsabilidad.

i) Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. El objeto principal de esta Ley es el establecimiento del régimen jurídico general del comercio minorista y la regulación de determinadas ventas especiales (art. 1.1). «[S]e entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales del mismo, utilizando o no un establecimiento» (art. 1.2). Es claro que esta definición se refiere al consumidor.

Dentro de esta extensa Ley, sólo vamos a aludir a algunas de las modalidades de ventas que contempla. Por ejemplo: las ventas con obsequio —que, como ya dijimos cuando antes hemos aludido al art. 9 LGDCU [v. *supra*, núm. 3, letra a)], se regulan en los arts. 32 a 34 LOCM (dentro de este capítulo se contemplan las ventas conjuntas)—; la venta automática —contemplada en los arts. 49 a 52 LOCM—; y las ventas a distancia —objeto de regulación en los arts. 38 a 48 LOCM—. En relación a estas últimas ventas, el artículo 48 LOCM afirma la nulidad de la renuncia expresa o implícita del consumidor, de los derechos que le son reconocidos en el presente capítulo (el II, del Título III, Ventas a distancia) no impidiendo ello, además, la debida aplicación de las normas que aquél contiene. Según la DA 1.ª LOCM, la regulación de los artículos 38 a 48 LOCM se aplica también a los contratos de prestación de servicios celebrados a distancia, con las excepciones que dicha disposición adicional específica. Además de la LOCM, en los contratos a distancia ha de tenerse presente el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación [al respecto, v. *infra*, núm. 3, letra m)].

j) Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales. El vigente artículo 10 LGDCU, al que antes hemos aludido [v. *supra*, núm. 3, letra a)],

preceptúa en su apartado 3 que, «[s]i las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta» (no obstante esta remisión, téngase en cuenta la remisión que a su vez hace la LCGC al art. 10.bis y DA 1.ª LGDCU; art. 8.2 LCGC). Dado que la llamada a la LCGC procede de la LGDCU, es claro que se presupone un consumidor *destinatario final* (art. 1.2 LGDCU) y que esa normativa es imperativa de conformidad con el artículo 2.3 LGDCU. No obstante, la propia LCGC también incluye a ese consumidor (cfr. art. 2 LCGC, que regula el ámbito subjetivo).

k) *Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles.* Según su artículo 2, si el contrato está incluido, además de en la Ley 28/1998, en el ámbito de aplicación de la Ley de crédito al consumo, a dicho contrato se le aplicarán los preceptos de la Ley de crédito al consumo en todo aquello que favorezca al consumidor, y la Ley 28/1998 se aplicará con carácter supletorio. (La DD única de la Ley 28/1998 deroga expresamente la DF 2.ª de la Ley de crédito al consumo, la cual contemplaba las relaciones entre esta última ley y la derogada Ley 50/1965 sobre ventas de bienes muebles a plazos.)

Por otro lado, el artículo 14 de la Ley 28/1998 preceptúa que «[s]e tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente Ley que fueren contrarios a sus preceptos o que se dirijan a eludir su cumplimiento».

l) *Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas complementarias.* Su ámbito subjetivo incluye tanto al adquirente profesional como al particular. Por otro lado, su artículo 2.1 califica de nulas las cláusulas en las que el adquirente haya renunciado anticipadamente a los derechos que le atribuye la presente Ley; asimismo, aquél califica de «nulas las cláusulas que exoneren al propietario o promotor, o a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno, de las responsabilidades que le son propias conforme a lo establecido por aquélla».

m) *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.* En términos generales puede afirmarse que, cuando el legislador español regula una concreta materia o cuestión relativa a la protección de los consumidores, ello tiene origen en la obligación que como Estado miembro tiene, de incorporar al ordenamiento interno la correspondiente directiva comunitaria. Excepción a esta afirmación, si bien sumamente matizable, sería el siguiente caso, el de la LGDCU, cuya causa de promulgación fue el desgraciado y conocido síndrome por la ingestión de aceite de colza desnaturalizado, aparte de la fundamentación jurídica del artículo 51 CE, y, promulgación que tuvo lugar cuando aún no éramos socios comunitarios (ahora bien, en su redacción se tuvieron en cuenta *los principios y directrices vigentes en la materia, en la Comunidad Económica Europea*, cfr. EM de la LGDCU).

En cambio, *si es realmente una excepción a la anterior afirmación, la regulación que de los contratos a distancia hace la LOCM [v. supra, núm. 3,*

letra i)]. Después de la promulgación de la LOCM en 1996, se aprobó la *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*. Es cierto que en la preparación de la LOCM se tuvieron en cuenta los ya avanzados trabajos de la directiva comunitaria y de ahí que muchas reglas de la que finalmente resultó Directiva 97/7/CE estén reflejadas en los artículos 38 a 48 LOCM (en menor medida con los contratos a distancia de prestación de servicios, DA 1.ª LOCM). Pero en la Directiva 97/7/CE se encuentran ciertas reglas *que no se contienen en la LOCM*. Pues bien, aprovechando que había de desarrollarse el mandato del artículo 5.3 LCGC, precepto que alude a los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación a propósito de la contratación telefónica o electrónica, el *Real Decreto 1906/1999* incorpora a nuestro ordenamiento una serie de normas de la Directiva 97/7/CE que hasta entonces no habíamos incorporado y que tienen que ver *con la celebración de un contrato*. Según el artículo 1, el Real Decreto 1906/1999 se aplica a los contratos a distancia (de bienes o servicios), realizados por vía telefónica, electrónica o telemática y que contengan condiciones generales de la contratación entendidas según la definición que de ellas da la LCGC.

4. Sobre *los derechos legales del consumidor*, surgidos por causa del incumplimiento del profesional, hemos de decir lo mismo que a propósito de las obligaciones contractuales del profesional (v. *supra*, núm. 3). Acudiremos, pues la DA 1.ª 9.ª I LGDCU es norma de remisión, a los preceptos que regulen la formación del contrato y la determinación de la regla contractual —arts. 1.254 y sigs. del Código Civil—, a los que traten de las obligaciones en donde la doctrina localiza los remedios por el incumplimiento, entendiendo éste ahora de forma estricta —arts. 1.088 y sigs. del Código Civil—, y a las normas del contrato que se haya celebrado (Libro IV del Código Civil). Y asimismo acudiremos a la específica norma de protección del consumidor que regule el contrato que se esté analizando.

Por ejemplo, teniendo presente el Código Civil, los remedios (derechos legales) del consumidor pueden consistir en la desvinculación del contrato, sea por nulidad, por anulabilidad, por resolución, por desistimiento, etc.; o en la facultad de rechazar la cosa ofrecida en pago; o en la petición de cumplimiento del contrato, que puede consistir en pedir la entrega de la cosa o en la realización del servicio, o en la reparación de la cosa o en su sustitución por otra de idénticas características; o en la petición de reducción del precio; o en la petición de que se reparen los daños y perjuicios causados, etc.

Sobre la expresión *«incumplimiento total o parcial o cumplimiento deficiente del profesional»*, hemos de decir que lo que la DA 1.ª 9.ª I LGDCU quiere señalar es que su ámbito de aplicación incluye *cualquier modalidad o manifestación del incumplimiento del profesional*.

5. Identificados los derechos legales del consumidor por el incumplimiento del profesional de una cualquiera de sus obligaciones contractuales, la DA 1.^a 9.^a I LGDCU califica de abusiva aquella cláusula *que excluya o limite de forma inadecuada dichos derechos*, lo cual incluye, entendemos, tanto a los *requisitos de aplicación* como a las *consecuencias jurídicas* que aquéllos desencadenen.

La precisión legal de *forma inadecuada* significa que se admite que pueda haber cláusulas *que jurídicamente se consideren válidas*. El criterio que permite la calificación de cláusula abusiva o válida es el de si la exclusión o limitación se hace o no de forma inadecuada para el consumidor. La clave aplicativa está, pues, en la determinación de lo que debemos entender por forma inadecuada que, a nuestro entender, lo realiza el artículo 10.bis LGDCU (surge entonces la cuestión de cuál es la exacta utilidad de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU).

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que *en el sector de las específicas normas de protección del consumidor*, la mayoría de ellas *son normas imperativas* [v. *supra*, núm. 3, letras *a*) y sigs.]. En consecuencia, las partes no pueden modificar el régimen de responsabilidad contractual que la norma establezca, en el sentido de *reducir* los derechos que por ley el consumidor tiene (si la modificación es alza, lo cual en algunos casos será poco probable que ocurra, la modificación sí sería válida). Esto, a su vez, se traduce en que *en el concreto sector de las normas protectoras de los consumidores, la mayor parte de las veces la norma de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU no puede entrar a operar, pues aquellas normas son las que ya de por sí impiden la exclusión, lo cual incluye la posibilidad de la limitación a la baja*. Sólo en aquellos *muy escasos* aspectos cuya modificación admitan las normas protectoras de consumidores (algo raro en este sector del Derecho), la DA 1.^a 9.^a I LGDCU tendrá un campo en el que operar. En cambio, la DA 1.^a 9.^a I LGDCU tendrá un importante campo operativo si el consumidor decide encauzar su pretensión por el Código Civil, pues muchas de sus normas tienen carácter dispositivo —por supuesto, en las normas imperativas del Código Civil poco ha de hacer la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, pues ya está aquel texto legal—. Pero incluso estas últimas afirmaciones, a propósito del Código Civil, podrían destruirse si se fuere partidario de entender que las normas de dicho texto legal adquieren carácter imperativo en su aplicación en beneficio de una mayor protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores [arg. art. 7 LGDCU, transcrito *supra*, nota núm. 2; recordemos que la LGDCU es norma imperativa, art. 2.3, v. *supra*, núm. 3, letra *a*] (3).

(3) Nos limitamos a recordar la tesis de JUAN IGNACIO FONT GALÁN, «El Derecho del consumidor entre códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho Civil y Derecho Mercantil», *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coord. Juar. Ignacio Font

Por todo lo anterior, podemos volver a dejar planteada la cuestión de cuál es la exacta utilidad, hoy por hoy, de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU.

6. Por último, en la determinación del alcance normativo de esta regla 9.^a I de la DA 1.^a LGDCU, hemos de tener en cuenta que la propia DA 1.^a LGDCU *contiene otras normas que tratan específicamente de algunos de esos derechos legales que tiene el consumidor por causa del incumplimiento del profesional*. Por ejemplo, la *acción de indemnización por daños y perjuicios* es objeto de especial atención por la regla 10.^a de la DA 1.^a LGDCU; la *facultad resolutoria* se contempla en la regla 12.^a de la DA 1.^a LGDCU (4); o el *saneamiento por vicios ocultos* es objeto de atención específica en el párrafo II, de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, etc. Pues bien, *si esas otras reglas de la DA 1.^a contienen norma distinta a la de la regla 9.^a I LGDCU, a aquéllas habrá de estarse*.

III. EL PARRAFO II DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU

7. *No tiene homólogo en la Directiva 93/13/CEE, ni tampoco en el artículo 10.1.c) LGDCU, redacción de 1984.*

Galán/Francisco López Menudo, 1990, págs. 48-49, en especial la pág. 49; v. también págs. 42-48. Distinta interpretación defiende CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, quien critica la tesis de Juan Ignacio Font Galán (art. 7 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, coords. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, 1992, págs. 129-130; nosotros tampoco entendemos que el art. 7 LGDCU *imperativice* las normas dispositivas del CC). Con base en el juego conjunto del principio de *condición más beneficiosa para el consumidor* —v. arts. 8.2, 10.2, *redacción de 1984*, y 27.1 LGDCU; asimismo, el principio *pro consumatore*— y del artículo 7 LGDCU, Carlos Martínez de Aguirre señala que la LGDCU establece una *atípica eficacia derogatoria* que ha de aplicarse caso por caso (para ello se hará un juicio abstracto y un juicio concreto, y se atenderá prioritariamente al juicio de conveniencia que realice el propio consumidor). Esta *atípica eficacia derogatoria* consiste en que la LGDCU desplaza la normativa preexistente en la medida de lo que fuere necesario, *si ésta contiene una protección menor del consumidor que la contenida en la LGDCU*. Pero si la normativa preexistente contiene una mayor protección del consumidor que la de la LGDCU, *entonces se aplicará aquélla antes que la LGDCU*. Como autocrítica a su tesis, el presente autor señala que la misma tiene el inconveniente de provocar una *complejidad normativa del Derecho de los consumidores*, pero esta consecuencia no responde a un posible defecto técnico del artículo 7 LGDCU, sino a la elección del legislador español por una legislación de protección de los consumidores *correctora y complementaria* de las reglas legales preexistentes, en un texto de alcance general y contenido muchas veces demasiado difuso y genérico desde la perspectiva del Derecho privado. *Op. cit.*, págs. 130-131.

(4) Denuncia de repetición que ya hacía JESÚS ALFARO AGUILA-REAL sobre el entonces Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación (texto del *BOCG*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 5 de septiembre de 1997, Serie A, núm. 78-1) («El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, pág. 874).

En él se procede a una *concreción legal* del párrafo I, de la DA 1.^a 9.^a (a un ejemplo). Se consideran abusivas «[e]n particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos [...]». Se alude al saneamiento por vicios ocultos, regulado en la compraventa en los artículos 1.484 y sigs. del Código Civil (5) —el Código Civil aplica estos preceptos a otros contratos, entre otros, por ejemplo, al arrendamiento de fincas rústicas y urbanas (art. 1.553 del Código Civil); no obstante, suele considerarse que es régimen aplicable a los contratos onerosos—. Puede entenderse que la DA 1.^a 9.^a II LGDCU contiene un pronunciamiento *implícito* sobre la debatida cuestión de la *naturaleza jurídica del saneamiento por vicios ocultos*, en el sentido de relacionarlo con la categoría del *incumplimiento* (6).

8. Según el artículo 1.484 del Código Civil, el vendedor responde de los defectos ocultos que tenga la cosa si la hacen impropia al uso al que se destina o disminuyen dicho uso de modo que el comprador, si lo hubiera conocido, no habría adquirido la cosa o habría dado menor precio por ella. Descubierto el vicio, el comprador puede ejercitar las acciones edilicias del artículo 1.486.I del Código Civil: «desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó» (acción redhibitoria) o «rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos» (acción estimatoria o *quantum minoris*). El plazo para ejercitar estas acciones es de seis meses, «contados desde la entrega de la cosa vendida» (art. 1.490 del Código Civil). El Código Civil no alude a la denuncia del defecto descubierto (7). Por otro lado, hemos de entender que

(5) Sobre el saneamiento por vicios ocultos: ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», en *ADC*, 1980, págs. 585 y sigs.; «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, 1982, págs. 591 y sigs.; artículos 1.484 y sigs. del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993, págs. 953 y sigs.; NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 112 y sigs., y 184 y sigs.

(6) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 115-117 y 138 y sigs.

(7) Por contraste con el saneamiento por vicios ocultos del Código Civil, recordemos el artículo 342 CCO, que establece que si el comprador no reclama en los treinta días siguientes a la entrega, por los vicios internos de la cosa vendida, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor. Sobre la función de esos treinta días caben tres opciones interpretativas: una, entender que los treinta días son plazo para el ejercicio de las acciones; otra, que los treinta días son para la denuncia del defecto, siendo el plazo de ejercicio de acciones el de seis meses del artículo 1.490 del Código Civil; y la tercera, que el plazo de treinta días es para la denuncia del defecto, siendo quince años (art. 1.964 del Código Civil) el plazo de ejercicio de las acciones. De estas tres opciones, la que mayoritariamente se defiende entre los autores es la expuesta en segundo lugar.

la entrega de la cosa se refiere a la material, y en la actualidad, el Tribunal Supremo califica de caducidad el plazo de los seis meses (8).

La ignorancia o el conocimiento del defecto por el vendedor (buena/mala fe), en el momento de la perfección del contrato, tiene relevancia. Si el vendedor conocía del defecto, no cabe pacto en contrario (art. 1.485.II del Código Civil, *imperatividad del saneamiento*) y además indemnizará al comprador de los daños y perjuicios si éste opta por la «rescisión» (art. 1.486.II del Código Civil). Estas reglas no operan si el vendedor era de buena fe.

9. *¿Cuál es la incidencia de la DA 1.ª 9.ª II, primera parte, LGDCU* —es la regla que se expresa hasta la coma anterior al «salvo [...]»— *en el saneamiento por vicios ocultos del Código Civil?*

En nuestra opinión afecta al vendedor *de buena fe* (para el de mala fe, el art. 1.485.II del Código Civil ya establece que no cabe pacto en contrario). El carácter dispositivo del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil, por ser el vendedor de buena fe, *desaparece* si: a) la relación contractual es entre un *profesional*, que actúa como tal, y un *consumidor* de la LGDCU (art. 1.2 LGDCU); b) se trata de *cláusulas no negociadas individualmente o de condiciones generales* (arts. 10 y 10.bis LGDCU); y c) la modificación es *en perjuicio del consumidor* (DA 1.ª 9.ª II, primera parte, LGDCU). Esto último ha de entenderse como toda modificación que *restrinja* los derechos del comprador (y consumidor, en nuestro caso) según el Código Civil (9).

Y el artículo 336.II CCO da al comprador un plazo de cuatro días para reclamar al vendedor por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas *enfardadas o embaladas*, plazo que se computa desde su recibo. Se entiende que esos cuatros días son para la denuncia y que el plazo de ejercicio de las acciones del artículo 336.III CCO son seis meses (art. 1.490 del Código Civil).

V. NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 286-287 y 329-334.

(8) ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, artículo 1.490 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, 1993, págs. 967-970, en particular pág. 969; NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, pág. 114 y notas núms. 331 y 332, págs. 168-169 y notas núms. 489, 490 y 492, pág. 185 y nota núm. 537.

(9) Con anterioridad a la DA 1.ª 9.ª II, primera parte LGDCU, ANTONIO MANUEL MORALES MORENO ya defendió que el saneamiento por vicios ocultos no era en ciertos casos desplazable, *incluso si el vendedor era de buena fe*. Cuando expone los límites a la autonomía de la voluntad, a propósito del saneamiento por vicios ocultos, afirma: «3. La LCU exige que el régimen establecido en el contrato permita al comprador (consumidor) “reclamar con eficacia en caso de (...) defecto o deterioro”. Esto implica no sólo la ineficacia del pacto de exclusión del saneamiento, aunque el vendedor sea de buena fe, sino el control de otras cláusulas del contrato que, aunque no excluyan directamente el saneamiento, puedan contribuir a disminuir su efectividad» (la cursiva es nuestra; art. 1.485 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, 1993, pág. 959).

Por ejemplo, son *abusivas* las cláusulas que limitan el saneamiento a aquellos vicios que hacen totalmente inútil la cosa, excluyendo así los vicios que tan sólo disminuyan su utilidad (o viceversa); las que sólo permiten el ejercicio de una de las acciones edilicias; las que establecen que el cómputo de los seis meses se inicia desde una modalidad de entrega anterior a la entrega material del bien; las que exigen al comprador, que antes del ejercicio de la acción edilicia elegida, denuncie al vendedor el defecto en un breve plazo; las que reduzcan el plazo de seis meses para el ejercicio de acciones, del artículo 1.490 del Código Civil, etc.

En cambio, son *válidas* las cláusulas que modifiquen el saneamiento por vicios ocultos *en beneficio del consumidor*. Esto es, cláusulas que ofrezcan un *mayor contenido* que el legal de los artículos 1.484 y sigs. del Código Civil.

10. La DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU —comienza en el «salvo [...]»— *tipifica una cláusula no abusiva que modifica (reemplaza) al saneamiento por vicios ocultos*: se trata de aquella cuyo contenido *consiste* en que el profesional se obliga a *reparar o sustituir, sin gasto alguno para el consumidor*, el bien objeto del contrato, no *excluye* o *limita* los derechos del consumidor por *los daños* que le haya causado el vicio, ni *excluye* o *limita el saneamiento en el caso de que* la reparación o sustitución fueran imposibles o resultaren insatisfactorias (elementos acumulativos).

Esta cláusula *en sí misma considerada* no plantea problemas. Lo único que se nos dice es que tal cláusula justifica una válida modificación del régimen del saneamiento por vicios ocultos. El problema surge porque si analizamos la cláusula situándonos en el conjunto del ordenamiento —lo que hará que dirijamos nuestra mirada a la LGDCU— constatamos *cierta des-coordinación*. Es claro que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU alude a la *garantía del producto* que los profesionales suelen ofrecer a los consumidores. Con el fin de conseguir mayor cuota de mercado (competencia) (10), desde hace tiempo está extendida *la práctica* de que el profesional garantice al consumidor, durante un período de tiempo, que el bien es apto para el fin adquirido y en caso de que no ser así, el profesional se compromete a repa-

(10) En su resolución de 10 de octubre de 1990 (*Revista General de Derecho*, núm. 558, marzo de 1991, págs. 1490 y sigs.), el Tribunal de Defensa de la Competencia destaca el aspecto de competencia que la garantía encierra. El caso surgió por la denuncia que la Confederación Española de Consumidores y Usuarios (CECU) hizo contra la Asociación Nacional de Fabricantes de Electrodomésticos (ANFEL) por supuesta práctica restrictiva consistente en la unificación de los contratos de garantía de los electrodomésticos de línea blanca, limitando tan sólo a un mes el período de su garantía total. La CECU consideraba que se impedía el ejercicio de los derechos de los consumidores por el artículo 11 LGDCU, puesto que el plazo de un mes dificultaba gravemente detectar a tiempo los vicios o defectos de origen para que el fabricante asumiera la totalidad de los gastos de saneamiento. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia calificó la práctica concertada como contraria a la libre competencia.

rarlo o/y sustituirlo por otro de idénticas características, todo ello de forma gratuita. Asimismo es usual que en el documento de garantía —al que se suele denominar el certificado de garantía— el profesional afirme que no responde de los posibles daños que el carácter defectuoso del bien haya causado al consumidor. Añádase que la garantía, bien viene a *sustituir (reemplazar)* al saneamiento por vicios ocultos, bien *se suma como un remedio más* del consumidor. En el primer caso, los abusos se producen en que se desplaza un régimen y el que lo sustituye contiene *menos derechos* en beneficio del consumidor. En el segundo caso, como no suele informarse al consumidor de que dispone del régimen del saneamiento, es posible que éste crea que sólo cuenta con la garantía, y de ahí que *ni se plantee ejercitar alguna de las acciones edilicias*. Adviértase que estos aspectos están presentes en la redacción de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU. Ahora bien, los aludidos abusos justificaron que *en 1984* se regulara, en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, la garantía, y *dicho precepto hemos de tenerlo en cuenta en la interpretación de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU*.

En conclusión y como primera aproximación interpretativa, *la cláusula de garantía que reemplace al saneamiento por vicios ocultos* no es abusiva si respeta dos normativas. Una es la regulación mínima que para la misma establece el artículo 11.2 y 3 LGDCU. La otra es la contenida en la propia DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, si la cláusula de garantía no se ha negociado individualmente o está en condiciones generales (lo más frecuente en la práctica). Pues bien, adelantemos, *que es en la relación que media entre el artículo 11.2 y 3, y la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, ambos de la LGDCU, en donde constatamos esa cierta descoordinación a la que hemos aludido en el párrafo precedente*.

11. No nos corresponde, en el presente comentario, hacer un estudio exhaustivo de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, referida a los bienes de naturaleza duradera (11). No obstante, y dado que hemos seña-

(11) El artículo único, apartado 2, del *Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2 y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes*, dice: «*Ámbito objetivo. [...] Lo establecido en el artículo 11.2 y 5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en el artículo 12, 1, 2 y 3, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se aplicará, en todo caso, a los bienes de naturaleza duradera relacionados en el anexo II del presente Real Decreto*» (la cursiva es nuestra). Dicho Anexo II contiene la siguiente lista de bienes: «Instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música./ Herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes./ Muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos./ Aparatos eléctricos, electrotécnicos, electrónicos e informáticos y su *software*./ Vehículos automóviles, motociclos, velocípedos, sus

lado que la cláusula de garantía que reemplace al saneamiento por vicios ocultos ha de cumplir la regulación mínima del artículo 11.2 y 3

piezas de recambio y accesorios./ Juguetes, juegos, artículos para recreo y deportes./ Vivienda».

El Real Decreto 1507/2000 deroga expresamente (DD única) el anterior *Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cuyo Anexo II también contenía una lista de bienes de naturaleza duradera. Las diferencias entre los Anexos II del Real Decreto de 2000 y del de 1991 son mínimas: el primero reproduce al segundo añadiendo tan sólo los productos *informáticos y su software*. Por otro lado, la EM del Real Decreto 1507/2000 afirma que la enumeración de bienes del catálogo tiene *carácter enunciativo y no exhaustivo*, lo cual se refleja en la expresión legislativa de «en todo caso» (cfr. art. único, apartado 2), con lo que se aclara algo implícito en el Real Decreto 287/1991 (en relación a éste se había planteado la cuestión de si el catálogo que contenía tenía la condición de *numerus apertus o numerus clausus*; v. GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, coords. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, 1992, pág. 377).

Las causas de la promulgación del Real Decreto 1507/2000 tienen que ver básicamente con *los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado* (cfr. art. 2.2 LGDCU), *enumerados en el Anexo I del Real Decreto 287/1991*. Según la EM del Real Decreto 1507/2000, éstas son las causas de su promulgación:

a) La *STS (Sala 3.ª) de 27 de mayo de 1993* (Pte.: Excmo. señor don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; El Derecho 1993/5048) había declarado nulo el artículo 1.2 del Real Decreto 287/1991 porque dicho precepto se introdujo prescindiéndose *de nuevo* informe del Consejo de Estado (cfr. arts. 2.4.º y 22.3.º LOCE). Dicho artículo 1.2 condicionaba el beneficio de justicia gratuita de las asociaciones de consumidores y usuarios, reconocido en el artículo 20.1 LGDCU en relación con los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, a que acreditasen *haber intentado previamente solucionar la cuestión mediante el sistema arbitral del artículo 31 LGDCU*. La demanda fue interpuesta por la *Unión de Consumidores de España*.

b) La *STS (Sala 3.ª) de 30 de noviembre de 1998* (Pte.: Excmo. señor don Rafael Fernández Montalvo; RJA 9478) había declarado nulos el *artículo 1.1* —establecía que a efectos de lo previsto en los arts. 2.2, 6 y 20.1 LGDCU se consideraban productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado los indicados en el Anexo I—, la *DF 2.ª 1.ª* —señalaba que lo dispuesto en el Real Decreto 287/1991 sobre los productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, se aplicaría en todo el territorio nacional a efectos de la legitimación y del beneficio de justicia gratuita del art. 20.1 LGDCU, al amparo del art. 149.1.1.ª y 6.ª CE— y el *Anexo I* —contenía el catálogo de bienes, productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a los efectos de los arts. 2.2 y 6 LGDCU—. El origen de estas nulidades se encontraba en que, en la tramitación del Real Decreto 287/1991 *se había prescindido de la audiencia al Consejo General de la Abogacía* y dicha norma *afectaba directamente a los intereses generales que representaban*: el beneficio de justicia gratuita, atribuido a las asociaciones de consumidores y usuarios, suponía miles de abogados obligados a prestar sus servicios bajo dicho régimen. Fue dicho Consejo General de la Abogacía quien interpuso la demanda.

c) La *LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por vía del artículo 143 CE*. Dicha Ley Orgánica había modificado el panorama competencial que se tuvo en cuenta, cuando se promulgó el Real Decreto 287/1991, para determinar sus efectos supletorios —por ejemplo, la DA 2.ª 2.ª del Real Decreto 287/1991 señalaba que *en todo lo demás* [está

LGDCU (12), conviene mencionar *algunos* casos en los que dicha garantía será nula o parcialmente nula.

a) *La que establezca la exclusión de la responsabilidad solidaria del productor y del suministrador por la garantía. O, dicho de otra forma, que el consumidor sólo puede ejercitar los derechos derivados de la garantía contra el productor o el suministrador.*

Es cierto que, interpretado literalmente el artículo 11.2 LGDCU, éste nada dice sobre el régimen de responsabilidad del productor y del suministrador. Aquel precepto sólo se refiere a *la obligación de entregar el certificado de garantía*, documento que la refleja, y además, en dicho precepto se alude de forma disyuntiva al productor o suministrador. Dice así, «[...] *el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente...*». Ahora bien, nuestros Tribunales han entendido que la responsabilidad de dichos sujetos es solidaria.

En este sentido destaca la *STS de 20 de octubre de 1990* (Pte.: Excmo. señor don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; RJA 8028). En el caso, la garantía del vehículo automóvil, comprado por el consumidor, la había dado el fabricante y sin embargo el consumidor la exigió del vendedor (concesionario), excepcionando éste falta de legitimación pasiva. El consumidor interpuso recurso de casación, que estima el Tribunal Supremo (13). Según el

implícita la norma de la DF 2.^a 1.^a; cfr. *supra* letra b)] dicho Real Decreto sería de aplicación general en defecto de regulación específica por las CCAA con competencia normativa en materia de defensa de los consumidores—. Había pues que proceder al oportuno reajuste.

d) *La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita*, cuya DA 2.^a reconoce dicho derecho a las asociaciones de consumidores y usuarios, en relación con los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, *sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar*.

Y e) el artículo 12 LOCM que completa, a propósito de la garantía y del servicio postventa, al artículo 11 LGDCU. Adviértase que esta última causa es la única que tiene relación con los bienes de naturaleza duradera.

(12) Conviene tener presente el texto del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Es el que sigue: «[...] 2. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente./ a) El objeto sobre el que recaiga la garantía./ b) El garante./ c) El titular de la garantía./ d) Los derechos del titular de la garantía./ e) El plazo de duración de la garantía./ 3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:/ a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados./ b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado./ [...]».

(13) Los hechos de esta sentencia son los siguientes. Don Angel D. C. adquirió un vehículo de la *Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., Adarsa*,

Alto Tribunal, los artículos 11 y 27.1.a) y 2 LGDCU establecen «una responsabilidad solidaria de carácter legal a favor del consumidor, enumerándose como deudores obligados “a todas aquellas personas que hubieren concurrido al daño”; en el presente caso el fabricante, el importador y el vendedor o suministrador» (FD 1.º; la cursiva es nuestra), solidaridad a la cual el consumidor no había renunciado.

Es cierto que el Tribunal Supremo habla, para el presente caso, de concurrencia entre el fabricante y el vendedor. Pero es asimismo cierto que tal afirmación es muy parca y que puede quedar la duda sobre cómo se concibe esa concurrencia. En otras palabras, ¿es que efectivamente concurrieron al daño los comportamientos del fabricante y del vendedor?, o ¿es el mero hecho de haber intervenido en la fabricación y en la distribución del vehículo, lo que permite afirmar la concurrencia de aquéllos? Tengamos presente que la concurrencia es la llave que permite aplicar la solidaridad. Da la sensación, asumiendo todas las dudas que la interpretación del texto puede suscitar, que la concurrencia es entendida de la segunda manera. Si esto es así, es criticable desde la perspectiva técnica, que no desde la efectiva protección del consumidor, la argumentación del Tribunal Supremo. Ello porque, ni el artículo 11.2, ni el 27.1.a) y 2 LGDCU establecen una responsabilidad solidaria por el mero hecho de haber participado en la cadena de producción y de distribución del bien de naturaleza duradera hasta que el mismo llega a

concesionaria oficial del fabricante. El vehículo resultó defectuoso (había que sustituir todo el motor para que funcionara correctamente). El fabricante del vehículo había dado garantía de su correcto funcionamiento. En cambio, el vendedor no había garantizado el funcionamiento del vehículo (si bien entregó el certificado de garantía).

Don Angel D. C. demandó a la Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., Adarsa, suplicando la reparación de daños en el vehículo adquirido, y subsidiariamente, la resolución del contrato, con devolución del precio satisfecho. La Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., Adarsa, se opuso a la demanda, alegando excepción de falta de legitimación pasiva: el único obligado era el fabricante, puesto que fue él, y no el vendedor, quien había dado la garantía (art. 11 LGDCU).

El Juez de Primera Instancia (sentencia de 28 de marzo de 1988) no entró en el fondo del asunto al estimar la excepción alegada por el vendedor e impuso las costas a don Angel D. C. Este interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial (sentencia de 25 de octubre de 1988) lo desestimó e impuso las costas a don Angel D. C. Este interpuso recurso de casación. Alegó incongruencia de la sentencia de instancia (motivo primero) e infracción de los artículos 11 y 27 LGDCU, en relación con el 1.124 del Código Civil (motivo segundo). El TS estima el recurso (admite el motivo segundo y rechaza el primero) y casa la sentencia. Condena a la Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles de Repuestos, S.A., con base en el artículo 11.3.a) LGDCU, a la sustitución gratuita del bloque del motor o, si fuere preciso, a que efectuase aquellas otras reparaciones necesarias en el vehículo con el fin de que éste adquiriese las prestaciones de origen, y ello sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponderla. Asimismo condena a aquélla al pago de las costas de las instancias y no hace especial pronunciamiento sobre las de la casación.

manos del consumidor. Los artículos 11.2 y 27.1.a) LGDCU se refieren a los sujetos responsables de forma disyuntiva (14) y el artículo 27.2 establece el régimen de responsabilidad solidaria *sólo si los legitimados pasivos han, efectivamente, concurrido en la causación del daño* (15), (16).

(14) El artículo 27 LGDCU dice: «1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad: a) *El fabricante, importador, vendedor o suministrador* de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan./ b) [...]». (La cursiva es nuestra.)

Y el fragmento del artículo 11.2 LGDCU que nos interesa está reproducido *supra*, en texto y en nota núm. 12.

(15) Artículo 27 LGDCU: «[...] 2. Si a la producción de daños *concurrieren* varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que *pagare* al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños». (La cursiva es nuestra.)

M.^a ANGELES PARRA LUCÁN nos informa de que, de los debates parlamentarios se desprende que el consumidor dañado podía demandar en reclamación de daños y perjuicios a cualquier miembro de la cadena de producción y distribución del producto. Con la finalidad de facilitar el derecho de resarcimiento del consumidor, se pretendía que a éste le bastase con demostrar que el producto causante del daño había sido elaborado o comercializado por el demandado, no pudiendo éste exonerarse de responsabilidad aunque demostrase que el defecto del producto no era reconducible a su esfera de actividad. Pero, señala la presente autora, *la regla que ha cristalizado en el artículo 27.2 LGDCU es otra*. La solidaridad que establece es cuando en la producción del daño *concurrieron* varias personas y *ello no puede sin más afirmarse del hecho de que varias personas hayan intervenido en la elaboración y distribución del producto*. (*Daños por productos y protección del consumidor*, 1990, págs. 424-425; v. hasta la pág. 427).

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pág. 221) entiende que si, ni productor, ni suministrador proporcionaron al consumidor una garantía por escrito, la única forma de protegerle es mediante *su responsabilidad solidaria*. *Reconoce que no hay base legal clara para tal solución*, pero que en casos similares la jurisprudencia acude a la solidaridad cuando no es claro, entre varios sujetos, quién es el responsable y quiere favorecerse al acreedor (consumidor).

En cambio, MANUEL PANIAGUA ZURERA (que precisamente se apoya en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) afirma que la disyunción entre el productor o el suministrador del artículo 11.2 LGDCU ha de entenderse en el sentido de que *la obligación puede ser exigida a todos los intervinientes en la fase de producción, distribución y comercialización, obligación que tiene carácter solidario* [«La protección del adquirente no profesional de bienes muebles “defectuosos” en la compraventa mercantil, tras la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios», *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 141]. Reitera esta idea cuando trata de la necesaria mención, en la garantía, del garante —cfr. art. 11.2.b) LGDCU—. Afirma que si bien ha de individualizarse al garante, ello «no debe suponer exoneración de responsabilidad para los restantes sujetos implicados en los términos indicados anteriormente» (*op. cit.*, pág. 141; la cursiva es nuestra).

(16) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que ha comentado esta STS de 20 de octubre de 1990, también critica al Alto Tribunal, aunque por razones diferentes a las

La STS de 4 de octubre de 1996 (Pte.: Excmo. señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; RJA 7034) hace otras interesantes afirmaciones a propósito del artículo 27.1.a) y del 27.2 LGDCU. En esta sentencia, el Alto Tribunal conoce de un caso de responsabilidad por daños sufridos por el consumidor por la explosión de una botella de cerveza. No está implicado el artículo 11 LGDCU, sino los artículos 25 y sigs. LGDCU.

El consumidor reclamó del fabricante y del suministrador la reparación de los daños sufridos. La Audiencia condenó al fabricante y absolvió al suministrador. El consumidor interpone recurso de casación, *con el que pretende que también se condene al suministrador*. Considera que se han inaplicado los artículos 25, 26 y 27.2 LGDCU.

En lo que nos interesa, dice el Tribunal Supremo:

«la Ley 26/1984, de 19 de julio, en sus artículos 26 y 27.1.a) y la de 6 de julio de 1994 establecen la regla general de la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador de los productos a los consumidores o usuarios, y una interpretación lógica de tal plurirresponsabilidad supone que el dañado o perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción de reclamación contra los referidos fabricante, importador, vendedor y suministrador, pero no puede demandar conjunta y simultáneamente a dichos responsables "ope legis", salvo que haya podido aportar un principio de prueba que demuestre la concurrencia concreta de todos los presuntos demandados en la realización del evento dañoso. Todo ello sin perjuicio de que el responsable legal que paga tenga el derecho a repetir contra los demás responsables, según su participación en la causación del daño, y así se determina el artículo 27.2 [sic] de la mencionada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (FD 1.º; la cursiva es nuestra).

Por otro lado, diversas sentencias de Audiencias Provinciales afirman, *con idéntica o diferente argumentación* de la del Tribunal Supremo, la res-

puestas en el texto. Coincide con el Tribunal Supremo en que el artículo 27.1.a) LGDCU se refiere a la *responsabilidad contractual del vendedor por los defectos en la cosa y que dicha responsabilidad se impone con carácter solidario al fabricante y demás intermediarios de la cadena de distribución del bien*. La importante novedad de la LGDCU es que *la responsabilidad contractual del vendedor se extiende a otros sujetos ajenos a la compraventa*. Ahora bien, dicha responsabilidad solidaria del artículo 27 LGDCU se refiere a la del vendedor por los artículos 1.101 (indemnización), 1.124 (resolución, cumplimiento) y 1.484 y sigs. (saneamiento por vicios ocultos) del Código Civil y no se refiere a la garantía del artículo 11.2 LGDCU. Dicho con otras palabras, *el artículo 27 LGDCU no sirve de fundamento para afirmar que la garantía que dio el fabricante obligue solidariamente al vendedor*. Trasladándose al caso de que conoce la STS de 20 de octubre de 1990, considera que el consumidor podía haber demandado al vendedor apoyando su pretensión en los artículos 1.101, 1.124 y 1.484 y sigs. del Código Civil, *pero no en la garantía del artículo 11.2 LGDCU*. A lo que añade que para reclamar al vendedor con base en dichos preceptos del Código Civil, *no hacia falta acudir a la solidaridad del artículo 27 LGDCU, pues aquellos preceptos eran directamente aplicables* (el consumidor había celebrado la compraventa con el concesionario) (CCJC, núm. 24, 1990, págs. 1080-1082).

ponsabilidad solidaria del productor y del suministrador por la garantía. Así: *SAP de Orense, de 15 de diciembre de 1993 (Pte.: José Ramón Godoy Méndez; El Derecho 1993/13234)*; *SAP de Tarragona, de 16 de diciembre de 1993 (Pte.: señora Aguilar Vallino; Actualidad Civil 1118)*; *SAP de Asturias (sección 1.ª), de 17 de marzo de 1994 (Pte.: señor Seijas Quintana; Actualidad Civil 1576)*; *SAP de Alava (sección 1.ª), de 6 de junio de 1994 (Pte.: señor Saavedra Ruiz; Actualidad Civil 476)*; *SAP de Cantabria (sección 2.ª), de 13 de febrero de 1995 (Pte.: señor de la Hoz de la Escalera; Actualidad Civil 639)*; *SAP de Murcia (sección 1.ª), de 19 de junio de 1995 (Pte.: Francisco José Carrillo Vinader; El Derecho 1995/9488)*; *SAP de Málaga (sección 4.ª), de 18 de octubre de 1997 (Pte.: Luis Alfonso Pazos Calvo; El Derecho 1997/10831)*; *SAP de Asturias (sección 5.ª), de 13 de febrero de 1998 (Pte.: Francisco Luces Gil; El Derecho 1998/4562)*, y *SAP de Burgos (sección 3.ª), de 23 de octubre de 1998 (Pte.: M.ª Esther Villimar San Salvador; El Derecho 1998/29539)*.

En cambio, en la *SAP de Murcia, de 24 de febrero de 1997 (Pte.: Ilmo. señor don Manuel Rodríguez Gómez; Repertorio Aranzadi de Audiencias Provinciales 469)* se entiende que el artículo 27.1 LGDCU se limita a hacer una enumeración exhaustiva de quiénes han de soportar la responsabilidad por los derechos que la propia LGDCU reconoce. Se trata de una norma de legitimación pasiva, *que no establece la solidaridad en relación con la responsabilidad. Para determinar dicha solidaridad ha de analizarse cada supuesto negocial concreto, en el sentido de constatar si hubo concurrencia de comportamientos. Sólo si varias personas concurren en la causación del daño, se responderá solidariamente* (art. 27.2 LGDCU). Recuerda asimismo que la regla general es la de la mancomunidad en la obligación. Lo curioso, por contraste, es que esta misma sentencia admita que el fabricante y el concesionario-vendedor del vehículo responden solidariamente en relación con la acción redhibitoria.

En definitiva, la LGDCU no establece una responsabilidad solidaria del productor y del suministrador *por el mero hecho* de su participación en la cadena de producción y distribución del bien de naturaleza duradera hasta que el mismo llega a manos del consumidor, pero algunos Tribunales parece que así lo están aplicando (expresa o tácitamente; desde luego las afirmaciones que hacen no son todo lo claras que hubieren sido de desear). Si esto es así, hemos de entender que *sería nula la garantía que, además de pretender reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, suprimiese el régimen de responsabilidad solidaria que aquélla implica*.

b) *La que establezca la denegación de que el consumidor pueda exigir por escrito el documento que refleje la obligación de garantía*. Pensemos, por ejemplo, que el consumidor perdió el certificado de garantía que se le entregó al adquirir el bien y que ahora quiere un duplicado, o que se le ofreció

garantía verbal, y, una vez adquirido el bien, quiere que aquélla figure por escrito.

El artículo 11.2 LGDCU señala que *se entregará una garantía formalizada por escrito*. Hay acuerdo en que tal documentación no tiene la condición de *forma ad substantiam*. Si el consumidor puede por cualquier medio de prueba probar que se le dio garantía del bien, podrá exigir los derechos que la misma le ofrece. Asimismo puede exigir su documentación con base en el artículo 1.279 del Código Civil (17). Ahora bien, estas afirmaciones tienen relevancia práctica si pensamos en una garantía *comercial* que ofrezca al consumidor *mayores* derechos que los de la garantía *legal* del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Ello porque si la garantía sólo consiste en el contenido legal, el consumidor alegrará sin más la aplicación de aquel precepto, pero si el ofrecimiento de garantía tiene un contenido superior al legal, entonces sí, el consumidor habrá de probar el superior contenido (por ejemplo, demostrando que ese productor ofrece, para el mismo modelo de bien que él ha adquirido, tales derechos, etc.), y una vez demostrado, tiene derecho a exigir que la misma se plasme por escrito. Pues bien, y dicho lo anterior, *sería nula una garantía que, además de pretender reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, denegase que el consumidor pudiese exigir la formalización de aquélla por escrito*.

(17) Sobre la forma escrita: JUSTINO DUQUE señala que el escrito tutela al consumidor y que, si no se da, y puede probarse la garantía por otros medios, la misma funcionará en los términos en los que normalmente la dé el garante para bienes de la misma clase e integrada con la LGDCU («La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *EC*, núm. 3, 1984, pág. 76); PILAR DE LA HAZA tan sólo destaca el carácter imperativo de la forma escrita de la garantía («Garantías de los productos», en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coords. Juan Ignacio Font Galán/Francisco López Menudo, 1990, pág. 181); JOSÉ ANGEL TORRES LANA afirma que el carácter escrito de la garantía es un medio, impuesto legalmente, de facilitar la prueba, reforzándose la posición del adquirente, y que si al consumidor no se le entrega el documento de la garantía, podrá probar su vigencia por otros medios; en caso de documento incompleto, el consumidor goza, en su beneficio, de la interpretación *contra stipulatorem* («La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, 1992, pág. 800); TOMÁS RUBIO GARRIDO afirma que la documentación de la garantía no es requisito *ad substantiam* («La “garantía” del art. 11 LCU», en *ADC*, 1990, pág. 913); GABRIEL GARCÍA CANTERO, coincidiendo con Tomás Rubio Garrido, entiende que la forma escrita no es requisito *ad substantiam*, constituyendo ello una forma de tutelar al consumidor; afirma que si puede probar que el vendedor prometió verbalmente la garantía, el comprador puede exigir su formalización escrita con base en el artículo 1.279 del Código Civil; y si el documento existió, pero se perdió, aparte de su reconstitución (expedición de un duplicado) podrá probarse por cualquier medio de prueba, incluso la testifical (art. 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, págs. 380 y 381); JAVIER AVILÉS GARCÍA también considera que la forma escrita no es requisito *ad substantiam*, reproduce el artículo 12.3.II LOCM y comparte las ideas que acabamos de exponer de GABRIEL GARCÍA CANTERO («Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2752).

c) *La que establezca la exclusión de la garantía de algunos de los componentes o elementos que conforman el bien de naturaleza duradera, de manera que pueda afirmarse que realmente no hay garantía del mismo.* Es cierto que la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU es imperativa (art. 2.3 LGDCU), pero ello no significa necesariamente que en relación con ella no pueda jugar, *en cierta medida*, la autonomía de la voluntad. El bien de naturaleza duradera es el resultado de la unión o ensamblaje de un conjunto de componentes. Es frecuente que al ofrecer la garantía, el productor o suministrador especifique una serie de elementos *no incluidos en la misma*.

Podría decirse que todas esas modalidades de cláusulas son nulas. Podría argumentarse que la garantía se refiere al objeto final, al que resulta del ensamblaje de todos sus componentes. Todos y cada uno de dichos componentes son importantes porque, precisamente debidos a ellos, el objeto final es de determinada manera (por ejemplo, la adquisición de un reloj se hace para saber la hora, pero la mayor parte de las veces se tiene en cuenta su diseño, correa, etc.).

Ahora bien, a nuestro parecer, *dentro de ciertos límites*, algunas de dichas cláusulas pueden ser válidas. Recordemos que la garantía es una figura jurídica que justifica su existencia a propósito de la *utilidad* del bien. Encierra una obligación de resultado, de que el bien, *durante un determinado periodo de tiempo, es útil a las legítimas expectativas del consumidor*. Y así lo refleja el artículo 11.3.b) LGDCU cuando alude a que «el objeto no revistiese *las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado*». Pues bien, relacionando componentes o elementos del bien de naturaleza duradera con la función que el mismo desempeña, *podría considerarse válida la garantía, que pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, excluyese de su campo aplicativo elementos del bien de naturaleza duradera que no incidiesen en su utilidad esencial, entendida ésta de forma amplia*. Es decir, sería válida la exclusión de elementos que incidiesen en *funciones secundarias* del bien (además del desplazamiento del saneamiento). Por supuesto, si tales funciones secundarias desde la perspectiva del tráfico (criterio objetivo), hubiesen adquirido relevancia en la concreta adquisición del bien (criterio subjetivo), los elementos que incidían en dicha función no podrán ser excluidos de la garantía. En la práctica se nos presentarán casos dudosos, lo que es inevitable en el manejo de conceptos indeterminados, y en su solución, habremos de acudir a los criterios de lo razonable, de la preferencia al consumidor (arts. 51 CE y 1.1 LGDCU) y, cómo no, al principio de la buena fe objetiva (arts. 7 y 1.258 del Código Civil).

d) *La que establezca que los derechos de la garantía sólo los puede exigir el primer adquirente (consumidor) del bien.* Lo más normal es que quien adquirió el bien del productor o del suministrador, es decir, el denomi-

nado *consumidor en sentido jurídico* por haber celebrado el contrato (18), sea también quien ejercite los derechos de la garantía. Pero también puede ocurrir que, vigente la garantía, el bien de naturaleza duradera se transmita a otra persona, relación esta última establecida entre dos *particulares*. Pensemos que la garantía dada es de *ocho meses*, que a los cuatro meses de la entrega del bien al primer adquirente, éste lo transmite a otro sujeto (bien de segunda mano) y que dicho bien deja de funcionar dos meses después (en total han transcurrido seis meses). ¿Puede este segundo adquirente ejercitar los derechos de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDC contra el garante (productor o suministrador)? Sí. La construcción de la garantía *no* se hace sobre el *concreto sujeto* que originariamente adquirió el bien —en otras palabras, carece de carácter personalísimo— sino que se construye *sobre el bien* —éste encierra o lleva en sí la garantía de que es útil a la legítima finalidad por la cual se adquiere— (19). En el caso antecedente, el segundo adquirente, *que también tiene que tener la condición de consumidor destinatario final* (art. 1.2 LGDCU) frente al garante, aunque la relación adquisitiva del bien la haya establecido con el anterior consumidor, podrá ejercitar los derechos de la garantía, a condición de que la misma esté vigente.

En consecuencia, *sería nula la garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, e impusiese que la misma sólo la puede ejercitar el primer consumidor que adquirió (o contrató) el bien.*

e) *La que establezca un plazo de duración de la garantía menor del de seis meses, o menor del que fijen la naturaleza del bien o la ley o el reglamento.* El artículo 11.2.e) LGDCU se limita a decir que la garantía necesariamente ha de expresar el plazo de su duración y no establece una duración mínima de la misma. Los autores criticaron esa ausencia de regulación, for-

(18) Sobre esa noción, así como sobre las de consumidor en sentido material y *bystander* (esto es, aquel tercero que no es ni consumidor en sentido jurídico, ni en sentido material, pero que resulta dañado por el acto de consumo), ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *EC*, núm. 3, 1984, págs. 21-22, 34 y 37-38.

(19) Apoyan la idea de que los sucesivos adquirentes del bien tienen derecho a la garantía mientras la misma está vigente: JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, pág. 78; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», en *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 218; CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS (apoyándose en Justino Duque y Rodrigo Bercovitz), «Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *EC*, núm. 16, 1989, pág. 107; PILAR DE LA HAZA (cita a Justino Duque), «Garantías...», en *Curso...*, 1990, pág. 182; TOMÁS RUBIO GARRIDO (apoyándose en Justino Duque y Rodrigo Bercovitz), *ADC*, 1990, pág. 913; MANUEL PANIAGUA ZURERA, *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 141; JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, págs. 801-802; GABRIEL GARCÍA CANTERO (cita a Rodrigo Bercovitz), artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 379; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2742-2743.

mulando dispares propuestas de solución (20). Ahora bien, el artículo 12.2 LOCM ha subsanado la laguna. Según este precepto, *el plazo mínimo de duración de la garantía de los bienes de carácter duradero son seis meses,*

(20) En concreto: Se destacó que el plazo de la garantía podía establecerse *de forma directa o indirecta*, en este último caso, mediante la realización de una actividad —por ejemplo, una determinada distancia a recorrer por el vehículo— (JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, págs. 78-79). Que *la falta de duración mínima de la garantía*, omisión que se consideraba especialmente grave, habría de suplirse *declarando abusivas aquellas cláusulas que fijasen un plazo desproporcionadamente breve en perjuicio del consumidor* [arg. art. 10.1.c).3.º LGDCU, redacción de 1984] (ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, 1987, pág. 156; apoyándose en Alberto Bercovitz, GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 380). Que *el plazo había de ser suficiente*, según las circunstancias y naturaleza del bien, para que el consumidor pudiese *reclamar con eficacia*, y ello había de tenerse en cuenta si se establecía un *plazo inferior* al que corresponde a las acciones legalmente previstas para la defensa del consumidor, sobre todo si se pretendía pactar su sustitución por la garantía (RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 219). Que en la doctrina se ofrecían criterios de razonabilidad para determinar el plazo cuyo control correspondía a los tribunales, pero que, aun teniendo presente las razones favorables a una solución flexible, había claros inconvenientes para el consumidor y así, *si fuese excesivamente breve el plazo de garantía fijado unilateralmente por el vendedor, el consumidor tendría que acudir en todo caso a los tribunales para obtener su ampliación y ya se conocían los inconvenientes* que ello presentaba [CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (cita a Justino Duque, Rodrigo Bercovitz y M.ª Angeles Parra Lucán)]. Señala este autor, además, que es probable que la LGDCU no haya fijado un plazo determinado de duración de la garantía, pensando que los bienes amparados por la misma podían tener naturalezas muy diversas. Destaca asimismo que la LGDCU no indica el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de la garantía. Y afirma que desde la perspectiva del consumidor, la indeterminación de la LGDCU no es la mejor garantía, valga la redundancia, para aquél (*EC*, núm. 16, 1989, págs. 105-106). Que *aunque el artículo 1.490 del Código Civil no sea precepto de orden público*, pues nunca fue esa la voluntad del legislador, sí puede adoptarse *como punto de referencia* desde el cual, y *con la buena fe objetiva*, se podía *deducir un plazo adecuado* a la naturaleza y función del bien, y aunque tal conclusión no fuera muy reconfortante, pues era solución incorrecta, se señaló que se creía que *el legislador ha querido sustraer a las partes (al vendedor profesional) la fijación del plazo y había preferido dejarlo a la apreciación judicial, de conformidad con los criterios anteriormente expuestos* [TOMÁS RUBIO GARRIDO (cita en su apoyo a Rodrigo Bercovitz), *ADC*, 1990, págs. 914-915]. Señala además este autor, que el *artículo 11.1 LGDCU* justifica que se rechace «todo plazo que no permita al consumidor asegurarse de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio, o que no le permita reclamar con eficacia en caso de defecto o deterioro, o que le impida hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación» (*op. cit.*, pág. 914). Que *las discrepancias en cuanto a la duración del plazo serían resueltas por los órganos judiciales*, de conformidad con el artículo 1.128 del Código Civil (se indica que coincide con esta opinión M.ª Angeles Parra Lucán), y que se ha propuesto que dicho plazo no puede ser inferior a los seis meses del artículo 1.490 del Código Civil (se cita a Pilar de la Haza) [MANUEL PANIAGUA ZURERA, *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, págs. 141-142, notas 80 y 81]. Que el plazo que se pudiera establecer *normalmente sería superior a los seis meses del artículo 1.490 del Código Civil* (reconociéndose lo aconsejable de establecer de forma imperativa un míni-

salvo que la naturaleza de aquéllos lo impidiere y sin perjuicio de lo previsto por disposiciones legales y reglamentarias para bienes o servicios concretos. Por consiguiente, sería nula la garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos y estableciese un plazo de duración menor del de seis meses.

Pero la anterior afirmación la hacemos con carácter general, porque, como acabamos de ver, el propio artículo 12.2 LOCM establece dos excepciones a la regla de los seis meses.

Una es *cuando la naturaleza del bien lo impidiera*. Se ha dicho que con esta excepción el legislador indica que el plazo mínimo de los seis meses no opera y ello puede deberse a que el mismo se considere que es plazo *insuficiente*, o, por el contrario, que se considere plazo *excesivo* (21). Evidentemente en estos casos habrá de concretarse cuál es el plazo adecuado de duración de la garantía y, hecho esto, compararlo con el ofrecido, *el cual no podrá ser inferior a aquél, pues, entonces, la garantía será nula*.

La otra excepción al plazo de los seis meses es cuando *la ley o el reglamento establezcan un plazo distinto para concretos bienes o servicios*. Suele aquí citarse al artículo 16 del *Real Decreto 1457/1986, de 19 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y de sus componentes*. Dicho artículo, en su apartado 2, preceptúa que la garantía por reparación que

mo), pero que también *podía establecerse un plazo inferior* (lo que era frecuente en las reparaciones y en el mercado de ocasión o segunda mano) (JOSÉ ANGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, pág. 804 y pág. 805). Que había de *tratarse igual la no fijación de plazo y la fijación de uno inferior al de la garantía legal*, teniendo que acudirse a *la fijación judicial según las circunstancias del caso, o por analogía con otras garantías fijadas por el garante, o en último término, conforme al plazo legal* (GABRIEL GARCÍA CANTERO, art. 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 380).

(21) JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*, coord. Arimany/Manubens & Asociados, dirs. Joaquín Tornos Más/Juan José Marín López/Lluis Cases Pallarés/Esteban Arimany Lamoglia/Carlos Manubens Florensa, 1996, pág. 115; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, coords. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano/Jesús Leguina Villa, 1997, pág. 217; SILVIA DÍAZ ALABART (cita a Juan José Marín López), artículo 12 LOCM, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, dirs. José Luis Piñar Mañas/Emilio Beltrán Sánchez, 1997, pág. 116; ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA (cita a Juan José Marín López y Silvia Díaz Alabart), artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, coords. Francisco José Alonso Espinosa/José Antonio López Pellicer/José Massaguer Fuentes/Antonio Reverte Navarro, 1999, págs. 214-215, y notas 96, 97 y 98; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2748-2749 y 2752.

el taller otorgue caducará a los tres meses (o quince días si el vehículo es industrial) o 2.000 kilómetros recorridos (22). Asimismo se menciona al artículo 6 del *Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico*. El apartado 2 de dicho artículo establece que la garantía por reparación que dé el servicio de asistencia técnica tiene un plazo mínimo de validez de tres meses. La LOCM no ha derogado estos dos reglamentos (al contrario, la salvedad hecha por el art. 12.2 LOCM implica su vigencia) (23). En estos dos casos, *la garantía que se ofrezca no podrá ser inferior a la fijada reglamentariamente, pues, entonces, será nula*.

f) *La que establezca un plazo que impida al consumidor contar con la posibilidad real y efectiva de ejercitar los derechos (acciones) derivados de la garantía (desde luego no podrá ser menor de seis meses)*. La mayoría de los autores consideran que el plazo que contempla el artículo 12.2 LOCM [v. *supra*, núm. 11, letra e)] es para que el defecto del bien *se manifieste*, siendo *otro el plazo de ejercicio* de los derechos (acciones) que la garantía concede. En relación a este *otro* plazo, bien no se nos indica cuál es (24), bien se señala que son *quince años* (art. 1.964 del Código Civil) (25), bien se afirma que son otros *seis meses más* en aplicación del artículo 1.490 del Código

(22) Sobre este Real Decreto, RAMÓN CASAS VALLÉS, «La ejecución de obra sobre vehículos. (El Real Decreto 1457/86, de 10 de enero, *BOE*, núm. 169, de 16 de julio: un desarrollo sectorial en el marco de la LGDCU, de la regulación civil del contrato de arrendamiento de obra)», en *EC*, núm. 10, 1987, págs. 69 y sigs.; el estudio de la garantía del artículo 16 se hace a partir de la pág. 96.

(23) Incluyen, en esta excepción del artículo 12.2 LOCM, esos dos Reales Decretos 1457/1986 y 58/1988: JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ (afirma que no han sido derogados por una norma posterior de superior jerarquía, pues el art. 12.2 LOCM milita a favor de su consideración como normas especiales), artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista*, 1996, pág. 114; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997, págs. 216-217; ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA, artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, 1999, pág. 215 y nota 99; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2749.

En cambio, SILVIA DÍAZ ALABART manifiesta, en este punto, una posición crítica. Señala que tratándose la LOCM de una ley que contempla la compraventa de *productos*, no tiene razón de ser la mención de los servicios por el artículo 12.2 LOCM. Asimismo afirma que la frecuente cita de los dos anteriores Reales Decretos no se adecúa a lo que dispone el artículo 12 LOCM, puesto que aquéllos se refieren a garantías de prestación de servicios y no de productos adquiridos. No se garantiza la calidad del producto, sino la reparación que se le haya realizado (art. 12 LOCM, *Comentarios LOCM y LO*, 1997, pág. 118 y notas 21 y 22).

(24) JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista*, 1996, pág. 113.

(25) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *CCJC*, núm. 26, 1991, pág. 610; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997, pág. 217.

Civil (26). Pero, frente a la opinión mayoritaria, también se ha defendido que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son para que el *defecto* del bien de naturaleza duradera *se manifieste y para ejercitar los derechos (acciones) de la garantía* (27).

Incidentalmente, recordemos que, si bien se admite que la autonomía de la voluntad puede acortar los plazos de *prescripción* marcados por la ley, tal admisión se ve con recelo si se establece en condiciones generales (28). Este es nuestro caso, porque la garantía que analizamos se inserta en condiciones generales o en una cláusula no negociada individualmente (en la que late el mismo conflicto que en la condición general; no olvidemos que estamos en la DA 1.^a LGDCU). Destacamos lo anterior, porque los quince años del artículo 1.964 del Código Civil, que se proponen como plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, son plazo de prescripción. Por nuestra parte, no miramos con favor los pactos que reduzcan los plazos (de prescripción) de ejercicio de derechos (acciones), *cuando uno de los contratantes es un profesional y el otro tiene la condición de consumidor destinatario final y la reducción se establece para el plazo de que legalmente dispone el consumidor*. Pero, por otro lado, también nos parece desmedido que nuestro ordenamiento establezca nada más, y nada menos, que quince años como plazo general supletorio a propósito de las acciones personales (y ello, aunque dicho artículo significó reducir el plazo de veinte años del Derecho anterior). Esta valoración crítica de la regla del artículo 1.964 del Código Civil justifica que admitamos *la validez de la garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, establezca un plazo para el ejercicio de derechos (acciones) menor del de quince años*. Ahora bien, la reducción sólo será válida *si respeta el límite de que el plazo establecido sea uno razonable para que, efectivamente, el consumidor pueda ejercitar sus*

(26) ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA, artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, 1999, págs. 216-217.

(27) SILVIA DÍAZ ALABART, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM y LO*, 1997, pág. 117.

(28) LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN plantea la cuestión, a propósito de la contratación con condiciones generales, en *La prescripción en el Código Civil*, 1964, pág. 64 (v. en general, págs. 61-68). Y en su comentario al artículo 1.935 del Código Civil, considera que los plazos abreviados de acortamiento de *prescripción y caducidad*, en condiciones generales, son contrarios a la equivalencia de prestaciones. Dice: «Creemos, sin embargo, que los plazos abreviados de prescripción y de caducidad insertos en condiciones generales de la contratación son contrarios a la necesidad de equivalencia de las prestaciones, caen en el ámbito del artículo 10 de la LGPCU [*sic*, LGDCU, redacción de 1984], cuando se trate de contratos de este tipo, y de ello puede inducirse una conclusión general para todo tipo de condiciones generales» (*Comentario del Código Civil*, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2091).

derechos (acciones). En otras palabras, siempre habrá un plazo mínimo *indelegable*. Lógicamente, cuando haya discusión entre las partes, será el Juez quien lo determine. Por otro lado, no nos convencería, para cambiar de opinión, la fácil argumentación de que, dado que estamos en el sector de la protección de los consumidores y éste se caracteriza por su carácter imperativo mínimo, no sería admisible ningún pacto que modificase, reduciéndolo, el plazo de quince años.

Sobre los plazos de *caducidad* hemos de decir que la doctrina también admite su acortamiento por obra de la autonomía de la voluntad (29). Recordemos ahora que la naturaleza de la caducidad se atribuye, por la mayoría de la doctrina y en la actualidad por el Tribunal Supremo, a los seis meses del artículo 1.490 del Código Civil (v. *supra*, núm. 8 y nota núm. 8) y que estos seis meses, como antes hemos indicado, se han propuesto como plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía. No obstante la admisión de la reducción de los plazos de caducidad por la autonomía de la voluntad, somos de la opinión de no acoger tal pacto *en el caso de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU*. En consecuencia, *no sería válida una garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, estableciese un plazo de ejercicio de los derechos (acciones) que se deriven de aquélla, menor del de seis meses*. Como razones justificadoras de nuestra opinión podemos aducir las siguientes. Por un lado, y trasladando a la caducidad, el argumento que algunos han defendido en relación con la prescripción, porque tal pacto se insertará en condiciones generales o en una cláusula no negociada individualmente con lo que ello implica en la determinación del consentimiento del consumidor. Por otro, y este otro argumento es el que inclina la balanza, porque, en nuestra consideración, seis meses son un plazo corto *para una adecuada y suficiente protección del consumidor*. Y si esta es nuestra opinión, en relación con la propuesta de que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son para que el defecto del bien de naturaleza duradera se manifieste, habiendo otros seis meses para el ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, la misma se ve aún más reforzada en la propuesta de que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son tanto para la manifestación del defecto, cuanto para el ejercicio de los derechos (acciones).

Se habrá advertido que en nuestra toma de postura sobre la validez o no de las garantías que modifican (reduciendo) los plazos de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, *se entrecruza* la valoración que dichos plazos nos merecen, *considerándolos en sí mismos*. Quince años nos

(29) BERNARDO GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, 1990, págs. 435-437; v. también págs. 164, 313 y nota 420, 319-320, 360, 428. La validez del acortamiento de los plazos de caducidad es bajo el presupuesto de que se traten de derechos disponibles y con carácter bilateral. V. asimismo la nota que precede inmediatamente a ésta.

parece un plazo desmedido, seis meses, un plazo demasiado breve. No estamos, pues, ante un problema exclusivo de la protección del consumidor.

g) *La que establezca que el plazo de la garantía inicia su cómputo antes de la entrega material del bien.* El artículo 11.2 LGDCU no sólo no estableció un plazo mínimo de duración de la garantía, sino que *tampoco señaló el inicio de su cómputo*. También esta ausencia de regulación es subsanada por el artículo 12.2 LOCM, que establece que el plazo de garantía se computa *desde la entrega del bien*. Entendemos que no cualquier forma de entrega permite que se inicie el cómputo del plazo de duración de garantía, sino que, sólo *la material* (la posesión efectiva) es la que permite que comience a transcurrir jurídicamente el plazo de duración de la garantía. Por consiguiente, *sería nula una garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos y estableciese que el cómputo de la garantía se hace a partir de una entrega anterior a la real del bien*.

Ahora bien, dicho esto, hemos de señalar que sobre el inicio del cómputo del plazo de garantía se ha propuesto que, teniendo presente la finalidad del artículo 12.2 LOCM y reconociéndose ir en contra de su literalidad, puede tener buen sentido entender que dicho plazo no comienza a correr *hasta que el comprador haya tenido la posibilidad de constatar el funcionamiento del bien* (30). Si se es partidario de esta interpretación, claramente favorable a los intereses del consumidor, serían nulas las garantías que estableciesen el inicio de su cómputo en un momento anterior a éste.

h) *La que establezca como requisito el de que el consumidor denuncie previamente el defecto del bien de naturaleza duradera, y ello bajo la sanción de que su omisión provoca la pérdida de todo derecho (acción) derivado de la garantía.* En la práctica, lo más frecuente (y también lo más lógico) es que el consumidor denuncie el defecto del bien de naturaleza duradera antes de ejercitar los derechos (acciones) de la garantía. Pero una cosa es que usualmente así se opere en la práctica y otra muy diferente que el garante le haya impuesto el requisito *ineludible* de la denuncia. Por otro lado podríamos decir que, entre las posibles alternativas existentes en el momento en que se procedió al diseño jurídico de la figura de la garantía, el legislador español optó por prescindir, en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, de la denuncia. *En éste no hay alusión alguna a aquélla, luego la misma no es requisito de aplicación.* En consecuencia, *si ese es el diseño hecho por el legislador, diseño que es el mínimo imperativo* (arts. 2.3 y 11.3 LGDCU), *sería nula toda garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese al consumidor la previa denuncia para poder articular los derechos (acciones) de la garantía.*

(30) M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997, págs. 217-218.

No obstante lo anterior, es oportuno exponer algunas de las reflexiones que nos surgen *en conexión con* la cuestión del plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía. Ya indicamos [v. *supra*, núm. 11, letra *f*)] que, partiendo de que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son para la manifestación del defecto, se han propuesto los plazos de quince años u otros seis meses más para el ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía; asimismo se ha afirmado que los seis meses de aquel precepto son para la manifestación del defecto y para el ejercicio de los derechos (acciones). Si se es partidario de esta última tesis o de la que concede otros seis meses más, entendemos, lo acabamos de indicar en el párrafo que precede a éste, que *sería nula la garantía que, además de pretender reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese la previa denuncia del defecto bajo la sanción de que su omisión genera la pérdida de todo derecho (acción) derivado de la garantía*. Seis meses, inicien o no su cómputo al mismo tiempo que los seis meses del artículo 12.2 LOCM, son un plazo muy breve para que admitamos el que puedan establecerse cortapisas al consumidor, en su ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía. Podemos hablar de cortapisa porque lo hacemos bajo el presupuesto de que *el diseño de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU prescinde del elemento de la denuncia y este diseño es un mínimo imperativo*.

Sin embargo, si se es partidario de que, manifestado el vicio, el consumidor dispone de un plazo de quince años para ejercitar los derechos (acciones) derivados de la garantía, la imposición de que el consumidor denuncie previamente, denuncia que además presuponemos construida dentro de unos términos razonables, *no parece merecer una valoración negativa*. Desde luego que ha de protegerse al consumidor, pero también es legítimo que, *no desprotegiendo al consumidor, el profesional pueda organizar sus garantías de forma que pueda prever qué puede ocurrir con cada una de las concretas operaciones realizadas* (si puede o no darla por definitivamente cerrada). Otra vez incide en una cuestión dada [se entrecruza; v. *supra*, núm. 11, letra *f*)] —ahora en la de la denuncia— el aspecto de los plazos de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, y el de quince años, como hemos dicho, nos parece un plazo excesivamente largo, lo cual se acentúa si además se niega la posibilidad de que pueda establecerse la necesidad de una razonable denuncia. Pero pese a estas últimas afirmaciones, seguimos entendiendo que, incluso si se es partidario de los quince años, como plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, *sería nula la garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese la imprescindible denuncia previa del defecto bajo la sanción de que su omisión genera la pérdida de los derechos (acciones) derivados de aquélla*. La razón de esta solución es que, a nuestro entender, el diseño legal de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, que posee naturaleza de mínimo

imperativo, prescinde de la denuncia, y dada esa naturaleza, no puede el profesional imponerla (y ello aunque materialmente no parezca una organización adecuada del problema). En cambio, si dimos distinta solución en cuanto que admitimos que sí sería válida la garantía que estableciese un plazo menor del de quince años, siempre que respetase el de un mínimo razonable [v. *supra*, núm. 11, letra f)], fue porque, en nuestra opinión, la cuestión del plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía no está regulada con suficiente claridad en el artículo 12.2 LOCM, y *prueba de ello son las diferentes opiniones doctrinales que expusimos*. Dicho de otra forma, no puede decirse que el legislador haya diseñado el mínimo imperativo de los plazos de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía y han sido los autores quienes han tenido que proceder a dar propuestas de solución.

Con todo, *hay que concluir que estamos ante cuestiones cuya solución puede ser discutida*. Tales discusiones son provocadas porque la regulación de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU no ha sido todo lo afortunada que hubiera sido de desear. Y el construir sobre expresiones legales no del todo claras, o, sin más, a partir de la no previsión legal del problema, encierra todas estas dudas y vacilaciones.

i) *La que establezca que el consumidor tiene la carga de probar el concreto vicio de que adolece el bien de naturaleza duradera*. Si se hiciera una aplicación rígida y extremadamente rigurosa de la carga de la prueba, se diría que el consumidor que ejercita los derechos derivados de la garantía habría de probar *el concreto defecto o vicio* de que adolece el bien de naturaleza duradera. Se afirmaría que el artículo 11.3 LGDCU suministraría algún apoyo a dicha interpretación, pues su letra a) habla de *vicio o defecto*. Si ello se admitiere, al consumidor se le haría extraordinariamente difícil ejercitar los derechos derivados de la garantía. No es un conocedor (perito) del bien de naturaleza duradera que, por ejemplo, haya adquirido. Tendría que encargar a un experto en la materia la averiguación del defecto del bien y su causa, lo cual puede suponer costes de cierta entidad *para un consumidor*, y esto, a su vez, normalmente disuadirá a ciertos consumidores de ejercitar los derechos de la garantía. Esto último, además, supone romper lo que la figura de la garantía significó antes de su regulación por la LGDCU y lo que ha significado después: *es un cauce jurídico muy seguro para el consumidor para una pronta y satisfactoria solución de los problemas de utilidad de que puede adolecer el bien de naturaleza duradera*. No obstante, se podría contraargumentar que dicha rigurosidad de la carga de la prueba no lo sería tanto si tenemos en cuenta que lo más seguro y frecuente será acudir a la prueba de las presunciones de hecho (31).

(31) V. las consideraciones que sobre la carga de la prueba hace RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en su comentario a la STS de 23 de mayo de 1991, que exponemos *infra* en la nota núm. 34.

Sin embargo, la carga de la prueba del consumidor podemos entenderla, y creemos que así debe hacerse, de forma diferente. El consumidor no tiene que probar el concreto defecto del bien de naturaleza duradera, sino que *le basta con demostrar que el mismo no funciona de acuerdo con sus legítimas expectativas* (32). Esta manera de entender la carga de la prueba la apoyamos en la idea de aliviar, en la medida de lo jurídicamente posible, la posición del consumidor, y dicha forma de concebir la carga de la prueba sería desde luego una facilitación de su reclamación (principio *pro consumatore*; arts. 51 CE, 1.1 LGDCU). *Pero, además, es que hay apoyo en el artículo 11.3 LGDCU.* Su letra *b)* alude a que «*el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado*». Entre la mención al vicio o defecto de la letra *a)* del artículo 11.3 LGDCU, y la anterior expresión de la letra *b)*, creemos que la última ha de tener preferencia [podría argüirse que en la garantía lo relevante es el resultado de que el objeto es inútil, o no del todo útil, y por tanto sólo eso hay que probar; que los términos vicios o defectos originarios de la letra *a)* se debe a que se está aludiendo a la reparación del bien de naturaleza duradera y lo que es objeto de reparación son precisamente vicios o defectos]. Ahora bien, hemos de destacar, asimismo, que en esta concepción de la carga de la prueba *late o subyace simultáneamente* una presunción de causalidad entre el defecto y el resultado de que el bien de naturaleza duradera es inútil o no todo lo útil que era esperable, lo cual constituye el daño, entendido éste en términos genéricos, que el consumidor ha sufrido. Por otra parte, la presente manera de concebir la carga de la prueba —sólo ha de probarse que el bien es inútil— supone, desde la perspectiva del garante, que, *si quiere no responder por la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, habrá de probar alguna causa exonerativa de su responsabilidad. Si no lo consigue, entonces responderá ante el consumidor.*

La *STS de 23 de mayo de 1991* (Pte.: Excmo. señor don Alfonso Villagómez Rodil) puede alinearse en la construcción que acabamos de exponer a propósito de la carga de la prueba. En breve síntesis, el consumidor había adquirido un vehículo automóvil que tenía garantía del fabricante. Cinco meses después y mientras el vehículo estaba circulando, de repente se incen-

(32) En esta línea hemos de citar a TOMÁS RUBIO GARRIDO y JOSÉ ANGEL TORRES LANA. El primero, Tomás Rubio Garrido (*ADC*, 1990, pág. 899), afirma que la adopción de un criterio funcional de vicio permite al comprador alegar el incumplimiento material del contrato sin necesidad de individualizar el vicio o defecto, bastándole con probar que el bien no funciona, o que no sirve al uso al que estuviere destinado. Asimismo señala que no ha de sorprender que el riesgo de la incerteza, o de la falta de prueba, o de la causa ignota, corresponda asumirlo al vendedor. Y José Antonio Torres Lana dice que para probar el vicio será suficiente con demostrar que el objeto no está en las condiciones óptimas para asegurar un rendimiento plenamente satisfactorio («La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, pág. 802).

dió y quedó totalmente calcinado. El dictamen del perito que examinó el vehículo concluyó afirmando que el origen del incendio podía haberse debido a una chispa de cigarrillo o por cortocircuito entre conductores, *como causas más probables, sin descartar otras que hubieran podido intervenir* (33). En

(33) Los hechos de esta sentencia (manejamos el original) son los siguientes. El 16 de junio de 1985, don Adolfo F. A. adquirió y se le entregó el vehículo de motor 2 CV-CGT, matrícula M. 5271-GL. Existía a cargo del fabricante, y con independencia de quien hubiera sido el concesionario-vendedor, una garantía contractual por un año y por posibles vicios ocultos en el vehículo. Dicha garantía cubría únicamente el importe de los materiales y mano de obra necesarios para reparar o sustituir piezas o elementos considerados como defectuosos de origen. Asimismo, en la tarjeta de garantía se indicaba que la misma no cubría averías debidas a negligencia o falta de cuidado, impericia del conductor, utilización defectuosa o sobrecarga (incluso pasajera) del vehículo y, en general, aquellos fallos que puedan derivarse directa o indirectamente de no haberse cumplido estrictamente por el usuario las normas e instrucciones de la Guía de Entrenimiento o del Manual de Empleo de los vehículos Citroën; tampoco se cubría la pérdida o deterioro de los vehículos debidos a caso fortuito y fuerza mayor.

A los cinco meses de rodaje (*el 8 u 11 de noviembre de 1985*; cfr. FD 1.º y 4.º; seguramente sea el 8, porque dicho día se menciona varias veces y el 11 sólo una), cuando don Adolfo F. A. conducía su vehículo por la carretera comarcal 505 en dirección a su domicilio (en Galapagar), éste se incendió de repente, quedando totalmente calcinado, incluida su documentación (dada la rapidez del incendio, no pudo cogerse).

El 13 de noviembre de 1985, don Adolfo F. A. informó por teléfono a *Citroën Hispania, S.A.* del siniestro ocurrido y ésta envió dos personas de su Servicio Técnico para examinar el vehículo y visitar el lugar en que sucedió el incendio. El informe del Servicio Técnico de *Citroën Hispania, S.A.* afirmó que *el incendio no era imputable a posibles vicios ocultos del vehículo que cubriera la garantía*. Teniendo esto en cuenta, *Citroën Hispania, S.A.* solicitó del Ilustre Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid, la asignación por turno de un colegiado para que emitiese informe. La asignación correspondió al perito don Gonzalo C. L., quien emitió su informe el 28 de noviembre de 1985. En el informe se señala cuál es el estado del vehículo: «1.º) El estado general del vehículo es de quemado en su totalidad a excepción de las ruedas delanteras, observándose en dichos guardabarros superficie de pintura sin quemar./ 2.º) En la parte trasera se ha observado la presencia de restos totalmente quemados de objetos personales, rueda de repuesto y dos recipientes metálicos (latas de 2 litros). Uno de ellos contienen [*sic*, conteniendo] aceite, cuyo aspecto era totalmente negro. El otro recipiente presenta un aspecto deformado (y sin tapa); la causa de esta deformación puede ser por la presión de los gases de algún líquido contenido en el recipiente que pudiera ser combustible./ 3.º) El depósito de combustible del vehículo no presentaba deformación alguna, solamente los daños propios ocasionados por el fuego» (AH 2.º). Dado el estado del vehículo *es difícil detectar la causa que motivó el incendio*, concluyendo el informe de la siguiente manera: «1.º) Que el origen del fuego se pudo iniciar en la parte trasera del vehículo, los restos de chapa de esta parte se ven más afectados por el fuego que el resto del vehículo./ 2.º) La posible presencia de líquido combustible en uno de los recipientes situados en la parte trasera, dio [*sic*] lugar a una mayor aceleración del fuego y propagación de éste./ 3.º) La ignición pudo ser originada por chispa de cigarrillo, cortocircuito entre conductores, como causas más probables, sin descontar otras que pudieron intervenir» (AH 2.º).

El 21 de marzo de 1986, don Adolfo F. A. envió una carta certificada de reclamación (ejercicio extrajudicial) a *Citroën Hispania, S.A.*, que ésta contestó de forma negativa el 4 de abril de 1986, justificándolo en que el incendio se debió a un accidente fortuito, no

su recurso de casación, *Citroën Hispania, S.A.* alegó (motivo segundo) infracción del artículo 1.214 del Código Civil (v. DD única 2.1.º LEC de 2000) y doctrina jurisprudencial: *correspondía al demandante (al consumidor) probar los hechos constitutivos e integradores de los derechos que pretendía y el informe técnico pericial aportado no había acreditado con exactitud que el incendio fuera debido a vicio oculto del vehículo.* El Tribunal Supremo desestima el motivo. Afirma que, «[e]l precepto 1214, que es genérico, regula el *onus probandi*, pero no contiene normas valorativas de la prueba, operando en conflictos como el que se enjuicia, de forma que el actor-reclamante ha de acreditar la realidad de los hechos en que base las acciones de resarcimiento que postula, es decir, *que efectivamente el vehículo comprado con todas las garantías para su debido funcionamiento, se perdió, al incendiarse, cuando hacía uso normal del mismo y no constando un hacer doloso o culposo imputable al mismo, es consecuente que a la Sociedad vendedora se traslade la probatura oportuna de la posibilidad de haber surgido el siniestro, por alguna de las circunstancias de exoneración de sus responsabilidades que fueron convenidas y, en todo caso, si hubiera concurrencia de defectos o vicios ocultos, que los mismos no eran originarios y formaban parte de la estructura del turismo en el momento de su venta, como, y en su caso, que el comprador no había cumplido con los cuidados normales de mantenimiento, revisión y controles técnicos del automóvil*» (FD 2.º; la cursiva es nuestra). Dicho esto, el Alto Tribunal señala que el Tribunal de Apelación formó su convicción apoyándose en las pruebas de los autos, con independencia de quien las hubiese suministrado, y que, teniéndolas en cuenta de forma con-

sujeto a las condiciones de la garantía convenida; en otras palabras, que no hubo vicios ocultos en el vehículo.

Don Adolfo F. A. demandó a *Citroën Hispania, S.A.*, y suplicó la entrega de otro coche de las mismas condiciones y antigüedad que el siniestrado, *indemnización de daños y perjuicios*, que cifró en la cantidad de un millón de pesetas, con intereses legales, al verse privado él y su esposa del medio de transporte que utilizaban para ir a su trabajo en la Universidad Complutense de Madrid, computados los últimos desde la fecha del siniestro (el 8 u 11 de noviembre de 1985; cfr. FD 1.º y 4.º), y *condena en costas*.

El Juez de Primera Instancia (sentencia de 29 de abril de 1987) *desestimó* la demanda. Don Adolfo F. A. interpuso recurso de apelación. La Audiencia Territorial (sentencia de 22 de septiembre de 1988) lo *estimó en parte*. *Condenó a Citroën Hispania, S.A. a la entrega de otro vehículo* en las mismas condiciones y antigüedad que el siniestrado y *a la indemnización de daños y perjuicios* por la privación del vehículo, cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia. No hizo expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias. *Citroën Hispania, S.A.* interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo (FD 4.º) lo *estima en parte*. *Sólo admite la alegación de infracción del artículo 359 LEC 1881* —incongruencia por conceder más de lo pedido— y establece que la indemnización que se fije en trámite de ejecución de sentencia *no ha de superar por ningún concepto el tope máximo del millón de pesetas* (FD 5.º). No hace pronunciamiento expreso sobre las costas de la casación.

junta, «no estimó actuar alguno imputable al demandante [al consumidor], como causa directa y desencadenante del incendio» (FD 2.º; la cursiva es nuestra); por último, recuerda que en la casación no procede una nueva valoración global de todo el material probatorio (FD 2.º) (34).

Pues bien, si se es partidario de entender que la carga de la prueba del consumidor consiste en demostrar que el bien es inútil o no todo lo útil que era esperable, se afirmará *la nulidad de la garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese al consumidor la necesidad de probar el concreto vicio o defecto del que ha adolecido el bien de naturaleza duradera*.

j) *La que establezca que la garantía se limita a los vicios ocultos, excluyéndose por ello determinados vicios aparentes del bien de naturaleza duradera*. A diferencia del saneamiento que expresamente se restringe a los vicios ocultos (cfr. art. 1.484 del Código Civil), la garantía nada dice sobre el carácter oculto o aparente de los vicios. Esta no indicación ha permitido a una serie de autores entender que la garantía incluye los vicios ocultos y los aparentes desconocidos por el consumidor en el momento de la adquisición (35). Si se es partidario de tal interpretación, *sería nula la garantía que,*

(34) En su comentario a esta STS de 23 de mayo de 1991, RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO mantiene una posición crítica con la argumentación del Alto Tribunal. Señala que la cuestión más problemática de la sentencia de instancia es la del nexo causal entre la existencia del vicio originario del automóvil y su total destrucción, consecuencia del incendio. Afirma que en nuestro Ordenamiento *no hay presunción legal alguna a favor de los consumidores, rigiendo la regla del artículo 1.214 del Código Civil* [cfr. DD única LEC de 2000], *quien alega un hecho, debe probarlo*. «[E]n este caso, el comprador del vehículo y demandante debió probar que el incendio de aquél se había producido como consecuencia de un vicio o defecto en su fabricación. Pero, precisamente porque el vehículo quedó totalmente destruido por el incendio, semejante prueba resultó imposible». Tras reproducir algunos párrafos del informe pericial, Rodrigo Bercovitz indica que deducir de dicha prueba pericial, sin apoyo en otra complementaria (como la testifical), que el vehículo se incendió por un vicio originario es una aplicación extralimitada de la prueba de presunciones del artículo 1.253 del Código Civil [cfr. DD única LEC de 2000], pues «las conjeturas del informe pericial no satisfacen la exigencia “indispensable que entre el hecho demostrado (el incendio) y aquél que se trate de deducir (el vicio o defecto del automóvil) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. No parece, pues, que el Tribunal de instancia respetase debidamente los artículos 1.214 y 1.253 del Código Civil [cfr. DD única LEC de 2000]./ Es legítimo presumir la existencia de un vicio o defecto en un bien o producto cuando el mismo causa un daño o se deteriora sin que quepa detectar razón alguna externa al propio bien o producto. Pero ése no es el caso. En este supuesto es evidente, y así se señala expresamente en el informe pericial, que las causas han podido ser muy diversas. Con relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo confunde el tema de culpa con el tema de nexo causal. No parece correcto, en ausencia de presunción legal, que el fabricante deba probar que el incendio del coche se produjo por causa ajena a él» (CCJC, núm. 26, 1991, págs. 610-611).

(35) M.ª ANGELES PARRA LUCÁN, «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *ADC*,

pretendiendo reemplazar al saneamiento, limitase su cobertura a los vicios ocultos, excluyendo los aparentes desconocidos por el consumidor en el momento de la adquisición.

Claro está que podríamos plantear la hipótesis de que la garantía incluyese los vicios aparentes desconocidos por el comprador y excluyese los ocultos, pero nos parece tan absurda tal garantía, que no creemos que se dé en la realidad. Por ello, sólo hemos mencionado el supuesto anterior. Ahora bien, en el caso de que este otro supuesto se diese en la realidad, también entendemos que la garantía sería nula.

Y k) la que establezca que el consumidor tiene la carga de probar el carácter originario del vicio. No cualquier defecto está amparado por la garantía, sino sólo aquéllos que sean *originarios* [cfr. art. 11.2.a) LGDCU; ello debe entenderse en el sentido de que han de existir en el momento de la entrega del bien al consumidor]. La LGDCU no dice sobre quién recae la carga de probar el carácter originario, por lo que habríamos de entender que ello corresponde al consumidor. Sin embargo, una serie de autores defienden que, manifestado el defecto [*esto es, a nuestro entender la no aptitud del bien; v. supra*, núm. 11, letra i)], vigente la garantía, *se presume el carácter originario* (36). Si se es partidario de tal interpretación, *sería nula la garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos e impusiese al consumidor la carga de probar el carácter originario de la no aptitud del bien de naturaleza duradera.*

1988, págs. 533-535; citando a esta última autora, JOSÉ ANGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, Barcelona, 1992, págs. 802-803 y 804; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 383.

TOMÁS RUBIO GARRIDO, partiendo de que hay obligación legal de un nivel de idoneidad y calidad mínimo, considera que aunque por debajo del mismo se desdibuje hasta cierto punto la distinción vicios ocultos y aparentes, por encima sigue funcionando, de manera que el vicio aparente excluye toda eventual responsabilidad del vendedor por causa de él; y lo mismo ocurre con el vicio interno y conocido del comprador. Por otro lado entiende que por debajo del mínimo legal juega la apariencia/cognoscibilidad del vicio en supuestos en los que es claro, gracias a la suficiente publicidad, que se está ante una compraventa de desecho o saldos. En consecuencia, entiende este autor, que la imposición de un nivel mínimo e inderogable de calidad e idoneidad provoca cierta erosión del tradicional criterio del carácter oculto del vicio y una ampliación del ámbito de protección dispensado al adquirente consumidor (*ADC*, 1990, pág. 897).

(36) JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, pág. 78; ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 156; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 220; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, págs. 531-532; CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (apoyándose en Justino Duque, Alberto y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y M.^a Angeles Parra Lucán), *EC*, núm. 16, 1989, pág. 106; MANUEL PANIAGUA ZURERA (apoyándose en Justino Duque, Alberto y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, M.^a Angeles Parra Lucán y Pilar de la Haza), *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 142; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 383; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2755 y 2756.

12. Vistos algunos ejemplos de garantía que inciden en los sujetos responsables, en los elementos que la misma ha de expresar y en los vicios que cubre, *¿qué ocurre con las garantías que inciden en las acciones que el artículo 11.3 LGDCU contiene?*

Recordemos que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, admite que se reemplace «la obligación de saneamiento *por la de reparación o sustitución de la cosa* objeto del contrato». *Es en este punto, en el de las acciones, en donde constatamos la aludida descoordinación existente entre la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, y el artículo 11, ambos de la LGDCU (v. supra, núm. 10). El artículo 11.3 LGDCU jerarquiza los remedios del consumidor: éste, primero ha de acudir a la reparación del bien y si ésta resulta insatisfactoria, podrá optar entre la sustitución del bien por otro de idénticas características o la devolución del precio (36 bis). La anterior frase de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, podemos interpretarla de dos distintas maneras. Una consiste en entender que es lícito desplazar el saneamiento ofreciendo sólo la posibilidad de reparar el bien, o sólo la de sustituirlo por otro. A nuestro parecer tal interpretación es rechazable, pues contradice al artículo 11.3 LGDCU. Este, aunque los jerarquice, ofrece esos dos remedios al consumidor con el carácter, no lo olvidemos, de derechos mínimos e imperativos. Por eso parece más razonable esta segunda interpretación: es lícito reemplazar el saneamiento por la posibilidad de que el consumidor pueda optar entre exigir la reparación del bien o su sustitución. De esta forma no se contradice al artículo 11.3 LGDCU, pues se supera el contenido*

En cambio, JOSÉ ANGEL TORRES LANA, tras recoger que la doctrina defiende la presente presunción (cita a Bercovitz, Duque, Parra Lucán), señala que tal postura puede ser técnicamente discutible, aunque reconoce que responde a los criterios inspiradores de la prueba de presunciones —la de la dificultad de la prueba y consecuente inversión de la carga de la prueba— y que se coordina con el principio general de protección del consumidor («La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, pág. 802).

Y TOMÁS RUBIO GARRIDO afirma que el artículo 11 LGDCU no contiene presunción alguna del carácter originario del vicio, ni inversión de la carga de la prueba, sino que lo que procede es un estricto funcionamiento del régimen probatorio de la responsabilidad contractual. En consecuencia, el vendedor demandado, con base en el artículo 11 LGDCU, podrá probar que él en realidad cumplió su prestación, ya sea negando la existencia del vicio, ya probando que, aunque el vicio existe, él entregó el objeto en perfecto estado, o que el vicio procede del uso indebido del comprador, o de un caso fortuito posterior al contrato, o consecuencia de la acción de un tercero; incluso podrá probar que, aunque no cumplió, se debió a un caso fortuito, lo cual, reconoce este autor, es una posibilidad remota (*ADC*, 1990, págs. 898-899).

(36 bis) Sobre cómo ha de entenderse esa jerarquía de remedios, v.: ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 157; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, págs. 538-540; TOMÁS RUBIO GARRIDO, *ADC*, 1990, págs. 903-904; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, pág. 382; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2753-2754 y 2762.

mínimo que establece: el consumidor, en vez de tener que acudir primero a la reparación, y sólo después, cuando aquélla haya resultado infructuosa, acudir a la sustitución del bien (art. 11.3 LGDCU), puede, desde el primer momento, decidir y optar entre exigir la reparación del bien o su sustitución (DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU).

Ahora bien, incluso con esta última interpretación sigue habiendo cierta descoordinación entre la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte, y el artículo 11.3, ambos de la LGDCU. Y es que este último contempla otra acción, *la de resolución del contrato*. Tal y como está redactada la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, podría parecer que admite la validez de la cláusula que, al reemplazar al saneamiento, *sólo ofreciese las acciones de reparación o sustitución y excluyese la de resolución del contrato (expresa o implícitamente)* —no olvidemos que en la creciente implantación práctica de la garantía subyacía, entre otras finalidades, la de que el profesional *quería evitar la pérdida de un contrato ya celebrado*; fue después cuando ya vino la regulación de la figura por la LGDCU (1984)—. En nuestra opinión, en la relación que ha de mediar entre la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte, y el artículo 11.3 LGDCU, *tiene preferencia el precepto citado en último lugar*. Aunque la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, sea posterior al artículo 11.3 LGDCU, no hay que olvidar que ambos preceptos están en una misma ley, y que, para la garantía, el artículo 11.3 LGDCU, que sigue vigente, *constituye la ley especial. Esto implica que calificuemos de abusiva la anterior cláusula*. Carece de lógica, o como mínimo es irrazonable, que se admita, que para desplazar al saneamiento por vicios ocultos por la garantía baste ofrecer sólo la reparación o la sustitución del bien, *cuando por otro lado el legislador ofrece al consumidor, con base precisamente en la garantía, la posibilidad de desvincularse del contrato mediante su resolución, derecho calificado de mínimo e imperativo* (arts. 11.3 y 2.3 LGDCU). Dicho esto, es cierto que *la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, sí permite al consumidor desvincularse del contrato*, puesto que si la reparación o la sustitución fueren imposibles o hubieren resultado *insatisfactorias*, el consumidor podrá ejercitar las acciones edilicias derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y la redhibitoria, no lo olvidemos, permite conseguir el resultado de la desvinculación del contrato. *Pero mientras el artículo 11.3.b) LGDCU sitúa la resolución al mismo nivel que la acción de sustitución —entre ambas puede optar el consumidor— la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, la coloca una vez intentada la reparación o sustitución*, objeción crítica posible, además, bajo el presupuesto de entender que la naturaleza de la redhibitoria es la de una acción resolutoria por incumplimiento (37). Si se entiende que la redhibitoria tiene otra naturaleza (conocido es que se trata de una cuestión polémica) —por ejemplo, el error

(37) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 138 y sigs.

o el dolo, vicios del consentimiento, que desencadenan el régimen de anulabilidad— (38), la objeción crítica se traduciría en que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, suprimiría sin más, *o como mínimo se olvidaría*, de la opción de resolver el contrato (aunque el *resultado* de la desvinculación contractual sí se obtendría) y contradiría, desde luego e igualmente, al artículo 11.3.b) LGDCU.

En nuestra opinión, una interpretación razonable de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, consiste en entender que *el saneamiento por vicios ocultos es reemplazable, si se ofrece al consumidor la posibilidad de optar, al mismo nivel, entre la reparación del bien, su sustitución, o la resolución del contrato, y por supuesto, con la posibilidad de exigir los daños que se hayan podido sufrir y de ejercitar las acciones edilicias si falla la reparación o la sustitución*. Adviértase que con esta interpretación el consumidor sólo tendrá interés en acudir al saneamiento, si lo que pretende es ejercitar la acción *quanti minoris*, porque, ¿para qué va a acudir a la redhibitoria si antes puede ejercitar la resolutoria del artículo 11.3.b) LGDCU?

13. Entendemos que la causa de la descoordinación entre la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, y el artículo 11.2 y 3 LGDCU puede, tal vez, explicarse de la forma que sigue.

a) El origen de la redacción de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, parece ser el *Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación de julio de 1983, momento en el que no había una regulación legal sobre la garantía* —ésta, como ya hemos indicado, se produjo en 1984 con la promulgación de la LGDCU—.

En aquel entonces (1983), el fundamento de la garantía se encontraba en la autonomía de la voluntad con los límites de la ley, la moral y el orden público (art. 1.255 del Código Civil). Era frecuente que la cláusula de garantía consistiese en que el profesional se comprometía a la reparación o sustitución del bien, para el caso de que el bien no funcionase, o lo hiciera de forma incorrecta (redacción típica). Dado que en la práctica la garantía había generado con cierta frecuencia abusos —era asimismo típico que el profesional incluyese en su favor una causa de exoneración por los daños que el titular de la garantía pudiese sufrir, consecuencia de la utilización del bien—, y dado que la garantía se la relacionaba y asociaba con la figura del saneamiento por vicios ocultos (39), parecía adecuado aprovechar la regulación de la condición general que versase sobre el saneamiento por vicios

(38) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. Evolución del ordenamiento español*, 1996, págs. 117 y sigs.

(39) Así, LUIS CARLÓN, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», en *RDM*, núm. 127, 1973, págs. 47-62, en particular a partir de la pág. 50. El trabajo de este autor, anterior a la regulación que de la garantía hace el artículo 11 LGDCU, ha de calificarse de clásico en la materia.

ocultos (el art. 12 del citado *Anteproyecto de 1983*) e introducir una primera regulación de la garantía.

Por otro lado, la EM (ap. 2) del *Anteproyecto de 1983* nos informa de que en su redacción se tuvo presente el Proyecto de Ley del Consumidor de 1981, presentado por la UCD, el proyecto alternativo que al mismo presentó el PSOE y el Borrador de Proyecto de Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Asimismo dice la EM (ap. 4.3.2), que en el catálogo de cláusulas consideradas ineficaces «se ha procurado respetar al máximo el Derecho vigente, incorporando las aportaciones del tráfico que han ido enriqueciendo los diversos aspectos del mismo. En este punto ha sido de gran utilidad la “Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España”, editado por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España. [...] Y al regular las cláusulas sobre vicios o defectos ocultos, en el artículo 12, *el Anteproyecto no se ha limitado a reflejar el Derecho vigente sobre la materia, sino que, además, ha recogido el Derecho vivo del tráfico preocupado especialmente por las cuestiones que plantea el problema de la reparación de la cosa objeto del contrato*» (la cursiva es nuestra). Esto es, que el *Anteproyecto de 1983* tuvo en cuenta lo que se conocía, en la práctica, como la garantía del bien.

Tras la regulación de la LGDCU, los autores *siguen conectando o asociando* la garantía, ahora la del artículo 11, con el saneamiento por vicios ocultos. Cuando hablamos de conectar o asociar no queremos decir que los autores sostengan que la garantía tiene la misma naturaleza que el saneamiento por vicios ocultos (excepción, pues así lo admite con rotundidad es Tomás Rubio Garrido), sino que hacemos la afirmación en el sentido de que destacan que el régimen de la garantía *incide* en (tiene que ver con) la figura del saneamiento por vicios ocultos, *por cuanto que están próximos* —en sus respectivos supuestos de hecho está presente el problema de la inutilidad de la cosa— ofreciendo dichos autores dispares propuestas de coordinación entre ambas figuras (por ejemplo, que tienen un distinto campo de aplicación, que son figuras compatibles, que la garantía es de aplicación preferente al saneamiento, el cual es subsidiario, que la garantía desplaza al saneamiento, etc.). Así las siguientes citas: JUSTINO DUQUE (recordemos que era uno de los ponentes del *Anteproyecto de 1983*, el otro fue, como es conocido, Fernando Rodríguez Artigas), *EC*, núm. 3, 1984, págs. 73, 75, 76 y 77 (en general, págs. 73-75); ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 157; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (que habla de las obligaciones legales), «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, págs. 218-219; CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ (refiriéndose a la compraventa de bienes muebles y desde un punto de vista teórico), *EC*, núm. 16, 1989, págs. 108-109; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, págs. 550-551; PILAR DE LA HAZA (que conecta el saneamiento por vicios ocultos con el apartado 1 del art. 11 LGDCU), «Garantías...», *Curso...*, 1990, págs. 174-175, v. también págs. 183-184; TOMÁS RUBIO GARRIDO, *ADC*, 1990, págs. 867-868, 894, 896, 908 y 917; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 373; JOSÉ ANGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, págs. 804-805; ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, artículo 1.485 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993, págs. 958-959.

Artículo 12 del Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación de 1983 (Ponentes: Justino F. Duque Domínguez/Fernando Rodríguez Artigas):

«En caso de vicios o defectos ocultos de la cosa objeto del contrato, no se podrá privar al contratante sometido a las condiciones generales del derecho a desistir del contrato o a exigir una *disminución proporcional del precio*, salvo que se le conceda el derecho a reclamar la *sustitución o reparación* de la cosa defectuosa. *Tampoco se le podrá privar de la facultad de desistir definitivamente del contrato o de exigir la oportuna disminución del precio en el supuesto de que, reparada o sustituida la cosa defectuosa, el defecto persista.*

La reparación o sustitución de la cosa defectuosa no podrá condicionarse al pago de la totalidad de la contraprestación o de una parte de ésta, desproporcionadamente alta en relación con el defecto.

El contratante que utiliza las condiciones generales no podrá excluir ni limitar los gastos que deba soportar para la reparación o sustitución de la cosa defectuosa ni podrá imponer a la otra parte contratante un lugar para su reparación exigiéndole los gastos de transporte.

La responsabilidad en que pueda incurrir el contratante que utiliza las condiciones generales por vicios o defectos ocultos no podrá sustituirse por la responsabilidad exclusiva de otra persona ni quedar subordinada a la previa reclamación a un tercero» (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1984; la cursiva es nuestra).

b) *Vigente la LGDCU y por ello, el artículo 11.2 y 3, lo adecuado era ajustar la norma, que preveía el desplazamiento del saneamiento por vicios ocultos por la garantía en condiciones generales de la contratación, con la regulación que de la misma hacía aquel precepto.*

Y así ocurrió en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 3 de noviembre de 1987, cuyo artículo 18 reproduce con ligeras modificaciones el artículo 11 de la LGDCU.

Por otro lado, la EM (ap. 2) de la *Propuesta de Anteproyecto de 1987*, nos informa de que se había concedido especial atención a la LGDCU, además de tener presentes las aportaciones doctrinales sobre este último texto y los trabajos prelegislativos, desde 1981 hasta la promulgación de la Ley en 1984. Y en relación con el artículo 18, la EM (ap. 4.3.2) reproduce el texto reproducido en el apartado precedente [v. *supra*, núm. 13, letra a)] a partir de la frase «[y] al regular las cláusulas sobre vicios o defectos ocultos (...)» con dos únicas diferencias: una evidente y es que se cita el artículo 18 y no el 12, y la otra, que es la que nos interesa, consiste en que añade, a la afirmación de la EM, de que se ha recogido el Derecho vivo del tráfico, «*como lo ha hecho también la Ley de Consumidores y Usuarios*».

Artículo 18.I del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1987 (segunda redacción) (Ponentes: Justino F. Duque Do-
mínguez/Fernando Rodríguez Artigas):

«En caso de *vicios o defectos ocultos* de la cosa objeto de contrato, *no se podrá privar* en las condiciones generales al contratante sometido a ellas del derecho a *desistir* del contrato o a exigir la *disminución proporcional* del precio. No obstante, estos derechos podrán ser expresamente *sustituídos* en las condiciones generales por el derecho del adquirente a pedir la *reparación* totalmente gratuita del objeto vendido y la *indemnización* de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios o defectos del mismo. Asimismo, deberá establecerse que, en el supuesto de que *la reparación no fuera posible o de que, efectuada, no fuera satisfactoria y el objeto no reuniera las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese dedicado*, el adquirente tendrá derecho a la *sustitución del objeto* adquirido por otro de idénticas características o a la *devolución del precio* pactado además del derecho a la *reparación* de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los vicios».

La redacción del resto de los párrafos del artículo 18 coincide con la del artículo 12 del Anteproyecto de 1983 (Boletín de Información, Ministerio de Justicia, año XLII, suplemento a los núms. 1478-1479, de 15 de enero de 1988; la cursiva es nuestra).

c) Pero el artículo 15 del *Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación de 1992* vuelve, con pequeñas diferencias y distinta redacción, a la regla del artículo 12 del *Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación de julio de 1983* [v. *supra*, núm. 13, letra a)], a la que añade, en lo que nos interesa, que en condiciones generales no pueden modificarse *en perjuicio* del adherente *las normas legales del saneamiento por vicios ocultos*.

Artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1992:

«Vicios ocultos.

1. Las cláusulas de condiciones generales *no podrán modificar, en perjuicio del adherente, las normas legales sobre el saneamiento por vicios ocultos*.

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, serán válidas aquellas cláusulas de condiciones generales que reemplacen la obligación de saneamiento del predisponente por la de reparar o sustituir la cosa objeto del contrato, siempre y cuando dichas cláusulas prevean que la reparación o sustitución no comportará gasto alguno para el adherente, y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales, en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias*.

3. Asimismo serán válidas aquellas cláusulas de condiciones generales que sustituyan la responsabilidad directa del predisponente por la de un tercero.

La validez de estas cláusulas quedará supeditada al expreso establecimiento de la responsabilidad subsidiaria del predisponente.

4. Este artículo no será de aplicación a los contratos que tengan por objeto cosas usadas. Queda a salvo la aplicación del artículo 7.º» (40) (la cursiva es nuestra).

Comparando el artículo 15 del *Anteproyecto de 1992* con la vigente DA 1.ª 9.ª II, primera y segunda parte LGDCU, *se constata que ambos tienen una redacción muy similar*. Y esa norma del artículo 15 es la que sorprendentemente, *a través de los sucesivos anteproyectos y proyecto*, ha cristalizado en la nueva y vigente DA 1.ª 9.ª II LGDCU.

14. Manejando asimismo el *Anteproyecto de 1988*, SUSANA QUICIOS llega a distinta solución interpretativa sobre la relación que media entre la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte, y el artículo 11.2 y 3 LGDCU.

La anterior autora destaca *la contradicción* que media entre ambas normas, y para evitarlo *considera que las mismas tienen un diferente campo de aplicación*. *La garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU se aplica a los bienes de naturaleza duradera, y la DA 1.ª 9.ª II LGDCU a los bienes que no son de naturaleza duradera*. Reconoce que cuesta imaginar la reparación como remedio idóneo para los bienes de naturaleza *no duradera* —en palabras nuestras, para los bienes *consumibles*—. Pero textualmente dice: «[1]os antecedentes de esta cláusula son elocuentes: recuérdese que en la Exposición de Motivos de la propuesta de Anteproyecto de 1988, se explicaba el espíritu de la regla allí prevista sobre vicios ocultos, diciendo que “no se ha limitado a reflejar el Derecho vigente sobre la materia, sino que, además, ha recogido, como lo ha hecho también la Ley de Consumidores y Usuarios, el Derecho vivo del tráfico, preocupado especialmente por las cuestiones que plantea el problema de la reparación de la cosa objeto del contrato”. *Lo que se pretende es, pues, extender esos remedios novedosos que introdujo la LGDCU a cualquier bien que presente vicios ocultos. Pero en realidad, respecto de estos otros bienes, no se obliga ni a su reparación ni a su sustitución, y únicamente se declara que no será abusiva la cláusula que así lo establezca. Ya que queda al arbitrio del profesional ofrecerse a cumplir esta obligación de reparación o sustitución, la única trascendencia del largo párrafo dedicado a la cuestión es que se configura imperativamente el contenido de dicha obliga-*

(40) JESÚS ALFARO AGUILA-REAL («El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, pág. 861 y nota núm. 8) nos informa de que «el proyecto elaborado en la propia Dirección General de Registros y del Notariado en 1992 (...)» no se publicó oficialmente, aunque sí de forma privada por Carlos Lasarte, *Principios de Derecho Civil, Contratos*, tomo 3, 4.ª ed., Madrid, 1996. Nosotros hemos utilizado la 3.ª ed. de dicho manual (septiembre de 1995).

ción, en el caso de que se establezca en cláusula no negociada individualmente» (la cursiva es nuestra) (41).

(41) SUSANA QUICIOS MOLINA, DA 1.^a 9.^a LGDCU, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999, pág. 1004, núm. 27. Con anterioridad a las afirmaciones reproducidas en texto, esta autora, tras señalar que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, permite la sustitución de las tradicionales acciones edilicias por la obligación de la reparación o la sustitución, se cuestiona, pero ¿no contaba el consumidor, desde la LGDCU, con esos derechos de reparación y sustitución para los bienes de naturaleza duradera, derechos mínimos inderogables? Habría una *crasa contradicción* en la LGDCU si el artículo 11.3 impone *imperativamente* tal obligación y la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, *permite su establecimiento convencional*. A su entender, no puede interpretarse que, en relación con los bienes de naturaleza duradera, pueda reemplazarse el saneamiento por la reparación o sustitución, pues esto último es en todo caso obligación del garante. De ahí que intente buscar una *interpretación respetuosa con el tenor literal de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU*, la cual sólo es posible, afirma, si la obligación contractual de reparar o sustituir *no es la que se regula en el artículo 11.3 LGDCU*, y ello porque, dada la imperatividad de esta última garantía, su relación con el saneamiento por vicios ocultos no puede ser nunca en términos alternativos, sino *complementarios* (el saneamiento añade acciones a la garantía, pero no puede sustituirla, limitando las acciones de la última), lo cual se apoya en el artículo 7 LGDCU (*Op. cit.*, págs. 1003-1004, núms. 25 y 26).

Por otro lado, la afirmación de SUSANA QUICIOS MOLINA, expuesta en el texto, de que «[I]o que se pretende es, pues, extender esos remedios novedosos que introdujo la LGDCU a cualquier bien que presente vicios ocultos», nos recuerda el siguiente debate doctrinal. Como sabemos, la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, se refiere a los bienes de naturaleza duradera, ahora bien, el artículo 11.1 LGDCU *alude asimismo a la garantía y no limita su ámbito objetivo a los bienes de naturaleza duradera* (no especifica nada). Según el artículo 11.1 LGDCU, «[e]l régimen de comprobación, reclamación, *garantía* y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; [...] pueda hacer efectivas las *garantías de calidad* o nivel de prestación [...]» (la cursiva es nuestra). Esta mención de la garantía hecha por el apartado 1 del artículo 11 LGDCU, ha permitido afirmar a JUSTINO DUQUE (*EC*, núm. 3, 1984, pág. 77), que no debe hacerse una radical distinción entre bienes de naturaleza duradera y bienes que *no* son de naturaleza duradera, a la hora de establecer el régimen de la garantía de unos y otros. Ello porque el régimen de garantía del artículo 11 LGDCU se concibe de modo *unitario*, dado que el apartado 1 de dicho precepto ha de aplicarse a todos los bienes en general (advierte el presente autor que dicho apto. 1 es el único que *no* se refiere expresamente a los bienes de naturaleza duradera; no obstante, cfr., art. 11.4 LGDCU). A lo que añade, argumentativamente, que, por otro lado, aunque el resto de los apartados del artículo 11 LGDCU se refiere *formalmente* a los bienes de naturaleza duradera, *podría aplicarse, con las oportunas adaptaciones, a todos los bienes que carecieran de dicha naturaleza*. O, TOMÁS RUBIO GARRIDO, quien, tras exponer el estado de la cuestión sobre el ámbito objetivo de aplicación de la garantía del artículo 11 LGDCU (*ADC*, 1990, págs. 892-893), concluye señalando, que es de escasa importancia dilucidar sobre lo que ha de entenderse por bienes de naturaleza duradera, pues el artículo 11.1 LGDCU contiene un mandato ambicioso, que no sólo dota de un contenido mínimo inderogable a la garantía que el propio artículo 11 regula después, *sino que se aplicará a todas las relaciones contractuales que entren en el ámbito de aplicación de la LGDCU* (*op. cit.*, págs. 893-894). (Por otro lado, sobre los bienes de naturaleza duradera, v. *supra*, nota núm. 11).

En resumen, SUSANA QUICIOS entiende el alcance de la norma en el sentido de que, *si el profesional decide desplazar el saneamiento por vicios ocultos en los bienes de naturaleza no duradera, el contenido que lo sustituya ha de ser necesariamente el de la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, tratándose de cláusula no negociada individualmente.*

En cambio, M.ª EULALIA AMAT, quien también ha comentado esta DA 1.ª 9.ª II LGDCU, nada dice sobre una posible contradicción entre la misma y el artículo 11.2 y 3 LGDCU. Tan sólo afirma que no ha de confundirse el saneamiento por vicios ocultos con la garantía, los cuales tienen funciones y regulaciones distintas, y apunta que se ha dicho, que el saneamiento por vicios ocultos se aplica cuando el defecto hace impropia a la cosa para el uso a que se destina, o disminuye éste de forma que el comprador no la habría comprado de haberlo conocido, y que, por el contrario, si los vicios son de menor entidad se aplicará el artículo 11 LGDCU (42).

15. Continuando con la comparación entre la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, y los remedios del consumidor por la garantía del artículo 11.3 LGDCU, hemos de decir:

- a) La DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, establece *la gratuidad* de la reparación o de la sustitución del bien. El artículo 11.3.a) LGDCU afirma dicho carácter *a propósito de la reparación del bien* (43). Nada dice en la mención del remedio de la sustitución del bien por otro de idénticas características. No obstante el silencio del artícu-

(42) M.ª EULALIA AMAT LLARI, DA 1.ª 9.ª, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de la Ley Hipotecaria*, coord. Ignacio Arroyo Martínez/Jorge Miquel Rodríguez, 1999, pág. 375. La tesis que esta autora expone es la que Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano expuso en «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 157, que expone Gabriel García Cantero en su comentario al artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992. M.ª Eulalia Amat Llari remite al lector a las citas de Gabriel García Cantero, *op. cit.*, págs. 374 y sigs.

(43) La gratuidad incluye *todo posible gasto que la reparación pueda generar*, en particular se destaca que abarca los gastos por la sustitución de nuevas piezas, los de mano de obra, y los de desplazamiento del bien o del personal técnico especializado: JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, pág. 78; ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, págs. 157-158; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 220; M.ª ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, pág. 535; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 384; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2758.

Los tres últimos autores son partidarios de interpretar la gratuidad de los gastos de traslado, de conformidad con la buena fe. Según M.ª Angeles Parra Lucán (*op. cit.*, págs. 535-536), no siempre han de recaer sobre el garante los gastos de desplazamiento, *sin que ello sea obstáculo para que la reparación continúe siendo gratuita*. Considera que ha de tenerse presente la buena fe del artículo 1.258 del Código Civil, la cual no sólo opera en la interpretación del contrato, sino que la misma genera deberes, como el de *cooperación*

lo 11.3.b) LGDCU, entendemos que el ejercicio de la acción de sustitución no ha de implicar coste alguno al consumidor (44).

- b) La DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, señala que la cláusula *no ha de excluir la indemnización de los daños* que haya podido sufrir el consumidor. El artículo 11.3.a) LGDCU reconoce esta acción junto con la de reparación del bien. Tampoco dice nada sobre dicha acción cuando alude a la sustitución del bien por otro de idénticas características o a la desvinculación del contrato [art. 11.3.b) LGDCU]. Sin embargo se entiende que el consumidor puede asimismo exigir la reparación de los daños sufridos, junto con su decisión de elegir alguna de esas dos acciones (45).

En conclusión, en estos dos aspectos —gratuidad e indemnización— hay coordinación entre la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, y el artículo 11.2 y 3 LGDCU.

16. *Sobre el inicio del cómputo de las acciones edilicias, entendemos que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, establece implícitamente una norma distinta a la del Código Civil. En éste, como sabemos (v. supra, núm. 8), dichas acciones se computan desde la entrega del bien (art. 1.490 del Código Civil). En cambio, en la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, el inicio del cómputo de tales acciones sería desde que la reparación o la sustitución resultaren imposibles o insatisfactorias. Es cierto que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, habla del «saneamiento conforme a las normas legales», y la norma legal del 1.490 del Código Civil lo que establece es el momento de la entrega del bien, pero la anterior interpretación nos parece razonable si tenemos presente que lo que pretende la LGDCU es que el consumidor pueda, en último extremo, disponer de unas acciones con las que*

entre las partes. Y así señala que no es lo mismo la reparación de un reloj o de un molinillo de café, que la de una lavadora, respecto a la cual sí que habría pérdida de la gratuidad si es que el consumidor tuviera que trasladarla al taller de reparación. Y Gabriel García Cantero (*op. cit.*, pág. 384) también indica que la gratuidad de la garantía ha de interpretarse a la luz de la buena fe objetiva, lo cual implica afirmar que sería contrario a la misma, si el consumidor no llevase personalmente al establecimiento un bien mueble *fácilmente* transportable; en cambio, no habría gratuidad si el consumidor hubiere de asumir el transporte del coche averiado al taller. Comparte estas ideas Javier Avilés García (*op. cit.*, pág. 2758).

(44) De la misma opinión, M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, págs. 540-541.

(45) JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, págs. 77 y 79-80; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 221; JOSÉ ANGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, págs. 803 y 804; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, pág. 545; TOMÁS RUBIO GARRIDO, *ADC*, 1990, págs. 908-913, en particular págs. 910-911; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, págs. 384, 387 y 388; y MANUEL PANIAGUA ZURERA, *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 142.

reaccionar ante la entrega de una cosa con vicios (entrega de cosa inútil). Sin embargo, se ha señalado que la posibilidad prevista por la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, de acudir en última instancia al saneamiento por vicios ocultos «puede quedar en agua de borraja si se entiende aplicable en estos casos el artículo 1.490 del Código Civil, pues en muchas ocasiones habrá transcurrido, desde la entrega de la cosa, el plazo de seis meses fijado para el ejercicio de la acción» (46).

Y sobre la indicación de la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, de que *la reparación o sustitución no fueren posibles o resultasen insatisfactorias*, la clave interpretativa está en la insatisfacción del consumidor —esto es, que el bien sigue sin ser apto en relación con sus legítimas expectativas—. El resultado insatisfactorio incluye, desde luego, la imposibilidad material de la reparación o la sustitución. No obstante, tampoco está de más la alusión a dicha imposibilidad física.

17. Recientemente las Instituciones Europeas han aprobado la *Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de las ventas y de las garantías de los bienes de consumo*. El plazo máximo dado a los Estados miembros para su incorporación es hasta el 1 de enero de 2002 (art. 11.1.I Direct.). Al igual que con la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, no es en este comentario en donde ha de hacerse el estudio pormenorizado de la Directiva 1999/44/CE (47). Pero sí es procedente hacer unos breves e interesados apuntes.

(46) SUSANA QUICIOS MOLINA, DA 1.ª 9.ª LGDCU, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999, pág. 1005, núm. 28.

(47) Sobre los antecedentes de esta Directiva 1999/44/CE pueden consultarse: el *Libro verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa*, COM (93) 509 final; *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* (presentada por la Comisión el 23 de agosto de 1996), DOCE, de 16 de octubre de 1996, C 307; *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo*, DOCE, de 14 de mayo de 1998, C 148, y *Posición Común (CE) núm. 51/98, aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, DOCE de 30 de octubre de 1998, C 333.

Una visión general sobre la *Propuesta de Directiva de 1996*, M.ª CANDELAS SÁNCHEZ MIGUEL, «Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas», en *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. II, 1998, págs. 1125 y sigs. A propósito de la *Posición Común de septiembre de 1998*, ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», en *ADC*, 1999, págs. 265 y sigs. Y sobre la *Directiva 1999/44/CE*, EVA JORDÁ CAPITÁN, «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía

La Directiva 1999/44/CE contempla una relación de consumo estricto [art. 1.2.a) y b), Direct.]. El aspecto que de la compraventa regula, tiene que ver, en términos genéricos, *con la utilidad del bien, aspecto enfocado desde la perspectiva de obligación del vendedor, cuyo incumplimiento permite al comprador-consumidor ejercitar unos derechos*. Según la Directiva 1999/44/CE, el vendedor ha de entregar una cosa que sea conforme con el contrato (art. 2.1 Direct.). Tal conformidad se presume: si el bien de consumo [art. 1.2.b) Direct.] se ajusta a la *descripción* hecha por el vendedor y *posee las cualidades* del bien que el vendedor hubiere presentado al consumidor como muestra o modelo [art. 2.2.a) Direct.]; si el bien de consumo es apto para un *uso especial* que el consumidor haya requerido y puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, uso especial admitido por el vendedor [art. 2.2.b) Direct.]; si el bien de consumo es apto para *el uso a que ordinariamente se destinan los bienes del mismo tipo* [art. 2.2.c) Direct.]; y si el bien de consumo presenta *la calidad y las prestaciones habituales* de un bien del mismo tipo, las cuales el consumidor pueda fundadamente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del bien y, si las hubo, las declaraciones públicas hechas por el vendedor, productor o su representante sobre las concretas características del bien, en particular las hechas en la publicidad o en el etiquetado [art. 2.2.d) Direct.; el art. 2.4 Direct. establece tres excepciones a la regla del art. 2.2.d)]. Ahora bien, el vendedor no responde de la falta de conformidad del bien de consumo —se entiende que ésta no existe— si, cuando la celebración de la compraventa, el consumidor *conocía* del defecto o *no podía fundadamente ignorarlo*, o la falta de conformidad se debe *a los materiales que dicho consumidor suministró* (art. 2.3 Direct.). Por otro lado, en ciertos casos la falta de conformidad derivada de una incorrecta instalación del bien de consumo *se equipara a la falta de conformidad* (art. 2.5 Direct.). [Es clara la influencia que la figura de la *no (o falta) de conformidad* del art. 35 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercade-*

comercial en el ordenamiento jurídico español», en *CDC*, núm. 31, abril de 2000, págs. 127 y sigs.; JAVIER LETE ACHIRICA, «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, 1999-4, págs. 1365 y sigs.; LUIS ANTONIO SANZ VALENTÍN, «La Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, 1999-3, págs. 1073 y sigs.; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2780 y sigs., en particular a partir de la pág. 2786; PATRICIA CILLERO DE CABO, «Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español», en *EC*, núm. 57, 2000, págs. 147 y sigs.; v. asimismo, ANGEL CARRASCO PERERA/ENCARNA CORDERO LOBATO/PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN, «Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía», en *EC*, núm. 52, 2000, págs. 125 y sigs.

rias, de 11 de abril de 1980, ha tenido sobre la *no conformidad* del art. 2 de la Directiva 1999/44/CE] (48).

Si el bien de consumo resultó no conforme —lo cual ha de apreciarse en el momento de la entrega (art. 3.1 Direct.)— el consumidor puede exigir del vendedor, en primer lugar, *la reparación del bien o su sustitución*, ello sin gasto alguno y a salvo de que tales remedios resulten imposibles o desproporcionados (art. 3.3 Direct.). Ahora bien, si la reparación y la sustitución no pueden ser exigidas por el consumidor, o el vendedor no las hiciere en un plazo razonable, o no las llevare a cabo sin mayores inconvenientes al consumidor, éste podrá exigir, *o la reducción adecuada del precio, o la resolución del contrato* (art. 3.5 Direct.). No obstante, si la falta de conformidad es de escasa importancia, el consumidor no podrá resolver el contrato (art. 3.6 Direct.). Adviértase que la Directiva 1999/44/CE nada dice sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios (no la regula).

La incorporación de esta Directiva 1999/44/CE *exige que nos planteemos cuál ha de ser su incidencia en la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, así como en otras figuras que también ofrecen una solución al problema de la entrega de una cosa inútil, o no todo lo útil, de acuerdo con las legítimas expectativas incorporadas al contrato*. Entre estas figuras están, como mínimo, *el cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) del vendedor por la entrega de cosa inhábil (inútil)*, lo que desencadena la aplicación de las acciones generales derivadas del incumplimiento —cumplimiento (arts. 1.096 y sigs. del Código Civil), resolución (art. 1.124 del Código Civil), indemnización de daños y perjuicios (arts. 1.101 y sigs. del Código Civil) (49)— y *el saneamiento por*

(48) Artículo 35 CV 1980: «1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato./ 2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:/ a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo./ b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor./ c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador./ d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas./ 3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) y d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

V. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, artículo 35 CV, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, 1998, págs. 286 y sigs.

(49) Es conocida la asentada línea jurisprudencial en la que el Tribunal Supremo afirma que hay cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) del vendedor, cuando éste entrega una *cosa inhábil (inútil) con la consiguiente insatisfacción del comprador*, lo que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1.101 y 1.124 del Código

vicios ocultos —redhibitoria, *quantum minoris*, indemnización de daños y perjuicios (arts. 1.484 y sigs. del Código Civil)— (v. *supra*, núm. 8).

Pues bien, *la implementación de la Directiva 1999/44/CE puede, en hipótesis y como mínimo, hacerse de las dos siguientes maneras:*

a) Una consistiría en introducirla *sin más* en nuestro ordenamiento. Se haría mediante una ley (especial) que prácticamente se limitase a reproducir la Directiva 1999/44/CE, intentando por supuesto una mejora en la redacción y en la sistemática interna. Dicha ley preceptuaría *que los derechos conferidos al consumidor por la presente ley, lo son sin perjuicio de otros que pueda invocar por normas de responsabilidad contractual o extracontractual*. Por tal opción puede inclinarse el legislador español porque el apartado 1, del artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE, preceptúa la norma que acabamos de indicar, y porque el apartado 2 del mismo artículo nos indica que la Directiva 1999/44/CE es directiva de mínimos (50). Esto significa que los Estados miembros pueden mantener o adoptar un mayor nivel de protección del consumidor que el exigido por la Directiva 1999/44/CE, siempre que las disposiciones que establezcan sean compatibles con el Tratado.

El admitir que en nuestro ordenamiento pueda haber una pluralidad de figuras que den solución a la entrega de cosa inútil o no todo lo útil, de conformidad con las legítimas expectativas incorporadas al contrato, pluralidad de figuras cuyas relaciones se rigen por la regla de la compatibilidad, a elección del comprador, puede ampararse en que el legislador español opta por superar el límite de la Directiva 1999/44/CE, dando además cumplimiento a la regla de la compatibilidad que dicha Directiva recoge con otros derechos del consumidor. Esas otras figuras que dan solución a la entrega de cosa inútil serían los ya mencionados del cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) del

Civil; esto es, hay incumplimiento cuando el vendedor entrega una cosa distinta, o diversa, o un *aliud pro alio*, supuesto de hecho del incumplimiento que no puede confundirse con el del saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1.484 y sigs. del Código Civil. No obstante, el Alto Tribunal reconoce la dificultad práctica, ante un caso dado, de calificarlo como cumplimiento defectuoso (incumplimiento) o como vicios ocultos. En otras ocasiones, el Tribunal Supremo señala que hay cumplimiento defectuoso (incumplimiento) del deudor, porque éste entregó cosa inhábil, inútil, *frustándose el fin del contrato*. V. NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 183 y sigs., en particular a partir de la pág. 187, y comentario a la STS de 18 de abril de 1995, *CCJC*, núm. 39, 1995, págs. 977 y sigs., en particular a partir de la pág. 990.

(50) Artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE: «*Derecho interno y protección mínima.* / 1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual. / 2. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado».

vendedor por la entrega de cosa inhábil, del saneamiento por vicios ocultos y de la garantía del artículo 11.2 y 3, LGDCU, a las cuales se añadiría ahora la de la *no conformidad*, y ello, olvidándonos, además, de que el error y el dolo, vicios del consentimiento, también han dado solución a dicho problema (51).

No debe extrañarnos que esta opción pueda finalmente ser una realidad legislativa. Muchas de las leyes españolas de protección de los consumidores, que han respondido a la obligatoria incorporación de una directiva comunitaria, así han operado. Además, incluso podría llegar a afirmarse que en nuestro ordenamiento es típico y tradicional en las cuestiones en las cuales está implicada la utilidad del bien, *el aplicar la regla de la compatibilidad*. Por supuesto, esta última afirmación la hacemos en términos muy genéricos (luego es matizable).

b) La otra posible incorporación de la Directiva 1999/44/CE encierra una concepción de las cuestiones en que está presente la utilidad del bien, *totalmente distinta*.

Aunque pueda hallarse la causa —que es fundamentalmente histórica— no es razonable, o al menos a nosotros no nos lo parece, el que haya una pluralidad *no articulada o coordinada, entre sí*, de figuras que se pueden emplear en la solución de los casos en los que el vendedor entrega una cosa inútil, o no todo lo útil, de conformidad con las legítimas expectativas del comprador-consumidor. Dichas figuras —el cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por la entrega de cosa inhábil, el saneamiento por vicios ocultos, la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, aparte del error y el dolo, vicios del consentimiento— aunque comparten que ofrecen una solución a un mismo caso, *son muy distintas en aspectos tales como los remedios que desencadenan, la carga de la prueba y los plazos de ejercicio de acciones*. Lo que ha sucedido es que nuestro legislador *ha procedido a diseñar las concretas piezas de protección, pero no se ha detenido a realizar el engarce que entre las mismas ha de mediar (la visión de conjunto del sistema)*. La afirmación de que *no ha hecho el engarce se basa en que no se puede desde luego hablar del mismo, si nada se dice, o si se admite, sin más, la compatibilidad de todas las figuras, dejando que sean los autores y la jurisprudencia quienes se encarguen de hacer la coordinación* (cfr. v.gr. el art. 7 LGDCU a coordinar con la DD de la LGDCU; v. *supra*, notas núms. 2 y 3).

Es cierto que la Directiva 1999/44/CE se limita a regular una figura, *la de la conformidad (o no conformidad)*. Pero comparando esta figura con las ya existentes en nuestro ordenamiento —cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por entrega de cosa inhábil, saneamiento por vicios ocultos y garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU— puede afirmarse *que la primera*

(51) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*. (Evolución del ordenamiento español), 1996, págs. 183-184 y 229 y sigs.

recoge el supuesto de hecho que las segundas comparten —la entrega de cosa inútil, o no todo lo útil, de acuerdo con las legítimas expectativas del comprador-consumidor— y que aquella contiene una ordenación de conjunto de la mayoría de las acciones que de forma desperdigada encontramos en las segundas —la reparación o sustitución como modalidades de la acción de cumplimiento, la reducción del precio y la resolución del contrato; no contempla en cambio la acción de indemnización de daños y perjuicios—.

Pues bien, podemos aprovechar la necesaria incorporación de la Directiva 1999/44/CE a nuestro ordenamiento para repensar, desde la perspectiva de conjunto del sistema, cómo diseñar la solución al problema de la entrega de cosa inútil. Quizá una válida propuesta sería derogar, para la relación de consumo contemplada por la Directiva 1999/44/CE, el cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por la entrega de cosa inhábil, el saneamiento por vicios ocultos, ambos del Código Civil, y la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, y solucionarlo a través de la figura de la no conformidad. Tengamos presente, por otro lado, que la Directiva 1999/44/CE establece, además, una razonable regulación para uno de los aspectos que de modo relevante ha estado implicado, cuando, en el derecho interno, se ha ido a la búsqueda de figuras que den solución a la entrega de una cosa inútil. Nos referimos a los plazos, sea para que el defecto del bien se manifieste, sea para una posible denuncia, sea para el ejercicio de acciones.

La Directiva 1999/44/CE establece que la falta de conformidad ha de manifestarse en los *dos años* siguientes a la entrega del bien de consumo (art. 5.1, regla primera, Direct.); deja a los Estados miembros decidir cuál es el plazo de ejercicio de las acciones, aunque éste nunca podrá ser inferior a los *dos años* contados a partir de la entrega del bien de consumo [art. 5.1, regla segunda, Direct.; con la salvedad de que para los *bienes de segunda mano* los Estados miembros pueden admitir que el vendedor y el consumidor establezcan un acuerdo contractual por el que fijen un plazo menor de los contemplados en el art. 5.1 Direct., *plazo que nunca podrá ser inferior a un año* (art. 7.1.II Direct.)]; permite a los Estados miembros decidir si el consumidor ha de denunciar al vendedor la falta de conformidad, y si por ello optan, el plazo para su comunicación son *dos meses* desde su descubrimiento por el consumidor (art. 5.2.I Direct.); y se presume *iuris tantum* que toda falta de conformidad manifestada en los *seis meses* siguientes a la entrega del bien de consumo ya existía en dicha fecha, salvo que ello sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad (art. 5.3 Direct.) (52). *Estos plazos*

(52) La Directiva 1999/44/CE contempla, en otro aspecto, un plazo más. En relación a los remedios de la reparación o sustitución, por causa de la entrega de un bien de consumo no conforme, el artículo 3.3.III dice que «deberá llevarse a cabo en un *plazo razonable* y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor».

nos parecen mucho más adecuados y razonables que el escueto de seis meses del saneamiento por vicios ocultos (art. 1.490 del Código Civil) y de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU (art. 12.2 LOCM), y del desorbitado, por exceso, de quince años del cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por inutilidad de la cosa, o de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU [aquí depende de la postura que se defienda; v. supra, núm. 11, letra f)] —y en cuanto al error y dolo, vicios del consentimiento, habría otro plazo, el de cuatro años (art. 1.301 del Código Civil)—.

Por descontado, lo anterior es una simple propuesta, propuesta que, al igual que la que expusimos en primer lugar [v. supra, núm. 17, letra a)], también respeta el artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE. Respeto la regla de la compatibilidad de la no conformidad con otros derechos del consumidor (art. 8.1 Direct.), porque dicho precepto *no impone una petrificación del derecho interno. Podemos crear una única y específica figura para la entrega de cosa inútil al comprador-consumidor, cumpliendo el mandato de la Directiva 1999/44/CE, y la regla de la compatibilidad de derechos no operaría porque no habría lugar a su supuesto de hecho, el de la pluralidad de figuras que traten de un mismo caso. Por otro lado, ha de reconocerse que la compatibilidad siempre podrá operar, pues la Directiva 1999/44/CE no regula la acción de indemnización de daños y perjuicios y el consumidor puede sufrir daños en su persona (muerte, lesiones) o en sus otros bienes (hay compatibilidad como mínimo con este otro derecho)*. Y, evidentemente, también se respetaría la regla de que la Directiva 1999/44/CE contiene la regulación mínima e imperativa —esto último en el sentido de que es de obligado cumplimiento por los Estados miembros— de la no conformidad, siendo opción de los Estados miembros el superarla o no (art. 8.2 Direct.). El legislador español optaría por incorporar el mínimo, y no por su superación, o esto último lo haría en otros aspectos.

Pero en esta propuesta no olvidamos que el campo aplicativo de la Directiva 1999/44/CE es *más reducido* que el del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Ejemplo de lo que decimos, *entre otros*, es que suele entenderse que el artículo 11.2 y 3 LGDCU no se limita a la compraventa, sino que, con las oportunas adaptaciones, se aplica a otros contratos en los que se cede la propiedad o el uso del bien (53); o, y la presente sí que es una diferencia importante, la garantía del

(53) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 219; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 378; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2740.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE afirma que la aplicación del artículo 11 LGDCU al *arrendamiento de bienes muebles* plantea problemas. Primero porque dicho artículo piensa en la compraventa, y no en el arrendamiento, además de que el artículo 11.3 LGDCU *no proporciona una respuesta eficaz a las necesidades del arrendatario* (por ejemplo, si se alquila un coche para un fin de semana y resulta que el entregado no funciona, al

artículo 11.2 y 3 LGDCU afecta no sólo al vendedor, *sino también al productor con quien el consumidor puede no haber celebrado el contrato de adquisición del bien* [v. *supra*, núm. 11, letra a)], etc.

En nuestra opinión, si se derogase el artículo 11.2 y 3 LGDCU y se sustituyese por la no conformidad de la Directiva 1999/44/CE, tales cuestiones habrían de ser objeto de regulación. Y por supuesto, no lo olvidamos, puesto que es la cláusula que estamos comentando, *si la ley de incorporación de la Directiva 1999/44/CE incide en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, derogándolo, habría que derogar subsecuentemente la DA 1.ª 9.ª II LGDCU (y ajustarla, si ello se estimase oportuno). Aunque, cualquiera que sea la forma en la que se incorpore la Directiva 1999/44/CE, entendemos, ya antes de la incorporación, que la solución de la derogación sin más de la DA 1.ª 9.ª II LGDCU, o su sustitución por otra redacción más acorde con el artículo 11.2 y 3 LGDCU, es lo que procede. Se puede, y podemos hacer intentos loables de propuestas interpretativas para coordinar la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, con el artículo 11.2 y 3 LGDCU, puesto que si existe una norma habrá de aplicarse, pero también es verdad que hemos de plantearnos hasta dónde hemos de llegar en las interpretaciones subsanadoras de las normas.*

BIBLIOGRAFIA

- ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, «El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBB*, julio-septiembre de 1997, núm. 67, págs. 839 y sigs.
- AMAT LLARI, M.ª EULALIA, «DA 1.ª 9.ª LGDCU», *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de la Ley Hipotecaria*, coord. Ignacio Arroyo Martínez/Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, págs. 370 y sigs.
- AVILÉS GARCÍA, JAVIER, «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2727 y sigs. Cit. *RCDI*, núm. 661, 2000.

consumidor lo que le interesa es su *sustitución* lo antes posible, y *no* el pasar *antes* por una *reparación* que le supone una pérdida de tiempo). Por ello, el presente autor afirma que la garantía de la LGDCU nada aporta a la protección del consumidor-arrendatario de bienes muebles, *salvo* la interpretación consumerista de las restantes normas sustantivas aplicables a dicho contrato, entendiéndose que con las normas del Código Civil puede ser suficiente (*EC*, núm. 16, 1989, pág. 120).

- BERCOVITZ ALVAREZ, GERMÁN, «DA 2.ª LGDCU», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, págs. 1331 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *EC*, núm. 3, 1984, págs. 11 y sigs.
- «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 141 y sigs. Cit. «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 180 y sigs. Cit. «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987.
- «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre, 1990, págs. 1075 y sigs. Cit. *CCJC*, núm. 24, 1990.
- «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *CCJC*, núm. 26, abril-agosto, 1991, págs. 603 y sigs. Cit. *CCJC*, núm. 26, 1991.
- CARLÓN, LUIS, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», en *RDM*, enero-marzo, 1973, págs. 39 y sigs.
- CARRASCO PERERA, ANGEL F.; CORDERO LOBATO, ENCARNA, y MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, «Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía», en *EC*, núm. 52, 2000, págs. 125 y sigs.
- CASAS VALLÉS, RAMÓN, «La ejecución de obra sobre vehículos (el Real Decreto 1457/86, de 10 de enero, *BOE*, núm. 169, de 16 de julio: un desarrollo sectorial, en el marco de la LGDCU, de la regulación civil del contrato de arrendamiento de obra)», en *EC*, núm. 10, abril de 1987, págs. 69 y sigs.
- CILLERO DE CABO, PATRICIA, «Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español», en *EC*, núm. 57, 2000, págs. 147 y sigs.
- DE LA HAZA, PILAR, «Garantías de los productos», en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coord. Juan Ignacio Font Galán/Francisco López Menudo, Madrid, 1990, págs. 171 y sigs. Cit. «La garantía...», *Curso...*, 1990.
- DÍAZ ALABART, SILVIA, «Artículo 12 LOCM», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, dir. José Luis Piñar Mañas/Emilio Beltrán Sánchez, Madrid, 1997, págs. 112 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM y LO*, 1997.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964.
- «Artículo 1.935 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 2090 y sigs. Cit. Artículo 1.935 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, 1993.

- DUQUE, JUSTINO, «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *EC*, núm. 3, 1984, págs. 51 y sigs. Cit. *EC*, núm. 3, 1984.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F., y RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNANDO (Ponentes), *Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1983*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1984.
- *Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1987 (segunda redacción)*, Boletín de Información, Ministerio de Justicia, año XLII, suplemento a los números 1478-1479, de 15 de enero de 1988.
- FENOY PICÓN, NIEVES, «Comentario a la STS de 18 de abril de 1995», en *CCJC*, núm. 39, 1995, págs. 977 y sigs.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.
- FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, «El Derecho del consumidor entre códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho Civil y Derecho Mercantil», en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coord. Juan Ignacio Font Galán/Francisco López Menudo, Madrid, 1990, págs. 39 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Artículo 11 LGDCU», en *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, coord. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, Madrid, 1992, págs. 355 y sigs. Cit. Artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992.
- GÓMEZ CORRALIZA, BERNARDO, *La caducidad*, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, «Artículo 12 LOCM», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, coord. Francisco José Alonso Espinosa/José Antonio López Pellicer/José Massaguer Fuentes/Antonio Reverte Navarro, Madrid, 1999, págs. 190 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, 1999.
- JORDÁ CAPITÁN, EVA, «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español», en *CDC*, núm. 31, abril de 2000, págs. 127 y sigs.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil, Contratos*, tomo 3, 3.ª ed., septiembre de 1995.
- LETE ACHIRICA, JAVIER, «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, 1999-4, págs. 1365 y sigs.
- MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «Artículo 12 LOCM», en *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, coord. Arimany/Manubens & Asociados, dir. Joaquín Tornos Mas/Juan José Marín López/Lluis Cases Pallarés/Esteban Arimany Lamoglia/Carlos Manubens Florensa, Barcelona, abril de 1996, págs. 108 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista*, 1996.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, «Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *EC*, núm. 16, 1989, págs. 97 y sigs. Cit. *EC*, núm. 16, 1989.
- «Artículo 7 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, Madrid, 1992, págs. 119 y sigs. Cit. Artículo 7 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992.
- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «El alcance protector de las acciones edilicias», en *ADC*, 1980, págs. 585 y sigs.
- «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, 1982, págs. 591 y sigs.
- «Artículos 1.484 y sigs. del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 953 y sigs. Cit. Artículos 1.484 y sigs. del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, 1993.
- «Artículo 35 CV», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, págs. 286 y sigs.
- «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», en *ADC*, 1999, págs. 265 y sigs.
- PAGADOR LÓPEZ, JAVIER, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid/Barcelona, 1998.
- PANIAGUA ZURERA, MANUEL, «La protección del adquirente no profesional de bienes muebles “defectuosos” en la compraventa mercantil, tras la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios», en *CDC*, septiembre de 1991, págs. 111 y sigs. Cit. *CDC*, septiembre de 1991.
- PARRA LUCÁN, M.ª ANGELES, «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *ADC*, 1988, págs. 523 y sigs. Cit. *ADC*, 1988.
- *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990.
- «Artículo 12 LOCM», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano/Jesús Leguina Villa, Madrid, 1997, págs. 198 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997.
- QUICIOS MOLINA, SUSANA, «DA 1.ª 9.ª LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, págs. 991 y sigs.
- RUBIO GARRIDO, TOMÁS, «La “garantía” del artículo 11 LCU», en *ADC*, 1990, págs. 867 y sigs. Cit. *ADC*, 1990.
- SÁNCHEZ MIGUEL, M.ª CANDELAS, «Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas», en *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. II, Valladolid, 1998, págs. 1125 y sigs.

- SANZ VALENTÍN, LUIS ANTONIO, «La Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, 1999-3, págs. 1073 y sigs.
- TORRES LANA, JOSÉ ANGEL, «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, págs. 791 y sigs. Cit. «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992.

NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

DICTAMENES Y NOTAS

¿Puede incurrir en responsabilidad civil el procurador cuyo domicilio es designado por el abogado de parte, sin mediar consentimiento de aquél, a efectos de notificaciones de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que su intervención no es preceptiva?

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION. II.—ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL ABOGADO Y AMBITO DE RESPONSABILIDAD DE ESTE FRENTE A SU CLIENTE: 1. EN EL RECURSO LABORAL DE SUPPLICACIÓN, SI NO SE DESIGNA REPRESENTANTE EXPRESAMENTE, LA REPRESENTACIÓN LA OSTENTA EL LETRADO QUE LLEVA LA ASISTENCIA TÉCNICA DE LA PARTE. 2. EL CARÁCTER INTUITU PERSONAE DEL CONTRATO DE SERVICIOS CONCERTADO POR EL ABOGADO CON SU CLIENTE COMO FUNDAMENTO DEL CARÁCTER INFUNGIBLE DE LA PRESTACIÓN DEBIDA POR ÉSTE. 3. LA AFIRMACIÓN DEL CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL LETRADO FRENTE A SU CLIENTE Y REPRESENTADO. 4. LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE O MANDATARIO —EN ESTE CASO, EL LETRADO— POR LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS COLABORADORES O AUXILIARES QUE UTILICE EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. 5. LA NEGACIÓN DE LA VIABILIDAD DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL CLIENTE REPRESENTADO POR EL LETRADO FRENTE AL AUXILIAR DESIGNADO POR ÉSTE.—III. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Es sabido que en determinados procesos —caso del recurso laboral de suplicación, los penales de faltas y abreviados— no es preceptiva la interven-

ción de representante procesal, interviniendo únicamente el abogado que presta su asistencia técnica. Pues bien, en aquellos supuestos en los que éste tiene su despacho profesional abierto en un lugar que no pertenece al partido judicial del órgano judicial ante el que se tramita en el pleito en cuestión, al tiempo que su cliente tiene su domicilio en una localidad perteneciente a un partido judicial distinto, en la práctica parece haberse generalizado la costumbre de designar el domicilio de un procurador que lo tenga en el partido judicial del órgano judicial a efectos de que reciba las notificaciones del caso, de manera que al no haber recibido éste comunicación alguna de la designación de que ha sido objeto, y, por ende, no haber consentido en absoluto tal encargo, desconozca el curso que ha de dar a aquellas notificaciones, pudiendo el cliente del abogado que ha realizado la designación sufrir las consecuencias dañosas que se deriven de la imposibilidad de actuar en plazo de la forma que mejor convenga a la defensa de sus intereses y planteándose la posibilidad, en caso de que haya sufrido daños indemnizables, de entablar una acción de responsabilidad civil. El presente estudio, que tiene su origen en un dictamen solicitado, en su momento, a su autor, por el Ilustre Colegio de Procuradores de A Coruña, pretende precisar si quien ha de responder de estos daños es el abogado que ha realizado la designación del domicilio del procurador sin comunicárselo en ningún momento, o lo es el procurador que ha recibido en su domicilio profesional las notificaciones provenientes de un órgano judicial de un asunto cuya existencia desconocía en absoluto, no pudiendo, por este motivo, darles la tramitación adecuada.

II. ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL ABOGADO Y AMBITO DE RESPONSABILIDAD DE ESTE FRENTE A SU CLIENTE

La cuestión clave en orden a dar una respuesta fundada al supuesto planteado, se centra en la delimitación y el alcance de la responsabilidad civil contractual del letrado que asume la asistencia técnica y la representación de su cliente, pongamos por significativo caso, en el proceso laboral, designando, sin consultar a éste y sin recibir del mismo instrucción alguna, un domicilio conocido a efectos de lo dispuesto en el artículo 196 del RDLeg. 2/1995, de 7 de abril, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral* (en adelante, LPL), sin que conste acreditado en ningún momento que se lo haya comunicado a la persona cuyo nombre y domicilio se designan en el recurso de suplicación y sin que tampoco, en consecuencia, se le haya dado a esta persona instrucción alguna al respecto. El fundamento de la responsabilidad del letrado que ha asumido la obligación derivada del contrato de prestación de servicios frente a su cliente —en el caso de que varios compartan despacho profesional y que, de una u otra manera, hayan

intervenido en la llevanza del caso, justificaría su responsabilidad solidaria en el supuesto de que procediese su declaración— se asienta en las siguientes premisas:

1. EN EL RECURSO LABORAL DE SUPPLICACIÓN, SI NO SE DESIGNA REPRESENTANTE EXPRESAMENTE, LA REPRESENTACIÓN LA OSTENTA EL LETRADO QUE LLEVA LA ASISTENCIA TÉCNICA DE LA PARTE

En efecto, si bien para recurrir en suplicación la parte en el proceso laboral necesita estar asistida técnicamente por un abogado (a diferencia de lo que sucede en instancia, en donde tal asistencia es facultativa *ex art.* 21.1 de la LPL), no necesita estar representada por procurador. El letrado colegiado puede asumir también la representación de la parte, entendiéndose que está a cargo de éste tanto la asistencia técnica como, «*si no hubiere habido designación expresa de representante*» (Procurador o Graduado Social; LPL, *ex art.* 229.3) la representación de su defendido [ALONSO OLEA, *Derecho Procesal del Trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1999 (10.^a edic. revisada), pág. 291]. En consecuencia, en el trámite de interposición de recurso de suplicación, la parte ya no puede actuar por sí misma, sino que obligatoriamente ha de estar representada. Si la parte no ha hecho designación expresa de representante (mediante poder otorgado por comparecencia ante el Secretario Judicial, por escritura pública, de conformidad con lo que dispone el art. 18.1 de la LPL, o posibilidad admitida por la jurisprudencia, designación en la demanda seguida de ratificación por el poderdante en el acto del juicio), se entiende que el letrado que la asiste es su representante (representación *tácita* del abogado; STS 26-VI-1989 [RJ 1989, 4843], en la que se señala expresamente que si no hay designación expresa de representante, la representación se entiende tácitamente conferida al letrado que la defiende; y en el mismo sentido la STC 132/1987, de 21 de julio, refiriéndose al precepto concordante de la LPL de 1980 —el art. 184.3—, en su FJ 3.^o declara que así también lo ha venido entendiendo «*el propio Tribunal Central de Trabajo, en numerosas sentencias en las que ha admitido la representación que decía ostentar el Letrado —aun faltando poder notarial, otorgamiento apud acta o cualquier otro acto expreso de concesión de la representación—, bien porque el Letrado aparecía designado en el escrito de anuncio del recurso para la formalización del mismo (sentencia de 24-IX-1985), bien porque, a falta de designación de Procurador, ha estimado conferida la representación al Letrado que encabeza y firma el escrito de recurso (sentencias de 25-IV-1985 y 30-VII-1985, entre otras); de acuerdo con los pronunciamientos del TCT contenidos, entre otras, en sus sentencias de 7-VI-1983 [RJ 1983, 5315], 11-VI-1983 [RJ 1983, 5573], 24-I-1984 [RJ 1984, 486], 30-VII-1985 [RJ 1985, 5047]; y en la*

doctrina que ha estudiado monográficamente esta cuestión, MURCIA CLAVERÍA, *La representación voluntaria en el proceso laboral*, Ed. M. Pons, Madrid, 1994, pág. 118). En consecuencia, resulta evidente que la figura clave de la postulación procesal en el proceso laboral es la del letrado, que puede asumir tanto la defensa de la parte como su representación. El Letrado que asiste a la parte en el juicio en la instancia, en cuyo despacho se practican las notificaciones, incluida la de la sentencia, que anuncia el recurso y que lo formaliza, si la parte no designa otro representante, ha de reputarse que es el representante procesal y que asume para cualquier recurso esta función, además de la asistencia técnica, sin que precise de forma especial o adicional de designación ni para la una ni para la otra [ALONSO OLEA, «Comentario a la STC 163/1985, de 2 de diciembre (El Letrado como asesor técnico y el Letrado como representante en los procesos de trabajo)», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. III, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1986, § 170, págs. 238 y sigs.].

2. EL CARÁCTER INTUITU PERSONAE DEL CONTRATO DE SERVICIOS CONCERTADO POR EL ABOGADO CON SU CLIENTE COMO FUNDAMENTO DEL CARÁCTER INFUNGIBLE DE LA PRESTACIÓN DEBIDA POR ÉSTE

Siendo el contrato de prestación de servicios profesionales, como es el de prestación de asistencia técnico-jurídica que el cliente celebra con su abogado, un contrato fundado en la identidad, pericia y personalidad de éste como circunstancias que determinan la elección que el cliente realiza, basada en la confianza que en él despiertan aquellas características, el contrato de servicios profesional del abogado puede calificarse como un contrato celebrado *intuitu personae* (STS, entre otras muchas, de 14-VI-1994 [RJ 1994, 5231] y SAP de Castellón, de 9-IX-1998 [AC 1998, 1715]; y en la doctrina, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1989, pág. 247; JORDANO GRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1994, pág. 169; SERRA RODRÍGUEZ, A., *La relación de servicios del abogado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 204 y sigs.; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional*, Ed. Colex, Madrid, 1999 [2.ª edic.], pág. 58; parcialmente en contra, CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 37, al afirmar que si bien resulta indudable que la confianza es un elemento indispensable de la relación entre el cliente y el profesional liberal, ello no implica necesariamente que el contrato existente entre ambos haya de calificarse como una relación *intuitu personae*, sino que éste dependerá del interés subjetivo del cliente presente y determinante de la re-

lación jurídica establecida, entendido como insustituibilidad y que puede nacer de la confianza o de cualquier otro factor), al igual que lo es el concertado con un procurador (STS 14-VI-1994 [RJ 1994, 5231]). Esta calificación no está exenta de consecuencias a los efectos que nos interesan, sino que al reforzar el carácter infungible de la prestación a la que el profesional elegido por sus propias características (que, en el Ordenamiento Jurídico español puede fundarse en los arts. 1.161 y 1.166, párrafo 2.º, ambos del Código Civil), si bien no imposibilita que el profesional pueda valerse de auxiliares o de colaboradores en la ejecución de la prestación por él debida, sí contribuye a fundamentar la responsabilidad del profesional/deudor frente a su cliente/acreedor, incluso por los actos de aquellos auxiliares o colaboradores por él utilizados cuando esta colaboración no fue expresamente vedada en el contrato ni es incompatible con el objeto de la prestación y la permiten los usos propios de la profesión. En efecto, el hecho de que el profesional obligado utilice auxiliares o colaboradores en el cumplimiento no determina que la prestación pierda su carácter de infungible, ya que la confianza que el cliente deposita en el profesional se extiende a los colaboradores de éste, por él elegidos (CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè Ed., Milán, 1958, pág. 82). En este sentido, el propio Estatuto General de la Abogacía, en su artículo 54, además de reiterar el deber general de diligencia que incumbe al letrado en el desarrollo de su actividad profesional, establece expresamente la posibilidad de que aquél sea auxiliado por colaboradores o por otros compañeros en el desempeño de su actividad, sin que ello pueda suponer una relajación de su deber de diligencia.

Es más, cuando como en el caso que nos ocupa, el profesional utiliza en su propio beneficio auxiliares o colaboradores, más que responder por un hecho ajeno, el profesional responderá por el propio incumplimiento de su obligación, y ello como consecuencia de haber ampliado su círculo de negocios e incluso sus posibilidades de ganancias. Como afirma LARENZ, comentando los §§ 278 del BGB y 1313 del AGB, la posición del cliente —acreedor de la prestación del profesional— empeoraría notablemente si se permitiese al profesional utilizar auxiliares en el cumplimiento y, en compensación, no respondiera de una conducta defectuosa de su auxiliar que, si fuese propia, constituiría una lesión culposa de su deber contractual (LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985, págs. 123 y 124). En consecuencia, el profesional con el que se ha contratado —deudor— no desaparece del vínculo, sino que aparece siempre directamente obligado hacia el acreedor, respecto al cual el auxiliar o el colaborador designado por él es un extraño frente al cliente —que ocupa la posición de acreedor de la prestación— (en estos términos se manifiesta TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», en *ADC*, 1971, pág. 1150), pero no frente al profesional que lo ha designado, y por ello

sus actuaciones siempre le resultarán imputables (así se manifestaba el maestro italiano F. FERRARA, comentando el art. 1.225 del *Codice Civile* italiano de 1942 [«Responsabilità contrattuale per fatto altrui», *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. LXX, 1903, págs. 401 y sigs.]). El profesional con el que ha contratado es el único obligado y responsable frente al cliente acreedor de la prestación a la que aquél se ha obligado en virtud del contrato de servicios profesionales que han concertado.

La idea de la confianza como justificación de la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento no es ajena a la doctrina española. En efecto, se suele señalar que el contrato genera en el acreedor un acto de confianza en cuanto que el concreto deudor contractual —el letrado— se significa frente al acreedor —frente al cliente— como la persona que responde del cumplimiento contractual, generando en él la legítima expectativa de asumir la obligación en cuyo cumplimiento se produce el daño (CRISTÓBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», en *ADC*, 1989, págs. 12 y 13). Desde esta perspectiva, lógico resulta extender la responsabilidad del deudor a los hechos de sus auxiliares y aplicar las normas propias de la responsabilidad contractual a aquel sector de la zona común de la responsabilidad contractual y extracontractual cuando exista una previa relación contractual entre las partes y se haya incumplido bien la obligación principal, bien una obligación accesoria de seguridad [CAVANILLAS MÚGICA/TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*, Ed. CEURA, S.A., Madrid, 1992, pág. 152, donde precisan que la responsabilidad extracontractual de los dependientes ha de reducirse a los supuestos en los que falta la nota especial de la confianza o legítima expectativa previamente originada en el acreedor].

De lo hasta aquí expuesto y de lo que prescriben expresamente los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía, resulta que las **obligaciones asumidas por el letrado**, en su labor de defensa de su cliente, exceden en alguna medida de las que se imponen con carácter general en el contrato por el que se compromete a prestar sus servicios profesionales. Entre ellas, de acuerdo con lo declarado por la SAP de Tarragona, de 14-I-1998 [AC 1998, 2856], *«ha de incluirse, como fundamental, el seguimiento de todos y cada uno de los trámites del procedimiento con el fin de evitar su caducidad o la prescripción de la acción ejercitada. Así como el de adoptar las medidas oportunas para que los intereses de sus clientes queden debidamente tutelados»*.

3. LA AFIRMACIÓN DEL CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL LETRADO FRENTE A SU CLIENTE Y REPRESENTADO

Es práctica común de nuestra jurisprudencia considerar que en el caso de los contratos de servicios profesionales concertados con profesionales liberales, las prestaciones a las que éstos se obligan no están previamente delimitadas en la convención y, en consecuencia, cuando con ocasión de la ejecución del contrato el cliente contratante experimenta un daño, éste se sitúa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual si el profesional no ha empleado los medios de ejecución que aconseje su *lex artis*, no ha actuado con la diligencia debida o abusa de la confianza que depositó en él su cliente. Sin embargo, resulta erróneo encajar la responsabilidad del profesional en el marco de protección del artículo 1.902 del Código Civil cuando, celebrado un contrato por aquél con un cliente, resulta lesionado un interés de éste por no haber actuado el profesional de conformidad con los deberes propios de su profesión, aunque éstos no se encuentren consignados expresamente en un contrato. No hay que olvidar que el contenido del contrato ha de integrarse, de conformidad con las previsiones del artículo 1.258 del Código Civil, con las exigencias dimanantes del principio general de la buena fe, de los usos, así como con las normas que regulan el ejercicio de las profesiones colegiadas y con sus deberes deontológicos (normas deontológicas aprobadas por la Asamblea de Decanos del 28 y 29 de mayo de 1987). En efecto, el incumplimiento por el letrado de normas estatutarias que le imponen deberes profesionales (arts. 42 —en el que se impone expresamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el abogado *con el máximo celo y diligencia*—, 53 y 54 del EGA), en tanto que configuran el modelo de diligencia exigible al profesional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.104 del Código Civil, determinan la calificación de la actuación del abogado como negligente y, en consecuencia, dará lugar a la exigencia de responsabilidad civil de conformidad con el artículo 1.101 del propio Código Civil, tal como ha afirmado la STS de 17-XI-1995 [RJ 1995, 8735].

La contravención de los deberes que se derivan del contenido contractual así integrado, genera responsabilidad contractual, no pudiendo afirmarse la existencia de responsabilidad extracontractual cuando en la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de los deberes contractuales, se cause un daño a la otra parte contratante (en este sentido se manifiesta, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la STS de 22-II-1991», en *CCJC*, núm. 26, 1991, § 678). En efecto, cuando los deberes de diligencia se desprenden del propio contenido obligacional del contrato de arrendamiento de servicios, las eventuales responsabilidades civiles, derivadas de su incumplimiento frente al cliente, habrán de ser exigidas y decididas en aplicación de las normas de responsabilidad civil contractual

contenidas en los artículos 1.101 a 1.107 del Código Civil, como diáfananamente ha afirmado el TS en la sentencia de 17-XI-1995 (RJ 1995, 8735) a propósito, precisamente, de una demanda de responsabilidad civil deducida por un cliente frente a su abogado.

La responsabilidad contractual del deudor alcanza también al incumplimiento de los deberes de protección derivados del contrato. Hay que entender, como precisa Díez-PiCAZO (*Derecho de daños*, Ed. Civitas, S.L., Madrid, 1999, pág. 265), que cualquier incumplimiento de los deberes accesorios —especialmente los deberes de información y los deberes de protección— que se integran en el contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos, genera también responsabilidad contractual. Es la propia obligación del deudor la que delimita el alcance de estos deberes y, por lo tanto, también el alcance de su responsabilidad contractual en tanto que se viole un deber obligacional de protección específico de los intereses del cliente y ello tanto que la lesión sea personalmente cometida por el propio profesional como por un auxiliar del mismo. En consecuencia, la contractualidad del daño que se infiere al acreedor juega tanto para la responsabilidad contractual directa como para la indirecta (JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 245).

Pues bien, afirmada la contractualidad de la responsabilidad derivada de la infracción de las obligaciones contractuales, es la normativa, relativa a la responsabilidad contractual, la que ha de ser aplicada, como norma especial de aplicación preferente frente a la responsabilidad extracontractual, de lo contrario —esto es, si se admite la responsabilidad extracontractual respecto de los daños producidos en el seno de una relación contractual derivados del incumplimiento de deberes nacidos de ésta, sobraría la normativa del Código Civil dedicada a la responsabilidad contractual, acudiéndose siempre a los remedios provenientes de la responsabilidad extracontractual (entre otros, SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana», en *RDP*, 1972, pág. 917; PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS de 19-VI-1984», en *CCJC*, 1984, págs. 1883 y 1884).

En efecto, existiendo una relación contractual entablada entre el letrado como profesional liberal y su cliente, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de ésta —calificada ordinariamente como constitutiva de un arrendamiento de servicios, sin perjuicio de su posible calificación como un mandato (así se había calificado en la sentencia de instancia del pleito resuelto por la STS 4-IV-1987 [RJ 1987, 2488])—, es claro que la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones es contractual, debiéndose aplicar, en consecuencia, el régimen previsto en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil (SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado*, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2000, pág. 154). Así ha calificado también la jurisprudencia la responsabilidad del abogado derivada del incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento de servicios por él

concertado, entre otras, en las SSTs de 4-II-1992 [RJ 1992, 819], 17-XI-1995 [RJ 1995, 8735], 12-V-1997 [RJ 1997, 3838], 28-I-1998 [RJ 1998, 357] y 25-III-1998 [RJ 1998, 1651].

Por lo tanto, cuando la actividad profesional se ejercita precisamente mediante la previa demanda de quien considera útiles los servicios del que ha de actuar como tal y en la prestación de esa actividad profesional, previamente requerida por el cliente, incurre en un acto ilícito dañoso por contravenir de alguna manera la obligación de cumplimiento diligente de aquella prestación, su responsabilidad habrá de integrarse en el marco de la responsabilidad contractual. Es por ello que sólo en los casos, que desde esta perspectiva han de considerarse singulares, en los que la actividad del profesional, por sus propios conocimientos o por su pericia, es requerida espontáneamente, podemos situarnos en el ámbito propio de los ilícitos extracontractuales, lo que ocurre con cierta frecuencia en el caso de los profesionales médicos cuando tienen que actuar por circunstancia de urgencia o de necesidad que requieren su intervención o cuando, como en el caso de los usuarios de los servicios públicos de salud, es dudoso que el vínculo sea de naturaleza contractual (STS 12-II-2000 [RJ 2000, 820]). Responsabilidad extracontractual en la que también se sitúan los posibles daños causados a terceros, pero no los que se deriven del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones nacidas del contrato entre las partes del mismo.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE O MANDATARIO —EN ESTE CASO, EL LETRADO— POR LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS COLABORADORES O AUXILIARES QUE UTILICE EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

El sujeto designado a efectos de recibir notificaciones, a pesar de su condición profesional, no actúa como tal —como procurador— en el caso que nos ocupa en el que no puede, en ningún caso, ser considerada como representante del recurrente en suplicación; si no que éste estaba representado por el letrado que encabeza y firma el mentado recurso. La designación del domicilio del procurador lo es exclusivamente a efectos de notificaciones realizadas por la Sala que conoce del recurso de suplicación y con ocasión de éste, de manera que se realiza por el letrado únicamente en aras a cumplir un requisito procesal. Pero, de la misma forma que se designa el domicilio de un procurador colegiado, podría designarse cualquier otro de la localidad en la que la Sala de lo Social del TSJ tenga su sede. **La cualificación profesional de procurador ni es requerida ni nada nuevo aporta.** En consecuencia, la diligencia que le es exigible y que ha de tenerse en cuenta para determinar su eventual responsabilidad civil no es la que se exigiría al procurador en la

prestación de los servicios propios de su profesión, sino la que se exige al ciudadano medio (art. 1.104 del Código Civil), pues ninguna condición subjetiva especial se requiere para recibir las notificaciones a que se refiere el artículo 196 de la LPL. En consecuencia, la falta de diligencia cuya carga recae sobre el demandante (*ex* art. 1.214 del Código Civil; jurisprudencia reiterada del TS cuando se ventilan supuestos de responsabilidad civil de profesionales, acogida, entre otras muchas sentencias en las de 30-X-1996 [RJ 1996/7006] en relación con arquitectos; 7-II-1990 [RJ 1990/668], 24-V-1990 [RJ 1990/3836], 31-VII-1996 [RJ 1996/6084] y 24-VI-1997 [RJ 1997/5208], en relación con la responsabilidad civil de profesionales de la medicina; 4-II-1992 [RJ 1992/819] y 23-XII-1992 [RJ 1992/10715] en relación con la responsabilidad civil de los abogados [en la doctrina, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil (Temas actuales)*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, pág. 245]; y en general en la de 24-V-1990 [RJ 1990/3836] ha afirmado categóricamente que en relación con la prueba de la infracción de deberes propios de los profesionales no se generaliza la inversión de la carga de la prueba que el TS asume, como es sabido, aun sin apoyo normativo, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual cuando no se trata de profesionales) ha de apreciarse en relación con aquel parámetro y no en relación con la diligencia que le sería exigible a un profesional.

Por otra parte, el deber de los procuradores de recibir y de comunicar las notificaciones a la parte que representan durante el curso del proceso (exceptuándose los emplazamientos, citaciones y requerimientos que expresamente se prevea que han de realizarse a los propios interesados en persona) se establece sólo en el supuesto en que estén en el ejercicio del cargo (14.7 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales), pero no, evidentemente, cuando como en el presente caso no actúen en condición de tales, sino como meros particulares (SAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 25-I-2000 [AC 2000/658]).

Expuestas en los términos que preceden las relaciones establecidas entre el letrado —asistente técnico y representante del recurrente— y el procurador cuyo domicilio fue designado a efectos de notificaciones, cabría la posibilidad de plantear la consideración de éste como *sustituto* designado por el letrado representante. Para ello ha de partirse de la afirmación compartida por algunos autores y en algunas sentencias (criterio jurisprudencial ciertamente superado tras la STS de 16-II-1935 [RJ 1935, 462]) de que las relaciones contractuales celebradas por los abogados para ejercer su actividad encajan en el concepto de mandato (ALONSO PÉREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J. M.^a Bosch Ed., Barcelona, 1997, pág. 164; CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, *op. cit.*, págs. 62 a 70), lo que puede resultar más evidente en este caso pues, como ha quedado más arriba expuesto, el letrado asume también la representación de su cliente

y en esta condición, su actuación profesional sí resulta incardinable dentro del contrato de mandato. Siendo esto así, el supuesto podría encajarse en el artículo 1.721 del Código Civil que, como es sabido, dispone que en aquellos casos en los que no consta la autorización ni la prohibición del representado para que su representante designe un sustituto, puede designarlo pero se hace responder al mandatario sustituyente por *la gestión del sustituto* por el designado. En consecuencia, el representante o mandatario es responsable frente al representado, pero también lo es el sustituto designado por éste (PROPERTA CLÉRIGO, «Sustitución de poder», en *AAMN*, Año I, Madrid, 1945 [2.ª edic.], pág. 172). En efecto, como afirma JORDANO FRAGA (*La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1994, pág. 317), el artículo 1.721.1 del Código Civil inequívocamente hace responder contractualmente —responsabilidad contractual indirecta— al mandatario frente a su mandante por los sustitutos o *terceros auxiliares* [que el Código Civil emplea la expresión *sustituto* para designar a *terceros* que el *deudor* utiliza para su propio cumplimiento resulta igualmente de lo dispuesto en el art. 1.783 del Código Civil] que aquél ha utilizado como colaboradores o ayudas en el cumplimiento de la gestión *sólo por él* debida frente al mandante o representado. Dicho de otra forma, el mandatario, en su condición de sujeto obligado frente al mandante, está llamado a responder de la gestión de los auxiliares que utiliza en el cumplimiento —colaboradores y sustitutos— y que han sido designados por su propia iniciativa en los casos en que el apoderado realiza una sustitución ni autorizada ni prohibida. Son expresivas de este parecer las siguientes palabras de Díez-Picazo a propósito de este supuesto: «*El apoderado puede sustituir, pero responde de la gestión del sustituto [...] creemos que en tal caso no hay verdadera y propia sustitución y tampoco subapoderamiento, pues no se crea una relación jurídica entre el sustituto y el principal. El llamado sustituto es un mero auxiliar del apoderado ligado únicamente con éste*» (DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1979 pág. 198).

En cuanto a la posible responsabilidad del sustituto designado por el mandatario, la determinación de la misma ha de realizarse a partir del análisis de lo dispuesto en el artículo 1.722 del Código Civil. La acción que en este precepto se concede al mandante frente al sustituto se fundamenta en la condición de deudor que asume éste último. No hemos de olvidar que si bien algunos autores (entre otros, PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Ed. General de Derecho, Madrid, 1989, pág. 36; JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 147) admiten que la acción del artículo 1.722 del Código Civil permite poner en contacto a dos sujetos no vinculados contractualmente, convirtiendo al submandatario en obligado sobrevenido frente al mandante, en el sentido de que ha de responder «contractualmente» de

las consecuencias dañosas que se deriven de su mala gestión. Estos mismos autores subrayan que esta afirmación no excluye de ningún modo la responsabilidad que corresponde al mandatario que, en su condición de sujeto obligado, es llamado a responder del incumplimiento ocasionado por el submandatario (responsabilidad contractual por hecho ajeno).

Sin embargo, la posición que ocupa el procurador, cuyo domicilio haya sido designado por el letrado de forma no consentida, no merece la calificación jurídica de «sustituto» del mandatario por las siguientes razones:

- A) *La designación de un domicilio a efecto de notificaciones a la parte que hayan de realizarse con ocasión del conocimiento del recurso de suplicación no implica que la persona cuyo domicilio se designa actúe como representante*

De lo dicho se deriva también que el deber de la parte recurrente de designar un domicilio en la localidad en la que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ante la que se presenta el recurso de suplicación tiene su sede que impone el artículo 196 de la LPL, lo es a los meros efectos de recibir en él las notificaciones que le remita el órgano jurisdiccional, pero de ninguna manera puede desprenderse que, del mero hecho de designar un determinado domicilio a estos efectos, se derive la designación de un representante en el proceso.

La afirmación realizada resulta avalada asimismo por el hecho de que, como ha señalado expresamente el TS (sentencia de 4-II-1983 [RJ 1983, 806]), el apoderamiento a procurador es un negocio jurídico abstracto unilateral y recepticio por cuyo medio una persona confiere a otra poder de representación y que pertenece a la institución más amplia de aquélla, consistente, en esencia, en la atribución de una determinada conducta de una persona a otra. Se trata de una relación formal que ha de acreditarse documentalmente (STS de 30-VI-1981 [RJ 1982, 2621]).

Pero además, la jurisprudencia, aun en el caso del procurador que actúa como tal y ha sobrevenido una causa de extinción del poder que le había sido concedido, ha reconocido la existencia de un interés personal y directo en rechazar la carga de ser destinatario de actos de comunicación procesal respecto de personas a quienes no representa (Auto de la AP de Madrid, Sección 13.^a, de 7-III-1998 [AC 1998, 7002]). En consecuencia, si se admite que el procurador puede desvincularse de sus obligaciones contractualmente asumidas cuando existe una causa que lo justifica, con mayor razón habrá que admitir la desvinculación de cualquier obligación de naturaleza contractual de quien ni siquiera ha asumido inicialmente obligación de naturaleza contractual alguna ni ha prestado consentimiento alguno para asumir obligaciones de esta naturaleza.

B) *La posibilidad de la calificación jurídica de la persona designada a efectos de recibir notificaciones a que se refiere el artículo 196 de la LPL como «auxiliar» y la responsabilidad de los auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*

En el caso que nos ocupa, no puede afirmarse que el procurador designado inconscientemente actúe como submandatario designado por el mandatario, sino que, como mucho, podría considerarse que la designación de su domicilio a los efectos del artículo 196 de la vigente LPL haya de valorarse jurídicamente como un hecho del que se deriva la voluntad del letrado que asume las funciones de representante de su cliente de valerse de él como un auxiliar para el cumplimiento de las obligaciones que contractualmente el letrado asume con su cliente y representado. Es por ello que no debe ser considerado como submandatario, sino, como mucho, como mero auxiliar y, en consecuencia, la responsabilidad en que potencialmente pudiese incurrir habrá de encajarse en la responsabilidad del letrado frente a su cliente.

Así las cosas, sentada la responsabilidad contractual del letrado representante frente a su cliente representado, ha de suscitarse la posibilidad de que éste pueda dirigirse frente al auxiliar designado por aquél en su condición de mandatario.

Puesto que el fundamento de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno reside en la idea de que el deudor debe garantizar al acreedor la actuación de las personas de las que se vale en la ejecución de la obligación, el acreedor no tiene ninguna relación con los auxiliares de su deudor y, en consecuencia, ha de ejercitar su pretensión de resarcimiento del daño que haya experimentado sólo frente al deudor, que es el único titular pasivo de la obligación (VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, CEDAM, Padova, 1965, especialmente las págs. 23 y sigs.).

En efecto, cuando se trata de auxiliares del mandatario —representante— y no de sustitutos de éste, de los que se sirve para realizar los actos de gestión no introducen alteración alguna en la relación entre mandante y mandatario, sino que simplemente se sirve de ellos para la ejecución del mandato, ayudándole o asistiéndole mediante una actividad material o de hecho. En efecto, de la gestión de quien interviene en la ejecución de la prestación debida por exclusiva iniciativa del mandatario responde éste y en concreto, en el caso en que se esté en presencia no de un sustituto, sino ante un mero auxiliar o colaborador que el representante —o el mandatario— utiliza en el cumplimiento, no hay vinculación contractual alguna del mandante o del representado con aquél y, en consecuencia, cualquier posible acción de éste frente al auxiliar o colaborador del representante habría de ser de naturaleza extracontractual.

En este sentido, ya la STS de 8-V-1920 (CJ T. 150, § 49) declaró que no hay sustitución tácita, sino mero auxilio del mandatario cuando los hechos no implican de modo palmario y evidente el propósito de obligarse con el mandante y que los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil no son de aplicación a los auxiliares: «*Que las disposiciones de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil sólo son aplicables al caso en que la persona contra quien el mandante dirija su acción sea sustituto del mandatario, y exista, por consiguiente, vínculo contractual entre mandante y sustituto, y no tienen eficacia, cuando ni de las declaraciones de la Sala sentenciadora ni de las pruebas practicadas, resulta que el mandatario, expresamente, designara como sustituto al demandado, ni que de los actos de éste pueda inferirse la sustitución tácita, ya que los hechos de que se deriva esta sustitución han de implicar por modo palmario y evidente el propósito de obligarse con el mandante, apareciendo en vez de tal sustitución un mero auxilio al mandatario en sus funciones*». Por ello, F. HERNÁNDEZ GIL afirma taxativamente que «*el mandatario responde de la actuación culposa de sus auxiliares, y si se vale de ellos contra la prohibición del mandante, responderá en todo caso de los daños y perjuicios que le puedan causar*» (HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a los arts. 1.721 y 1.722 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. VII, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 946). En efecto, como ha declarado el TS en la sentencia de 8-V-1920 (CJ T. 150, § 49), cuando el *sedicente sustituto* sea un mero auxiliar del mandatario, sin que de su actuación aparezca la voluntad de obligarse con el mandante, sólo podrá exigirle responsabilidad el mandatario que lo nombró, estableciendo así la neta distinción, de decisivo alcance teórico y práctico, entre el sustituto y el gestor auxiliar, toda vez que el sustituto está situado en todos los casos y sin excepción alguna bajo la esfera de acción del mandante, mientras que con el gestor auxiliar sucede todo lo contrario. El acertado criterio jurisprudencial ha sido recibido con unánime alabanza en la doctrina que se ha pronunciado sobre la cuestión y ha analizado la STS precitada (v.gr., PROPERTA, *op. cit.*, págs. 174 y 175; PUIG BRUTAU, «Sustitución de poder y mandato», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pág. 447), sin que exista parecer doctrinal ni jurisprudencial contrario.

La calificación jurídica que merece la intervención del procurador, en los supuestos que nos ocupan, parece encajar en la de «*auxiliar*» en el cumplimiento de las obligaciones de defensa técnica y de representación asumidas por el letrado frente a su cliente, pero para ello sería necesario admitir que las relaciones que hubiesen mantenido con ocasión de asuntos anteriores en los que hubiesen intervenido como letrado y procurador justifiquen la presunción de que éste ha prestado su consentimiento para una relación continuada, de manera que si resulta acreditado que en ningún momento ha prestado su consentimiento —ni expreso ni tácito— para que se designase su domicilio

a efectos de notificaciones en el pleito de que se trate, ni mucho menos, en consecuencia, su intervención personal en el asunto, concurrirían las bases en las que asentar aquella calificación. Pues bien, aun si se hiciese caso omiso de esta circunstancia, la intervención del procurador únicamente podría encajar en la categoría de *auxiliar* en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el letrado frente a su cliente y representado.

La categoría de los «*auxiliares*» en el cumplimiento designa a los terceros de cuya actuación se vale el deudor, por su propia iniciativa, para el cumplimiento de sus obligaciones, tanto si se trata de colaboradores dependientes del deudor, como si son independientes del mismo y, por lo tanto, se trata de una colaboración autónoma y externa. Precisamente el único límite que se pone a la responsabilidad contractual por hecho ajeno se deriva de la necesidad de que la designación del *auxiliar* sea una iniciativa del deudor y de que no exista vínculo contractual directo alguno del *auxiliar* con el acreedor, en relación con el que el *auxiliar* ha de presentarse como un tercero ajeno o extraño (negada la consideración del procurador designado inconscientemente a efectos de la recepción de notificaciones judiciales como sustituto o como submandante del letrado, es claro que se cumple este requisito negativo). Sirviéndose de los *auxiliares*, el deudor o principal en su propio beneficio, razones económico-sociales imponen que el riesgo de la actividad desarrollada por los auxiliares recaiga sobre quien se vale de ellos, incluso para obtener un beneficio económico como en el caso que nos ocupa (el letrado cobra los honorarios al cliente, mientras que el procurador se mantiene el margen de estas relaciones, lo que es un indicio más que conduce a la consideración de éste como persona totalmente ajena a la relación que vincula al letrado con el cliente demandante). A esta misma afirmación de la responsabilidad del deudor por los hechos de sus auxiliares —o responsabilidad contractual indirecta— conduce la constatación de que el cliente es ajeno a la organización del letrado y a los medios que éste elige para el cumplimiento —en ningún momento se le consulta, ni siquiera se le comunica si desea designar procurador o si desea elegir alguna persona en orden a comunicar su domicilio a efectos de notificaciones del recurso de suplicación—. En estos casos, por las razones expuestas, el deudor contractual ha de responder frente a su acreedor incluso si no pudiese imputársele culpa personal alguna derivada, por ejemplo, de la elección de la persona del auxiliar, de haberle encomendado tareas para las que no era competente, de haberle dado instrucciones erradas o de no haber supervisado sus actuaciones (recientemente ha reiterado esta *communis opinio*, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 275). Puesto que es la iniciativa del deudor la que pone al auxiliar en condiciones de poder ser causante inmediato del daño, es el propio deudor el que aparece como causa original del daño. Pero en este caso la negligencia del letrado es

clara al no comunicar al auxiliar la función que se le había encomendado al designar su domicilio al efecto de recibir las ya tantas veces aludidas notificaciones del recurso de suplicación.

La falta de un artículo en nuestro Código Civil —a diferencia de los arts. 1.228 del *Codice Civile* italiano de 1942 («*Responsabilità per los hechos de los auxiliares. Si no consta que es otra la voluntad de las partes, el deudor que el cumplimiento de las obligaciones se vale de la actuación de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de éstos*»), 800 del vigente Código Civil portugués y del § 278 BGB, en los que se contiene una regla explícita para estos supuestos— que establezca expresamente la responsabilidad contractual indirecta del deudor por los hechos de los auxiliares de los que se valga en el cumplimiento, no puede ser óbice para el reconocimiento de la misma. Precisamente uno de los ejemplos arquetípicos en la jurisprudencia italiana de la aplicación de aquel precepto es en los supuestos de responsabilidad de los mandatarios frente al mandante por los hechos de los colaboradores autónomos que utilizan en el cumplimiento del mandato (VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1996, pág. 643).

Por otra parte y como afirmación que avala esta misma tesis, ha de recordarse que sobre el letrado, como deudor del cumplimiento de una obligación derivada del contrato de prestación de servicios concertado con su cliente, recae la obligación de diligencia en el cumplimiento de la misma, que ha de entenderse como un deber jurídico personal asumido por el mismo, con independencia de que no sea él mismo quien realice materialmente la prestación objeto de aquella obligación. En efecto, si bien la deuda no impone al sujeto obligado la realización material de la prestación (como resulta de lo dispuesto en el art. 1.158 del Código Civil), de los artículos 1.096.1 y 1.101 y siguientes del Código Civil, así como de sus correlativos, resulta la relevancia del deudor cuando se ha infringido materialmente la necesidad jurídica inherente a la prestación. Las dos consecuencias de esta infracción (a saber, la ejecución forzosa y la obligación indemnizatoria) han de recaer precisamente sobre él, de manera que el deudor aparece como *responsable* de que el cumplimiento de la obligación se realice, lo que significa no que necesariamente sea él quien realice la prestación, sino quien asume las consecuencias de su incumplimiento o de su cumplimiento defectuoso (BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, págs. 296 y sigs.).

El deudor es el obligado a responder frente al acreedor también en aquellos supuestos en los que aquélla sea imputable únicamente a la culpa del auxiliar —que ha de medirse desde los parámetros de la diligencia en el cumplimiento exigida al deudor—, de manera que el deudor resultará responsable aun sin culpa por su parte. La culpa del subordinado se traslada o es

asumida por el principal que lo designó o que se valió de él para el cumplimiento de la obligación. Culpa del auxiliar que ha de existir en todo caso para que responda el principal, pues es éste uno de los requisitos de la imputación subjetiva de responsabilidad civil, si no nos queremos situar en el ámbito de la responsabilidad objetiva del principal de imposible encaje en el sistema de responsabilidad civil contractual del Código Civil. Esta afirmación resulta avalada por la idea admitida por la generalidad de la doctrina, de conformidad con la cual si bien la actividad del auxiliar no puede reputarse como un hecho extraño al deudor, en ausencia de dolo o de culpa de aquél cabe excluir la responsabilidad del principal por el incumplimiento de la obligación imputable al caso fortuito. En consecuencia, hacer responsable al deudor en supuestos de ausencia de culpa del auxiliar y defender, como no puede ser de otra manera, su exoneración de responsabilidad cuando el incumplimiento se ha producido por caso fortuito resulta una clara *contradictio in terminis*.

5. LA NEGACIÓN DE LA VIABILIDAD DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL DEL CLIENTE REPRESENTADO POR EL LETRADO FRENTE
AL AUXILIAR DESIGNADO POR ÉSTE

En los párrafos precedentes se ha fundamentado la responsabilidad contractual del letrado que, a su vez, asume la representación de su cliente en el recurso de suplicación, frente a su cliente y representado y que, en cuanto a su ámbito, es extensible a los actos que sean imputables a los colaboradores o auxiliares por aquél designados y de los que se ha valido para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Pero también se ha dejado abierta la viabilidad de una acción de responsabilidad civil extracontractual —fundada en el art. 1.902 del Código Civil— entablada por el cliente mandante frente al auxiliar o colaborador del mandatario. La admisión de la misma lleva implícita la asunción de las tesis de que la lesión de un derecho de crédito por un tercero es tutelable a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual. Es cierto que en la doctrina más moderna [v.gr., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1996 (5.ª edic.), págs. 602 y sigs.; BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 109 y sigs.], fundamentalmente por influencia de autores y de la jurisprudencia italiana (BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè Ed., Milano, 1964; frente al parecer sostenido, v.gr., por FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Giuffrè Ed., Milano, 1954), se ha admitido la tutela extracontractual del crédito, superada la dificultad representada por la afirmación de la doctrina tradicional de que para los terceros el derecho de crédito es *res inter*

alios acta y, en consecuencia, no genera ningún deber para ellos, sino sólo para el deudor. Sin embargo, ésta se ha limitado, tanto en la doctrina (VATTIER FUENZALIDA, «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: Algunos aspectos dogmáticos», en *Homenaje a Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pág. 847; MONATERI, *La responsabilità civile*, UTET, Torino, 1998, págs. 621 y sigs.) como en la jurisprudencia, a tres supuestos: 1.º) Indemnización *iure proprio* por la muerte de una persona y a favor de los familiares de la misma o de otros perjudicados (PANTALEÓN PRIETO, «Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte», en *ADC*, 1983, págs. 1567 y sigs.; *ibidem*, «Comentario a la STS de 25 de junio de 1983», en *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 797, § 70); 2.º) Lesiones corporales sufridas por el deudor que le causen incapacidad laboral y le impidan la prestación de servicios que debe a su empleador, y 3.º) Infracción de un pacto de exclusiva mediante la celebración por el deudor y un tercero de un nuevo contrato incompatible con el que une a aquél con el acreedor (SSTS de 25-III-1921 [JC T. 152, § 91] y de 4-V-1973 [RJ 1973, 2291]). En consecuencia, procede afirmar el carácter absolutamente restrictivo, cuando no la tipicidad jurisprudencial, de la responsabilidad aquiliana derivada de la lesión de un derecho de crédito por un tercero a la que conduciría la admisión de la acción de responsabilidad del cliente del letrado frente al procurador cuyo domicilio ha sido designado por aquél de manera inconsciente, en abierta contradicción de la jurisprudencia del TS existente al respecto hasta la fecha.

Pues bien, en el caso de lesión del derecho de crédito por el tercero que interviene en el cumplimiento de la obligación debida por el deudor legitimado por éste como auxiliar, el deudor responderá de los daños que se deriven para el acreedor como consecuencia del incumplimiento del contrato, y ello aunque halla infracción por parte del auxiliar de la diligencia a la que está obligado. En efecto, el deudor se hace garante del éxito frente al acreedor, de manera que salvo prueba de la imposibilidad por causa a él no imputable, debe responder de la misma manera cuando haya confiado el cumplimiento de la prestación a un auxiliar (VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, op. cit., págs. 117 y sigs.; TORRALBA SORIANO, op. cit., pág. 1163). El deudor es el único responsable contractual frente a su acreedor, sin que pueda haber condena solidaria al deudor y a su auxiliar, pues el auxiliar no podría repetir lo pagado al acreedor frente al deudor por aplicación analógica del artículo 1.904 del Código Civil, que permite la vía de regreso, en determinados supuestos, del principal frente a sus dependientes o auxiliares, pero no a la inversa (FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión extracontractual del crédito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 367). La excepción viene constituida por los supuestos en los que el auxiliar haya sido elegido por el acreedor y por aquéllos en los que lo haya designado el propio deudor, pero observando determinadas instrucciones dirigidas por el

propio acreedor a estos efectos. Es claro que en el supuesto que nos ocupa ha sido el deudor (el letrado) quien, por su propia iniciativa y voluntad y sin instrucción alguna al efecto del acreedor (el cliente), lo que se derivará claramente del desconocimiento de éste de la intervención del procurador, si así ha quedado acreditado en los autos.

III. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo expuesto procede afirmar la responsabilidad civil contractual exclusiva del letrado frente a su cliente por incumplimiento de las obligaciones de diligencia en el cumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales con él concertado. El procurador designado, sin su conocimiento, a efectos de recibir notificaciones judiciales no actúa como tal —no hay designación como tal por ninguna de las formas admitidas en Derecho y, en ningún caso puede entenderse prestado su consentimiento en orden a obligarse mediante un contrato de prestación de servicios profesionales ni con el demandante ni con los letrados también demandados—, no puede considerarse tampoco como *sustituto* del letrado que asume las funciones de representante de su cliente en el recurso de suplicación y ni siquiera el hecho de que se haya designado su domicilio a los efectos de recibir notificaciones en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 196 de la LPL lo convierten en *auxiliar* del letrado en el cumplimiento de las obligaciones propias de éste, pues no hay consentimiento, y actuando como un simple particular es evidente que no podría exigírsele la diligencia extraordinaria que rebasaría los niveles medios —la diligencia del hombre medio es la que sirve para determinar cuándo un comportamiento ha de calificarse como culposo o no y no el nivel de diligencia de una persona extraordinaria que rebasa la previsión acostumbrada incluso respecto de las gentes experimentadas y diestras (este nivel de diligencia sólo sería propio de un pedante o de un loco, como observaba PUCHTA)— que implicaría imponerle la obligación de comunicar las notificaciones recibidas actuando como particular de un asunto cuya existencia ni le había sido comunicada.

En todo caso, a efectos de fundamentar un eventual recurso de casación en infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (*ex art. 477.1 de la LEC/2000*), en el caso que las acciones ejercitadas y las sentencias de instancia y apelación hayan resuelto la demanda de responsabilidad civil entablada por el cliente que ha sufrido el daño aplicando las normas de responsabilidad civil extracontractual (arts. 1.902 del Código Civil y concordantes), sería conveniente, solicitar de forma subsidiaria la apreciación de la concurrencia de responsables —del abogado y del procurador—, lo que llevaría a una sentencia que, probablemente, aun en el caso de

que fuese condenatoria también para el procurador, establecería la responsabilidad solidaria de ambos, y ello porque el TS ha considerado reiteradamente que la determinación de la concurrencia de culpas, no apreciada en apelación, sí es revisable en casación (SSTS de 3-XII-1992 [RJ 1992, 9995] y de 20-V-1996 [RJ 1996, 3793]). Obtenida esta sentencia en la que previsiblemente la condena al pago de la indemnización fuese solidaria, se podría instar un nuevo juicio en el que es posible que los condenados solidariamente puedan obtener incluso la exención de responsabilidad que se les había imputado (STS 8-V-1991 [*Actualidad Civil*, núm. 588/1991]).

Las conclusiones emitidas en relación con la responsabilidad en que pudiera incurrir quien recibe las notificaciones de un recurso de suplicación por haber sido designado en el escrito de interposición su domicilio pero sin actuar en condición de representante de la parte —de procurador— y sin tener conocimiento de ello y haber asentido a tal designación, son extrapolables a cualquier otro procedimiento —juicios verbales o de cognición civiles de la derogada LEC/1881 o juicios de faltas o penales abreviados— en los que el procurador no actúe en esta condición.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil (UDC)

La anotación de embargo sobre bienes privativos por confesión tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL AMBITO DE ESTUDIO.—II. REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 144.2 DEL RH PARA ANOTAR EL EMBARGO SOBRE LOS BIENES PRIVATIVOS DE UN CONYUGE POR CONFESSION DEL CONYUGE DEUDOR: OPERATIVIDAD DE LA NORMA REGLAMENTARIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.—III. LOS ACREEDORES ANTE EL PERJUICIO OCASIONADO POR LA CONFESSION DE PRIVATIVIDAD: SIGNIFICADO DE LA EXPRESION EMPLEADA POR EL ARTICULO 1.324 DEL CODIGO CIVIL, «*TAL CONFESSION (...) NO PERJUDICARA...*»

I. DELIMITACION DEL AMBITO DE ESTUDIO

El régimen económico matrimonial y el fraude de acreedores forman dos círculos secantes que ofrecen al jurista una serie de temas de enorme relevancia práctica y, en consecuencia, de cierto interés científico por la búsqueda de soluciones a los problemas que plantean. Si a ello unimos el dato de que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil modifica el *statu quo* del proceso de ejecución de bienes conyugales, parece justificada la referencia a una materia que aunque ha sido bastante estudiada en el ámbito puramente civil, en sus aspectos procesales y registrales pudiera admitir algunas observaciones complementarias: se trata de la situación del acreedor perjudicado por la confesión del deudor sobre el carácter privativo de un bien responsable a favor de su cónyuge (1).

(1) Es necesario reparar en el detalle de que si no hubiese existido tal confesión, el bien sobre el que recae tal confesión sería privativo del deudor, o ganancial, por prueba

Desde que en Roma aparecen los antecedentes de la figura que se estudia en la denominada *dote confesada*, la confesión de privatividad continúa siendo —aunque en menor medida que otros negocios entre cónyuges— fuente de muchos fraudes (2). Buena muestra de ello es la reciente Resolución de la

o presunción. En cualquier caso, el bien respondería de forma directa o subsidiaria de las deudas del confesante, dependiendo del carácter común o privativo de éstas. La confesión puede ser del bien o de los fondos con los que se adquirió el bien. Señala AVILA ALVAREZ que esta confesión no se podrá hacer cuando exista un título de propiedad de un cónyuge y sólo es aplicable respecto a aquellos bienes que como los muebles o el dinero mantienen una conexión con el título de adquisición de difícil prueba. Vid. «Inscripción de bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal», en *RCDI*, 1983, págs. 273 y sigs.

Soy consciente de que son muchos los aspectos relevantes que ofrece el estudio del artículo 1.324 del Código Civil («Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges»). Sin embargo, la finalidad de este breve trabajo no es la de examinar lo relativo a la configuración jurídica de la confesión que establece el precepto, ni a los efectos de la misma *inter conyuges*, ni a la forma de constancia en el Registro de la Propiedad de los bienes sobre los que recae esta confesión (art. 95.4 del Reglamento Hipotecario). Entre la bibliografía específica que trata todas estas cuestiones, pueden verse, por orden cronológico, DE LOS MOZOS («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, 1982, págs. 168 y sigs.); OLIVARES JAMES («Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo art. 1.324 del Código Civil», en *AAMN*, T. XXV, 1982, págs. 279 y sigs.); RIBERA PONT («Breves reflexiones sobre el reformado art. 1.324 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 550, 1982, pág. 743 y sigs.); RODRIGUEZ LÓPEZ («El régimen de las aseveraciones de privatividad», en *Jornadas Hispalenses de Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, págs. 221 y sigs.); DíEZ-PICAZO («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, 1984, págs. 1513 y sigs.); GAVIDIA SÁNCHEZ («La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal», Tecnos, 1987); HERRERO GARCÍA («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 599 y sigs.); SERRANO CHAMORRO («La confesión de privatividad. Examen del art. 1.324 del Código Civil», en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 137, mayo 1992, págs. 1289 y sigs.); PASCUAL DE LA PARTE («La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privatividad respecto de los bienes de los patrimonio conyugales y otras consideraciones», en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 149, 1993, págs. 1227 y sigs.); GIMÉNEZ SANJUAN («La prueba, a efectos registrales, de la privatividad del dinero en los casos de reinversión durante la sociedad de gananciales», en *BICNGr*, núm. 177, 1995, págs. 2667 y sigs.); ALCAÍN MARTÍNEZ («La declaración de propiedad de bienes matrimoniales», McGraw Hill, 1996); GULLÓN BALLESTEROS («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. IV, Trivium, 4.ª ed., 1995); MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: I. Sierra Gil de la Cuesta, T. 7.º, Bosch, 2000, págs. 31 y sigs.).

Mi objetivo queda, así, limitado a proyectar la aplicación de la norma del artículo 1.324 del Código Civil en la esfera de los acreedores, *sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*.

(2) Venía siendo relativamente frecuente que los maridos que se encontraban en apurada situación económica y para salvar determinados bienes de la agresión de los

DGRN, de 13 de febrero de 1999, que constituye el punto de partida de este trabajo y que nos permitirá hacer una interpretación del problema a la luz de la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil.

A mi juicio son dos los planos en los que se manifiesta esta protección: de un lado, la necesidad de conseguir que el embargo practicado sobre un bien inmueble, inscrito a favor del cónyuge no deudor como privativo por confesión del deudor, sea anotable en el Registro de la Propiedad (aseguramiento del crédito); de otro, y ante una posible denegación de la anotación de embargo referida, es necesario determinar el concreto mecanismo de reparación del perjuicio del crédito que el artículo 1.324 del Código Civil no precisa (reparación del crédito perjudicado).

En los siguientes epígrafes examinaré estas dos vertientes del problema, partiendo de la casuística que nos ofrece la DGRN en la Resolución de 13 de febrero de 1999 (3).

II. REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 144.2 DEL RH PARA ANOTAR EL EMBARGO SOBRE LOS BIENES PRIVATIVOS DE UN CONYUGE POR CONFESION DEL CONYUGE DEUDOR: OPERATIVIDAD DE LA NORMA REGLAMENTARIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO (4)

Los hechos que dan origen a la referida Resolución de 13 de febrero de 1999 son, básicamente, los siguientes: se inscribe una finca a favor de un

acreedores, reconociesen que sus esposas les habían entregado en dote tales bienes o tal cantidad de dinero. A continuación, las esposas reclamaban la restitución de la dote (crédito privilegiado) y los acreedores ejecutantes resultaban perjudicados. Vid. LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, vol. 1.º*, Bosch, 1990, págs. 371 y sigs.). El profesor LACRUZ recoge la doctrina de la *dote confesada* consistente en que la confesión de dote, hecha por el marido después de la boda, se consideraba *habere vim donationis factae inter virum et uxorem*. De esta forma, los terceros podían impugnar el reconocimiento como una donación. Este sistema se tuvo presente en la Ley Hipotecaria de 1861 y, luego, en el Código Civil, en el sentido de que la confesión de dote por el marido de los bienes en que ésta consista no producía efectos frente a los acreedores del confesante que pueden considerarla inoperante frente a ellos y que tienen derecho preferente a cobrar frente a la mujer dotada (*op. cit.*, págs. 372-373). J. L. DE LOS MOZOS también se refiere *in extenso* al antecedente de la dote confesada (*op. cit.*, págs. 169-171).

(3) La utilización de la confesión de privatividad como vía para perjudicar a los acreedores fue objeto de cierta litigiosidad antes de la reforma del Código Civil, de 13 de mayo de 1981, que da redacción al vigente artículo 1.324. De ello dan cuenta las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de diciembre de 1963 y de 28 de octubre de 1965.

(4) El apartado segundo del artículo 144 del Reglamento Hipotecario fue redactado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que supone una adaptación al ámbito de las anotaciones de embargo sobre bienes conyugales de la correspondiente norma civil

cónyuge con carácter privativo por confesión de privacidad del precio realizada por el otro cónyuge (5). Tiempo después se libra mandamiento de anotación de embargo sobre la citada finca derivado de un juicio declarativo entablado por el Banco de Valencia contra el cónyuge confesante. La anotación resulta denegada por encontrarse inscrito el bien a nombre de quien no fue demandado. El Banco acreedor interpone recurso gubernativo alegando que la confesión de privatividad carece de efectos frente a terceros y que el bien es presuntivamente ganancial. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informa que ha calificado de acuerdo con los artículos 95.4 y 144.2.1 del RH y que si la confesión tuvo o no por finalidad eludir responsabilidades financieras, es una cuestión que habrá de resolverse a través del correspondiente proceso. El Banco acreedor apeló el auto presidencial confirmatorio de la nota del Registrador estimando que *si existe presunción de ganancialidad y por disposición legal la confesión de titularidad no perjudica los derechos de los acreedores, no tiene sentido que se exija demandar a quien no es deudor con la única finalidad de dar cumplimiento a una norma reglamentaria*.

Sin perjuicio de que en el punto correspondiente vuelva sobre esta última afirmación del recurrente, parece necesario matizar que la existencia de un precepto que establezca la intangibilidad de los derechos de los acreedores perjudicados por la confesión de privatividad, no significa que el funcionamiento del mismo sea automático y que no requiera de un proceso (no precisamos todavía de qué tipo) que se pronuncie sobre su contenido. Y en este sentido quizá pueda tener cierta justificación la norma reglamentaria que exige para anotar el embargo la intervención del cónyuge titular del bien privativo por confesión, aunque no sea deudor.

(art. 1.324 del Código Civil) surgida tras la Reforma de 13 de mayo de 1981. La redacción de ese apartado no sufre ninguna modificación en la última reforma del RH que sí afecta, como se sabe, a otros apartados del citado artículo 144. Su tenor es el siguiente: «Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor». La regla hace referencia al artículo 95.4 del RH, resultado también del Real Decreto de noviembre de 1982, que establece la forma de practicar la inscripción de los bienes cuya privatividad resultare sólo de la confesión del otro cónyuge. Asimismo, regula los requisitos necesarios para la inscripción de los actos relativos a estos bienes, sobre los que luego volveré por su cierta relevancia para este trabajo.

(5) Considero que el término privacidad, al que se refiere expresamente la fundamentación fáctica de esta Resolución, debe ser sustituido por el de privatividad, no sólo porque éste es el utilizado por el Reglamento Hipotecario en algún precepto (art. 95.4), sino porque entiendo que la privacidad es una cualidad de lo privado mientras que la privatividad lo es de lo privativo y es a ésta última realidad a la que se quiere hacer mención. Tampoco el término privaticidad, utilizado por algunos autores, es el correcto, ya que parece que ha de mantenerse la raíz del adjetivo «privativo» lo más íntegra posible en las palabras que se formen a partir del mismo.

La Dirección General de los Registros parte, en su fundamentación jurídica, de la indeterminación registral en la titularidad del bien inscrito como privativo por simple confesión. Esto es cierto, pero lo que constituye objeto de más dudas es, a mi juicio, la invocación —que hace el Centro Directivo— del artículo 1.373 del Código Civil para justificar que, puesto que esta norma no es aplicable al caso, no se puede sustituir la demanda al titular por la notificación, como permitiría ese precepto (6).

Personalmente creo que no es necesario acudir al artículo 1.373 para fijar la notificación como elemento que permita modalizar el tracto sin necesidad de demandar directamente al cónyuge titular no deudor. Con independencia de la idoneidad del artículo 1.373 para ser aplicado a este caso concreto, lo que realmente permitiría modalizar el tracto sería el dato de que la intervención en el proceso del cónyuge titular le permita alegar lo que estime pertinente, y todo ello con independencia de que haya sido previamente demandado o notificado (7).

Además entiendo que es posible, también en este supuesto, la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil, siempre que se demuestre que el bien es común o privativo del cónyuge confesante (ya que, *a priori*, parece que nada está decidido sobre la titularidad del bien *erga omnes*) y que la deuda es privativa de éste. Por tanto, parece matizable la afirmación que hace la Dirección General, en el Fundamento cuarto, según la cual *se hace ostensible lo inapropiado de la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil al supuesto ahora considerado*.

La aplicación literal del artículo 144.2 RH conduce al Centro Directivo a estimar que no es suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor para poder trabar el bien confesadamente privativo (F. J. 6.º) (8).

(6) Hemos de recordar que el artículo 1.373 permite el embargo de bienes gananciales por deudas privativas en defecto de bienes privativos del deudor y sometido a la facultad que tiene el cónyuge no deudor de sustituir ese embargo por la parte que al deudor corresponda en la sociedad de gananciales, en cuyo caso se produciría la disolución de ese régimen económico.

(7) Si bien antes de la entrada en vigor de la nueva LEC, la diferencia entre demandar y notificar en el proceso de ejecución podía ser significativa y no en todo proceso se podía extender la demanda contra el cónyuge no deudor, tras la entrada en vigor de la nueva legislación procesal civil, parece que la situación ha cambiado. Incidiré, a continuación, en este importante punto, ya que podría aconsejar la necesidad de suavizar la interpretación gramatical que se viene haciendo del apartado segundo del artículo 144 RH.

(8) Ha de repararse en el detalle de que el procedimiento del que dimana el presente recurso gubernativo es declarativo y, en consecuencia, hubiese sido hábil para demandar no sólo al cónyuge deudor confesante sino al cónyuge titular del bien objeto de la confesión, para exigir frente a él la responsabilidad del bien basándose en la falta de eficacia *erga omnes* de la confesión.

Sentados los presupuestos fácticos y jurídicos de la cuestión, es necesario que reflexionemos sobre los que considero de mayor relieve.

El origen del problema radica en la indeterminación registral del carácter de los bienes cuya privatividad resulta sólo de la confesión de un cónyuge. Sin embargo, la Dirección General y la doctrina, que se ha ocupado del tema, no vacilan en afirmar que, frente a terceros, esos bienes se consideran gananciales (9). ¿Cuál es la posición al respecto del apartado segundo del artículo 144 del RH? Parece que, en principio, y atendiendo a la ubicación del supuesto dentro de la norma que permite la anotación de embargo de bienes gananciales (constante la sociedad, entre su disolución y liquidación, y después de la liquidación), la posición del reglamentarista es favorable a permitir el embargo sobre esos bienes como si fuesen, salvo prueba en contrario, gananciales. No obstante, a la hora de establecer los requisitos necesarios para la práctica de la anotación preventiva, la regla los trata como si fuesen bienes presuntivamente privativos (demanda al cónyuge titular). Igualmente sucede en los sucesivos actos relativos a esos bienes realizados en vida del cónyuge confesante cuyo acceso al Registro no requiere más que del consentimiento del titular. Ello revela que la confesión de privatividad tiene más fuerza en el tráfico jurídico de la que en principio se le atribuye.

Particularmente considero que ante esta indeterminación registral de los bienes no deberían tomarse posturas *a priori* sobre el carácter de los mismos y sería necesario flexibilizar los criterios de anotabilidad de los embargos trabados sobre esa clase de bienes. Con ello quiero significar que si la actual normativa procesal permite que con la simple notificación del embargo o de la ejecución al cónyuge titular no deudor pueda constar en el mandamiento el carácter del bien y su responsabilidad, ¿para qué exigir que se le demande? Parece desproporcionado exigir taxativamente la demanda al cónyuge titular del bien si la nueva legislación procesal civil concede, en este ámbito del proceso de ejecución, las mismas vías de defensa a los sujetos demandados que a los simplemente notificados (10).

(9) Vid. las Resoluciones de 20 de enero de 1983, 25 de septiembre de 1990, 18 de julio de 1994, 10 de julio de 1995, 5 de marzo de 1999 y 9 de enero de 2001. Entre los autores, puede verse la opinión de LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, IV, 3.ª ed., 1990, pág. 375), para quien los bienes privativos por confesión *funcionan, en principio, como gananciales «erga omnes» y como privativos «inter partes»*. Sin embargo, unas líneas más arriba, el citado autor no parece tener un criterio claro al respecto, al afirmar que *la titularidad del cónyuge en cuyo favor confesó el otro la exclusividad de la adquisición no le confiere una mera posición «inter partes», sino una «erga omnes» con la apuntada excepción de acreedores y legitimarios (op. cit., pág. 374)*.

Para ALCAÍN MARTÍNEZ (*La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw Hill, 1996, pág. 110) los bienes privativos por confesión *podrán ser considerados gananciales*.

(10) Esto es lo que se puede deducir del artículo 538.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual: *«También podrán utilizar los medios de defensa que la ley*

Una vez llamado el cónyuge titular —no deudor— al proceso, estimo viable, a la luz de la nueva normativa procesal, que se genere un incidente a través del cual se acredite la responsabilidad del bien por la deuda origen del embargo. Para ello es necesario, primero, que se determine de forma indubitada el carácter del bien a través de los diferentes medios de prueba y creándose una verdadera contradicción en el proceso de ejecución (11). Pudiera suceder que el bien resultase ser probadamente privativo del cónyuge no deudor a favor del cual se hizo la confesión, en cuyo caso quedaría exento de responsabilidad.

De manera paralela a la necesidad de determinar la naturaleza del bien privativo por confesión, se plantea la duda sobre el carácter de la deuda contraída por el cónyuge confesante y de la que deriva la ejecución de ese bien. Si no sabemos ante qué clase de deuda estamos (privativa o ganancial) no sabremos qué tipo de responsabilidad (subsidiaria y limitada por la intervención del cónyuge no deudor o directa) habrá de recaer sobre el bien, si es que ha de recaer alguna, pues puede suceder que se haya demostrado que aquél es realmente privativo del cónyuge no deudor.

Entiendo que no se puede partir —como hace algún autor— de que el apartado segundo del artículo 144 sólo será aplicable al caso de las deudas propias o privativas de un cónyuge (12). Por ello es necesario que lo relativo a la naturaleza de la deuda sea también dilucidado en el propio proceso de

concede al ejecutado aquellas personas frente a las que no se haya despachado la ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están los mismos afectos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda».

De la misma forma, el artículo 549.1.5.º de la LEC, al regular el contenido de la demanda ejecutiva, establece que el ejecutante podrá expresar en la demanda, «*la persona o personas (...) frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los artículos 538 a 544 de esta Ley*».

(11) Entiendo que son dos los preceptos de la nueva legislación procesal civil que permiten obtener esta solución. De un lado, el artículo 538.2.3.º posibilita el despacho de ejecución frente a «*quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afectación derive de la Ley o se acredite mediante documento público...*». Parece que el caso que nos ocupa encaja dentro de este supuesto, pero será necesario que el cónyuge titular pueda defender sus derechos acreditando que el bien que figura como privativo por confesión y que, según el artículo 1.324 del Código Civil, responde frente a acreedores, ha sido adquirido con fondos privativos y, por tanto, queda exonerado de responsabilidad por las deudas del otro cónyuge. Para hacer efectiva esta contradicción u oposición en el proceso de ejecución, será necesario un incidente que regula el artículo 541 de la LEC, y al que me referiré a continuación.

(12) Este es el criterio sostenido por ALCÁIN MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 112). La regla segunda del artículo 144 RH no hace esta distinción desde la redacción dada por el Real Decreto de 1982. Tras la última reforma del RH, ninguno de los apartados del artículo 144 realiza esta diferenciación entre deudas privativas y gananciales.

ejecución después de haber notificado o demandado al cónyuge titular no deudor, quien será tratado desde ese momento como parte procesal y podrá dar origen a un incidente tras el cual el juez se pronuncie o manifieste sobre la responsabilidad del bien por la deuda.

Tras la exposición de estas primeras ideas, parece oportuno reflexionar sobre la operatividad del artículo 144.2 RH tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (13).

Desde el pasado 8 de enero de 2001 la situación, en cuanto al embargo de bienes conyugales, experimenta un cambio importante en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza nuestro artículo 24 de la Constitución se proyecta, en la nueva normativa procesal, permitiendo que en el curso del proceso de ejecución los sujetos afectados por la ejecución (entre los cuales se puede encontrar el cónyuge no deudor) defiendan sus derechos sin necesidad de acudir a un procedimiento declarativo. Esto se traduce, en el ámbito que nos ocupa, en la posibilidad de que en el proceso de ejecución el acreedor pueda precisar en la demanda las peticiones que ejercita contra cada sujeto. Para ello habrá de demandar al deudor, pero respecto al cónyuge no deudor, titular del bien por confesión de privatividad del otro cónyuge, parece serle indiferente a la nueva normativa el hecho de que se le demande o notifique una demanda en la que frente a él se ejercitan determinadas peticiones como la de la inoperatividad de la confesión y la consecuente responsabilidad del bien por la deuda (14). Si bien el juez *inaudita parte*

(13) Hasta esta fecha los autores coincidían en expresar la dificultad procesal de llevar a la práctica el artículo 144.2 RH. Son significativas, al respecto, las siguientes palabras de Díez-PICAZO y GULLÓN: (...) *lo que no tiene fácil explicación, si es que tiene alguna, es la exigencia del artículo 144.2 RH para la anotación del embargo sobre el bien. Dice que hay que demandar al cónyuge en cuyo favor conste la titularidad privativa, sea o no deudor. Pero si no es deudor, no está legitimado pasivamente para soportar el proceso.* Vid. *Sistema de Derecho Civil*, IV, 7.ª ed. Tecnos, 1997, pág. 159. También ALCAÍN MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 119) plantea la dificultad de llevar a cabo en el proceso de ejecución la demanda al cónyuge no deudor. GAVIDIA SÁNCHEZ, por su parte, se plantea si procesalmente sería admisible la oposición del cónyuge no deudor a través de la tercería de dominio (*La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, 1987, pág. 241, nota 20). Parece que la respuesta habrá de depender del carácter que realmente tenga el bien, cuestión esta que será necesario dilucidar en primer término. Si se acredita que el bien es privativo del cónyuge no deudor, entonces parece que la vía de la tercería de dominio es el cauce idóneo, ya que se ha cometido un error judicial consistente en embargar un bien creyendo que era responsable de la deuda. Ahora bien, si el bien no es realmente privativo del cónyuge, a cuyo favor se hizo la confesión, y de una u otra forma responde del pago de la deuda, entonces parece que la tercería de dominio no era ni es —después de la entrada en vigor de la nueva LEC— la vía idónea de oposición al embargo.

(14) Ya se han señalado anteriormente los preceptos de la nueva normativa procesal de los que parece deducirse, en determinados casos, la indiferencia entre despachar ejecución directamente y notificar la misma. Ahora bien, las peticiones habrán de individual-

debitoris decide o no despachar ejecución, será en el momento de la oposición a la ejecución cuando a través de un incidente el cónyuge no deudor pueda defenderse y alegar todo aquello que estime conveniente para convencer al juez de que el bien susceptible de embargo es privativo y que no responde de la deuda contraída por su cónyuge (15). A la luz de los diferentes elementos de prueba, el órgano judicial podrá emitir una declaración, aun en proceso de ejecución, sobre estas cuestiones tan relevantes para la anotación registral del embargo y, en suma, para la satisfacción del crédito.

En definitiva, la calificación registral del mandamiento de anotación sobre un bien inscrito como privativo por confesión a nombre de quien no ha sido deudor, tiene como finalidad asegurar que se han cumplido las debidas garantías de tutela judicial efectiva de ese titular. El sentido que pudiera tener la demanda al cónyuge no deudor antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil podría ser el de dar comienzo a un nuevo proceso declarativo —independiente de aquél en el que se ejecuta la deuda— para discutir frente al titular del bien la veracidad de la confesión que le favorece y perjudica al acreedor (16). Después del 8 de enero de 2001, la exigencia del artículo 144.2 RH de demandar al cónyuge titular no deudor, no tiene ya ese sentido en la medida en que la nueva Ley permite que en el seno del propio proceso de ejecución, del que deriva el mandamiento de anotación de embargo, se obtenga un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad del bien que le permita al Registrador salvar los obstáculos impuestos por el tracto registral (17).

Ahora bien, creo que hemos de ser conscientes de que, aunque el carácter del bien y su consecuente responsabilidad se pueden determinar en el curso del nuevo proceso de ejecución, la vía del incidente de oposición necesaria para que el juez se pronuncie sobre esas cuestiones será generalmente posterior a la fecha del mandamiento de anotación de embargo y, por tanto, posterior al momento en el que el Registro necesitaría disponer de esos datos

lizarse perfectamente para que el juez pueda hacer las precisiones que considere oportunas respecto a cada una de ellas (*ex art. 538.1.1.º LEC*).

(15) Aunque el artículo 541 LEC nace, en principio, para regular el incidente que determine el **carácter de la deuda** y su consiguiente responsabilidad, si tenemos presente que esa responsabilidad no se podrá determinar sin conocer antes sobre qué bienes ha de recaer, también podrá ser objeto del incidente la determinación del **carácter del bien privativo por confesión**.

(16) Si el acreedor no ha conseguido anotar el embargo en el proceso de ejecución, corre el riesgo de que antes de que inicie el correspondiente declarativo y obtenga la anotación preventiva de esa segunda demanda, el bien puede ir a parar al patrimonio de un tercero hipotecario.

(17) Entiendo que estas mismas ideas pueden ser aplicables a otro de los supuestos contemplados en el artículo 144 RH en el que también se exige la demanda al no deudor: el de la anotación de embargo sobre bienes gananciales tras la disolución de la sociedad de gananciales y antes de su liquidación (apartado tercero del art. 144 RH).

esenciales para permitir o denegar la práctica de la anotación. Por esta razón parece aconsejable que el Registrador de la Propiedad practique —a instancia del ejecutante— anotación preventiva de suspensión de embargo sobre ese bien a la espera de esos datos que sólo se podrán obtener a través de un incidente que respete los principios de audiencia y contradicción de todas las partes afectadas por el pronunciamiento judicial (18).

III. LOS ACREEDORES ANTE EL PERJUICIO OCASIONADO POR LA CONFESION DE PRIVATIVIDAD: SIGNIFICADO DE LA EXPRESION EMPLEADA POR EL ARTICULO 1.324 DEL CODIGO CIVIL, «*TAL CONFESION (...)* NO PERJUDICARA...»

El incidente del proceso de ejecución a través del cual el cónyuge no deudor, titular del bien confesado privativo por el otro, pueda demostrar la privatividad del bien o de los fondos con los que éste se adquirió (y así exonerarlo de responsabilidad) debe permitir que el acreedor pueda discutir las alegaciones formuladas por aquél. En este punto entra en juego la invocación y aplicación, si fuere el caso, del inciso 2.º del artículo 1.324 del Código Civil.

Cuando el artículo 1.324 establece que «*...tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*» no quiere decir, a mi juicio, que el acreedor podrá embargar el bien privativo por confesión como si ésta no hubiese existido, sino que el acreedor podrá alegar en el momento procesal oportuno el contenido de ese precepto que se traducirá en la inoperancia de la confesión de privatividad. Estimo conveniente señalar esto porque la indeterminación del artículo 1.324 sobre el concreto mecanismo de protección del acreedor ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Para algunos autores, la falta de perjuicio, a la que alude el citado precepto, no consiste en que los acreedores prueben el perjuicio que les ha irrogado la confesión, sino en que aquéllos puedan considerar el bien de acuerdo con el

(18) En este punto hay que tener presente que a pesar de que el artículo 553.1.1.º NLEC, al regular el contenido del auto por el que se despacha ejecución, establezca que el juez puede hacer cualquier precisión (*inaudita parte debitoris*) sobre el contenido de la ejecución, no todas las cuestiones se podrán dilucidar sin oír a las partes, de ahí que sea necesario esperar —en algunos casos— hasta el momento procesal oportuno (incidente) que pudiera llegar a resultar extemporáneo. En este sentido, creo que es diferente pronunciarse sobre el carácter de la relación obligatoria (privativa o ganancial) entre el cónyuge deudor y el acreedor, y el carácter del bien privativo por confesión, cuestión esta que afecta al cónyuge titular y que no se podrá aclarar sin su presencia e intervención en el juicio.

carácter que le atribuye el correspondiente régimen económico matrimonial (19). Para otros, por el contrario, la confesión carecería de efectos de una manera subsidiaria, es decir, subordinada a la insatisfacción acreditada por el acreedor (20) y subordinada incluso, por algunos autores, al ejercicio de otras acciones como la acción rescisoria y subrogatoria (21). Pero el tema se complica más todavía cuando se pueden encontrar opiniones según las cuales la forma de atacar la eficacia de la confesión de privatividad consiste en el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana (22).

Aunque no es fácil discutir las diversas interpretaciones recaídas sobre una norma cuyo tenor es poco claro, parece oportuno reflejar algunas observaciones sobre esas posturas en el intento de conseguir la mayor eficacia posible de esa norma protectora del crédito que, al mismo tiempo, garantice la defensa del otro interés en juego: el del cónyuge a favor del cual se hizo la confesión.

Algunos de los interrogantes suscitados por las opiniones referidas, y a los que trataré de responder, pudieran ser los siguientes:

¿Es automática la aplicación del artículo 1.324, segundo inciso, cuando el acreedor se encuentre con un bien privativo por confesión a favor del cónyuge no deudor? ¿Es necesario que el acreedor invoque la aplicación de la norma en el proceso? ¿Puede hacerlo en el mismo proceso de ejecución o ha de acudir a un procedimiento declarativo? ¿Constituye la norma del artículo 1.324 una vía

(19) Esta es la postura defendida, entre otros, por GULLÓN BALLESTEROS (*op. cit.*, pág. 1313), DíEZ-PICAZO (*op. cit.*, 1514) y LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, pág. 373).

(20) Es el caso, por ejemplo, de OLIVARES JAMES (*op. cit.*, pág. 325).

(21) Así lo entiende uno de los autores que más han estudiado esta materia, GAVIDIA SÁNCHEZ (*op. cit.*, pág. 200). También MONTÉS PENADÉS sigue el criterio de GAVIDIA (*De-recho de Familia*. Coord. Montés Penadés, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 229). Más recientemente, se manifiesta en el mismo sentido MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (*op. cit.*, pág. 32).

(22) Es el caso de DE LOS MOZOS (*op. cit.*, pág. 174); OLIVARES JAMES (*op. cit.*, pág. 325), y RIBERA PONT (*op. cit.*, págs. 760-761). Para esta última autora la acción rescisoria será la ejercitable si se admite que la confesión es un medio de prueba suficiente; si no se admite como medio de prueba suficiente, entonces —considera la autora— cabrá anotación de embargo sin más. Creo que esta posición habrá que matizarla porque, con independencia del valor que se le confiera a la confesión de privatividad, lo cierto es que ha de existir un mecanismo que dé entrada en el proceso al cónyuge titular del bien para que se defienda. Si la confesión es un medio de prueba, podrán existir otros que confirmen o desvirtúen su eficacia y ello habrá de valorarse. Si, por el contrario, no es un medio de prueba suficiente, con mayor razón habrá de discutirse su eficacia. En ambos casos será necesaria la presencia del cónyuge titular en el proceso que pretende la práctica de la anotación sobre el bien objeto de la confesión. El sentido de la presencia en juicio del cónyuge titular es, al margen de otras acciones ejercitables, poner en funcionamiento el mecanismo protector del crédito del artículo 1.324, segundo inciso, del Código Civil.

autónoma de protección del crédito cuando concurra la circunstancia de la existencia de bienes privativos por confesión? ¿Se puede ejercitar esa vía con independencia de otras, o sólo cuando se hayan agotado otras?

Personalmente entiendo que los efectos del no perjuicio que el artículo 1.324 atribuye a la confesión de privatividad deberán ser alegados por el acreedor cuando se encuentre con el problema de que el embargo practicado no puede acceder al Registro de la Propiedad por no haber sido demandado —como exige el art. 144.2 RH— el cónyuge no deudor (23). También creo que esta alegación se puede hacer en el mismo proceso en el que se está ejecutando la deuda. En primer lugar, porque la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha ampliado considerablemente, respecto a la situación legislativa anterior, el ámbito objetivo del proceso de ejecución, permitiendo que se discutan cuestiones que hasta el momento eran de imposible cognición en el marco de ese proceso. En segundo término, la acción de no perjuicio que el artículo 1.324 concede al acreedor no es una acción impugnatoria sino una acción de inoponibilidad que permite crear la ficción de que el bien privativo por confesión sigue conservando el *status* que le hubiera correspondido si no se hubiese efectuado tal reconocimiento. Con ello quiero decir que al no atacar o discutir la validez y eficacia de la confesión, el artículo 1.324 no requiere la existencia de un procedimiento declarativo sino un cauce que permita enfrentar al cónyuge no deudor y al acreedor para discutir el carácter del bien y su consiguiente responsabilidad (24).

En relación con los últimos interrogantes planteados anteriormente, considero que la acción del artículo 1.324 constituye una vía de defensa del crédito independiente, pero no excluyente de otras que perfectamente podrán prosperar cuando concurran los requisitos legales para su ejercicio. Ahora bien, antes de ejercitar otras que ataquen la validez o eficacia de la confesión, y en virtud del principio de *favor negotii*, creo que es aconsejable ejercitar la acción del 1.324, ya que es la vía específicamente concebida por el legislador para defender al acreedor perjudicado por la confesión de privatividad (25).

(23) Así quedaría suavizada aquella opinión doctrinal que defendiendo el automatismo del artículo 1.324 del Código Civil no considera necesaria la alegación del perjuicio por parte del acreedor perjudicado.

(24) Cuestión diferente será la impugnación de la confesión por otras causas como error de hecho, violencia o intimidación en la persona del confesante, falsedad material... Para un estudio de estas causas de ineficacia de la confesión, vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, cit., págs. 242 y sigs.

(25) Así se pone en discusión la opinión de quien como OLIVARES JAMES (*op. cit.*, *ibidem*) vacía el contenido del artículo 1.324 en la acción rescisoria, y la de quien como GAVIDIA SÁNCHEZ (*op. cit.*, *ibidem*) subordina la aplicación del 1.324 al ejercicio de otras acciones que él considera prioritarias.

Antes hemos calificado la acción del 1.324 como una manifestación de la inoponibilidad de la confesión (26). Si bien la inoponibilidad se suele aplicar a los negocios o a las situaciones jurídicas y la confesión de privatividad parece ser más la afirmación de un hecho que la creación de una situación jurídica, parece posible hablar en este concreto caso de inoponibilidad, ya que el tradicional efecto de inoperancia o inexistencia que a ésta se le viene atribuyendo es el que se persigue cuando el acreedor solicita que el bien mantenga el *status* anterior a la confesión (27).

Los problemas derivados de la confesión de privatividad en perjuicio de acreedores pueden tener una sencilla solución cuando el bien permanece en la esfera patrimonial de los cónyuges. Sin embargo, cuando el bien sale de la esfera patrimonial del cónyuge a favor del cual se hizo la confesión y va a parar al patrimonio de un tercero protegido, pudiera ocurrir que el acreedor se quedase sin satisfacer su crédito. El problema adquiere especial relevancia si tenemos presente que, en vida del cónyuge confesante, el cónyuge favorecido por la confesión podrá disponer de ese bien sin necesidad del consentimiento del cónyuge confesante deudor (art. 95.4 RH). Ello significa, a efectos del acreedor ganancial o del privativo del cónyuge deudor, que al no encon-

(26) Hacia ese efecto parece inclinarse el profesor DE LOS MOZOS («Comentario del art. 1.324 del Código Civil», cit., págs. 173-174), para quien la referida norma *establece una regla paralela en la sistemática de la regulación con la establecida en el artículo 1.317 del Código Civil (...) De esta suerte (...) los acreedores podrán oponer frente al confesante la antigua presunción de gratuidad (...) en relación con el ejercicio de la acción pauliana...*

Sin ánimo de comparar exhaustivamente la norma del artículo 1.324 con la del artículo 1.317 («*La modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*»), entiendo que ambas son aparentemente idénticas en cuanto al mecanismo de protección del crédito, ya que ambas utilizan la expresión del **no perjuicio** de los derechos adquiridos, pero se distancian en el momento de concretarse los efectos de ese «no perjuicio» en uno y otro caso. El artículo 1.324 supone la conservación del carácter que el bien hubiese tenido si no se hubiese realizado la confesión (para lo cual no será necesario ejercitar la acción pauliana como sostiene una buena parte de la doctrina). El 1.317, a mi juicio, por afectar, no a la titularidad de un bien en concreto, sino a un negocio jurídico proyectado sobre un conjunto de bienes y de relaciones jurídicas (negocio liquidatorio del patrimonio ganancial, por ejemplo) mantiene el negocio y las nuevas titularidades sobre los bienes, pero conserva el régimen de responsabilidad. En este último caso no se declara la inoponibilidad de las nuevas titularidades sino la extensión de la responsabilidad correspondiente. En el caso del artículo 1.324 sí se puede hablar de una verdadera inoponibilidad de la titularidad registral recaída sobre un bien —el privativo por confesión del deudor— que no gozaba de la oponibilidad o eficacia *erga omnes* de las titularidades privativas.

(27) Esta conservación del régimen jurídico que al bien hubiese correspondido, caso de no haberse realizado la confesión, se aplica tanto a los acreedores de la comunidad como a los de cada uno de los cónyuges. En este aspecto tienen razón DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS cuando señalan que carece de sentido proteger a los acreedores del cónyuge a favor del cual se hizo la confesión, ya que ésta no les perjudica, sino todo lo contrario (vid., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 158).

trarse ante un acto de disposición patrimonial realizado por el deudor, quien ni siquiera ha prestado su consentimiento al mismo, puede resultarle de difícil —si no de imposible— impugnación.

Por ello —y así volveríamos al punto de partida de este trabajo— es sumamente necesario conseguir la anotación preventiva del embargo sobre el bien privativo por confesión del deudor para evitar que suceda lo que acabamos de plantear: la adquisición de ese bien por un tercero a quien no le sea oponible la traba (al no haber podido ser anotada) debido a que el apartado 2.º del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, anterior a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, no se ha adaptado a la realidad del nuevo proceso de ejecución en el que se pueden discutir determinadas cuestiones (el carácter del bien y la responsabilidad del mismo, si fuera procedente), de imposible planteamiento en el juicio ejecutivo derogado.

FÁTIMA YAÑEZ VIVERO
Doctora en Derecho
Universidad San Pablo-CEU (Madrid)

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

La Comisión Europea ha hecho pública una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre «Derecho contractual europeo».

El objetivo de la Comisión es recopilar información sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual, ya que el planteamiento individualizado de los casos no resuelve todos los problemas que surgen.

Para ello se quiere contar con la participación activa de consumidores, empresas, organizaciones profesionales, instituciones y administraciones públicas, círculos académicos y las restantes partes interesadas, por lo que desde la Comunicación se les anima a participar activamente y aportar sus comentarios.

Inicialmente la Comunicación analiza la situación actual del Derecho contractual europeo, las razones de su importancia en las negociaciones transfronterizas y los problemas de aplicación uniforme de la legislación comunitaria.

La Comunicación abarca toda clase de contratos de servicios y los contratos de compraventa, así como las normas generales sobre el cumplimiento, incumplimiento y vías de recurso, ya que son la base indispensable de estos contratos.

La intención principal es que la Comunicación se base en los posibles problemas que puedan plantear las divergencias entre los derechos contractuales nacionales, así como en las opciones para el futuro del Derecho contractual en la Comunidad Europea.

B) Leyes nacionales

— Ley 10/2001, de 5 de julio. Plan Hidrológico Nacional.

— Ley 12/2001, de 9 de julio. Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

— Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

C) Comunidades Autónomas

Andalucía.—Ley 8/2001, de 12-7-2001. Carreteras de Andalucía.

Aragón.—Ley 12/2001, de 2-7-2001. Infancia y adolescencia en Aragón.

Canarias.—Ley 6/2001, de 23-7-2001. Medidas urgentes en materia de Ordenación del Territorio y del Turismo de Canarias.

Cantabria.—Ley 2/2001, de 25-6-2001. Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

Castilla y León.—Ley 4/2001, de 4-7-2001. Reguladora de la iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos de Castilla y León.

— Ley 5/2001, de 4-7-2001. Cajas de Ahorro de Castilla y León.

Cataluña.—Ley 10/2001, de 13 de julio de 2001. Archivos y documentos.

— Ley 11/2001, de 13-7-2001. Acogida familiar para personas mayores.

Galicia.—Ley 6/2001, de 29-6-2001. Adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de 13-1-99, de notificación de la Ley 30/1992, de 26-11-92, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

La Rioja.—Ley 4/2001, de 2-7-2001. Cooperativas de La Rioja.

Madrid.—Ley 3/2001, de 21-6-2001. Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

— Ley 4/2001, de 28-6-2001. Modifica la Ley 20/1999, de 3-5-99, del Parque Regional del Curso Medio del río Guadarrama y su entorno.

— Ley 8/2001, de 13-7-2001. Protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid.

— Ley 9/2001, de 17-7-2001. Suelo de la Comunidad de Madrid.

II. Información de actividades

1. Colegio de Registradores de la Propiedad

A) Curso organizado en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, en la sede del Colegio de Registradores, que ha tenido lugar en los días 25, 26 y 27 de septiembre, con el siguiente programa:

— *Anotación preventiva: concreción, responsabilidad.* Ponente: don JUAN UCEDA OJEDA, Magistrado de la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

- *Los expedientes de dominio*. Ponente: don ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ, Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- *El embargo*. Ponente: don VÍCTOR NIETO MATAS, Presidente de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- *Actos de comunicación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes muebles hipotecados*. Ponente: don JUAN JOSÉ JURADO JURADO, Registrador de la Propiedad, número 4, de Sevilla.
- *Comunicaciones en el procedimiento de apremio*. Ponente: don PEDRO R. VILLAMOR MONTORO, Magistrado de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba.
- *Los pactos de vencimiento anticipado en la hipoteca*. Ponente: don NICOLÁS RICO MORALES, Registrador de la Propiedad, número 1, de Jaén.
- *El procedimiento de división y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales en la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*. Ponente: don CARLOS MARÍA PIÑOL RODRÍGUEZ, Magistrado de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- *Tercería de dominio*. Ponente: don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad, número 13, de Barcelona.
- *Título de adquisición y cancelación de cargas en la ejecución forzosa*. Ponente: don EDUARDO FERNÁNDEZ GALBIS, Registrador de la Propiedad, número 8, de Sevilla.

B) *Derecho de familia*.—En colaboración con el Comité Internacional de Congresos de Derecho de Familia, han tenido lugar estas Jornadas en los días 1, 2, 3 y 4 de octubre, desarrollándose las siguientes ponencias:

- *El Derecho familiar y el Registro de la Propiedad en México, según el nuevo Código Civil del año 2000*, por el doctor don JULIÁN GUITRÓN FUENTEVILLA, Catedrático de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma Nacional de México.
- *El asentimiento conyugal en la integración de ciertos actos registrales en la legislación argentina*, por el doctor don HÉCTOR ROBERTO GOYENA COPELLO, Catedrático de Derecho de Familia en la Universidad de Buenos Aires.
- Pausa.
- *Incidencia del Derecho familiar en la publicidad del Registro Inmobiliario*, por la doctora doña IVETTE COLL DE PESTAÑA, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- *Publicidad registral en las relaciones familiares*, por la doctora doña LOURDES WILLS RIVERA, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

- *La publicidad registral inmobiliaria en las relaciones de familia en Panamá*, por el doctor don ULISES PITTÍ, Catedrático de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad de Panamá.
- *Publicidad registral y régimen de la sociedad conyugal en el Derecho argentino*, por la doctora doña AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Catedrática de Derecho de Familia en la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).
- *Relaciones de familia y la publicidad en los Registros Públicos*, por el doctor don FERNANDO HINESTROSA, Profesor de Derecho Civil y Rector de la Universidad Externado de Bogotá.
- *Registros Públicos y Derecho de familia en el Perú*, por el doctor don CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Lima.
- *La publicidad del régimen económico-matrimonial. Relaciones entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad*, por el doctor don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad y Vocal de la Comisión Internacional del Estado Civil.
- *La prueba del estado civil ante el Registro de la Propiedad. El valor de la inscripción en el Registro Civil*, por el doctor don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad y Vocal de la Comisión Internacional del Estado Civil.
- *La autonomía del Derecho de familia*, por el doctor don JULIÁN GUITRÓN FUENTEVILLA, Catedrático de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma Nacional de México.
- *La evolución del Derecho de familia y el estado civil de la persona natural*, por el doctor don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid.

2. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

A) «SCIACCA Y EUROPA»

La Real Academia de Jurisprudencia y la Cátedra «Sciacca» de la Universidad de Génova han celebrado dos jornadas, la primera el 24 de septiembre en Génova y la segunda el 28 del mismo mes en Madrid, con el siguiente programa:

PRIMA GIORNATA

Genova, 24 settembre
Salone del Banco di Sardegna

Saluto del Rettore dell'Università di Genova, SANDRO PONTREMOLI.

- PIER PAOLO OTTONELLO, Univ. di Genova. *Europa e Occidente*.
- GIANFRANCO MORRA, Univ. di Forlì. *Atene, Roma, Gerusalemme - cioè Europa*.
- VALERIA GHIRON, Univ. di Genova. *La crisi delle scienze europee*.
- VITTORIO STELLA, Univ. di Roma. *Sciaccia e la letteratura europea*.
- GIORGIO CAVALLINI, Univ. di Genova. *Sciaccia e la letteratura italiana*.

SECONDA GIORNATA

Madrid, 28 settembre 2001

Real Academia de Jurisprudencia

- LUISA GIORDANO, Univ. di Genova. *Sciaccia y Unamuno*.
- ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, Univ. de Madrid. *Sciaccia y la filosofía francesa contemporánea*.
- JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Real Academia de Jurisprudencia. *Kant y Hegel en Sciaccia*.
- CARLO MARIA FENU, Univ. di Genova. *Sciaccia y el pensamiento alemán contemporáneo*.
- MARIO SORIA, Madrid. *Los místicos españoles en Sciaccia*.

B) «V PREMIO SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT»

Por acuerdo del Pleno de Numerarios de la Corporación, de fecha 28 de mayo de 2001, y con el mecenazgo de la Fundación «Ramón Areces», la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación convoca el **V Premio «San Raimundo de Peñafort»**, dirigido al fomento de la investigación jurídica.

La concesión del citado premio se atiene a las siguientes:

BASES

1.^a Podrán aspirar al premio los autores de obras monográficas, originales e inéditas que versen sobre **«UNA CUESTION PRACTICA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, O DERECHO PROCESAL PENAL, O DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, O DERECHO PROCESAL LABORAL»**.

2.^a El premio estará dotado con la cantidad de **TRES MILLONES DE PESETAS (3.000.000)**.

3.^a Las obras presentadas a concurso habrán de estar escritas en algunas de las lenguas oficiales de España o de sus Comunidades Autónomas o en las de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

Deberán presentarse en forma rigurosamente anónima, distinguiéndose con un lema cuya identificación se encontrará en una plica, cerrada y sellada, en la que se hará constar el nombre, los apellidos, el domicilio del autor y el primer renglón de su trabajo.

4.^a Las obras que se presenten al premio habrán de poseer una extensión mínima de trescientos (300) folios mecanografiados a doble espacio y no podrán ser o haber sido tesis doctorales.

5.^a En ningún caso podrán aspirar al premio los Académicos de Número de la Corporación.

6.^a Los trabajos habrán de presentarse en la Secretaría de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Marqués de Cubas, número 13, 28014 Madrid) antes de las veinte horas del día 30 de diciembre del año 2002.

7.^a El premio será discernido por una comisión constituida por cinco Académicos de Número, elegidos por el Pleno de la Real Academia.

8.^a Por mayoría de la comisión, el premio podrá ser declarado desierto.

9.^a La concesión del premio y el autor premiado serán dados a conocer en sesión pública que celebrará la Corporación antes del día 30 de junio del año 2003.

10.^a Los trabajos no premiados serán devueltos a sus respectivos autores.

Madrid, 28 de mayo de 2001
El Académico Secretario General,
RAFAEL NAVARRO-VALLS

3. IX Congreso Nacional de Derecho Agrario

Ha tenido lugar en Logroño en los días 8 y 9 de octubre, organizado por la Universidad de La Rioja y la Asociación Española de Derecho Agrario, con el desarrollo de las siguientes ponencias:

Presentación del Congreso:

— *La crisis del modelo productivista y su impacto en el Derecho agrario*, por don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario. Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario.

Primera ponencia:

- *Las referencias de calidad en la comercialización de los productos agrarios*, por el profesor doctor don AGUSTÍN LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Barcelona.

Segunda ponencia:

- *Responsabilidad civil por alimentos defectuosos*, por el profesor doctor don CARLOS VATTIER FUENZALIDA, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Burgos.

Tercera ponencia:

- *Regulación jurídica de la sanidad vegetal*, por el profesor doctor don JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Burgos.

Cuarta ponencia:

- *Normativa sobre seguridad alimentaria*, por el doctor don CARLOS BARROS SANTOS, Veterinario, Presidente de Honor de la Asociación Española de Derecho Alimentario.

Quinta ponencia:

- *La seguridad alimentaria desde La Rioja*, por don DAVID ISASI GARCÍA, Director del Instituto de Calidad Agroalimentaria de La Rioja.

Sexta ponencia:

- *Productos agrarios, protección y calidad: aspectos jurídicos*, por el profesor doctor don ALFREDO MASSART, Catedrático de Derecho Agrario Comparado. Universidad de Pisa.

Séptima ponencia:

- *El distintivo de calidad y seguridad en la producción agraria*, por el doctor don ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Profesor Titular E. U. de Derecho Civil. Universidad de La Rioja.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 7 de mayo de 2001.—ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—Se vulnera el derecho a la tutela judicial cuando no hay posibilidad de defenderse de la adhesión de una apelación. Ponente: Señor Jiménez de Parga.

Antecedentes.—a) El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante dictó sentencia el día 16 de septiembre de 1994, en el juicio de cognición número 55/1994, estimatoria de la demanda formulada por la hoy quejosa en amparo contra doña Purificación Botella Ronda, doña Ana Botella Ronda y doña Angeles Tomás Rodríguez, que litigaban de manera independiente bajo distinta representación y defensa, declarando resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio objeto de aquel pleito. El Juzgado declara que la titular de la posición de arrendataria en tal contrato era la sociedad irregular «Garaje Tacy» y que el arrendamiento sobre el local litigioso formó parte del haber social, convicción que obtiene en virtud de la prueba practicada, si bien alcanza la conclusión de que «al haberse disuelto la sociedad en virtud de sentencia firme, ésta había dejado de existir a tenor de lo dispuesto en los artículos 222 y siguientes del Código de Comercio, circunstancia diferente a su liquidación tendente únicamente al repartimiento de su haber entre los socios. Consecuentemente, desaparecida la arrendataria, la ocupación del local por doña Purificación y doña Ana Botella Ronda supone un traspaso contradiciendo las normas previstas en los artículos 29 y siguientes de la LAU, lo que en aplicación del artículo 114 número 5 de dicho cuerpo legal debe dar lugar a la extinción del contrato y desalojo de sus ocupantes en el plazo previsto en el artículo 1.596 de la LEC».

b) Contra la sentencia formuló la representación procesal de doña Purificación Botella Ronda, recurso de apelación con fecha de 23 de septiembre de 1994, interesando la revocación de la sentencia, alegando que era la única titular del derecho arrendaticio, objeto del litigio, por tratarse del único contrato vigente y válido. Esto se afirma en contra de la afirmación de la allí actora, estimada por el Juzgado, de que la arrendataria es una sociedad, que al haber sido disuelta debe llevar implícita la resolución contractual.

c) La representación procesal de doña Angeles Tomás Rodríguez presentó un escrito de recurso el 25 de septiembre de 1994, que fue inadmitido por el Juzgado mediante providencia de 1 de marzo de 1995, al haber sido presentado fuera de plazo, si bien se adhirió, mediante escrito de 8 de marzo de 1995, al recurso de apelación interpuesto por doña Purificación Botella Ronda, interesando también la revocación de la sentencia, aun cuando alegó que la titular del contrato era la sociedad mercantil que no se hallaba extinguida.

d) Con fecha de 9 de marzo de 1995, la actora en aquel pleito, hoy quejosa en amparo, presentó escrito impugnando el recurso de apelación de doña Purificación Botella, impugnación que se sustenta en la titularidad indubitada del contrato de arrendamiento por una sociedad y en la liquidación de la misma, alegando expresamente que «resulta temeraria una apelación basada en que los derechos de arrendamiento no son de la sociedad disuelta».

e) Mediante providencia de 21 de marzo de 1995, el Juzgado acordó la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial para la sustanciación del recurso y, presentado con posterioridad escrito de la apelada impugnando la adhesión a la apelación, fue rechazado por providencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante, de 29 de marzo de 1995. Declara el Juez que dicho trámite no está legalmente previsto en los artículos 733 y siguientes de la LEC, estimando que es competencia de la Audiencia Provincial resolver sobre el alcance que haya de otorgarse a la adhesión y el posible exceso cometido por la representación procesal que la planteó. Ordena, en la misma resolución, la devolución del escrito presentado sin dejar nota alguna en los autos.

f) La Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia el día 29 de marzo de 1996, estimatoria parcialmente del recurso de apelación y totalmente de la adhesión al mismo deducidos contra la sentencia del Juzgado, revocando la misma y declarando «la subsistencia del contrato que vincula a la parte actora y a las demandadas en su calidad estas últimas de socias de la mercantil irregular "Garaje Tacy"».

Rechaza la Sala la pretensión de la apelante sustentada en la subrogación de dos de las demandadas en la posición de su causante, desplazando unilateralmente a la tercera codemandada, miembro de aquella sociedad, pues, se afirma, existe constatación de la disolución de la sociedad en fecha posterior a aquella que se pretende su inexistencia y la subrogación en la que funda su titularidad.

No aprecia la concurrencia de la causa de resolución del contrato, sustentada en la disolución de la sociedad, pues aunque concurriera una causa de disolución anterior a la muerte de la causante de la codemandada-apelante, ello tampoco supondría la posibilidad de desconocer la existencia de la sociedad desde dicha fecha, por dos motivos: porque la muerte de un socio colectivo es un motivo de disolución que necesita para su operatividad declaración de los socios o declaración judicial, que se produjo por sentencia de 20 de septiembre de 1990, y, sobre todo —afirma— porque «aún cuando la sociedad estuviera o esté, como está, ya disuelta, eso en modo alguno implica que esté también extinguida», rechazando así de forma expresa la alegación que sustentaba la pretensión la parte demandante (hoy recurrente en amparo).

3. Se aduce en la demanda de amparo que la sentencia dictada en apelación ha vulnerado el derecho de la quejosa a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión, reconocido en el artículo 24.1 CE. Se alega que

la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante ha lesionado los derechos de defensa, audiencia, bilateralidad y contradicción consagrados en el artículo 24 CE, ya que estima un recurso de apelación presentado por la contraparte fuera de plazo, mediante el cauce inidóneo de la adhesión a la apelación, recurso que, a pesar de la diligente actividad procesal desplegada por la ahora demandante de amparo, no pudo ser impugnado.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por doña Emilia García Meseguer y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Anular la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, de 29 de marzo de 1996, recaída en el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Alicante, de 16 de septiembre de 1994, en juicio de cognición número 55/94.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno, a fin de que la recurrente pueda defenderse contradictoriamente frente a la pretensión deducida por la parte contraria en su escrito de adhesión a la apelación.

Fundamentos jurídicos.—1. En la demanda de amparo se impugna la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante dictada en apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante en el juicio de cognición 55/94. Se estima conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), pues no se han respetado los principios de audiencia, contradicción y defensa.

Antes de examinar las cuestiones de fondo suscitadas, procede abordar la causa de inadmisión de la demanda de amparo puesta de manifiesto por la representación procesal de doña Purificación Botella Ronda en la fase de alegaciones, en relación con la impugnación de la providencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante, de 29 de marzo de 1995, que inadmitió el escrito de la ahora quejosa en amparo, oponiéndose a la adhesión a la apelación, consistente en la falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC]. Debe advertirse que, según doctrina reiterada de este Tribunal, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida (y no es óbice para ello que fuera admitida tras la apertura del trámite previsto en el art. 50.3 LOTC), de forma que la comprobación de los presupuestos para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse o reemprenderse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte (SSTC 90/1987, de 3 de junio, FJ 1; 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 107/1995, de 3 de julio, FJ 2; 77/1999, de 26 de abril, FJ 2; 129/2000, FJ 2, entre otras).

La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC] tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca, pues son ellos quienes tienen encomendada en nuestro sistema constitucional la tutela general de los derechos y libertades (STC 61/1983, de 11 de julio, FJ 2). Por consiguiente, el agotamiento de la vía judicial ordinaria se malogra cuando no se hace uso de

los recursos que son razonablemente exigibles a la parte, y también cuando, aun haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5). En tal sentido hemos dicho que todos los recursos no son la totalidad de los posibles o imaginables, sino sólo aquéllos que puedan ser conocidos y ejercitables por los litigantes, sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente. Sólo han de ser utilizados aquéllos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales y, además, que dada su naturaleza y finalidad sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3).

En el presente caso no existía contra la providencia del Juzgado, que denegaba la admisión del escrito impugnatorio, un recurso procedente establecido claramente. La ahora quejosa desarrolló la actividad exigible a los litigantes, presentando ante el Juzgado un escrito de impugnación a la adhesión. Su conducta puede calificarse, sin la menor duda, de diligente y, habida cuenta de que, según las indicaciones del Juzgado, correspondía a la Audiencia Provincial pronunciarse en la sentencia sobre el alcance de la adhesión, no podía apreciarse, en dicho momento, lesión constitucional alguna, por lo que no era exigible, a los efectos de entender agotada la vía judicial ex art. 44.1.a) LOTG, la interposición de un recurso contra la decisión del Juzgado.

Procede, en consecuencia, rechazar la causa de inadmisión alegada y examinar el fondo de las quejas en que se sustenta la pretensión de amparo.

2. La vulneración de los principios de contradicción, bilateralidad y defensa concierne al fondo del recurso de amparo. Se alega que la estimación por la Audiencia Provincial de Alicante del recurso presentado por una de las codemandadas a través del cauce impropio de la adhesión a la apelación, cuyo contenido no sólo era distinto, sino incompatible con el del recurso al que se adhería, y el hecho de no habersele dado a la recurrente en amparo la oportunidad de contraalegar o replicar dialécticamente las posiciones de la parte contraria, significa que la sentencia se ha dictado *inaudita parte*.

Se aduce asimismo, en el escrito de alegaciones, que lo anterior supone también la infracción del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE. Sin embargo, hemos de rechazar tal invocación, pues, como se ha declarado reiteradamente por este Tribunal, el artículo 14 CE ampara la igualdad ante la ley y en aplicación de la Ley; y es en el ámbito del artículo 24 CE y, en particular, como derecho a un proceso con todas las garantías donde se integra el derecho a la igualdad procesal de armas y medios (SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 2, y 90/1994, de 17 de marzo, FJ 3, entre otras).

A fin de centrar el objeto del presente recurso debemos recordar nuestra doctrina a propósito del contenido y alcance de la adhesión a la apelación, desde la perspectiva del derecho fundamental que nos ocupa; doctrina elaborada en el ámbito del proceso penal, pero que resulta también aplicable al supuesto que ahora examinamos. Al respecto venimos diciendo que estas son cuestiones que pertenecen al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria que incumbe de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales y en la que, a salvo de derivarse de la misma una lesión de derechos fundamentales, este Tribunal no debe interferir. Ha de partirse de la interpretación que como vehículo procesal, constituye un medio apto para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal (SSTC 91/1987,

de 3 de junio, FJ 4; 279/1994, de 17 de octubre, FJ 3; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3; 56/1999, de 12 de abril, FJ 3, entre otras).

Ahora bien, en los casos en que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial *ad quem* amplíe su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, y como regla general, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas (extremos o cuestiones diversas y aun opuestas a la apelación principal) de manera que hubiere habido posibilidad de defensa frente a las alegaciones de contrario (SSTC 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 16/2000, de 16 de enero, FJ 7; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 238/2000, de 16 de octubre, FJ 1).

Al igual que dijimos respecto a la adhesión regulada en la LECrim, no puede resultar un obstáculo a tal conclusión la circunstancia de que la LEC de 1881, a la sazón vigente, no preveyese que se diese traslado del escrito de adhesión a las demás partes. La necesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), al ser obligado, en todo caso, preservar el principio de defensa en el proceso, según lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, y conforme a la jurisprudencia constitucional (SSTC 56/1999, FJ 4; 16/2000, FJ 7).

3. En el presente caso, se constata que, en efecto, la decisión del recurso de apelación excedió los términos del debate procesal habido entre la apelante principal, que mantenía ser la única titular como persona física del contrato de arrendamiento, y la posición de la ahora quejosa, a la sazón apelada, quien había mantenido que la titular del arrendamiento era la sociedad que se hallaba extinguida, siendo tal extinción la causa de la resolución del contrato de arrendamiento que se instaba en el pleito.

La Audiencia Provincial estimó la pretensión de la demandada que se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la otra codemandada (apelante principal), revocando la sentencia dictada en primera instancia y dictando un fallo de sentido contrario, considerando que «es afirmación indiscutida el hecho de que no pueden equipararse las nociones de disolución y extinción, pues mientras supone la última la desaparición del ente, una vez haya tenido lugar, en su caso, el reparto del remanente, la primera implica exclusivamente la existencia de una causa de disolución y la apertura del procedimiento de liquidación, durante el cual la sociedad conserva su propia identidad (“la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica”, dispone gráficamente el art. 264 LSA, por ejemplo), advirtiéndose sólo una modificación de su objeto, que de consistir en el ejercicio de la empresa pasa a ser la liquidación de la sociedad. Hasta que no termine, pues, la liquidación continúa la misma sociedad con estos trazos» (FJ 3).

También resulta de lo actuado que se impidió a la hoy recurrente la posibilidad de impugnar tal escrito de adhesión a la apelación, en el que se ejercitaba una pretensión distinta y autónoma respecto a la de la apelante principal, mediante la providencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante, de 29 de marzo de 1995, que inadmitió su escrito oponiéndose a la adhesión a la apelación. La quejosa se vio, de este modo, privada de efectuar sus propias alegaciones frente a las de la parte adherida a la apelación en las que se introducía un nuevo alegato, no esgrimido hasta ese momento, y que consistía, en esencia, en la subsistencia de la sociedad irregular al hallarse en

fase de liquidación, conforme al artículo 222 y siguientes del Código de Comercio. Sin que, por tanto, pudiera la apelada redargüir lo dicho *ex novo* por la otra parte, impidiéndose así la plenitud del principio de contradicción, teniendo en cuenta, además, que el recurso de apelación se decidió sin la celebración de vista oral.

El artículo 24.1 de la Constitución, cuando proscribe la indefensión, protege a los justiciables frente a perjuicios reales y efectivos en sus derechos de defensa, acaecidos en el seno de un proceso judicial. Ocurre así en el caso de que el pronunciamiento judicial se efectúe sobre una cuestión o un tema que fue ajeno al debate procesal, y sobre el que, por consiguiente, no pudo haber la contradicción de los litigantes (STC 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 3, por todas). Según nuestra jurisprudencia, el principio de contradicción ha de garantizarse también en la fase de apelación (STC 16/2000, de 16 de enero, FJ 7). La regularidad de la adhesión a la apelación (como vehículo en el que insertar pretensiones autónomas de las partes apeladas) exigía que hubiera existido posibilidad de debatir y contradecir las pretensiones de las adherentes, lo que en el supuesto que examinamos no ha tenido lugar y, por tanto, hemos de reconocer que se produjo la indefensión denunciada por la quejosa en amparo.

4. La estimación del recurso de amparo ha de llevar a la anulación de la sentencia de apelación y a la retroacción de las actuaciones al momento en que debió darse traslado a las demás partes del recurso de apelación interpuesto por vía adhesiva, para que, respetándose el principio de contradicción, se dicte nueva resolución en los términos que resulten procedentes por la Audiencia Provincial de Alicante.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por FERNANDO CURIEL LORENTE

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Registro de la Propiedad

Resoluciones de 29 de mayo y 11 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Murcia, número 2
(*BOE de 13-7-2001*)

HIPOTECA. INTERESES: DETERMINACION. CERTIFICACION BANCARIA.
INSCRIPCION PARCIAL.

Pactándose que los intereses del préstamo garantizado con la hipoteca se devengarán conforme a un tipo variable, no es imprescindible que se establezca el máximo al que se producirá ese devengo, siempre que se señale una responsabilidad máxima por este concepto.

Aunque, como tiene dicho la DGRN, la determinación de un máximo de responsabilidad cuando el interés es variable es necesario tanto frente a terceros como entre los otorgantes, este requisito se entiende cumplido aunque se utilice la expresión «a efectos meramente hipotecarios», que sólo puede ser interpretada como instrumento para definir el alcance de la hipoteca en cuanto a este concepto.

Es inscribible el pacto por el que se conviene que la cantidad a reclamar será la que resulte de una certificación de la entidad acreedora, cuando, aun tratándose de un préstamo, se hace constar que la cantidad recibida se ingresa a continuación en una cuenta especial, cuyo saldo determinará el importe de la deuda. No obsta el que no coincidan las exigencias pactadas con las impuestas por el artículo 153 LH, pues, sobre tener éste carácter imperativo y, por tanto, de inexcusable cumplimiento, llegado el caso de ejecución, el pacto escriturario se refiere sólo al procedimiento ejecutivo ordinario y no al judicial sumario.

Nada impide la inscripción de la hipoteca, limitada al principal y, en su caso, a costas y gastos, con exclusión de la cobertura pactada respecto de los intereses, si hubiera motivo para suspender o denegar solamente la inscripción en cuanto a los mismos.

Resolución de 31 de mayo de 2001
Registro de la Propiedad de Sitges
(BOE de 13-7-2001)

ANOTACION DE DEMANDA. LIMITACION DE DISPONER IMPUESTA EN DOCUMENTO PRIVADO.

No cabe anotar preventivamente la demanda de limitación de disponer cuyo fundamento es un contrato oneroso y, por tanto, generador de una obligación de no disponer no inscribible en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 1 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Cervera de Pisuerga
(BOE de 13-7-2001)

AFECCION. INCENTIVOS ECONOMICOS. CANCELACION POR CADUCIDAD.

No cabe la cancelación por caducidad de una nota marginal de afección por razón de incentivos económicos recibidos al amparo del Real Decreto 1987/1981, de 19 de junio, por cuanto no es aplicable el régimen de caducidad de las anotaciones y no hay norma que exceptúe la regla general de la necesidad de consentimiento del titular o resolución judicial firme en juicio declarativo entablado contra aquél.

Resolución de 2 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Baeza
(BOE de 13-7-2001)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. EDICTOS: ACREDITACION.

La publicación de los reglamentarios edictos en periódico de la provincia, exigida por el artículo 201.3.º LH no es de los trámites que, en defensa de los derechos del titular registral, está sujeto a la comprobación del Registrador.

Resolución de 4 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 26
(BOE de 13-7-2001)

HIPOTECA. SUPRESION DE OBSERVACIONES PUESTAS DE OFICIO POR EL REGISTRADOR QUE CUESTIONAN LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS AFECTADAS.

Inscrita una hipoteca con la salvedad de que a juicio de la Registradora las condiciones del contrato dejan indeterminado el crédito en cuanto al plazo, número de pagos e importe concreto de las cuotas, debe atenderse la pretensión del recurrente de suprimir tales salvedades, puesto que al haberse prac-

ticado la inscripción del derecho, tales observaciones no tendrán la consideración de gravamen y deben cancelarse a instancia del interesado.

Resolución de 5 y 13 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE de 13-7-2001*)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente finca absolutamente independiente de las otras, estando sujeta por ello al requisito de la licencia municipal o a justificar la innecesariedad de la misma.

Resolución de 6 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Ecija
(*BOE de 13-7-2001*)

GANANCIALES. INSCRIPCION DE PRIVATIVIDAD.

Inscrito un bien como ganancial por haberla adquirido el marido con carácter oneroso sin manifestación alguna sobre la procedencia del precio, y resultando ser su vecindad de derecho común y no haberse acreditado el otorgamiento de capitulaciones, no basta para rectificar aquella inscripción y hacer constar el supuesto carácter privativo del inmueble un acta de requerimiento al otro cónyuge en el que éste manifiesta desconocer el origen del dinero y ser el régimen económico del matrimonio el del derecho civil catalán, por ser preceptiva una prueba documental pública de la naturaleza privativa del precio, siendo irrelevantes las declaraciones sobre la breve duración del matrimonio y la separación de hecho posterior.

Resolución de 7 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 33
(*BOE de 13-7-2001*)

HIPOTECA. NOVACION. TRACTO SUCESIVO. LEGITIMACION REGISTRAL.

Las modificaciones de un crédito garantizado con hipoteca sólo pueden tener acceso al Registro cuando aquéllas repercutan en el derecho real de hipoteca, en su contenido y alcance, pues es este derecho y el crédito el que constituye el objeto de la inscripción.

La modificación del crédito, acordada por acreedor y deudor, no puede ser objeto de inscripción sin acreditar el consentimiento del hipotecante no deudor cuando aquélla suponga agravación o ampliación de la hipoteca.

Resolución de 8 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Soria, número 1
(*BOE de 13-7-2001*)

QUERELLA. ANOTACION PREVENTIVA. TRACTO SUCESIVO.

Cabe la extensión de la anotación de querella si resulta acreditado que la acción se dirige contra dos personas en su condición de administradores de la sociedad titular registral de los bienes y que se está ejecutando conjuntamente la acción penal y la civil.

Resolución de 9 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2
(*BOE de 13-7-2001*)

GANANCIALES. LIQUIDACION. CESION EN PAGO: CAUSA SUFICIENTE.

La adjudicación de un bien privativo en pago de una deuda es causa suficiente de la transmisión a efectos de la inscripción, aunque la deuda no aparezca plenamente justificada, cuestión que excede del ámbito de la calificación del Registrador.

Resolución de 12 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Ubeda
(*BOE de 13-7-2001*)

DOCUMENTO PUBLICO. NO LO ES EL ACTA DE PROTOCOLIZACION DE ADJUDICACION ADMINISTRATIVA OTORGADA SOLO POR EL COMPRADOR.

No cabe inscribir a favor del comprador el dominio de una finca mediante acta de protocolización en la que únicamente consta la declaración unilateral del comprador sobre elementos tan esenciales del negocio como el objeto —la finca— y el precio.

Resolución de 14 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Orense, número 1
(*BOE de 24-7-2001*)

ANOTACION DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRACTO SUCESIVO.

No es posible tomar anotación de la interposición de un recurso contencioso-administrativo cuando no se acredita que el titular registral haya sido demandado o, al menos, emplazado en legal forma.

Resolución de 15 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Purchena
(*BOE de 24-7-2001*)

EJECUCION DE SENTENCIA. TRACTO SUCESIVO. INCONGRUENCIA. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LA PARTE DEMANDADA. REQUISITOS FISCALES.

Deben confirmarse los defectos que impiden practicar la cancelación ordenada en mandamiento judicial dado en ejecución de sentencia y que consisten en: no figura inscrita la finca a favor de la persona demandada; no se hacen constar las circunstancias personales de ésta; no es congruente el contenido del mandamiento con el de la sentencia que le sirve de base, que ordena elevar a público un documento privado, pero no practicar cancelación alguna; no se acredita la autoliquidación del impuesto, prevaleciendo el criterio de sujeción sostenido por el Registrador sobre el de exención sostenido por el recurrente.

Resolución de 16 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE de 24-7-2001*)

SUSPENSION DE PAGOS. CONVENIO INSCRITO. EJECUCION JUDICIAL.

Es procedente la inscripción de la enajenación de una finca inscrita a favor de una persona declarada en suspensión de pagos con convenio inscrito por haberse aprobado en procedimiento judicial seguido contra el deudor titular registral y contra la Comisión Liquidadora del Convenio, los cuales reúnen en conjunto la plena titularidad dispositiva.

Resolución de 18 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 1
(*BOE de 24-7-2001*)

HIPOTECA. SUBROGACION. CUENTA DE CREDITO.

La Ley 2/94 está pensada para préstamos hipotecarios, no siendo aplicable a hipotecas en garantía de cuentas de crédito. Sí cabrá la subrogación al amparo de la Ley 2/94 si cuando se produce aquélla ya se ha concretado la deuda en la parte dispuesta hasta ese momento de la cuenta de crédito. No puede exigirse la modificación de las responsabilidades hipotecarias a la cantidad dispuesta hasta ese momento y por la que se produce la subrogación.

Resolución de 19 de junio de 2001
(*BOE de 24-7-2001*)

PROPIEDAD HORIZONTAL. CONSTITUCION DE UNA DE SUS ENTIDADES INDEPENDIENTES EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Nada impide que sobre una entidad independiente de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal se constituya, a su vez, un régimen de propiedad horizontal.

Resolución de 20 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 14
(BOE de 24-7-2001)

ANOTACION DE PROHIBICION DE DISPONER. TRACTO SUCESIVO.

No es posible extender una anotación de prohibición de disponer sobre una finca que aparece inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se dirija el procedimiento, no siendo suficiente la alegación de que el demandado es uno de los socios de la sociedad que figura como titular registral de la finca objeto del procedimiento.

Resolución de 21 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de San Javier, número 2
(BOE de 21-8-2001)

HIPOTECA. DETERMINACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA. PLURALIDAD DE OBLIGACIONES. AUTOCONTRATACION. HIPOTECA EN GARANTIA DE DEUDA SOLIDARIA.

Es procedente la inscripción de una hipoteca constituida en garantía de la deuda resultante de la suma de los principales de diversas obligaciones anteriores siempre que, como en el caso, resulte clara la voluntad de los otorgantes de novar todas las deudas por una nueva y única, cuyas circunstancias (amortización, interés) quedan determinadas, refiriéndose a esta nueva obligación la responsabilidad hipotecaria.

Constituida por una persona, en nombre propio y como administrador de una sociedad, una hipoteca sobre fincas propias y fincas de la sociedad en garantía de una deuda solidaria, se incide en la figura de la autocontratación, por lo que la contraposición de intereses debe ser salvaguardada conforme a la doctrina reiterada de la Dirección.

Resolución de 22 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Murcia, número 2
(BOE de 21-8-2001)

HIPOTECA. INTERESES. VARIABILIDAD. CERTIFICACION BANCARIA. INSCRIPCION PARCIAL.

Pactándose que los intereses del préstamo garantizado con la hipoteca se devengarán conforme a un tipo variable, no es imprescindible que se establezca el máximo al que se producirá ese devengo, siempre que se señale una responsabilidad máxima por este concepto.

Aunque, como tiene dicho la DGRN, la determinación de un máximo de responsabilidad cuando el interés es variable es necesario tanto frente a terceros como entre los otorgantes, este requisito se entiende cumplido aunque se utilice la expresión «a efectos meramente hipotecarios», que sólo puede ser interpretada como instrumento para definir el alcance de la hipoteca en cuanto a este concepto.

Es inscribible el pacto por el que se conviene que la cantidad a reclamar será la que resulte de una certificación de la entidad acreedora, cuando, aun tratándose de un préstamo, se hace constar que la cantidad recibida se ingresa a continuación en una cuenta especial, cuyo saldo determinará el importe de la deuda. No obsta el que no coincidan las exigencias pactadas con las impuestas por el artículo 153 LH, pues, sobre tener éste carácter imperativo y, por tanto, de inexcusable cumplimiento llegado el caso de ejecución, el pacto escriturario se refiere sólo al procedimiento ejecutivo ordinario y no al judicial sumario.

Nada impide la inscripción de la hipoteca, limitada al principal y, en su caso, a costas y gastos, con exclusión de la cobertura pactada respecto de los intereses, si hubiera motivo para suspender o denegar solamente la inscripción en cuanto a los mismos.

Resolución de 23 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Motril, número 2
(BOE de 21-8-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION ELEMENTO PRIVATIVO EN COMUN. INSCRIPCION A FAVOR DE LA COMUNIDAD. ACREDITACION DE LA REPRESENTACION. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES.

La modificación del carácter de un elemento independiente (para pasar de privativo a común) exige la unanimidad de todos los copropietarios, además del consentimiento de los propietarios del departamento afectado y de sus cónyuges, dada su inscripción como ganancial, y no cabe la inscripción del dominio a favor de la comunidad de propietarios.

Debe acreditarse el nombramiento y vigencia de los cargos de quienes intervienen en nombre de la comunidad.

Debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos fiscales, sin que la doble condición del Registrador, como liquidador, permita entender que la presentación del documento en el Registro obligue al Registrador a practicar las liquidaciones correspondientes.

Resolución de 25 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 5
(BOE de 21-8-2001)

HIPOTECA. INTERESES. DETERMINACION.

Debe considerarse suficientemente determinada la responsabilidad por intereses de demora fijando el número de anualidades y el tipo máximo de devengo, si, del contexto, puede deducirse también que la base sobre la que se aplica este tipo es la misma cifra de capital.

Resoluciones de 26 y 28 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 2
(BOE de 21-8-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. EJECUCION. CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES UNA VEZ CADUCADA LA ANOTACION.

Producida la caducidad de la anotación de embargo, el procedimiento de ejecución pierde su virtualidad cancelatoria de cargas y asientos posteriores, por lo que no es posible cumplir el mandamiento que ordena la cancelación de los asientos posteriores a aquella anotación con ocasión de la inscripción de la adjudicación del bien ejecutado.

Resolución de 27 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Granada, número 5
(*BOE de 21-8-2001*)

ANOTACION DE DEMANDA. NULIDAD DE ACTO NO INSCRITO: NO ES PROCEDENTE LA ANOTACION.

No cabe anotar la demanda de nulidad de un acto que no ha tenido acceso al Registro, por lo que la finca figura inscrita a favor del demandante.

Resolución de 29 de junio de 2001
Registro de la Propiedad de Loja
(*BOE de 21-8-2001*)

TRACTO SUCESIVO. TRACTO ABREVIADO. EXPROPIACION Y REVERSION NO INSCRITAS. POSIBILIDAD DE SUPLIRLAS CON LOS DATOS APORTADOS.

Puede procederse a la inscripción de la compraventa de las parcelas recuperadas por el titular registral mediante reversión, consecuencia de una expropiación, aun cuando, por no haber sido objeto de inscripción la expropiación ni la reversión, la finca siga inscrita a favor del vendedor en la misma forma que al tiempo de la expropiación, habida cuenta de que con los documentos aportados puede conocerse la esencia del expediente expropiatorio y de la reversión que podrán reflejarse en el asiento mediante el mecanismo de tracto abreviado.

Resoluciones de 30 de junio y 2 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Orense, número 2
(*BOE de 21-8-2001*)

ANOTACION DE DEMANDA. GANANCIALIDAD DE UNA DEUDA: OBJETO IMPROCEDENTE.

Sólo cabe anotar demandas cuya estimación pudiera producir una alteración de la situación registral de una finca o derecho, lo que no ocurre cuando la única pretensión es la de que se declare que el cónyuge del deudor debe responder también de la deuda contraída.

Resolución de 3 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 18
(BOE de 21-8-2001)

CANCELACION. INSCRIPCION DE DOMINIO ANTERIOR A LA VIGENTE.

Declarada judicialmente la nulidad de la compraventa de una finca por quien la transmitió 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 declaración de nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción del demandado, con subsistencia de la inscripción 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 inscripción de la transferencia del derecho objeto del mismo) imponen la improcedencia de practicar aquella cancelación.

Resolución de 4 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Getafe, número 2
(BOE de 21-8-2001)

HIPOTECA. CUENTA CORRIENTE. GARANTIA DE INTERESES EXCEDIDOS DEL LIMITE. TRANSCRIPCION DE LOS CUATRO ULTIMOS PARRAFOS DEL ARTICULO 153 LH.

Bajo el juego de la autonomía de la voluntad, puede estimarse inscribible la garantía hipotecaria pactada por razón de intereses excedidos del límite de la cuenta de crédito, en la que es partida de cargo los intereses devengados.

La falta de transcripción de los cuatro últimos párrafos del artículo 153 LH, no puede elevarse a la condición de obstáculo para la inscripción, habida cuenta del carácter imperativo de su aplicación.

Resolución de 5 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1
(BOE de 21-8-2001)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. NO CABE LA INSCRIPCION SI EL EXPEDIENTE SE HA SEGUIDO PARA INMATRICULACION.

No procede la inscripción de un expediente de dominio seguido para inmatricular una participación indivisa de una finca ya inscrita, por cuanto los trámites exigidos en el de reanudación en defensa de los intereses del titular registral no se dan en el que se sigue para la inmatriculación.

Resolución de 6 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5
(BOE de 21-8-2001)

HIPOTECA. EJECUCION. DESGLOSE DE CANTIDADES RECLAMADAS POR EL ACTOR. DETERMINACION DE SOBRANTE.

En la ejecución hipotecaria, a fin de comprobar si existe o no sobrante en relación con las cantidades garantizadas por los diferentes conceptos y por cada finca, para proceder a la cancelación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada, es necesario que el mandamiento especifique las cantidades reclamadas y abonadas al actor por cada uno de los conceptos garantizados por la hipoteca.

Resolución de 7 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Valencia, número 12
(*BOE de 21-8-2001*)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. NOTIFICACIONES.

Entra dentro del ámbito de la calificación del Registrador exigir que se acredite la forma en que se han efectuado al titular registral las notificaciones legalmente previstas, no pudiendo procederse a la inscripción si el documento no contiene suficiente expresión de aquéllas (cfr. art. 202 LH).

Resolución de 9 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Betanzos
(*BOE de 21-8-2001*)

HIPOTECA. DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES: «LAS FINCAS HIPOTECADAS», VALIDEZ.

La necesidad de expresión de un domicilio para realizar notificaciones al deudor y al hipotecante es sólo a efectos de utilizar los procedimientos judicial-sumario y extrajudicial, sin que su omisión impida la inscripción de la hipoteca con esa salvedad.

No es preceptivo que se haga constar un único domicilio, pudiendo haber más de uno cuando hay más de un hipotecante o cuando deudor e hipotecante son personas distintas o, como en el caso, cuando se hipotecan varias fincas y quiere preverse ya la posibilidad de su enajenación separada, no habiendo inconveniente para que se señale como domicilio la respectiva finca que haya de ser objeto de la ejecución.

Resolución de 10 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 26
(*BOE de 21-8-2001*)

HIPOTECA. FLOTANTE: NO CABE ENCUBRIRLA BAJO LA FIGURA DE UNA HIPOTECA DE CUENTA CORRIENTE LIQUIDATORIA.

La hipoteca no puede dar cobertura genérica a cualquier crédito que ostente o pueda ostentar en el futuro el acreedor contra el constituyente, ni aun

cuando se produzca o prevea la reunión —meramente contable— de los saldos resultantes.

La hipoteca en garantía del saldo de una cuenta bancaria, como obligación autónoma, sólo puede ser válida cuando resulta de la apertura de crédito o del alcance novatorio que las partes den a la anotación en cuenta del saldo de obligaciones entre ellos existentes. Sin nuevo crédito y sin novación extintiva, sólo existirá una hipoteca flotante que otorga al acreedor la facultad de decidir las obligaciones (que, por cierto, quedan ahora todavía indeterminadas) que hayan de integrar las partidas de la cuenta prevista.

Resolución de 12 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Las Rozas
(BOE de 21-8-2001)

RECTIFICACION. ERROR DE CONCEPTO: OMISION EN ASIENTOS POSTERIORES DE CARGAS VIGENTES.

Cumpliendo lo ordenado en mandamiento judicial dictado en ejecución 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 17 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5
(BOE de 21-8-2001)

HIPOTECA. SUBROGACION DE LA LEY 2/94. INAPLICABILIDAD A CREDITO EN CUENTA CORRIENTE.

La Ley 2/94 debe aplicarse a préstamos o a aperturas de crédito una vez que se conviertan en deuda ordinaria. No cabe, por tanto, su aplicación a créditos en cuenta corriente si, por razón de las estipulaciones pactadas o por la falta de concurrencia de las partes interesadas (acreedora y deudora), no puede entenderse producida aquella conversión.

Resolución de 19 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Lloret de Mar
(BOE de 21-8-2001)

HIPOTECA. INTERESES ANTICIPADOS.

Siendo válido el pacto de anticipación de intereses, también lo es el de que el acreedor descuente su importe de la cantidad a entregar al prestatario, y no cabe negar, por tanto, la inscripción de la hipoteca constituida por el motivo

de entender que la garantía por principal (que coincide con lo adeudado por tal concepto) cubre, de manera conjunta, el principal y los intereses, que se garantizan unos intereses ya satisfechos y que se incurre en anatocismo cuando se pactan intereses de demora separadamente para el caso de retraso en el pago del capital.

Resolución de 21 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6
(*BOE de 21-8-2001*)

GANANCIALES. APORTACION CON DERECHO A REEMBOLSO: CAUSA.

Debe estimarse bastante, a efectos de la inscripción de la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, en relación con la necesidad de causa del negocio, la expresión de que la aportación se realiza con derecho a su reembolso económico.

Resolución de 23 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6
(*BOE de 21-8-2001*)

PROPIEDAD HORIZONTAL. REGLAMENTO DE REGIMEN INTERNO. INSCRIBIBILIDAD.

El Reglamento de Régimen Interior no es susceptible de inscripción. Si tuviera carácter estatutario, debe aprobarse por unanimidad.

Resolución de 24 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE de 21-8-2001*)

OBRA NUEVA. NO RESIDENTE. CLASIFICACION DEL SUELO. ANTIGÜEDAD.

No es exigible para la inscripción de una obra nueva declarada por un no residente la justificación de la aportación exterior de las cantidades que en su día se invirtieron en la construcción. Aceptada la antigüedad de la obra declarada, no resulta congruente exigir la justificación del carácter del suelo sobre el que se construyó de acuerdo con una ley aprobada años después de la fecha en que la obra fue realizada.

Resolución de 25 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2
(*BOE de 21-8-2001*)

HIPOTECA. EJECUCION. PLURALIDAD DE FINCAS. DESGLOSE DE LA CANTIDAD RECLAMADA. DETERMINACION DE SOBRANTE.

El desglose de los conceptos a que corresponde la cantidad reclamada por el acreedor hipotecario a efectos de determinar la existencia de sobrante, solamente es necesario para la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca, pero no para inscribir la adjudicación de la finca hipotecada.

Resolución de 27 de julio de 2001
Registro de la Propiedad de Pinto
(BOE de 21-8-2001)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. INEXISTENCIA DE INTERRUPCION.

No cabe acudir al expediente de dominio para conseguir la inscripción de un derecho si, por haber adquirido quienes lo promueven directamente del titular registral, no cabe hablar de interrupción alguna del tracto registral que justifique acudir a este procedimiento especial.

Registro Mercantil

Resolución de 25 de mayo de 2001
Registro Mercantil de Toledo
(BOE de 13-7-2001)

CAPITAL. REDENOMINACION AL EURO. MODIFICACIONES DEL CAPITAL. PERIODO TRANSITORIO.

La redenominación del capital de pesetas a euros en una sociedad constituida en el periodo transitorio (11-1999/31-12-2001) se sujeta al régimen general, pero habida cuenta de la escasa entidad económica de la reducción de capital a que da lugar el ajuste en este caso y de la constitución de una reserva indisponible, resulta desproporcionado exigir el cumplimiento de los requisitos impuestos en general en garantía de los derechos de los acreedores.

Resolución de 29 de mayo de 2001
Registro Mercantil de Barcelona, número XII
(BOE de 13-7-2001)

TRACTO. LIQUIDACION. FALTA DE INSCRIPCION DE MODIFICACIONES DEL CAPITAL.

Aun cuando no puede decirse que carezca de trascendencia la discordancia entre el capital pendiente de suscripción y desembolso que consta en el Registro y el que figura en el balance presentado, no parece que deba elevarse esa discrepancia a la categoría de defecto obstativo de la constatación registral de la extinción de la sociedad, teniendo en cuenta que los riesgos que podrían derivarse para los acreedores en tal situación pueden ser salvados mediante la observancia del procedimiento de liquidación.

Resolución de 30 de mayo de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número XIII
(BOE de 13-7-2001)

ADMINISTRADORES. RETRIBUCION: DETERMINACION ESTATUTARIA.

No cumple el requisito de la determinación (art. 66 LSRL) la cláusula estatutaria que se limita a señalar que la retribución de los administradores consistirá en una cantidad anual fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General.

Resolución de 8 de junio de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número XV
(BOE de 4-7-2001)

CUENTAS ANUALES. DEPOSITO. JUNTA GENERAL: REQUISITOS DE LA CONVOCATORIA. CALIFICACION. FORMA DE LA NOTIFICACION.

Es correcta la calificación del Registrador que rechaza el depósito de las cuentas de una sociedad porque en la convocatoria de la Junta que las aprobó se había omitido toda referencia al derecho de información que tienen los accionistas (cfr. art. 212.2 LSA).

La notificación de la calificación del Registrador se realiza en la misma oficina del Registro, sin que exista la obligación de notificar en el domicilio de los interesados la situación del documento presentado.

Resolución de 3 de julio de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número IV
(BOE de 8-8-2001)

CUENTAS ANUALES. DEPOSITO. FALTA DE INFORME DEL AUDITOR. NEGATIVA DE ESTE A REALIZARLO.

El hecho de que no se aporte el preceptivo informe del auditor por su negativa a realizarlo, que la sociedad denuncia al Registrador, no es óbice para confirmar la imposibilidad de proceder al depósito de las cuentas anuales.

Resolución de 4 de julio de 2001
Registro Mercantil de Pontevedra
(BOE de 8-8-2001)

CUENTAS ANUALES. DEPOSITO. IMPOSIBILIDAD POR EL CIERRE DE LA HOJA REGISTRAL DE LA SOCIEDAD.

No cabe proceder al depósito de las cuentas anuales de una sociedad si la hoja registral se encuentra cerrada por falta de depósito de cuentas de ejercicios anteriores.

Resolución de 4 de julio de 2001
Registro Mercantil de Las Palmas
(BOE de 21-8-2001)

CANCELACION. SANCION DISCIPLINARIA DEL BANCO DE ESPAÑA. NO PUEDE SER REVISADA POR EL REGISTRADOR.

No entra dentro del ámbito de calificación del Registrador la apreciación de la validez del acuerdo del Banco de España al decidir, en ejercicio de su potestad sancionadora, la cancelación de la hoja registral de una sociedad, habida cuenta de la presunción de legalidad intrínseca y ejecutividad de que legalmente gozan los actos administrativos firmes (arts. 56 y 57 LRJPA).

Resolución de 5 de julio de 2001
Registro Mercantil de Badajoz
(BOE de 21-8-2001)

REDUCCION DE CAPITAL. AMPLIACION SIMULTANEA. IDONEIDAD DE LOS PERIODICOS EN QUE SE REALIZA LA PUBLICACION. GARANTIAS RELATIVAS AL DERECHO DE SUSCRIPCION. NECESARIA MODIFICACION ESTATUTARIA.

Aun cuando pueda entenderse que el Registrador debe apreciar si los periódicos en que se realizan las publicaciones reglamentarias cumplen las condiciones exigidas, esta apreciación no puede depender del exclusivo juicio personal de aquél el rechazo de una publicación realizada en diarios de difusión nacional.

Debe constar en la escritura el cumplimiento de las garantías relativas al derecho de suscripción preferente (como su renuncia cuando, como en el caso, el aumento se ejecuta antes de que concluya el plazo de suscripción).

Es imprescindible que, simultáneamente a la reducción y ampliación, se proceda a formalizar la modificación estatutaria correspondiente.

Resolución de 6 de julio de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número III
(BOE de 21-8-2001)

DISOLUCION. BALANCE OBJETO DE PUBLICACION.

Para inscribir la disolución y liquidación de una sociedad, no es preciso que se publique el balance detallado conforme a la normativa contable, debiendo estimarse bastante el que contenga las partidas suficientes para conocer el patrimonio repartible y la parte que a cada socio corresponde en el mismo, máxime si, como en el caso, el balance final fue objeto de aprobación en una junta universal de la sociedad.

Resolución de 23 de julio de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número XII
(BOE de 29-8-2001)

REDUCCION DE CAPITAL. SOCIEDAD EN LIQUIDACION.

Estando una sociedad anónima en fase de liquidación, los liquidadores no pueden repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos, prohibición que comprende no sólo el reparto directo a través de anticipos a cuenta, sino también el indirecto, como la adquisición de acciones de la propia sociedad o, como en el caso del recurso, la reducción de capital con devolución de aportaciones.

Resolución de 26 de julio de 2001
Registro Mercantil de Navarra
(BOE de 21-8-2001)

LIBROS DE COMERCIO. LEGALIZACION. HOJAS NO ENCUADERNADAS ANTES DE SU UTILIZACION.

Permitiendo la legislación vigente la legalización de los libros de comercio antes de su utilización y pudiendo llevarse mediante hojas móviles, no cabe impedir la legalización por el hecho de que las hojas móviles en las que se pretende llevar la contabilidad no se presenten, antes de su utilización, con la encuadernación que sólo podrá realizarse una vez utilizadas.

No cabe exigir un requisito (como el de la constancia del nombre de la sociedad en todas las hojas) que, por grande que sea su utilidad, no viene exigido por la legislación vigente.

Resolución de 14 de julio de 2001
Registro de Hipoteca Mobiliaria. Madrid
(BOE de 21-8-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. DERECHO DE TRASPASO.

La hipotecabilidad del establecimiento mercantil está condicionada a que el titular sea propietario del local en que está instalado o tenga la condición de arrendatario con facultad de traspasar.

Resolución de 18 de julio de 2001
Registro de Ventas a Plazos. Santander
(BOE de 21-8-2001)

RESERVA DE DOMINIO. PRORROGA.

La certificación bancaria del impago de recibos emitidos a cargo del deudor por importe y vencimiento coincidentes con los que figuran en el contrato inscrito es suficiente para hacer constar la prórroga de la inscripción de la reserva de dominio a favor del vendedor por un plazo de dos años.

Resolución de 16 de julio de 2001
Registro de Bienes Muebles. Navarra
(BOE de 21-8-2001)

PRESTAMO DE FINANCIACION A COMPRADOR. DIFERENCIA ENTRE IMPORTE TOTAL Y COSTE TOTAL.

Ni de la Ley, ni de la Ordenanza, ni de los modelos aprobados por la Dirección General resulta la necesidad de que en el contrato de préstamo de financiación a comprador figure el coste total del contrato, con inclusión de comisiones, sino solamente el importe total de préstamo, debiendo entenderse que las comisiones no integran este último concepto, único de necesaria consignación.

F. C. L.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

HIPOTECA. CANCELACION PARCIAL. CARTA DE PAGO PARCIAL. REPRESENTACION.—OTORGADA ESCRITURA POR LA QUE EL REPRESENTANTE DE LA ENTIDAD ACREEDORA MANIFIESTA HABER PERCIBIDO PARTE DE UN PRESTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA SOBRE TRES FINCAS CONSINTIENDO QUE LA HIPOTECA SE CANCELE PARCIALMENTE, PERO RESPECTO DE UNA DE LAS FINCAS EN SU TOTALIDAD, LIBERANDO DE TODA RESPONSABILIDAD A ESTA FINCA, PUEDE PROCEDERSE A LA CANCELACION AUNQUE LA RESPONSABILIDAD ASIGNADA A DICHA FINCA RESULTE SER SUPERIOR A LA CANTIDAD QUE SE DICE PERCIBIDA, POR CUANTO RESPECTO A LA DIFERENCIA DEBE ENTENDERSE PRODUCIDA UNA RENUNCIA QUE ES, POR SI SOLA, CAUSA BASTANTE PARA LA CANCELACION. DEBE ESTIMARSE SUFICIENTE EL PODER ESPECIAL CONCEDIDO PARA CANCELAR HIPOTECAS, PORQUE NO APARECE CONDICIONADO A LA SIMULTANEA FORMALIZACION DE CARTAS DE PAGO. (RESOLUCIÓN DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2000. BOE DE 24 DE OCTUBRE DE 2000).

RESOLUCION de 12 de septiembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valencia, don Manuel Angel Rueda Pérez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, número 4, de Valencia, doña Ana María del Castillo González, a inscribir una escritura de carta de pago y cancelación parcial de hipoteca, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valencia, don Manuel Angel Rueda Pérez, contra la negativa de la Registradora de la Pro-

piedad, número 4, de Valencia, doña Ana María del Castillo González, a inscribir una escritura de carta de pago y cancelación parcial de hipoteca, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 30 de abril de 1996, ante el Notario de Valencia, don Manuel Angel Rueda Pérez, la representante del «Banco Central Hispano Americano, Sociedad Anónima», otorgó una escritura de carta de pago y cancelación parcial de hipoteca en la que se expresa lo siguiente: Que mediante escritura de 25 de marzo de 1994, autorizada por el Notario de Valencia, don Rafael Azpitarte Camy, el mencionado banco concedió un préstamo por importe de setenta y tres millones quinientas mil pesetas a determinadas personas; que, en garantía de dicho préstamo, mediante la misma escritura se constituyó hipoteca sobre tres fincas, una propiedad privativa de uno de los prestatarios y dos propiedades de la madre de éste, doña María Luisa A. M.; que una de estas dos últimas fincas es la que se describe y que quedó respondiendo, por el gravamen hipotecario, de 58.238.000 pesetas por principal y de otras cantidades complementarias por intereses, costas y gastos, hasta una cantidad que, sumada a la del principal, asciende a 128.414.790 pesetas; que el banco recibió de la parte deudora, con cargo al principal del préstamo por el que respondía la finca, la cantidad de 29.100.000 pesetas; que, en consecuencia, la entidad acreedora da carta de pago de esta última cantidad, imputando el pago a parte de la concreta responsabilidad hipotecaria que, en concepto de principal, se asignó a la finca descrita; que dicha entidad «cancela parcialmente tal hipoteca, pero totalmente en cuanto gravaba el referido inmueble, al que se deja libre de responsabilidad a que quedó afecto en virtud de la expresada hipoteca...»; y que, como consecuencia de la cancelación antedicha, el préstamo queda reducido a un importe de 15.262.000 pesetas.

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número cuatro de Valencia, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado en este Registro de la Propiedad de Valencia número cuatro, la precedente escritura, el día 8 de octubre del presente año, bajo el asiento número 384 del diario de operaciones 23, se suspende su inscripción por observarse los siguientes defectos: 1.º Existe contradicción entre los apartados II y III del «disponen», produciéndose una extinción parcial de la obligación principal asegurada —respecto de la cantidad en que se reduce el préstamo sin ser otorgada carta de pago— sin que se exprese la causa de dicha extinción, dado que no puede considerarse como tal la cancelación parcial de hipoteca que en esta escritura se contiene, ya que la misma sólo implica la extinción del derecho real de hipoteca, pero no la extinción de la obligación principal con ella asegurada, y ello de conformidad con los principios registrales de calificación, de determinación y de legalidad, de los artículos 18, 19, 79, 80 y 99 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento y de los artículos 1.156 y 1.275 del Código Civil. Y 2.º El poder otorgado en escritura de 27 de julio de 1992, ante el Notario de Madrid, don Francisco Mata Pallarés, en virtud del cual actúa la comparecencia, se considera insuficiente en lo transcrito, ya que hay que entender la facultad de cancelar hipotecas dentro de su contexto, es decir, como consecuencia de otorgar carta de pago de los préstamos, y en el supuesto de esta escritura la obligación se reduce respecto a una cantidad de la cual ni se otorga carta de pago ni se expresa causa alguna que permita calificar la capacidad del apoderado para el acto. Notificada la anterior calificación, se extiende la presente nota a petición del presentante. No se toma anotación de

suspensión por no haberse solicitado, de conformidad con el artículo 65 de la Ley Hipotecaria. Contra la precedente nota de calificación cabe interponer recurso gubernativo, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y artículos 111 y siguientes de su Reglamento. Valencia, a 11 de noviembre de 1996. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Ausencia de problema respecto a la cancelación parcial de la hipoteca. Que la Registradora no plantea ningún problema de cancelación de hipoteca e inexpressión de causa. II. La cuestión de la inexpressión de la causa de la extinción parcial del crédito garantizado. El problema lo centra la Registradora, no en el derecho real de hipoteca, sino en la obligación garantizada, ya que la carta de pago que se otorga es inferior a la cantidad que como responsabilidad por principal se asignó a la finca en cuestión. Que respecto a ello, cabe hacer las siguientes alegaciones: 1.º La extinción de las obligaciones puede ser total o parcial. Que entre las causas de extinción de las obligaciones, especialmente las pecuniarias, cabe admitir la simple voluntad del acreedor. 2.º Que si se centra la cuestión en la materia que se estudia, se verá que lo que se está debatiendo es la posibilidad o no de la práctica de un asiento de cancelación en el Registro de la Propiedad de un derecho real de hipoteca. Se trata de cancelar la hipoteca. 3.º Que además de la aplicación de las reglas generales y particulares (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, y 9 del Reglamento Hipotecario) resulta que en el supuesto concreto de este recurso, si se analiza con detenimiento la escritura calificada, se observa lo siguiente: Que en el Dispositivo I se da carta de pago de la cantidad de 29.100.000 pesetas, con cargo al principal del préstamo (derecho de crédito) y habiendo varias fincas hipotecadas, ese pago se imputa a parte de la concreta responsabilidad hipotecaria de que respondía la finca que en la escritura se describe. Que en el Dispositivo II se cancela la hipoteca parcialmente, pero totalmente en cuanto a la finca descrita, dejándola libre de total responsabilidad. Que en este mismo dispositivo se deja constancia del consentimiento para practicar en el Registro el asiento de cancelación; y 1, que en los restantes dispositivos de la escritura no se solicita ningún tipo de operación registral. Que ello significa que la carta de pago afecta al crédito y como tal y por sí sola no tiene acceso al Registro, pues lo que ingresa en el Registro es la cancelación del derecho real de hipoteca (art. 82 de la Ley Hipotecaria). Por ello, de la que se solicita constancia registral es de la cancelación en el Dispositivo II y esa solicitud no vuelve a aparecer en ningún otro lugar de la escritura. Que de todo lo expuesto se considera que la nota en este punto adolece de incongruencia sustantiva y procesal. III. La pretendida contradicción interna de la escritura. Que los dos dispositivos se mueven por caminos paralelos sin intersección alguna entre ellos. En el II se está formalizando una mutación jurídico-real, la extinción del derecho real de hipoteca respecto de una finca y el consentimiento para la práctica del correspondiente asiento registral. Y en el III se está haciendo una referencia contable, es decir, una manifestación acerca de la cantidad que en el momento actual queda por pagar a los deudores, que carece de trascendencia desde el punto de vista del Registro. IV. La aparente calificación global. Que la Registradora parece defender un criterio de calificación global de la escritura, pero llama la atención que nada diga en la nota del contenido de los Dispositivos IV, V y VI. V. La pretendida insuficiencia de las facultades representativas. Que en lo relativo a este defecto se está ante una cuestión de interpretación. Que las razones que

impulsan a una entidad de crédito a formalizar una cancelación hipotecaria, en muchas ocasiones no se reduce al pago de la cantidad adeudada, sino que se combinan con otros aspectos, como puede ser la suficiencia o superabundancia del resto de la garantía hipotecaria en relación con el importe de la deuda subsistente, etc. Que las facultades incluidas en el apartado 5) de los poderes, autorizan en primer lugar para formalizar cartas de pago; y en segundo lugar, para cancelar las hipotecas y las prendas constituidas a favor del Banco sobre bienes muebles o inmuebles. Una y otra facultad están unidas por el término «y», lo que denota que son dos facultades distintas, que son independientes y no unidas por una razón de causalidad.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que se infringe el principio registral de determinación o especialidad, por el cual es necesario que conste con claridad en el documento la clase de acto realizado y si es oneroso o gratuito, con expresión de la causa. Que conforme a lo expuesto en la escritura, el préstamo es de 72.500.000 pesetas, se otorga carta de pago de 29.100.000 pesetas, se consiente en la cancelación de la hipoteca que grava la finca registral 57.146, y como consecuencia de dicha cancelación del derecho real de hipoteca el préstamo se reduce a 15.262.000 pesetas, sin que nada se manifieste en la escritura sobre los 29.138.000 pesetas en que se reduce el préstamo sin otorgarse carta de pago. Que se deduce que el hecho de consentir en la cancelación de la inscripción del derecho real de hipoteca, es base en la escritura calificada para reducir el préstamo, no en cuanto a la cantidad de la que se da carta de pago, sino en cuanto a 29.138.000 pesetas más, y ello no es admisible y que la considerada «renuncia al derecho de hipoteca» no constituye ninguna de las causas de extinción de las obligaciones que establece el Código Civil en el artículo 1.156. Que el supuesto de hecho de la Resolución de 2 de noviembre de 1992, no es igual al planteado en este recurso, en el que se extingue parcialmente la obligación asegurada en una cuantía respecto de la cual ni se da carta de pago ni se manifiesta causa alguna que lo justifique. Que en lo referente a la causa es plenamente aplicable el Fundamento de Derecho 4.º de la citada resolución. 2.º Que es aplicable el principio de prioridad que tiene su modalidad fundamental en el principio de calificación registral recogido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Que en la nota de suspensión no se alude a los apartados V y VI de la escritura, no significa que no hayan sido objeto de calificación, sino que su no acceso al Registro es algo obvio, ya que no tienen trascendencia real alguna ni afecta al préstamo hipotecario que ahora se pretende cancelar. 3.º Que en lo referente a que los derechos personales no pueden acceder al Registro de la Propiedad (art. 9 del Reglamento Hipotecario) conviene recordar que hay excepciones admitidas en nuestra legislación, como los contratos de arrendamiento (art. 2.51 de la Ley Hipotecaria y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre), los contratos de arrendamiento financiero o el mismo contrato de préstamo hipotecario. Que si se mantuviera la postura del recurrente de que las vicisitudes del derecho personal no acceden al Registro, no podrían inscribirse ninguna de las escrituras que se otorgan al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecario, ni tendrían acceso al Registro las actas notariales por las que se hacen constar las entregas parciales de las cantidades prestadas. Que también conviene recordar lo dispuesto en la Resolución de 24 de julio de 1991, que admite el acceso al Registro de la carta de pago del precio aplazado no garantizado con condición resolutoria. Que dado los términos en que están redactados los apartados II y III de la escritura, éstos pueden afectar a la validez del

título y a las facultades del apoderado. 4.º Que en materia de la representación de una sociedad mercantil es doctrina declarada por la Dirección General la distinción entre representación orgánica y los apoderamientos que tienen su origen en una relación contractual de mandato (Resoluciones de 6 de diciembre de 1954, 28 de octubre de 1980, 2 de octubre de 1981 y 4 de marzo de 1985). Esta doctrina resulta también de lo declarado por el Tribunal Supremo en Auto de 2 de diciembre de 1970. En el ámbito de representación orgánica está incluida la realización de todos los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, los complementarios o auxiliares, los actos neutros o polivalentes (Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 12 de mayo de 1989) y los aparentemente no conectados con el objeto social (Resoluciones de 1 de julio de 1976, 31 de marzo de 1986 y 11 de noviembre de 1991 y sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989). Que, por el contrario, en el ámbito de la representación voluntaria es plenamente aplicable lo dispuesto en el Código Civil en sus artículos 1.713 y 1.714, de este modo se ha manifestado en las Resoluciones de 5 de diciembre de 1961, 29 de septiembre de 1965, 4 de marzo de 1985 y 24 de octubre de 1986; asimismo es doctrina reiterada que todo poder debe ser interpretado con sujeción a las facultades estrictamente concedidas por el poderdante. Que en el ámbito de la representación voluntaria hay que encuadrar el poder alegado en la escritura cuya suspensión motiva este recurso, debiendo tenerse en cuenta que el poder nunca fue presentado al Registrador, por lo que la calificación se realizó tomando en consideración lo transcrito por el Notario en la escritura calificada, de lo que puede deducirse que es un poder concreto a favor de persona ajena al órgano de gestión y que no se ha otorgado con un carácter omnicompreensivo de todas las facultades de los administradores sociales, ya que se transcriben facultades concretas y numeradas, por lo tanto es plenamente aplicable la doctrina reseñada en el párrafo anterior. Que en la escritura se transcribe como facultad del apoderado, «5. Formalizar cartas de pago o finiquitos de los préstamos y cualesquiera otros riesgos que hayan sido satisfechos al banco y cancelar las hipotecas y las prendas constituidas a su favor sobre bienes muebles e inmuebles...» Que se considera que la facultad de cancelar hipotecas sin que el Banco haya cobrado su crédito y con base a una renuncia de derechos, como pretende el recurrente, debe ser objeto de concesión expresa por el poderdante, dado las gravísimas consecuencias que para el mismo puede tener si, como es el caso, la finca ha pasado a poder de un tercer poseedor o se halla gravada con otras hipotecas o embargos, ya que quedaría desprotegido al perder el derecho de garantía que aseguraba su crédito. Que estas precauciones deben extremarse si en el documento sujeto a calificación se infringe el principio de especialidad o determinación, como sucede, de manera que pueda dudarse de la validez del acto realizado al extinguir parcialmente una obligación en una cantidad (29.138.000 pesetas) sin que se haya otorgado carta de pago ni expresado causa alguna para ello que nos permita calificar la capacidad del apoderado para realizarlo, pudiendo ocurrir que se hubiera realizado una condonación parcial de la deuda, es decir, una disposición a título gratuito que requeriría igualmente una concesión expresa de dicha facultad por el poderdante.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota de la Registradora fundándose en el carácter causal de nuestro derecho en general y del hipotecario en particular y en el informe de aquélla.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que no cabe cuestionar la posibilidad de renuncia por el titular registral de un derecho de garantía como es la hipoteca, en su titularidad, a la protección del Registro, sin necesidad de que en ese caso se produzca también y simultáneamente, la extinción del derecho de crédito asegurado con aquellas garantías. Que así lo entendió la Resolución de 2 de noviembre de 1992. Que la protección registral es libremente renunciable por su titular, siempre que no conculque los límites del artículo 6.2 del Código Civil. Que respecto a la segunda cuestión, la apoderada tiene facultades suficientes para la cancelación de hipoteca con independencia que se otorgue o no carta de pago y de que ésta sea total o parcial, pues no está claramente condicionada una cosa con la otra en la escritura de poder.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 6.2, 1.284 y 1.713 del Código Civil; 1, 2, 79 y 82 de la Ley Hipotecaria; 9 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 29 de septiembre de 1979, 4 de marzo de 1985, 24 de octubre de 1986 y de 2 de noviembre de 1992, entre otras.

1. Respecto del primero de los defectos expresados en la nota de calificación, se debate sobre la inscripción de la escritura en cuanto contiene carta de pago de parte de la cantidad de la que, por principal de determinado préstamo con garantía hipotecaria, responde, la finca hipotecada así como la cancelación de la hipoteca en cuanto gravaba dicho inmueble, con la particularidad de que se expresa que como consecuencia de la cancelación anterior el préstamo queda reducido a determinado importe (inferior al que resulta de deducir del indicado principal la cantidad que se reconoce pagada).

A juicio de la Registradora, se produce la extinción parcial de la obligación principal asegurada —respecto de la cantidad en que se reduce el préstamo sin ser otorgada carta de pago— sin que se exprese la causa de dicha extinción, dado que no puede considerarse como tal la cancelación parcial de la hipoteca.

2. La cuestión planteada debe resolverse conforme a la doctrina de este Centro Directivo (cfr. la Resolución de 2 de noviembre de 1992), según la cual, si ciertamente no puede aceptarse que para la cancelación baste el mero consentimiento del titular registral, es igualmente cierto que si en la escritura no se da un mero consentimiento abstracto para cancelar, sino que en ella se dispone unilateralmente por el acreedor hipotecario que la finca quede liberada de toda responsabilidad derivada de la hipoteca, hay que interpretar que, al menos respecto de la cantidad del préstamo garantizado de la cual no se otorga carta de pago, estamos ante la abdicación por el titular registral del derecho real de hipoteca, es decir, ante una renuncia de derechos, acto que por si tiene eficacia sustantiva suficiente, conforme al artículo 6.2 del Código Civil, para, por su naturaleza, producir la extinción y, consiguientemente, para dar causa a la cancelación conforme a lo dispuesto en los artículos 2.2 y 79 de la Ley Hipotecaria. Por lo demás, renunciado indubitadamente el derecho real de hipoteca resulta intrascendente, a la hora de reflejar en los asientos del Registro la cancelación de aquél, las disposiciones que la escritura contenga sobre las vicisitudes del crédito antes garantizado, las cuales, extinguido el gravamen, quedan limitadas al ámbito obligacional de las relaciones «inter partes».

3. Según el segundo defecto, es insuficiente el poder que exhibe el representante de la Entidad acreedora por el que se le faculta para «...Formalizar

cartas de pago o finiquitos de los préstamos y cualesquiera otros riesgos que hayan sido satisfechos al Banco y cancelar las hipotecas y las prendas constituidas a su favor sobre bienes muebles e inmuebles, otorgando las correspondientes escrituras públicas...» A juicio de la Registradora, del contexto del poder resulta que la facultad de cancelar hipotecas únicamente puede ejercerse como consecuencia del otorgamiento de carta de pago de los préstamos, mientras que en el presente supuesto la obligación se reduce respecto de una cantidad de la cual ni se otorga carta de pago ni se expresa causa alguna que permita calificar la capacidad del apoderado para el acto.

Es cierto que el carácter restrictivo ha de presidir la interpretación de las facultades concedidas por el poderdante y que la equiparación de la cancelación con los actos de enajenación y de riguroso dominio en orden a sus requisitos y la necesidad para ésta de mandato expreso (cfr. art. 1.713 del Código Civil) es opinión común en la doctrina de los autores y de este Centro Directivo; pero ello no puede impedir que en el presente caso deba estimarse cumplida la exigencia de poder especial si se tiene en cuenta que la facultad para cancelar hipotecas contenida en aquél se concede sin distinción alguna y sin que aparezca expresamente condicionada por la de formalizar cartas de pago, por lo que debe reputarse suficiente para hacer constar en el Registro la extinción de tal derecho real por cualquier causa.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto y la nota de la Registradora.

Madrid, 12 de septiembre de 2000.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

COMENTARIO

La reflexión que suscita esta resolución puede hacerse en torno a dos grandes bloques. El primero de ellos hace relación a la necesidad de causa en la cancelación registral, y el segundo al poder necesario para cancelar un asiento de hipoteca por parte de un representante del acreedor hipotecario.

A) LA CAUSA DE LA CANCELACIÓN REGISTRAL

La primera cuestión sobre la que surge controversia tiene como antecedentes de hecho la cancelación parcial de una hipoteca (total con respecto a una de las fincas ofrecidas en garantía de ese crédito, que queda liberada) y «consecuente» reducción del crédito que garantiza, en una cuantía respecto de la cual ni se da carta de pago ni se manifiesta causa alguna que lo justifique. El Registrador de la Propiedad suspende la cancelación de hipoteca solicitada por entender que se produce «una extinción parcial de la obligación principal asegurada sin que se exprese la causa de dicha extinción».

Pues bien, creo que a este respecto pueden hacerse dos consideraciones distintas, según se examine la extinción y consecuente cancelación, del dere-

cho real de hipoteca (lo que tiene verdadera trascendencia registral); o bien, se examine la extinción del crédito garantizado.

1. *Extinción y cancelación del derecho real de hipoteca*

Se discute la posibilidad de cancelar totalmente una hipoteca, aun cuando el pago de la obligación garantizada es menor que el principal debido, por lo que, en principio, para la cancelación total de esa hipoteca no sería posible alegar, como causa de la misma, dicho pago, si no sólo en la parte correspondiente a dicha cantidad; no obstante se procede a liberar la finca y cancelar totalmente la hipoteca aun no constando causa de esa cancelación total.

Se plantea aquí un viejo tema, ya tratado en otras resoluciones, como es el de la causalización de la cancelación. Es decir, si para cancelar un asiento del Registro es necesaria la causa de dicha cancelación, o por el contrario, basta o es suficiente el simple consentimiento del titular registral, que así manifiesta su intención al Registrador, como parece ser este caso (consentimiento formal).

El consentimiento formal en la cancelación ha sido superado gracias a DÍEZ PICAZO, quien en su artículo «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación» (1), se encarga de destruir todos y cada uno de los mitos existentes sobre este tema, afirmando tajantemente la necesidad de causa en el negocio cancelatorio. Otros muchos autores le han seguido (2), y se puede afirmar, hoy, sin temor a equivocarnos, que la cancelación, al igual que la inscripción, requiere siempre una causa antecedente que pasa a convertirse en el fundamento o premisa fundamental de la cancelación registral. Muy resumidamente para no extendernos en este comentario, se fundamenta esta tesis en las siguientes afirmaciones:

El consentimiento cancelatorio no puede por sí solo bastar para que se practique el asiento de cancelación. Tiene que fundarse en un negocio real de Derecho sustantivo, que provocó la extinción del derecho inscrito, es decir, en su causa. Esto queda confirmado por el hecho de que el Registro español es de títulos, es decir, se presentan al mismo los títulos (en sentido formal) que acreditan el negocio jurídico que produjo la modificación jurídico-real (extinción del derecho real en este caso), tal y como asevera el artículo 173 RH. Además, la inscripción en nuestro sistema es declarativa, lo que significa que la inscripción no constituye (ni extingue) los derechos reales, sino que se limita a constatar o declarar una modificación jurídico-real ya producida; luego, se hace imposible la práctica de un asiento (sea inscripción, sea cancelación) sin que previamente se haya producido esa modificación que publica. Modificación jurídico-real (en este caso extinción del derecho), que es la causa del asiento de cancelación, causa que es necesaria y existe siempre, como se deduce de los artículos 79 y 80 LH (que enumeran las causas de la cancelación), en combinación con los artículos 99 y 18 LH que establecen que la calificación del Registrador alcanza también al negocio dispositivo previo (causa). Por último, confirma la idea de la necesidad de causa en la cancela-

(1) Véase, DÍEZ PICAZO, L., «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», en *Estudios de Derecho Privado*. Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 293-311.

(2) ZUMALACÁRREGUI, T.; AMORÓS GUARDIOLA, M.; DÍAZ GONZÁLEZ, C.; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C. M.; FUENTES NORIEGA, M.; BONILLA ENCINA, J. F., y GARCÍA GARCÍA, J. M.

ción el artículo 193.2 RH, que exige que conste expresamente en el asiento cancelatorio la causa de dicha cancelación.

Pero, además de necesitar la cancelación siempre una causa, tal y como se acaba de exponer, creo que es igualmente necesario que dicha causa se exprese, ya que no es lo mismo cancelar un crédito hipotecario porque se extinguió por pago de la obligación garantizada que, por ejemplo, porque se renuncia al mismo, donde parece lógico, que en este segundo caso al acreedor hipotecario se le exija una capacidad mayor (de disponer), que si cancela porque cobró y ese extinguió el crédito hipotecario. Luego, si, según cuál sea la causa de la cancelación, se van a exigir capacidades distintas para llevarla a cabo, será necesario que la misma conste expresamente para que el Registrador la conozca; pues solo así podrá calificar correctamente las escrituras presentadas. Y esta idea queda confirmada por los artículos 193.2 RH (3), y 99 y 18 LH, antes citados, en virtud de los cuales se hace necesario que el Registrador extienda su calificación a la «validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas». Es decir, y en el caso de la cancelación, ese acto dispositivo previo sería el acto extintivo del derecho inscrito, y si el Registrador debe examinar ese acto, quiere decir que éste (la causa) debe aparecer reflejado en la escritura que se presenta a la calificación.

Como ya he dicho, teniendo en cuenta todo lo que se acaba de exponer, parece que esta resolución de la DGRN es intachable hasta este punto, pues confirma la imposibilidad de un consentimiento formal en el artículo 82, y de ella se extrae la confirmación de lo que aquí se sostiene, en el sentido de que afirma que la cancelación pretendida no es abstracta, sino que tiene una causa.

Sin embargo, en este momento, la DGRN, desde mi punto de vista, hace una deducción, más bien criticable. Cegada por la idea (a todas luces cierta y compartida por mí) de la necesidad de causa en el negocio cancelatorio, y en la consecuente cancelación, deduce de las palabras del acreedor hipotecario, y como causa de la cancelación, la renuncia del acreedor. Las palabras que constan en la escritura pública de negocio cancelatorio son: «cancela parcialmente tal hipoteca, pero totalmente en cuanto gravaba el referido inmueble, al que se deja libre de responsabilidad a que quedó afecto en virtud de la expresada hipoteca».

Pues bien, no consta de manera expresa ningún motivo o razón en la escritura de cancelación, pero como la DGRN afirma y asegura que ésta existe y debe expresarse, considera que allí, desde luego, hay una causa, y que ésta es la renuncia al crédito hipotecario, tal y como se sobreentiende de las palabras del acreedor.

La renuncia al derecho de hipoteca es la declaración de voluntad negocial de carácter unilateral, hecha por el acreedor hipotecario, con el fin de desafectarse o abandonar la hipoteca de la cual es titular, y, desde luego, es causa del negocio cancelatorio de crédito hipotecario. Todos los derechos son renunciabiles (art. 6.2 del Código Civil), y al renunciar a ellos, se extinguen para su titular. En consecuencia, el acreedor hipotecario puede renunciar libremente a su crédito hipotecario o derecho real de hipoteca, extinguiéndose éste por su voluntad unilateral y, lógicamente, debe cancelarse su inscripción, para lo cual prestará su consentimiento el acreedor que renunció al derecho inscrito.

(3) Artículo 193.2 RH: «La cancelación extensa se practicará en el libro y folio correspondientes, según su fecha, y contendrá las circunstancias siguientes:

2.º Causa o razón de la cancelación...»

Sin embargo, la renuncia —abdicativa— que es un negocio unilateral y dispositivo (que requiere por tanto capacidad de disponer), ha de hacerse siempre de manera clara y expresa. Y aquí es donde no encuentro justificados los razonamientos de la DGRN. No aparece de manera expresa una renuncia, y la DGRN sólo puede deducirla; pero nada impide que pudiera interpretarse de otra manera.

Es requisito de la renuncia el que sea expresa, no cabe una renuncia presunta o tácita. Y aquí, desde luego, no lo es. Por supuesto que la renuncia es causa del negocio cancelatorio del crédito hipotecario, pero no puede deducirse, sin más, de las palabras del acreedor. Todo sería más sencillo si el acreedor en la escritura de cancelación dijera expresamente que **renuncia** a ese crédito hipotecario, o esto mismo se dedujera claramente sin que cupiera otra interpretación posible —vgr. que se trataba de una condonación—. En este caso no existiría problema alguno, hay causa, está expresada, y el Registrador habría practicado la cancelación solicitada.

No obstante, en el caso de esta resolución, creo que el Registrador tiene razón. Al ser absolutamente necesaria la causa y la expresión de causa del negocio cancelatorio en la cancelación, el Registrador, no viendo una renuncia expresa (característica propia de la misma), no deduce su existencia, y por lo tanto no cancela. La DGRN se confunde en su conclusión, pues si bien es necesaria la causa, no puede «deducirla», sin más, de lo que aparece en la escritura, sino que siendo congruente con todo su planteamiento, debería haber confirmado la suspensión de la cancelación solicitada, pues al no estar expresada la causa de la cancelación, no puede practicarse el asiento.

2. Extinción del crédito garantizado con hipoteca

Otro tema que se plantea en esta resolución, relativo a la extinción y cancelación del crédito hipotecario, es la propia extinción parcial del crédito u obligación garantizada, distinta de la propia extinción de la hipoteca que la asegura, que acabo de examinar.

Aunque la extinción del crédito, en principio, no interese al Registro, por tratarse de un derecho personal, sí que conviene que se haga una matización. Parece querer sugerirse que la extinción parcial del crédito garantizado (en una cantidad mayor de la que debería corresponder como consecuencia del pago efectuado) es consecuencia de la cancelación parcial de la hipoteca. Pues bien, la cancelación no puede en ningún caso ser causa de la extinción del préstamo, sino viceversa. La extinción de la obligación garantizada es la causa de la extinción y cancelación del derecho real de hipoteca, por ser este derecho accesorio de esa obligación principal. La cancelación no es un modo de extinguir derechos, sino la consecuencia lógica de esa extinción, como se exige para la concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral. En este sentido doy la razón al Registrador de la Propiedad que así lo manifiesta, y no puedo por menos que coincidir con él en el sentido de que si ésta no es la causa de la extinción del crédito (repito en más de lo que correspondería por pago), queda sin expresarse la causa de esa extinción mayor. Entiendo que a lo mejor no es necesario que conste en el Registro la causa de extinción de esa obligación, pero creo conveniente poner de relieve que en ningún caso ésta puede ser la renuncia y cancelación de la hipoteca. Otra cosa es que la extinción de ese crédito sea, a su vez, la propia renuncia al mismo (condonación) que hace el acreedor

hipotecario. Es decir, que éste no sólo renuncia a la hipoteca, sino a la obligación que garantiza, produciéndose entonces y por accesoria la extinción de la hipoteca, pero nunca al revés, como parece querer dar a entender las palabras del acreedor hipotecario en la presente resolución; puesto que la sola renuncia a la garantía hipotecaria extinguiría el derecho de hipoteca, pero permanecería subsistente el crédito asegurado, ahora, como crédito ordinario. Cuestión que parece no corresponder con el caso planteado en esta resolución.

B) PODER NECESARIO PARA CANCELAR INSCRIPCIONES DE CRÉDITO HIPOTECARIO

La capacidad necesaria para cancelar es, y así se ha entendido tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia, la capacidad máxima o de disposición, ya que la cancelación se ha equiparado siempre a un acto de riguroso dominio o enajenación. Luego, y en principio, para cancelar es necesario tener la capacidad de disponer. Ahora bien, esta regla general tiene excepciones, que son las que se contemplan en el artículo 178 RH, en las que basta la capacidad de administrar sus bienes para cancelar. En concreto, el artículo 178.2 y 5 RH contempla los supuestos concretos de cancelación de hipoteca por pago del crédito garantizado, en los que basta la capacidad de administrar, ya que en este caso, y de manera excepcional, la cancelación es un acto debido. Esto es así porque si el deudor ya pagó, y el acreedor cobró, se libera al deudor y se satisface al acreedor; luego, en este caso, la cancelación es un acto en el que no interviene la voluntad del acreedor, pues a éste no le queda más remedio que cancelar, ya que si no lo hace le perjudica al deudor que ya pagó, y la cancelación se hace necesaria para poner de acuerdo el Registro y la realidad. Al acreedor que recibió el pago y cobró, le hará falta la misma capacidad para cancelar que para cobrar el crédito, es decir, la de administrar sus bienes (art. 1.163 del Código Civil). Pero bien, sin extenderme más en este tema que haría demasiado extenso este comentario, conviene subrayar que esto es una excepción, y que, por lo tanto, la regla general en la capacidad necesaria para cancelar es que sea la de disposición, y que es preciso conocer, entonces, la causa de la cancelación para saber qué capacidad debe exigirse al acreedor hipotecario para cancelar, como se dijo anteriormente.

Si, como he dicho, basta la capacidad de administración para cancelar un crédito hipotecario extinguido por pago, a los representantes voluntarios debería bastarles un poder general para poder cancelar estas hipotecas, ya que conforme al artículo 1.713 del Código Civil, basta un poder de este tipo para realizar actos de normal administración. Sin embargo, a los representantes de los acreedores hipotecarios se les exige siempre un poder expreso para poder cancelar hipotecas, incluso las extinguidas por pago del crédito garantizado, tal y como manifiesta la DGRN (4) en reiteradas resoluciones. Se explica este caso como la excepción de la excepción. Por el carácter que tiene la represen-

(4) Las siguientes Resoluciones exigen un poder especial, claro y expreso para cancelar en los representantes: Resolución de 14 de octubre de 1891, 24 de abril de 1894, 4 de enero de 1902, 20 de abril de 1909, 24 de abril de 1936. Asimismo, las siguientes Resoluciones niegan la facultad de cancelar a aquellos representantes que, sin embargo, están facultados para cobrar créditos o realizar actos de administración: Resolución de 9 de octubre de 1880, 24 de septiembre de 1891, 17 de junio de 1893, 27 de septiembre de 1924, 29 de marzo de 1935.

tación o mandato, y la interpretación estricta y restrictiva que debe hacerse siempre de la misma, se exige que se especifique exactamente el poder, que se delimite, y que por tanto se sea más exigente; lo que conduce a la necesidad de exigir un poder expreso y específico que les autorice a cancelar, o sea, a disponer.

Por lo tanto, en principio y como regla general, el representante voluntario debe tener siempre poder de disposición, independientemente de la causa de la cancelación. O lo que es lo mismo, un poder o mandato expreso y específico, no bastándole un poder general para actos de administración o un poder amplio en el que se le autorice para cobrar créditos, sino un poder que debe ser concreto y específico, y que ha de interpretarse restrictivamente, no pudiendo deducirse, sin más, la facultad de cancelar si no se especifica concretamente.

En este caso aparece especificada la facultad de cancelar, se trata de un poder expreso y específico, cumpliendo por lo tanto los requisitos necesarios para considerarlo como un poder suficiente para cancelar, que implica poder de disposición. Pero la duda es si se liga a la capacidad de cobrar créditos (es decir, sólo puede cancelar la inscripción de crédito hipotecario si éste se ha extinguido por pago), o bien se faculta al representante, por una parte, para cobrar créditos, y por otra, para cancelar hipotecas, independientemente de la causa de dicha cancelación.

La DGRN interpreta que se le concede poder para poder cobrar créditos, y a su vez, para cancelar hipotecas en general; entendiéndose de este modo que el representante tiene suficiente poder para poder cancelar la inscripción de hipoteca que se extinguió por renuncia. Si se interpreta que sólo está facultado para cancelar las hipotecas que se extinguieron por pago, carecería de poder suficiente para cancelar, tal y como mantiene el Registrador.

No obstante, creo que esto es un tema de extensión del poder, es decir, de interpretación de la voluntad, y por la interpretación restrictiva que debe hacerse siempre de los mismos, me inclino a pensar que el representado a lo mejor pretendía otorgar poder sólo para cancelar por pago, pero me parece igualmente defendible la interpretación que del mismo hace la DGRN. Lo que sí considero digno de subrayar es que el representante voluntario tiene que tener un poder expreso para cancelar, donde aparezca mencionada específicamente esa facultad, no bastando uno general. Y en este caso se cumple esta exigencia, pues en el texto literal del mismo aparece expresamente la autorización para cancelar, dando así debido cumplimiento a la necesidad de que el representante tenga siempre un mandato expreso para cancelar, lo que implica la realización por el representante de actos de riguroso dominio o enajenación a los que se equipara la cancelación registral. Independientemente de que esta capacidad para cancelar se condicione a un solo acto (extinción por pago) o a todos los casos de extinción de hipoteca.

HIPOTECA. INTERESES VARIABLES. CESION: RENUNCIA A LA NOTIFICACION.—SE CUMPLEN PLENAMENTE LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE DETERMINACION EN CUANTO A LA INSCRIPCION DE UNA HIPOTECA EN LA PARTE RELATIVA A LA COBERTURA DE INTERESES VARIABLES, Y PROCEDE, POR TANTO, SU INSCRIPCION, SI SE FIJA UN LIMITE TEMPORAL Y UNA CIFRA MAXIMA DE COBERTURA, AUN CUAN-

DO ESTA CIFRA MAXIMA RESULTE DE APLICAR AL CAPITAL EL TIPO INICIAL DE INTERES (LO QUE UNICAMENTE PUEDE PROVOCAR QUE, DE HECHO, SI LOS INTERESES HAN EVOLUCIONADO AL ALZA, NO PUEDAN PERCIBIRSE POR EL ACREEDOR TODOS LOS INTERESES DEVENGADOS DURANTE LAS TRES ANUALIDADES ULTIMAS POR RESULTAR UNA CANTIDAD SUPERIOR AL MAXIMO GARANTIZADO). ES INSCRIBIBLE EL PACTO POR EL QUE EL DEUDOR RENUNCIA AL DERECHO A SER NOTIFICADO DE LA CESION DEL CREDITO HIPOTECARIO, POR NO SER LA NOTIFICACION UN REQUISITO PARA LA VALIDEZ DE LA CESION NI, POR TANTO, PARA SU INSCRIPCION, SINO SOLO DETERMINANTE DEL ALCANCE DE LA CESION FRENTE AL DEUDOR (CFR. ARTS. 151 LH Y 176 Y 242 RH). RESOLUCIONES DE 17 Y 18 DE OCTUBRE DE 2000. BOE DE 28 Y 25 DE NOVIEMBRE DE 2000).

RESOLUCION de 17 de octubre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Banca Catalana, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, don Francisco José Florán Fazio, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Narcís Ranera Cahís, en nombre de «Banca Catalana, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, don Francisco José Florán Fazio a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. El 22 de mayo de 1997, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Girona, don Enrique Brancós Núñez, «Banca Catalana, S. A.», concedió a don Josep B. M. y doña Magdalena C. R., casados en régimen de separación de bienes, de condición civil catalana, un préstamo por importe de 20.000.000 de pesetas, los cuales constituyeron hipoteca sobre una finca sita en Lloret de Mar, que les pertenece por mitad. En la escritura se establecen, entre las siguientes estipulaciones: Tercera bis. Tipo de interés variable. Pasado este período inicial, el tipo de interés se revisará al alza o a la baja con periodicidad anual, aplicando como nuevo tipo el que resulte de incrementar 1,00 puntos al tipo de referencia MIBOR a 90 días que se define a continuación. El tipo resultante se redondeará por exceso al más cercano múltiplo de un dieciseisavo de un uno por ciento (1/16 por 100). Se entiende por MIBOR el tipo de interés medio del Mercado Interbancario de Madrid, para depósitos a plazo de 90 días, publicado en el Boletín de la Central de Anotaciones del Banco de España, referido al mes anterior al comienzo de cada período de interés. Si dicho tipo de referencia no se recogiese en el futuro en el citado Boletín, se aplicará el MIBOR correspondiente publicado por cualquier otro medio por el Banco de España, Ministerio de Economía y Hacienda, Comunidad Económica Europea, o el que le sea ofrecido al Banco en el Mercado Interbancario de Madrid, por este orden, y en este último caso, con los impuestos, corretajes y gastos que el Banco deba satisfacer por la obtención de dichos recursos. Si en algún momento no se publicara el MIBOR para el plazo mencionado, resultará de aplicación el plazo superior más cercano existente en dicho momento. El Banco notificará a la parte prestataria el tipo de interés a aplicar a cada uno de dichos períodos y la cuota mixta,

comprehensiva de amortización e intereses que resulte de lo establecido en los párrafos anteriores dentro de los quince días naturales siguientes al comienzo de cada uno de dichos períodos. La parte deudora renuncia a todo plazo de espera para que le sea aplicado el nuevo tipo de interés, sin perjuicio de lo previsto en el párrafo siguiente. Cualquier error o discrepancia respecto al cálculo del tipo de interés aplicable podrá ponerse de manifiesto por el prestatario ante el Departamento de Calidad de Servicio del Banco (Defensor de la Clientela). Se acuerda que en cualquier caso, el tipo de interés a aplicar no bajará del 5 por 100, ni sobrepasará nunca el 17 por 100 anual, cualquiera que resulte de la revisión anteriormente mencionada. Novena. Cesión del préstamo. En caso de cesión individual del préstamo hipotecario o afectación del mismo en emisiones globales de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias, la parte deudora renuncia en este acto al derecho de ser notificada de tal cesión. Décima. Constitución de hipoteca. Sin perjuicio de su responsabilidad personal ilimitada y en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas en este contrato, don Josep B. M. y doña Magdalena C. R. constituyen primera hipoteca a favor de la «Banca Catalana, S. A.», que aquí representa la acepta, sobre la finca que se describe en la estipulación decimoctava de esta escritura, cuya inscripción se solicita en la forma prevista en el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, que responde del principal de 20.000.000 de pesetas, tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 3.822.000 pesetas y de 2.000.000 de pesetas que como crédito supletorio se fija para costas y gastos.

II. Presentada primera copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en el tomo 2.232, libro 442 de Lloret, folio 108, finca número 23.460, inscripción 4.ª, habiendo transcrito al Registro los párrafos que tienen trascendencia real, a solicitud verbal del presentante, de acuerdo con el artículo 429 del Reglamento Hipotecario: denegándose la inscripción de todo lo referente a la variación de intereses, por estar éstos garantizados sólo al tipo inicial en el pacto de constitución; todo lo referente a las comisiones e intereses de demora, por no estar garantizados en dicho pacto de constitución, y la inscripción del pacto noveno, porque es requisito indispensable para la cesión del crédito, siendo defectos insubsanables. Lloret de Mar, a 17 de julio de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Procurador de los Tribunales, don Narcís Ranera Cahís, en nombre de «Banca Catalana, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que la afirmación del Registrador contenida en la nota parte de una simple presunción, no de un hecho que conste en la escritura calificada que, conforme a lo establecido en los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario, la fijación del importe por intereses puede hacerse de la siguiente forma: *a)* con referencia a un máximo temporal y un máximo porcentual; *b)* con referencia a un máximo temporal. Esta última forma es la utilizada en la escritura y se considera que correctamente. En el caso en cuestión se dice que la finca responde de «tres anualidades de intereses remuneratorios (máximo temporal) hasta un máximo de 3.822.000 pesetas (cantidad máxima)». Esta cantidad máxima no puede sobrepasar, obviamente, la que corresponda a tres anualidades al tipo de interés aplicable, pero puede ser inferior a ella. Dada la variabilidad del tipo de interés aplicable durante la vida del préstamo, se fija uno que será tope en la aplicación del interés variable y que no podrá ser sobrepasado, que en este

caso, se fijó el 17 por 100. II. Que, a la vista de lo anterior, el Registrador debería haber realizado, a los efectos de comprobación, de que la cantidad máxima asegurada no excede de las previsiones legales, la siguiente operación: $20.000.000 \times 17 \times 3 : 100 = 10.200.000$. Si la cantidad máxima a la que se limita la responsabilidad por intereses en la escritura calificada es la de 3.822.000 pesetas, es obvio que esta cifra no supera la máxima, sino que al contrario, es netamente inferior. En todo caso, es la que se ha fijado como máxima que la entidad bancaria podrá reclamar por los intereses de tres años, dentro de la más estricta observancia de los preceptos hipotecarios citados. III. Que, sin embargo, el Registrador, en lugar de realizar la operación anterior, la ha realizado con referencia al tipo inicial de la escritura que se fijó al 6,37 por 100, resultando de ello igual cantidad que la mencionada en la escritura como máxima de responsabilidad por el concepto de intereses remuneratorios, como se ha indicado, y en virtud de ello, saca la conclusión de que lo que se está garantizando es el interés correspondiente a este tipo de interés inicial por tres años con exclusión de la variación del tipo de interés que pudiera resultar aplicable en virtud de lo pactado sobre ello. IV. Que dicha conclusión no puede ser más que una conjetura o presunción corriente de apoyatura fáctica o legal, ya que tal afirmación debería ser hecha por las partes y constar expresamente en la escritura. Que, en ningún momento se manifiesta, por las partes otorgantes de la escritura, que los intereses remuneratorios se garanticen al tipo inicial. Que si «Banca Catalana, S. A.» podría reclamar, en caso de ejecución de la garantía y amparada por ella, en concepto de intereses, la cantidad de 10.200.000 de pesetas, limita voluntariamente esta cantidad a la máxima fijada de 3.822.000 pesetas. Y ello en aras a la libertad de pactos que no encontrarían precepto alguno de la Ley ni del Reglamento Hipotecario, ni causan perjuicio alguno al deudor ni a terceros. Que hay que considerar que los citados artículos se refieren a «cantidades que no podrán exceder» de las correspondientes a las anualidades pactadas, con un máximo de cinco; pero nada obliga a que se correspondan necesariamente con los intereses de tres anualidades ni nada impide que sean inferiores, como en el presente caso. V. Que en consonancia con lo manifestado se citan las Resoluciones de 16 y 22 de abril, 4, 10, 11 y 27 de junio y 2 de julio de 1997, y también se pronuncia en dicha línea la doctrina mayoritaria. VI. Que en lo concerniente a la denegación de la inscripción del pacto de cesión del crédito con renuncia de la parte deudora a ser notificada de tal cesión, el Registrador considera que es requisito indispensable para la cesión del crédito. El derecho del deudor a ser notificado de una eventual cesión del crédito es renunciable y así lo establece el artículo 242 del Reglamento Hipotecario. Que en este caso, el deudor hipotecante renunció en la propia escritura de concesión de préstamo con garantía hipotecaria a su derecho a ser notificado, tal como consta en la estipulación novena de la misma. Que se señala lo que dice el artículo 176 del Reglamento Hipotecario, y se considera que la cesión de un crédito hipotecario puede llevarse a cabo válidamente sin el consentimiento del deudor (arts. 1.192, 1.528 y 1.878 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria).

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que por lo que al primer defecto recurrido se refiere, se ha de tener en cuenta una doble vertiente: de una parte, meramente aritmética, y de otra parte, la derivada de los principios de legalidad, rogación y especialidad. Que se ha de partir de la idea que se considera que no es aplicable a la escritura

calificada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado invocada por el recurrente, por no ser el mismo supuesto de hecho, ya que en la escritura cuyo recurso ha dado lugar a la doctrina invocada no se ha determinado el tiempo para los intereses ordinarios, mientras en la que da lugar al actual recurso se han fijado tres años. Que desde el punto de vista aritmético el interés se determina con la fórmula: capital, por rédito, por tiempo, partido entre 100, 1.200 ó 36.000, según se calculen los intereses por años, meses o días. En el caso que se estudia la aplicación de la fórmula antes dicha, según la redacción de la cláusula lleva a un resultado único, por ser una sola de las magnitudes de ésta la indeterminada, lo que no permite fluctuación del tipo y así: interés, esto es, 3.822.000 pesetas es igual a capital; esto es, 20.000.000 de pesetas, por rédito; esto es, X, por tiempo; esto es, 3 años partido por 100 y despejando la incógnita da 6,37 por 100 con lo que es lo mismo el interés inicialmente garantizado, prescindiéndose en el pacto de constitución del pacto de indexación de interés. Que desde el punto de vista del principio de legalidad (art. 18 de la Ley Hipotecaria) el Registrador tiene que comprobar los cálculos aritméticos de los préstamos hipotecarios, a fin de evitar el acceso al Registro a cualquier error de cálculo, pues los fuertes efectos que produce la inscripción en nuestro sistema, por medio del principio de publicidad registral, en su doble vertiente de legitimación y fe pública registral, hace indispensable cerciorarse de la negación de acceso al Registro de documentos que contengan imprecisiones, sin que esta facultad del Registrador alcance a interpretar los contratos que queda en el ámbito de la competencia jurisdiccional. Que desde el punto de vista del principio de rogación, el Registrador de la Propiedad actúa a solicitud de las partes, pero, como queda dicho, no puede interpretar los contratos sino simplemente transcribir las cláusulas de trascendencia real, sin añadir nada que no haya sido solicitado por las partes. Que de admitirse el argumento del recurrente, el tercero hipotecario que en un futuro se ponga en contacto con la finca y aún más el propio deudor, resultarían afectados por una responsabilidad por intereses ordinarios superior en 6.378.000 pesetas a la pactada, por una actividad del Registrador que cuando menos se puede calificar de fortuita e indiscreta. 2.º Que por lo que al defecto segundo se refiere, se mantiene la tesis según la cual el artículo 1.880 del Código Civil remite, en cuanto a la regulación legal de la hipoteca, a la legislación hipotecaria para todo lo relativo a dicha institución jurídica, salvo la regulación específica, por lo que se ha de aplicar preferentemente a la transmisión del crédito hipotecario, la legislación hipotecaria a los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil. El artículo 1.878 del Código Civil dice que el crédito hipotecario puede ser objeto de transmisión con las formalidades exigidas en la Ley, con lo que ya habla de exigencia. El artículo 149 de la Ley Hipotecaria, a su vez, establece tres requisitos, redactados en términos imperativos. Que la interpretación de dicho precepto en relación con los artículos 242 y siguientes del Reglamento ha de ser realizada a la luz de los artículos 9, 103 y 106 de la Constitución Española. Que no es contrario a ella el artículo 151 de la Ley, pues si bien la falta de notificación, según esta última norma pone de cargo del acreedor los perjuicios causados, la cesión no notificada no produce efectos ni frente a terceros, por defecto de forma, ni frente al deudor, y sólo produce relación entre el cedente y el cesionario en una relación meramente obligacional que no es objeto de inscripción.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la nota del Registrador fundándose: 1.º En cuanto al primer defecto, en que en

el presente caso se establece la cantidad garantizada por referencia a un período temporal con una cifra máxima, hay que señalar que la hipoteca es accesoria de un préstamo, tal y como ha sido configurado por los contratantes, y el Registrador al calificar debe controlar que no se excedan los límites fijados por el ordenamiento, pero no puede alterar el contrato; pues bien, la interpretación conjunta del contrato muestra que las partes garantizan el pacto de intereses, tal y como ha sido configurado y, por tanto, sometido a la variación pactada, si bien con un tope máximo que puede alcanzar el tipo de interés, se garantiza el interés variable devengado durante tres años, pero tal cifra no podrá exceder de 3.822.000 pesetas. Que tal cantidad es claramente inferior a la que resultaría de aplicar el tipo máximo durante tres años y cumple todas las exigencias de la legislación hipotecaria y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 2.º En lo que se refiere al segundo defecto, en nuestro derecho la notificación de la cesión no es un requisito de validez del negocio, sino un requisito de eficacia respecto del deudor cedido. Que no es que haya dos normativas absolutamente separadas, una aplicable a la cesión de créditos no hipotecarios, regulada en el Código Civil, y otra relativa a la cesión del crédito hipotecario, regulado en la Ley Hipotecaria; es necesaria la aplicación conjunta de la normativa civil e hipotecaria, ciñendo ésta a la eficacia frente a terceros de la cesión realizada y el juego de la fe pública registral respecto del cesionario, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y el deudor cedido en cuanto a la existencia y condiciones del crédito cedido. Que son demostrativos de esta posición los artículos 1.526, párrafo segundo y 1.528 del Código Civil. En el mismo sentido pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1985, 29 de junio de 1989 y 23 de noviembre de 1993. La notificación de la cesión es, pues, simplemente, el instrumento preciso para la vinculación del deudor cedido con el nuevo acreedor. Que el artículo 242 del Reglamento Hipotecario no hace más que recoger la posibilidad de que el deudor cedido renuncie al mecanismo normal de conocimiento de la cesión efectuada y se someta a la presunción de conocimiento que resulta de la publicidad registral. Que tal renuncia no puede entenderse ilegal.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: 1.º Que en cuanto al primer defecto no se aplica correctamente el artículo 114 de la Ley Hipotecaria ni el principio de especialidad. Que en la escritura que ha dado lugar a la nota de calificación a diferencia de las Resoluciones alegadas por el recurrente, se han determinado por las partes tanto el factor tiempo, tres años, como el factor cantidad, 3.822.000 pesetas, ello hace que aplicando la fórmula de determinación de interés quedaría como sigue: $3.822.000 = 20.000.000 \times R \times 3/100$. Si se despeja la incógnita da 6,37 por 100 que es el interés inicialmente pactado. Por tanto, para que exista la fluctuación pretendida por el recurrente es aritméticamente necesario que quede otro de los términos de la fórmula indeterminado que es el tiempo. Que de no ser así, el acreedor modificará arbitrariamente y a su antojo el tiempo de tres años pactado cada vez que modificara el tipo de interés, lo que no se ha establecido en la escritura calificada que habla de un plazo único de tres años de intereses y una cantidad máxima de pesetas, que si bien por ser la hipoteca en garantía de intereses una hipoteca de máximo es correcto, en cuanto al tiempo se ha fijado un período único e inamovible de tres años. Que cualquier posibilidad de modificación de este plazo de tiempo unilateralmente por el acreedor sería contrario al artículo 1.256 del Código Civil. 2.º Que el

Registrador ha de mantener el principio de seguridad jurídica recogido en la Constitución Española, por lo que ha aplicado el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, por remisión que a ella hace el artículo 1.878 del Código Civil, cuando se trata de obligaciones aseguradas con hipoteca, como excepción al 1.526 y siguientes del mismo Cuerpo legal, con preferencia al artículo 242 del Reglamento Hipotecario, que es norma de rango inferior.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.198 y 1.527 del Código Civil, 176 y 242 del Reglamento Hipotecario.

1. Por el primero de los defectos de la nota impugnada, se suspende, respecto de una hipoteca, todas las previsiones relativas a la variación de los intereses, «por estar estos garantizados sólo al tipo inicial en el pacto de constitución». En la cláusula de constitución de la hipoteca se establece que la hipoteca garantizará, además del principal del crédito (20.000.000 de ptas.), «tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 3.822.000 pesetas», cantidad que coincide con la suma de los intereses de tres años al tipo inicial pactado (6,37 por 100). Se estipulaba, asimismo, que los intereses serían variables y que en ningún caso bajarían del 5 por 100 anual, ni superarían el 17 por 100 anual.

El defecto señalado carece de todo fundamento. Por una parte, la fijación de la extensión de la cobertura hipotecaria por intereses remuneratorios, satisface plenamente las exigencias del principio de determinación, toda vez que: se señala, dentro del máximo legal, el límite temporal (tres años); se fija el tipo máximo al que pueden ascender los intereses remuneratorios; y además, al añadir a la definición de la cobertura hipotecaria por intereses remuneratorios esa cantidad adicional de 3.822.000 pesetas, se esté indicando que no se quieren garantizar hipotecariamente todos los posibles intereses remuneratorios de los tres últimos años, sino solamente los que no desborden esa cantidad adicionada. Por otra, la coincidencia entre esta cantidad y la suma de los intereses de tres años al tipo inicial, en modo alguno justifica la no inscripción de la cláusula de variación de los intereses remuneratorios; ni hay incompatibilidad alguna entre dicha cláusula y aquella coincidencia, ni esta última elimina, ni siquiera frente a terceros, la sustancial diferencia entre un préstamo a interés fijo y otro a interés variable; adviértase cómo de vedar el acceso registral a la cláusula de variación de los intereses, resultaría del Registro que en todo caso los intereses de los tres últimos años lo serán siempre al tipo del 6,37 por 100 anual, cuando puede perfectamente ocurrir que el tipo de interés efectivo de ese período sea menor.

2. Por el segundo de los defectos, se suspende la inscripción del pacto por el que el deudor renuncia al derecho de ser notificado de la cesión del crédito, al estimar el Registrador que dicha notificación es requisito indispensable para la cesión misma.

El defecto, tal como ha sido planteado, tampoco puede estimarse; la notificación al deudor no es un requisito para la validez de la cesión ni, por tanto, puede estimarse como presupuesto necesariamente previo a la inscripción; la notificación únicamente determina el mayor o menor alcance de la cesión frente al deudor, y así lo evidencian no sólo los artículos 1.198 y 1.527 del Código Civil, sino también el propio artículo 151 de la Ley Hipotecaria, que presupone la inscripción de la cesión sin previa notificación, y contempla su ausencia únicamente a los efectos de atribuir la responsabilidad inherente a tal omisión (cfr. además arts. 176 y 242 Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado.

Madrid, 17 de octubre de 2000.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO

En la presente resolución, la DGRN resuelve dos problemas distintos, que nada tienen que ver uno con otro.

Los dos problemas planteados son:

1. Si es posible fijar la responsabilidad hipotecaria por intereses variables con un máximo temporal y cuantitativo, teniendo en cuenta que además, ese máximo podría resultar inferior al resultante de aplicar durante ese período de tres años el tipo máximo previsto para intereses remuneratorios; y si esto no contradice el principio de determinación registral por su falta de exactitud, así como si impide, entonces, la posibilidad de pactar la variabilidad de intereses.

2. Y si es inscribible la renuncia del deudor a ser notificado en la cesión del crédito hipotecario, o por el contrario no cabe esta renuncia por ser la notificación al deudor hipotecario un requisito de constitución y validez de dicha cesión.

1. La determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses es un tema que ha suscitado y suscita un sinnúmero de pronunciamientos de la DGRN. En la presente resolución, el problema no es tanto el límite de la responsabilidad hipotecaria por intereses (vieja polémica), sino el modo en que podemos considerar cumplido el principio de especialidad o determinación registral para expresar la responsabilidad hipotecaria por intereses variables. Es decir, si ese máximo de responsabilidad que la LH nos obliga a fijar, puede hacerse con una cantidad global, o por el contrario debe especificarse algún parámetro más.

El artículo 114 LH establece que deberá fijarse un máximo temporal de responsabilidad hipotecaria (dos o cinco años), y el 222 RH habla de «cantidad global para responder del pago de intereses»; luego, parece que en principio no existe obstáculo para considerar cumplidas las exigencias del principio de determinación registral si en la escritura de constitución de hipoteca se establece una cantidad máxima, de responsabilidad hipotecaria para un período determinado (tres años). En consecuencia, aparece fijada con nitidez a través de dos parámetros: tiempo y cantidad. Siendo sobre todo el límite temporal suficiente para dicha cobertura hipotecaria como se deduce de los artículos fijados.

Así lo ha confirmado la jurisprudencia registral en varias ocasiones. Por ejemplo, la Resolución de 19 de enero de 1996 acepta como garantía hipotecaria una cantidad máxima, que se dice resultante de aplicar el tipo pactado en la escritura; caso parecido al presente donde se establece como responsabilidad hipotecaria, asimismo, una cantidad máxima, y un límite temporal de

tres años, no sobrepasando dicha cantidad la resultante de aplicar el tipo máximo establecido (17 por 100) durante los tres años. Por eso, es aplicable la resolución citada, ya que afirma que «conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, la delimitación de la responsabilidad hipotecaria por intereses en perjuicio de terceros, tiene un límite máximo de cinco años; en ningún caso podrán reclamarse frente a terceros, intereses de más de cinco anualidades. Ahora bien, dentro de este máximo, la Ley posibilita la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien fijando un número de años distinto, dentro del máximo de cinco, que en conjunción con el tipo de interés, ajustado a las exigencias del principio de especialidad, bien fijando, simplemente, una cantidad máxima (que no habrá de exceder del resultado de aplicar el interés establecido, a un período de cinco años —vid. art. 220 RH—); pero en modo alguno se precisa que en este segundo caso dicha cantidad corresponda necesariamente a los intereses de tres anualidades, ni que se especifique el plazo que dicha cantidad, en conjunción con el tipo de interés pactado implica». Obviamente, en el caso que se examina, se cumple perfectamente lo aquí dispuesto, pues no sólo aparece una cantidad máxima, que en principio bastaría, sino que además se establece otro parámetro: el temporal que es de tres años; y dicha cantidad (3.822.000 ptas.) es netamente inferior a la que resultaría de aplicar el tipo máximo previsto en la escritura (17 por 100) al mismo período de tiempo de tres años (serían 10.200.000 ptas.). Luego, se cumple perfectamente la doctrina establecida en la resolución de 19 de enero de 1996, quedando al arbitrio de las partes establecer una responsabilidad máxima por intereses aunque ésta sea muy inferior a la que podría legalmente establecerse. Todo lo cual no contradice los preceptos legales.

Otras resoluciones confirman esta doctrina (1), y la mayor parte de la doctrina también coincide con lo hasta ahora planteado (2). En consecuencia,

(1) Véase Resoluciones 8, 11, 12, 13, 15, 18, 20, 21 de marzo, 1 y 2 de abril, 10 de mayo, 4 y 27 de junio, 27 de septiembre, 23 de octubre y 14 de noviembre de 1996; 14 de enero, 12 de febrero, 17, 18, 19, 20 y 24 de marzo, 16, 22, 29 de abril, 5 de mayo, 4, 10, 11 y 27 de junio, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24 de julio, y 9 y 10 de octubre de 1997; 20 y 21 de enero de 1998.

Igualmente las Resoluciones de 26 de diciembre de 1990, 17 de marzo de 1994 y 24 de abril de 1992: afirman la posibilidad de que la hipoteca garantice intereses variables siempre que se pueda determinar por un factor objetivo y se señale un máximo de responsabilidad, lo que viene a indicar que en el presente caso queda cubierto suficientemente el principio de determinación hipotecaria al aparecer ya una cantidad máxima de cobertura.

Asimismo, de las Resoluciones de 16 y 17 de diciembre de 1996 se puede concluir, también, la idoneidad y debido cumplimiento del principio de especialidad, pues se especifica el número de años y la cantidad total máxima por la que responde la hipoteca, de los cuales se obtiene fácilmente el tipo que sirve de base para ese cálculo, quedando de este modo perfectamente determinados todos los factores que pueden intervenir en el cálculo de la garantía hipotecaria; pues, como dice esta resolución, «aunque aisladamente pudieran producir alguna incertidumbre al respecto (en este caso los años y la cantidad), la necesaria valoración conjunta de todas las cláusulas del negocio calificado y la interpretación de sus cláusulas en el sentido más adecuado para que produzcan sus efectos excluyen cualquier duda sobre su carácter de topes máximos —plenamente adaptados, además, a lo dispuesto en el art. 114 LH—, por cuanto previamente se ha estipulado que los intereses son variables...»

(2) Véase ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 151-152, donde afirma que «cabe que los

no parece existir obstáculo alguno para impedir que se fije el máximo de responsabilidad hipotecaria con una cantidad total, siempre que no supere el límite legal total establecido.

Por otra parte, el hecho de que esa cantidad resulte de aplicar el tipo inicial al período de tres años, tampoco me parece óbice para tratar, entonces, de anular los intereses variables, alegando que son fijos. Eso no es cierto, como bien reconoce la DGRN, ya que el hecho de que se fije ese máximo, no impide que, luego, la cantidad de intereses debida sea mayor o menor (porque suba o baje el tipo), lo único que debe importar es que la finca hipotecada no responda por más de lo establecido (3.822.000 ptas.), independientemente de cómo se haya obtenido esta cantidad, siempre y cuando ésta, y como ya se ha dicho, no supere el límite del artículo 114 LH.

2. En cuanto al segundo de los problemas planteados, habría que pararse a analizar si la notificación al deudor de la cesión en el crédito hipotecario es un requisito de validez de la misma o constitutivo de ésta, de tal forma que si no existe notificación al deudor no puede existir una válida cesión del crédito hipotecario; o, por el contrario, dicha notificación no es elemento fundamental en la cesión de crédito hipotecario, de tal forma que, su ausencia, no impide tal cesión, y si sólo produce algún efecto distinto.

Esta cuestión ha sido tratada ampliamente por la doctrina hipotecaria, y de forma mayoritaria, se inclinan por pensar que la notificación al deudor no es elemento o requisito *sine qua non* de la validez de la cesión del crédito hipotecario. Más bien, consideran que la notificación al deudor puede hacerse o no hacerse, y si se hace el deudor queda vinculado con el nuevo acreedor, mientras que si no se hace continúa obligado con el antiguo acreedor. Por lo tanto, la notificación al deudor es un requisito de eficacia frente al deudor, y sólo a él incumbe (3).

intereses se garanticen simplemente fijando un tipo de interés máximo o tope y un plazo de cobertura o bien, fijando una cantidad máxima con tal de que no sobrepasen el resultado de aplicar el tipo máximo establecido a un período de cinco años, sin necesidad, en el segundo supuesto, de que se especifique que esta suma corresponde a un plazo». AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 113: La garantía hipotecaria por intereses frente a terceros, cuando aquéllos sean variables, puede hacerse refiriéndose a un máximo temporal con máximo porcentual (intereses de... años hasta un máximo del... por ciento anual), a un máximo temporal con máximo de aumento (intereses de... años hasta un máximo anual... puntos superior al inicial pactado), o a un máximo temporal con cantidad máxima (intereses de... años hasta un máximo de... ptas.); pero lo que no parece posible es prescindir de la primera determinación temporal, o sea, de los años de devengo que se aseguran, y fijar sólo una cantidad...»

(3) Cfr. ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, tomo VIII, ob. cit., págs. 1033 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios de Derecho hipotecario*, Ed. Marcial Pons, 1994, págs. 1575 y sigs.; BLASCO GASCO, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 357 y sigs.; AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, ob. cit., 194: «aunque los artículos 149 LH y 242 RH exigen esa notificación (de la cesión, al deudor), no lo hacen como requisito de validez, sino de vinculación del deudor con el nuevo acreedor»; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 590: «sin que la notificación (al deudor) afecte o no a la validez de la cesión realizada, dado que ésta puede hacerse aun contra el consentimiento del deudor, ya que el alcance y la trascendencia de la notificación no es otro, que el de obligar al deudor con el nuevo acreedor, de forma, que no se reputará pago legítimo

Estoy completamente de acuerdo con esta opinión doctrinal, ya que los artículos 149, 151 LH, sólo se entienden si consideramos que la notificación es un simple requisito de eficacia frente al deudor, complementados por los artículos 242 y 243 RH. De ellos se deduce que la falta de notificación no invalida dicha cesión, pues ésta sigue existiendo sólo que con efectos diferentes. Así se deduce del tenor literal del artículo 151 LH, que parece admitir la existencia y posibilidad de dos tipos de cesiones diferenciadas: las cesiones con notificación al deudor y aquéllas en las que dicha notificación no se produce, pues parece la interpretación más acertada de la frase «en los casos en que deba hacerse» (la notificación). Además, en este artículo se establece la diferencia de efectos que produce uno u otro tipo de cesión, al decir que cuando no exista notificación, el cedente será responsable de los perjuicios que dicha falta produzca al cesionario; y estos perjuicios no son sino la falta de vinculación del deudor con el nuevo acreedor, pero en ningún caso se habla de invalidez o no constitución de la cesión.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia registral (STS de 27 de febrero de 1891, 5 de enero de 1949, 28 de octubre de 1957).

La notificación se constituye, de este modo, en un requisito de eficacia, pero no de validez o constitución del crédito; luego, y en principio, su ausencia (aunque se deba a una previa renuncia), no puede considerarse como falta de un elemento esencial del negocio de cesión que derive en su imposibilidad de inscripción.

Es más, la renuncia del deudor a ser notificado debe inscribirse. Y esto es así porque, como ya he dicho, la falta de notificación al deudor modifica los efectos de la cesión, de manera que impide la vinculación del deudor con el nuevo acreedor. Pero, si la falta de notificación se debe a la renuncia del deudor a que se le comunique este hecho, como expresamente admite el artículo 242 RH, la alta de vinculación del deudor con el nuevo acreedor no parece admisible sin más, ya que esta renuncia supondría entonces un grave perjuicio para el nuevo acreedor. Entonces, desde la lógica más objetiva, cuando es el propio deudor quien renuncia a ser notificado, no parece admisible que con esa renuncia se libere, sin más, ignorando el nuevo o sucesivo acreedor, pudiendo además, como dice el artículo 176 RH (para los casos en los que falta la notificación de la cesión al deudor), cancelar la inscripción de dicho crédito hipotecario cedido con el documento acreditativo del pago (hecho al cedente); sino que parece que en caso de renuncia que aparezca inscrita en el Registro, este deudor tampoco debería poder cancelar esa inscripción de cesión de crédito hipotecario, y debería éste averiguar quién es el nuevo acreedor y si el pago que realiza le libera o no. Esto mismo mantiene AVILA NAVARRO (4) al decir que «la renuncia debe ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad para enervar los efectos cancelatorios del artículo 176 RH: según este precepto, la cancelación de la hipoteca por un erróneo pago del deudor al cedente del crédito sólo procede “cuando no constare en

desde ese instante el que hiciese a favor del cedente»; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, H., «Comentario a la STS de 12 marzo 1985», en *CCJC*, núm. 8, abril-agosto 1985, pág. 2532: este autor suscribe las palabras de Roca Sastre cuando afirma que la notificación al deudor no es requisito esencial para que tenga lugar la cesión, sino sólo necesaria para que produzca efectos respecto del deudor.

(4) AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, ob. cit., págs. 194-195.

el Registro que se ha dado conocimiento al deudor" de la cesión; es lógico entender que tampoco procede cuando conste en el Registro la renuncia a la notificación. Esa renuncia del derecho a ser notificado de la cesión obliga al deudor a averiguar si la persona a la que paga es el verdadero acreedor; pero en esa averiguación no debe llegar más lejos de lo que publique el Registro de la Propiedad» (5).

Luego, parece ser que el pacto por el que el deudor renuncia a ser notificado, no sólo no impide la inscripción de la cesión (pues su consecuencia directa, que es la falta de notificación, no supone la falta de ningún elemento esencial del negocio de cesión, ya que la cesión no notificada pero inscrita es válida, aunque el deudor se libere pagando al primitivo acreedor); sino que, además, parece ser necesaria y oportuna para que el deudor quede obligado a conocer a su nuevo acreedor de los datos que se publican en el Registro. En este sentido se manifiesta también el auto de TSJC, de 25 de octubre de 1993, al afirmar que la renuncia del derecho a ser notificado el deudor de la cesión de crédito hipotecario, aunque tiene efectos obligacionales, según se desprende del artículo 151 LH, también es evidente su posterior trascendencia real cuando la posible cesión del crédito hipotecario llegue al Registro de acuerdo con lo previsto en el artículo 149 LH.

Y, por último, si la notificación sólo produce efectos para el deudor, y no para los terceros (pues es la inscripción de la cesión lo que la hace oponible frente a todos y no la notificación al deudor) (6), no podemos entender que el registrador rechace la inscripción de esa renuncia, pues no pueden mantenerse sus argumentos de que si no hay notificación no hay eficacia frente a terceros, y si ésta falta no hay eficacia real y por tanto no debe inscribirse esa escritura de renuncia.

M. G. R. A.

(5) En el mismo sentido se manifiesta Roca Sastre. Véase ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, ob. cit., pág. 570: «Con la renuncia, el deudor se compromete a satisfacer el crédito al que resulte ser el verdadero acreedor en el momento del pago; esto impone la necesidad de averiguar si reúne esta cualidad la persona que le exija o a quien se proponga efectuar el pago...»

(6) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, ob. cit., pág. 566: «La inscripción de la cesión sólo es requisito necesario para que ésta produzca efectos contra terceros. El artículo 1.526, párrafo 2.º del Código Civil, establece que la cesión de créditos referentes a inmuebles no surtirán efecto contra tercero sino desde la fecha de su inscripción en el Registro». CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios de Derecho hipotecario*, ob. cit., págs. 1585-86. BLASCO GASCO, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, ob. cit., págs. 375 y 376. Este autor afirma, al igual que los anteriores, que «ni la forma exigida (escritura pública), ni la notificación al deudor, ni la inscripción registral tienen carácter constitutivo», añadiendo que el requisito exigido en el artículo 1.256 del Código Civil, de inscripción registral, hay que entenderlo «en sus efectos con relación a terceros, puesto que en esta materia el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa de que la inscripción es meramente declarativa y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública».

En el mismo sentido encontramos las SSTs de 29 de junio de 1989, 16 de octubre de 1982, 11 de octubre de 1983, 23 de octubre de 1984). Y Resolución de 22 de diciembre de 1945.

URBANIZACION PRIVADA. ESTATUTOS. TRACTO SUCESIVO.—INSCRITAS LAS PARCELAS PROCEDENTES POR SEGREGACION DE OTRA HABIENDOSE DESISTIDO EN SU DIA POR EL OTORGANTE DE LA INSCRIPCION DE UNA SERVIDUMBRE Y DE LOS ESTATUTOS POR LOS QUE SE ESTABLECIA UN REGIMEN SIMILAR AL DE PROPIEDAD HORIZONTAL NO PUEDE PRACTICARSE AHORA LA INSCRIPCION DE TAL ESCRITURA CUANDO FIGURAN LAS PARCELAS SEGREGADAS INSCRITAS A NOMBRE DE PERSONAS DISTINTAS DEL OTORGANTE DE LA ESCRITURA AL SER IMPRESCINDIBLE EL CONSENTIMIENTO UNANIME DE TODOS LOS PROPIETARIOS DE LAS PARCELAS AFECTADAS. (RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 2001. BOE DE 18 DE ABRIL DE 2001).

RESOLUCION de 5 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la comunidad de propietarios de la urbanización «Ciudad Santo Domingo», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Algete, don Reinaldo Vázquez de Lapuerta, a inscribir una servidumbre y los Estatutos de la citada comunidad en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Roberto de Hoyos Mencía, en representación de la comunidad de propietarios de la urbanización «Ciudad Santo Domingo», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Algete, don Reinaldo Vázquez de Lapuerta, a inscribir una servidumbre y los Estatutos de la citada comunidad en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En escritura otorgada el día 22 de julio de 1970 ante el Notario de Madrid, don Enrique Giménez-Arnau y Gran, la entidad «Fomento Inmobiliario y Urbanización, Sociedad Anónima», segrega de una finca de su propiedad 878 parcelas con el objeto de venderlas y formar una urbanización denominada «Ciudad Santo Domingo», con un sistema análogo al régimen de propiedad horizontal, estableciendo los Estatutos por los que había de regirse, una servidumbre en provecho de las parcelas en orden al uso y utilización de los servicios y elementos comunes de la urbanización (apartado 5.º del otorgamiento), inscribiéndose la segregación de las parcelas, pero no la servidumbre ni los Estatutos por renuncia expresa del presentante del documento. En instancia inscrita el día 15 de julio de 1997 por don Emilio Tato Pla en representación de la comunidad de propietarios de la urbanización «Ciudad Santo Domingo», se solicita del Registrador de la Propiedad la inscripción completa de la escritura de segregación.

II. Presentada copia de la escritura de 22 de julio de 1970, en unión de la instancia suscrita el día 15 de julio de 1997 en el Registro de la Propiedad de Algete, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada a las once horas del día de hoy, segunda copia de la escritura otorgada en Madrid, el día 22 de julio de 1970, ante el Notario don Enrique G. Arnau y Gran, número 4.391 de su protocolo: No se practica inscripción alguna. En cuanto a otorgan 1.º y 2.º por estar ya inscritos en virtud de primera copia presentada a las once horas del día 23 de abril de 1971. No obstante el otorgan 10 por instancia suscrita en Madrid para Alcalá de Henares por don José Luis Kosmos Figueroa, el 11 de mayo de 1971, expresamente se solicitó la no inscripción de los Estatutos ni de los estipulados en el apartado 5.º de la parte dispositiva.

Respecto a estas operaciones se deniega la inscripción. La servidumbre, bien por estar declarada y sin constituir como se estimó en 1971 y que realmente forma parte del régimen estatutario, bien por faltar el consentimiento de los titulares de los predios dominantes a los que además de derechos, cuya aceptación también es necesaria, no sólo porque para adquirir un derecho se necesita el consentimiento de los adquirentes sino también les atribuye obligaciones y establece el reparto entre ellos de las cargas. Los Estatutos de la comunidad de propietarios de «Ciudad Santo Domingo»: 1) Por no ser éste el Registro adecuado, tanto si se trata de una sociedad civil con personalidad jurídica, como dice el artículo 6.º de los mismos, como si se trata de una entidad urbanística, como puede deducirse de otros artículos (vía de apremio, remisiones a legislación urbanística). 2) Si se conceptuase como un régimen de propiedad análogo al de propiedad horizontal (urbanización, servicios esenciales, elementos comunes y privados, integración obligatoria, subrogación, cuotas...) no puede inscribirse sin el consentimiento unánime de todos los afectados, las parcelas están prácticamente todas inscritas a nombre de terceros (arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria). Contra esta calificación cabe recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de cuatro meses. Algete, a 2 de febrero de 1998. El Registrador». Firma ilegible.

III. El Procurador de los Tribunales, don Roberto de Hoyos Mencía, en representación de la comunidad de propietarios de la urbanización «Ciudad Santo Domingo» interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó: Que los Estatutos de la comunidad son parte inseparable de la escritura de segregación, confirman la vida social de los comuneros e instituyen derechos reales. Como se desprende de numerosos artículos de los mencionados Estatutos. Dichos preceptos contienen reglas que afectan al contenido y ejercicio del núcleo de la propiedad misma de todos los comuneros de la urbanización, tanto de su dominio privativo como en relación con los bienes y derechos de propiedad colectiva de la urbanización, siendo un hecho doctrinal y jurisprudencialmente aceptado al aplicar a las urbanizaciones de carácter privado la técnica de la propiedad horizontal «tumbada» de la Ley de 21 de julio de 1960, y este tipo de urbanizaciones privadas constituyen una unidad orgánica que no se pierde por el hecho de que sucesivamente se vayan formando parcelas con el carácter de fincas independientes y sobre las que se establecen no sólo derechos y obligaciones frente a los elementos comunes (viales, servicios...) sino también auténticas servidumbres en que cada parcela es predio dominante y predio sirviente simultáneamente bajo estas condiciones el acceso registral de estas situaciones es esencial para la publicidad y seguridad jurídica del tráfico civil y patrimonial. Por lo demás, la constatación registral de los Estatutos en estas urbanizaciones se ha convertido en una cláusula de estilo, dando con ello publicidad registral no sólo a las relaciones entre comuneros, sino también con respecto a terceros adquirentes o contratantes. Abundando en esta dirección, y en lo que a la comunidad de propietarios «Ciudad Santo Domingo» se refiere, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1985, ha reconocido el carácter de tal entidad a esa sociedad civil. Que en cuanto a la necesidad de consentimiento de todos los propietarios para practicar la inscripción solicitada, hay que tener en cuenta que una de las preocupaciones fundamentales de la legislación hipotecaria ha sido la de perseguir la mayor exactitud en los libros del Registro de la Propiedad, de modo que éstos reflejen en todo momento la

verdadera situación de los inmuebles y de los derechos reales que les afecten. Los Estatutos de la comunidad «Ciudad Santo Domingo» forman parte del título constitutivo de la propiedad horizontal en que ésta se organiza, y una vez inscritos dan publicidad a las relaciones entre comuneros y afectan a terceros adquirentes, de ahí la necesidad de la concordancia del Registro con la realidad jurídica, porque de prescindirse de esa publicidad, la seguridad jurídica, como principio jurídico-constitucional se resentiría hasta el extremo de convertir la relación entre comuneros o de terceros con éstos y con la comunidad en una simple apariencia de hecho, de manera que la inscripción de los Estatutos no perjudica los derechos de terceros, sino que les favorecería porque así les permitiría conocer la auténtica situación jurídico-urbanística de la comunidad. No puede mantenerse sin más que la inscripción sólo podría realizarse con el consentimiento unánime de todos los afectados, ya que ello resultaría imposible al tratarse de una urbanización donde los títulos de propiedad son cerca del millar, de ahí que haya de acudir a los procedimientos previstos por la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario para subsanar estas discrepancias entre Registro y realidad material (arts. 198, 39 y 40 y 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, y 314 a 335 y 595 del Reglamento Hipotecario).

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que estamos ante un supuesto de inexactitud registral del artículo 39 de la Ley Hipotecaria y para cuya rectificación el recurrente volvió a presentar otra copia de la escritura para que se tomara razón de ella en el Registro por la vía del artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria, pero el propio precepto señala que dicha toma de razón se hará si «hubiera lugar a ello» y en el presente caso no procede por aplicación de los principios de prioridad y tracto sucesivo (arts. 17 y 20 de la Ley Hipotecaria). Desde 1971 hasta la fecha se han inscrito varias miles de titularidades que impiden el acceso del título cronológicamente anterior. En muchos de los títulos de los adquirentes se arrastró el sometimiento a los Estatutos, pero en otro no, por lo que habrá de denegar la inscripción solicitada conforme al artículo 20.2 de la Ley Hipotecaria. Que el propio artículo 40 de la Ley Hipotecaria establece que «en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigió la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar concede algún derecho» y «en ningún caso la rectificación (...) perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto» y si el Juez en su sentencia no puede vulnerar los derechos de tercero, menos puede hacerlo el Registrador en un procedimiento en que no se da audiencia a dicho tercero, y esta misma solución la confirma el artículo 5.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. Las fincas segregadas lo han sido sin sujeción a ningún tipo de régimen de propiedad horizontal, por lo que no podrían inscribirse los Estatutos en la matriz residual si dicha inscripción no va acompañada de una modificación de todas las demás fincas, ya que dicha inscripción representaría una alteración de los derechos inscritos.

V. El Notario Archivero sustituto permanente de Madrid, don Jaime García Rosendo y García informó que en la escritura de fecha 22 de julio de 1970 no se aprecian defectos de redacción o autorización.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el hecho de que en su momento el presentante de la escritura renunciase a la inscripción de los Estatutos de la comunidad, no puede vincular la situación jurídica de los futuros propietarios de la urbanización, ya que el artículo 6.2 del Código Civil sólo admite la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos cuando se perjudique a terceros y en este caso existen terceros perjudicados que no pueden seguir privados de los Estatutos que rigen sus relaciones y con terceras personas. Que en cuanto a que la inscripción podría representar una alteración de los derechos inscritos, a ello hay que oponer el que precisamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, al sentar los principios de prioridad y tracto con carácter general, admite por las vías establecidas en los artículos 39, 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, y 314 a 331 del Reglamento Hipotecario, el subsanar el rigor del tracto cuando ello sea necesario para concordar el Registro con la realidad, y lo contrario haría que se tuviesen que soportar situaciones de desigualdad ante la seguridad jurídica que el Registro de la Propiedad como poder público debe otorgar y en los términos en que está recogida en el artículo 9.3 en relación con los artículos 14 y 24 de la Constitución Española.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 392 y siguientes del Código Civil, la Ley de Propiedad Horizontal, los artículos 20 y 32 de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de este Centro Directivo de 27 de junio de 1986.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes:

Con fecha 22 de julio de 1970 se otorga por el titular registral de una finca, escritura pública por la que se segregan 878 parcelas, estableciéndose un sistema análogo al de propiedad horizontal, con sus correspondientes Estatutos.

Se inscriben en el Registro las correspondientes parcelas, pero en aquel momento se renuncia a la inscripción de los Estatutos.

En 1997, el «Presidente de la Junta gestora de la comunidad de propietarios», una vez vendidas las parcelas segregadas, solicita la inscripción de los Estatutos referidos, así como las cargas y servidumbres establecidos en la escritura anteriormente referida, que no se inscribieron en su momento por renuncia del solicitante.

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción:

«1) Por no ser éste el Registro adecuado, tanto si se trata de una sociedad civil con personalidad jurídica, como dice el artículo 6.º de los mismos (Estatutos), como si se trata de una entidad urbanística como puede deducirse de otros artículos (vía de apremio, remisiones a legislación urbanística).

2) Si se conceptuase como un régimen de propiedad análogo al de propiedad horizontal (urbanización, servicios esenciales, elementos comunes y privados, integración obligatoria, subrogación, cuotas...) no puede inscribirse sin el consentimiento unánime de todos los afectados, las parcelas están prácticamente todas inscritas a nombre de terceros (arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria).»

El Presidente del Tribunal Superior confirma la calificación.

2. Dejando a un lado, por irrelevante, el problema de la configuración jurídica del órgano gestor, que no atañe al Registro de la Propiedad y, en cuanto a la denegación de la inscripción de los Estatutos, ha de confirmarse la calificación. En efecto, segregadas distintas parcelas y vendidas a diversas

personas, el régimen estatutario establecido respecto a la propiedad y uso de elementos y servicios comunes y a las cargas que deben soportar las parcelas por pertenecer a una comunidad, necesita inexcusablemente para su eficacia frente a los propietarios afectados y, en consecuencia, para su acceso al Registro, el consentimiento unánime de todos ellos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, en la forma que resulta de los anteriores fundamentos.

Madrid, 5 de marzo de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monis Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario se centra en que *«una vez segregadas distintas parcelas y vendidas a diversas personas, el régimen estatutario establecido respecto a la propiedad y uso de elementos y servicios comunes y a las cargas que deben soportar las parcelas por pertenecer a una comunidad, necesita inexcusablemente, para su eficacia frente a los propietarios afectados y, en consecuencia, para su acceso al Registro, el consentimiento unánime de todos ellos»*.

La doctrina de la presente resolución sigue la línea mantenida en Resoluciones anteriores (Resolución de 5 de septiembre de 1988) (1), esto es, que los Estatutos de una comunidad de propietarios sólo accederán al Registro de la Propiedad con el consentimiento unánime de todos ellos.

Lo curioso de esta Resolución se centra en varias cuestiones, principalmente en que estamos ante lo que la doctrina denomina un supuesto de propiedad horizontal tumbada, o una urbanización, que en su momento, al constituirse en la Comunidad de propietarios, esto es, al segregarse las distintas parcelas (un total de 878) no se procedió a la inscripción de los Estatutos que iban a regir la misma, y que, además, se desea proceder a su inscripción sólo cuando las fincas segregadas ya han pasado a poder de diferentes propietarios («las parcelas están prácticamente todas inscritas a nombre de terceros»). De ahí que sea necesario detenernos brevemente en dos cuestiones: el régimen y naturaleza jurídica de lo que conocemos por urbanización, y la importancia de los Estatutos en este tipo especial de copropiedad.

El régimen de las urbanizaciones o propiedad horizontal tumbada se forma por la integración en un conjunto inmobiliario de varios edificios o unidades inmobiliarias situadas en distintas parcelas.

De la misma manera que cada edificio tiene elementos comunes que comparten los propietarios del mismo, los distintos edificios integrados en la urbanización comparten, a su vez, determinados elementos que se han de considerar comunes a todos los propietarios de la urbanización (viales, zonas

(1) Por poner un ejemplo, vid. la Resolución de 5 de septiembre de 1988, que afirma que para la inscripción de los Estatutos y su modificación se requiere el consentimiento unánime de los copropietarios.

verdes, piscinas, pasajes...). Los derechos de copropiedad sobre dichos elementos comunes hacen surgir la figura de la supracomunidad en la que se integran todos los propietarios de la urbanización.

Como veremos seguidamente, esta figura carece de regulación legal propia, aunque no de reconocimiento jurisprudencial.

También se han apuntado diversas alternativas sobre la naturaleza jurídica de las urbanizaciones, pues éstas pueden constituirse a través de entidades urbanísticas colaboradoras, cooperativas, servidumbres recíprocas (2), sociedades civiles y derechos subjetivamente reales. Aunque en la Resolución objeto de comentario, por expresa decisión de la Dirección General no entra, y así se señala en el segundo Fundamento de Derecho, se «deja a un lado, por irrelevante, la configuración jurídica del órgano gestor», en el F. J. Primero, previamente reconocía que «el Registrador de la Propiedad deniega la inscripción: 1) Por no ser éste el Registro adecuado, tanto si se trata de una sociedad civil con personalidad jurídica, como dice el artículo 6.º de los mismos (Estatutos), como si se trata de una entidad urbanística, como puede deducirse de otros artículos (vía de apremio, remisiones a la legislación urbanística). 2) Si se conceptuase como un régimen de propiedad análogo al de propiedad horizontal (urbanización, servicios esenciales, elementos comunes y privados, integración obligatoria, subrogación cuotas...) no puede inscribirse sin el consentimiento unánime de todos los afectados...»

En cuanto a los Estatutos cabe señalar que se componen de normas complementarias a la constitución del régimen, en este caso de la comunidad, que han de ser consideradas como los principios rectores de la comunidad constituida. Lo normal es que estos estatutos se contengan en la propia escritura de constitución de la urbanización, y que la misma acceda al Registro en el mismo momento en que se produce la constitución de la urbanización tras la segregación de las parcelas, pero en este caso se renunció a su inscripción.

La facultad de otorgar los estatutos corresponde, como regla general, a los propietarios, mediante acuerdo, o bien, más frecuentemente, y consideramos que se trata del supuesto que nos ocupa, a las personas o entidades promotoras de la urbanización *mientras sean titulares o propietarios únicos de las fincas o de las parcelas segregadas*. En todo caso, la aprobación y modificación de los estatutos requiere la *unanimidad de todos los propietarios* (art. 13 y 16 LPH).

Como es sabido, los Estatutos pueden acceder al Registro de la Propiedad (art. 5 LPH), y los efectos frente a terceros adquirentes, si la finca está inscrita, pero los estatutos no, conlleva que no pueden perjudicarles, salvo que se pruebe que los conocían.

Entrando en el análisis de la Resolución, el primer punto a destacar se centra en que es cierto que los Estatutos de la Comunidad confirman la vida social de los comuneros e instituyen derechos reales, como bien dice la parte recurrente, y que se debe aplicar a la urbanización —siendo aceptado juris-

(2) En el texto de la resolución se hace especial énfasis, por la parte recurrente, de la existencia de *servidumbres recíprocas*: donde existen varios predios dominantes de idéntico contenido y con disfrute conjunto. Se rige por las normas de la comunidad (art. 392 del Código Civil) y es el supuesto típico de urbanizaciones privadas en que se establecen pasos comunes que se regulan convenientemente: precisamente en los Estatutos, de ahí el interés en su inscripción, aunque tarde.

prudencialmente— la técnica de la propiedad horizontal tumbada, esto es, la Ley de Propiedad Horizontal (3).

También es cierta la afirmación de la recurrente de la necesidad de concordancia entre el Registro con la realidad jurídica, si bien es *superior* el interés de los propios interesados afectados, quienes han comprado un dominio pleno sin conocimiento de las posibles servidumbres o cargas que se establecen por vía estatutaria.

No olvidemos que las fincas segregadas lo han sido «*sin sujeción a ningún régimen de propiedad horizontal, por lo que no podrían inscribirse los Estatutos en la matriz residual si dicha inscripción no va acompañada de una modificación de todas las demás fincas, ya que dicha inscripción representaría una alteración de los derechos inscritos*», como en defensa de su nota informó el Registrador de la Propiedad.

Es evidente, como desde el principio afirma el Registrador en su calificación, que tanto para adquirir derechos como para asumir las obligaciones y cargas que se introducen en todos los Estatutos de Comunidades, el adquirente tiene que otorgar su consentimiento, esto es, su sometimiento a los mismos. Y precisamente en dichos Estatutos, según se deduce del Fundamento de Derecho Primero, en los mismos se establecen «cargas y servidumbres». No es posible proceder a la inscripción de los Estatutos de la Comunidad cuando los adquirentes han comprado las parcelas sin existir ningún Estatuto o por lo menos sin conocimiento del mismo, y sobre todo, deduciéndose que han comprado el dominio de su finca de manera plena sin cargas ni servidumbres que en ningún lugar constaban.

De proceder a la inscripción posterior de los Estatutos conllevaría la contravención del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, puesto que dicho título puede llevar aparejados gravámenes o modificaciones del dominio que ostentan en el momento de la inscripción otros terceros. De ahí el consentimiento necesario de los «afectados» por los Estatutos.

(3) Vid., por ejemplo, últimamente, la *sentencia de 26 de junio de 1995*, cuya doctrina señala que «...se admite, en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización. Cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento —a falta de regulación específica de la segunda— al régimen de la LPH, sin que exista inconveniente legal ni jurisprudencial en admitir que la defensa de aquellos intereses comunitarios que, por extravasar los propios y exclusivos de cada edificio, afecten a la generalidad o a una gran mayoría de los componentes del conjunto urbanístico pueda asumirla la expresada comunidad de la urbanización». O la *sentencia de 5 de julio de 1996*, donde se establece que «...La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene reconocida la validez de las supracomunidades; tanto doctrinal como jurisprudencialmente se admite en el caso de las urbanizaciones la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración, la propia y exclusiva de cada edificio y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas en cuanto a su organización y funcionamiento (a falta de una organización específica la segunda), no a la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, sino al régimen de la LPH, de 21 de julio de 1960. La urbanización se registrará primero por sus estatutos; si no existen o para complementarlos por la LPH, aplicada de modo analógico; y también puede registrarse, si así se establece expresamente, creando una asociación, cual ocurre en el caso debatido».

Pero es que, además, no cabe hablar de rectificación del Registro de la Propiedad, en base al artículo 40 de la Ley Hipotecaria, porque precisamente no hay ningún asiento *erróneo* (condición indispensable para cualquier rectificación), simplemente en su momento se *renunció expresamente* a que dichos Estatutos accedieran en el momento de la segregación de las parcelas al Registro. Y quien renunció estaba legitimado para hacerlo, pues era el presentante del título en el Registro.

Según se desprende del texto del Hecho IV, además «en muchos de los títulos de los adquirentes se arrastró el sometimiento a los Estatutos, pero en otros no, por lo que habrá de denegar la inscripción solicitada...» De manera que, como ya hemos indicado, los Estatutos son desconocidos por cierto sector de los afectados.

ADQUISICION PREFERENTE. REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION COMO DERECHO REAL.—NO CABE LA INSCRIPCION DE UN DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE CUYO CARACTER REAL NO SE ESTABLECE EXPRESAMENTE NI SE DEDUCE INDISCUTIBLEMENTE DE LOS PACTOS DEL CONTRATO, POR LO QUE SU CONTRAVENCION NO PRODUCIRA MAS EFECTO QUE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS, LO QUE LE PRIVA DE EFICACIA «ERGA OMNES», CARACTERISTICA ESENCIAL DE LOS DERECHOS REALES UNICOS, SALVO PREFERENCIA LEGAL QUE PUEDEN TENER ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. (RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2001. BOE de 18-4-2001).

RESOLUCION de 6 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueal Otín, a inscribir una escritura de elevación a público de contrato de derecho de adquisición preferente, en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Alicia Martínez Villoslada, en nombre de «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueal Otín, a inscribir una escritura de elevación a público de contrato de derecho de adquisición preferente, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. Con fecha 11 de diciembre de 1985, «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», suscribió con la entidad «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», un contrato privado, denominado «Contrato de derecho de adquisición preferente», en el que la segunda concedía a la primera un derecho de adquisición preferente sobre una finca urbana. En el citado contrato se establecieron las siguientes cláusulas: Segunda.—El derecho de adquisición preferente pactado en la forma establecida en la estipulación primera mantendrá su posibilidad de ejercicio en cualquier momento en que por parte de «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», se adopte la decisión de vender, por ser ésta la condición a que queda sometido su ejercicio y siempre que «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», siga siendo propie-

taria del resto del edificio. Y ello, en todo caso, y especialmente aun cuando la finca objeto de este contrato fuese arrendada, hipotecada o gravada, en todo o en parte. Tercera.—La concesión del presente derecho de adquisición preferente alcanzará en su cumplimiento y obligatoriedad no sólo a los actuales accionistas de la entidad propietaria de la finca, «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», sino también cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que por cualquier causa o motivo pudieren constituirse como nuevos socios y accionistas de dicha entidad. En consecuencia, la entidad mercantil «C. Valdecantos, Sociedad Anónima» quedará obligada por el presente documento, cualesquiera que sean los titulares de sus acciones en el futuro, que por cualquier título, oneroso o gratuito, o bien *mortis causa*, que pudieran convertirse en accionistas de la actual entidad propietaria de la finca... Séptima.—Queda expresamente convenido por ambas partes el que si por cualquier título, causa o derecho, la finca objeto del presente contrato se convirtiera en «cosa común», es decir, que perteneciera a varios «condueños» o «propietarios comunes», a todos ellos, en junto e individualmente, alcanzará y será de obligado cumplimiento el derecho de adquisición preferente recogido en este contrato.

También se manifiesta en el referido contrato que «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», no tiene inconveniente en conceder a «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», un derecho de adquisición preferente sobre la finca urbana de su propiedad, habida cuenta que la misma ha comprado las demás plantas o locales del mismo edificio, en virtud de la segregación por escritura otorgada el 11 de diciembre de 1985, ante el Notario de Madrid, don Manuel de la Cámara Alvarez.

En autos de juicio declarativo de menor cuantía 1273/90, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Madrid, a instancia de «Prosegur, Sociedad Anónima», contra «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», fue dictada sentencia con fecha 23 de septiembre de 1991, en la que se condenaba a la demandada a elevar a escritura pública el contrato privado referido, la cual fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid.

El 4 de febrero de 1998, mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don M. Alfonso González Delso, se procedió a la elevación a público del contrato privado de derecho de adquisición preferente, interviniendo en sustitución de la demandada el ilustrísimo señor Juez del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Madrid.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número 2, de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Escritura otorgada ante el Notario, don M. Alfonso Delso, el 4 de febrero de 1998, número 520 de protocolo, presentada bajo el asiento 529 del diario 72. Notificada calificación desfavorable, fue retirada el 13 de marzo. Devuelto hoy, 29 de abril, y prorrogado el asiento conforme el artículo 97 del Reglamento Hipotecario, se solicita nota de calificación al pie del título. Denegada la inscripción del precedente documento porque para que los derechos de preferente adquisición cerrados por vía convencional puedan tener acceso al Registro, es necesario que tengan las características de derecho real, pues si no, aun estando inscritos, podrían ser cancelados de acuerdo con lo determinado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de septiembre de 1974. Y para que tenga el carácter de derecho real ha de contener los requisitos que se deducen de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de enero de 1927 y 20 de

septiembre de 1966. Y en el presente caso no se dan esos requisitos, pues la duración es indefinida y no pueden crearse vinculaciones ni prohibiciones de disponer. Este derecho no podría ejercitarse más que en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil. Y que siempre que la finca fuese enajenada sin el permiso correspondiente pudiera el titular del derecho de preferente adquisición ejercitar su derecho contra el adquirente subrogándose en su lugar. Dado el carácter insubsanable del defecto, no procede tomar anotación preventiva. Contra esta nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de cuatro meses, en los términos establecidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, y 112 y siguientes de su Reglamento. Madrid, 29 de abril de 1998.—El Registrador. Francisco Borrueal Otín».

III. La Procuradora de los Tribunales, doña Alicia Martínez Villoslada, en representación de «Prosegur, Compañía de Seguros, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: I: Que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, así como sus concordantes del Reglamento Hipotecario (arts. 7 y sigs.) y demás legislación española, siguen en materia de derechos reales inscribibles un sistema de *numerus apertus*. Que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sigue la teoría del *numerus apertus*, no obstante, restringir la creación de los mismos, limitando la facultad de constituir cualquier relación jurídica civil. 3.º Que el derecho de adquisición preferente citado contiene todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para que se reconozca su naturaleza real y su acceso al Registro de la Propiedad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria, y 7 y 9 de su Reglamento, así como las Resoluciones de este Centro Directivo de 4 de enero de 1927, 20 de septiembre de 1966 y 19 de septiembre de 1974.

1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si es inscribible un derecho de adquisición preferente, similar al tanteo, cuando en el documento privado, que después se elevó a público por sentencia, no se dice que tenga carácter real, ni se establece que será inscribible, ni se expresan las consecuencias del acto para el caso de que se realice la venta contraviniendo la notificación pactada.

2. Es indudable que, en un sistema como el español, en que se establece el *numerus apertus*, de los derechos reales, una de las cuestiones más difíciles de resolver, en el caso de un derecho atípico, o que puede configurarse indistintamente como real o personal, como el que se contempla en el presente supuesto, es la de determinar el carácter del derecho convenido.

3. Estableciéndose un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo, para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues, ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1.462.2 y 1.464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el

derecho así configurado carecerá de eficacia *erga omnes*, que es una característica esencial del derecho real.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto Presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 6 de marzo de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monis Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

La Resolución objeto de análisis trae a colación un conjunto de problemas clásicos, examinados por la doctrina científica y jurisprudencial, sin olvidarnos de la interesante jurisprudencia registral creada al respecto. La doctrina que se deduce de la presente Resolución no se aparta de la línea mantenida por dicha jurisprudencia y se centra en que *«para que un derecho de tanteo convencional sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues, ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato. Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia "erga omnes", que es una característica esencial del derecho real»*.

Así pues, de la presente Resolución consideramos que son objeto de interesante y justificado análisis, los siguientes puntos:

I. Naturaleza del derecho de adquisición preferente o tanteo convencional. Carácter obligacional o real del mismo.

II. Relación entre la configuración real del derecho de tanteo convencional y el sistema de *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento jurídico.

III. Inscripción de los derechos reales.

En relación con el primero de los puntos a analizar cabe recordar que por virtud de los derechos de tanteo y retracto se confiere a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla (tanteo: comprar por el tanto), o cuando la enajena, efectivamente, a un tercero (retracto). Así pues, el derecho de tanteo consiste en una simple facultad de adquisición, que determina la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica.

Ocurre, sin embargo, que el titular de estos derechos puede hacerlos efectivos no sólo contra la persona a quien el propietario ha enajenado la cosa, sino también frente a los sucesivos adquirentes de la misma, es decir, como afirma el Código Civil, «contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador» (art. 1.510 del Código Civil). Precisamente en esta eficacia frente a

terceros del derecho de adquisición se ha fundado un sector de la doctrina para atribuir a esta figura el carácter de derecho real.

A juicio de Díez Picazo (1) los derechos de tanteo y retracto son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto en ningún caso confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial más reciente, cabe señalar lo establecido en la sentencia de 3 de marzo de 1995 (2), que mantiene la siguiente doctrina: «...la categoría de derecho real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad, sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica y una serie de características, como la de inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc..., que le invisten de una eficacia *erga omnes*».

Por lo que respecta al segundo y al tercero de los puntos que hemos creído conveniente examinar, esto es, la relación entre la configuración real del derecho de tanteo convencional, su inscripción, y el sistema de *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento jurídico, debemos recordar que se entiende por *derecho real* el derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiéndose por terceros a los posibles adquirentes de la cosa y a las demás personas que se encuentren en relación con ella.

El principio de *autonomía privada* domina el Derecho privado patrimonial, ejemplo de ello es la posibilidad de constitución del derecho de tanteo convencional, derecho atípico pero posible al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, como nos lo recuerda la jurisprudencia (3). En el sistema de *numerus apertus* de derechos reales, se entiende que los particulares pueden crear

(1) (Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, 1986, Madrid, pág. 73).

(2) Sentencia de 3 de marzo de 1995. *Hechos*: En escritura de donación se convirtieron unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios, para el caso de enajenación de la cuota o finca adjudicada.

Doctrina de la Sentencia: «...El supuesto de autos constituye una simple convención con efectos obligacionales a la que le falta, por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de los derechos de tanteo y retracto convenidos, como exigió la RDGRN de 27 de marzo de 1947. Al adquirente en la subasta judicial no puede afectarle un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional, máxime ante un acto de enajenación forzosa como es la vía de apremio. Técnicamente el pacto analizado no constituye una prohibición de disponer o enajenar a que se refieren los artículos 26.3.º LH y 785.2.º, sino la constitución de dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar que salgan los bienes del patrimonio familiar».

(3) Sentencia de 20 de julio de 1998: *Hechos*: Contrato de compraventa de participaciones indivisas de un inmueble con pacto de derecho de tanteo a favor de los copropietarios.

Doctrina de la Sentencia: «No nos hallamos ante un derecho de retracto legal regulado en los artículos 1.521 y siguientes del Código Civil, sino ante un derecho de tanteo convencionalmente establecido que, si bien no se halla regulado en nuestro Derecho positivo, es admitido por la doctrina y la jurisprudencia al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sancionado por el artículo 1.255 del Código Civil, debiendo estarse, en cuanto a su titularidad y ejercicio, a lo pactado».

derechos reales distintos de los establecidos o tipificados por la ley. De esta manera la libertad individual goza de la misma autonomía en materia de derechos reales que en materia de derechos de crédito o de obligación. Sistema admitido en nuestro ordenamiento, como es sabido, en base al artículo 2.2 LH y sobre todo del artículo 7 RH (4).

El tema objeto de debate ha sido muy estudiado científicamente, pues se trata de dilucidar si el negocio jurídico nacido como consecuencia de la autonomía privada posee o no trascendencia real. Y lo interesante nos lleva al tema que hemos propuesto en tercer lugar, esto es, si es posible la inscribibilidad de los pactos o cláusulas en el Registro de la Propiedad cuando afectan a bienes inmuebles, pues, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario ordena la inscripción de los actos y contratos de trascendencia real, mientras que el artículo 9 declara que no son inscribibles «La obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales» (5).

Como se pone de manifiesto en la propia Resolución que estamos analizando, el punto de tensión se encuentra precisamente en que el negocio o contrato de tanteo pactado limitan o modifican las facultades que *prima facie* parecen inherentes al derecho del dominio, pues implica una limitación de la

(4) Resulta interesante exponer en este momento la doctrina mantenida por la Resolución de 19 de septiembre de 1974, sobre la que más adelante volveremos y cuyo supuesto de hecho se centra en el otorgamiento de la escritura de venta de una finca, sin justificar las notificaciones al titular de un derecho de tanteo y retracto que figuran en la inscripción de la misma.

Dicha Resolución mantiene que «*como reiteradamente tiene declarado este Centro Directivo, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los Registradores de la Propiedad —ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción— es la de velar el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real...*» «*Considerando que el criterio de numerus apertus en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 LH o que quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal*».

(5) Conectado con este problema, se halla el de la *cancelación registral*, cuando por una u otra razón tales derechos *aparezcan inscritos* en el Registro o hayan tenido acceso a él. Aunque este hecho no se produce en la resolución objeto de comentario.

Supuesto análogo —de inscripción previa del derecho de tanteo— es el que se mantiene en las Resoluciones de 19 de septiembre de 1974 y 20 de septiembre de 1966, cuya doctrina registral se concreta en que «*si aparece inscrito un tanteo y se presenta escritura de enajenación a favor de persona distinta del favorecido por él, ha de proceder a la inscripción de la escritura, conforme al artículo 355 RH*».

facultad dispositiva del otorgante. La cuestión se centra en que este pacto puede ser concebido tanto como un gravamen de la propiedad, pues produce una privación del contenido normal del derecho de propiedad, y que además provoca que el gravamen tiene que ser soportado por los terceros adquirentes, en cuanto que a ellos pasa la propiedad ya amputada o recortada. Pero por otro lado pueden entenderse como puras obligaciones que comportan únicamente una prestación, del propietario en orden al futuro ejercicio de su derecho de propiedad, que en cuanto tal derecho no queda disminuido.

El tanteo convencional puede dar origen a una doble construcción teórica como es la de que concede puros efectos *inter partes*, sometiendo el derecho a reclamar la venta a las reglas generales de las obligaciones y contratos, y, la que los concibe como creadores de un estado jurídico con trascendencia real o de un gravamen, que se impone tanto a las partes estipulantes como a los terceros adquirentes y subadquirentes del bien. Recordemos que las propias cláusulas del contrato textualmente señalan que: «...que mantendrá su posibilidad de ejercicio en cualquier momento en que por parte de la otorgante del derecho se adopte la decisión de vender, y siempre que la Compañía de Seguridad, Prosegur, S.A., siga siendo propietaria del resto del edificio. Y ello, en todo caso, y especialmente aún cuando la finca objeto de este contrato fuese arrendada, hipotecada o gravada, en todo o en parte». También se estipuló que «...la concesión del presente derecho de adquisición preferente alcanzará en su cumplimiento y obligatoriedad no sólo a los actuales accionistas de la entidad propietaria de la finca, sino también cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que por cualquier causa o motivo pudieren constituirse como nuevos socios o accionistas de dicha entidad...»

En cierto modo, la Resolución a examinar establece claramente los límites del poder de creación individual en materia de derechos reales. Y ello porque el artículo 7 del Reglamento Hipotecario señala como límite de la libertad constitutiva de derechos reales, que *el derecho en cuestión afecte a las facultades del dominio* o a las inherentes a otros derechos reales limitados. Precepto en el que precisamente se ampara la parte recurrente como establecedor del *numerus apertus* de derechos reales, pero que se utiliza en su contra porque nada afecta más a las facultades del dominio que el otorgar una duración indefinida al derecho de preferente adquisición —ya que no se establece un plazo fijo o indubitado de ejercicio del derecho— y que se establece no sólo como una obligación *inter partes*, sino sobre terceros que pudieran surgir en el futuro, lo que crearía una vinculación y una prohibición de disponer del dominio. Y así lo pormenoriza el Registrador en su informe (6).

(6) Recordemos que el Registrador deniega la inscripción alegando en su nota que «para que los derechos de preferente adquisición, cerrados por vía convencional, puedan tener acceso al Registro, es necesario que tengan las características de derecho real, pues si no, aun estando inscritos, podrían ser cancelados de acuerdo con lo determinado en la Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 1974. Y para que tenga el carácter de derecho real ha de contener los requisitos que se deducen de la Resolución de la DGRN de 4 de enero de 1927 y 20 de septiembre de 1966. Y en el presente caso no se dan esos requisitos, pues la duración es indefinida y no pueden crearse vinculaciones ni prohibiciones de disponer. Este derecho no podría ejercitarse más que en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil. Y que siempre que la finca fuese enajenada sin el permiso correspondiente pudiera el titular del derecho de adquisición preferente ejercitar su derecho contra el adquirente subrogándose en su lugar».

Pero es que, además, el Registrador va más allá y señala que para que el derecho de tanteo pactado pudiera reunir los caracteres de derecho real no deberían concurrir «el quinto considerando de la Resolución de 4 de enero de 1927 (7), y lo que debe concurrir es el último considerando de la Resolución de 20 de septiembre de 1966» (8).

Así pues, el derecho de tanteo objeto de la discusión, no se ha configurado como un derecho real, puesto que en el contrato donde se pactó no se le otorgó a la Compañía Prosegur un derecho con caracteres de inmediatidad ni de absolutividad, sino que en ningún momento los propios otorgantes ni del propio convenio se desprende la concesión de la facultad *erga omnes*, sino la existencia de un simple derecho de crédito, tampoco el precio se fija de antemano, ni se estipula que el mismo quede determinado por terceras personas en el momento de la transmisión, ni se concede un plazo determinado y breve sino al contrario, su duración es indefinida, y, por último, se pacta su ejercicio no sólo para la primera transmisión sino que opuestamente se crea en realidad una obligación análoga (salvando las distancias) a una vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida.

(7) Fundamento que textualmente señala que «considerando que contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia, como el que se reconoce en el auto recurrido, militan gravísimas razones que imponen igualmente una interpretación restrictiva, como son: primero, el silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal preemptivo; segundo, la duración indefinida que se le atribuye; tercero, los vínculos que impondría la propiedad frenando las mejoras y estimulando al abandono de las fincas, ya que el precio de venta no se fija en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre; cuarto, las dificultades que su desenvolvimiento judicial y extrajudicial presentaría, por la indeterminación de los plazos en que haya de hacerse la oferta, y de los efectos de las ventas realizadas sin aviso; quinto, el no responder la figura creada al criterio legal de reconstitución de la propiedad desmembrada o de parcelación agronómica, ni a la finalidad de evitar indivisiones o situaciones anormales de la propiedad, y, en fin, porque en la escritura calificada no se transfiere el pleno dominio de la casa, sino la nuda propiedad, con lo cual se plantea un nuevo problema de extensión de la aludida prohibición...»

(8) Donde se establece que «considerando que, en el caso discutido, aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real —similar a otras ya admitidas por nuestra legislación (art. 16, apartados 8 y 9 del Reglamento de Arrendamientos Urbanos; arts. 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; arts. 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc...) y por la jurisprudencia —ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación del tanteo al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto a que: a) existe convenio en el que se concede al titular la facultad *erga omnes* de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; b) el precio no queda fijado de antemano, sino que, con las garantías necesarias, se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código Civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve —30 días— para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, y e) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho».

Por otro lado, hemos visto cómo en resoluciones anteriores, que han creado lo que podríamos calificar de «jurisprudencia registral» —con la reserva que ello supone—, en las que se basa precisamente esta Resolución, se parte de la necesidad de mantener esta limitación cuando se niega el efecto real o la trascendencia real y la inscribibilidad en el Registro a determinadas figuras entre las que se encuentra el tanteo convencional. Se han utilizado ideas limitativas, de cualquier orden, a fin de negar el acceso registral.

Así, por ejemplo, se han utilizado criterios de política económica, amparables bajo la generalidad del concepto de orden público, entendiéndose éste como orden público económico para denegar efectos reales a determinadas disposiciones negociales. En la propia Resolución de 4 de enero de 1927, cuya doctrina se centra en que «el tanteo voluntario no es inscribible cualquiera que sea el título de su constitución —*inter vivos* o *mortis causa*— por no tener trascendencia real», se tomó como idea clave, limitativa del acceso al Registro del derecho de adquisición preferente, la idea de libertad de la propiedad o la de impedir su amortización. Se mantuvo en ella que había clarísimas razones, como eran: los vínculos que con ello se impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas; y el que el precio de venta no se fijaba en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre.

No obstante en la práctica el problema tiene otra dirección, y es que generalmente las partes se limitan a manifestar sus aspiraciones o propósitos y a darles cauce, sin puntualizar si los efectos que quieren o que buscan han de ser o no reales. Esto implica que realmente nos hallamos ante un problema de interpretación del contrato y, concretamente, de una *interpretación integradora*. La doctrina jurisprudencial se halla en la línea de que la interpretación ha de ser restrictiva en orden a los efectos reales y favorecedora de los efectos puramente personales y obligatorios (9).

Y aquí es donde debemos encuadrar la doctrina de la presente resolución, pues establece que no hay duda de que el derecho que se pretende inscribir no es realmente un derecho real, y no lo es por que no sólo no se establece en ningún momento por las partes, ni se induce de ninguno de los pactos del

(9) En esta línea de negar los efectos reales al derecho de tanteo convencional se encuentran las Resoluciones de 29 de octubre de 1946 y 19 de septiembre de 1974, cuya doctrina se basa en que «aunque no son inscribibles son anotables sus demandas»; sin olvidarnos de la Resolución de 20 de abril de 1966, que mantiene la posición contraria aludida en el texto de que «es inscribible la escritura que los contiene cuando se configuran como derecho de adquisición *erga omnes*».

La Resolución de 27 de marzo de 1947 afirmó que «*los asientos registrales no alteran la naturaleza de los derechos que se inscriben. Y que si bien es cierto que deben acceder al Registro las modalidades o condicionamientos de la relación jurídica inscrita. Estas modalidades deben tener pleno acceso al Registro cuando revistan trascendencia real, y aunque no es posible desconocer las dificultades que entraña en un sistema contrario al numerus clausus de los derechos reales, el criterio de la selección para separar lo relativo al derecho obligacional de lo que pertenece al derecho de cosas, es indudable que la nueva Ley Hipotecaria reafirma el tradicional criterio de exclusión del ámbito registral de los derechos personales y dicha importante misión queda al arbitrio del Registrador. La legislación y la jurisprudencia moderna son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder efectos reales a los pactos que no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho obligacional ni provocar otros efectos civiles que los contractuales entre los interesados*».

contrato (interpretación integradora aludida), sino que además se establece como efecto directo de la contravención de lo pactado: únicamente la indemnización de daños y perjuicios, por lo que no hay duda de que el derecho así configurado, carece de eficacia *erga omnes*, pues simplemente las partes con claridad establecen un efecto puramente obligacional como es el del resarcimiento indemnizatorio.

Por último, y para terminar, debemos recordar la existencia de la doctrina jurisprudencial, que siguiendo los principios hipotecarios se basa en la necesidad de la plena determinación objetiva del derecho real (o principio de especialidad), a fin de que las situaciones jurídico-reales tengan acceso al Registro.

En resumen, si bien la autonomía privada es capaz de crear derechos reales atípicos, es cierto, y así lo demuestra esta Resolución, que no basta para ello la simple voluntad, sino que se configuren por los otorgantes como derechos reales, aunque también es imprescindible que además se tengan en cuenta *otros factores* que cabría calificar de control social, establecidos legalmente, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad.

I. I. M.

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION DE TITULO CONSTITUTIVO. UNANIMIDAD REQUERIDA.—PLANTEA LA RESOLUCION, SIN PODER RESOLVERLO POR NO HABER SIDO MATERIA DEL RECURSO, SI LA MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO DEL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, CONSISTENTE EN LA ALTERACION DE LAS CUOTAS, TIENE EL CARACTER DE ACTO QUE AFECTA AL CONTENIDO DEL DERECHO DE DOMINIO Y EXIGE EL CONSENTIMIENTO INDIVIDUALIZADO EN DOCUMENTO PUBLICO DE LOS PROPIETARIOS Y TITULARES REGISTRALES DE CADA DEPARTAMENTO O, POR EL CONTRARIO, PUEDE SER CONSIDERADO ACTO COLECTIVO OBJETO DE UN ACUERDO DE COMUNIDAD ADOPTADO POR UNANIMIDAD Y EJECUTADO POR EL ORGANO REPRESENTATIVO DE AQUELLA, BASTANDO CON QUE SE ACREDITE LA VALIDEZ DEL ACUERDO, PERO NO LAS EXIGENCIAS DEL TRACTO SUCESIVO REGISTRAL. CON LA CERTIFICACION PRESENTADA, DE LA QUE RESULTA UNICAMENTE QUE LA JUNTA GENERAL ADOPTO EL ACUERDO DE MODIFICACION POR UNANIMIDAD, NO PUEDE SABERSE SI LA UNANIMIDAD PRODUCIDA FUE LA DE LOS ASISTENTES O LA DE TODOS LOS PROPIETARIOS, LO QUE SERIA NECESARIO PARA CALIFICAR LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCION, SI SE OPTA POR LA CONSIDERACION DE LA MODIFICACION COMO ACTO COLECTIVO EN LOS TERMINOS EXPRESADOS. (RESOLUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 2001. BOE DE 28-6-2001).

RESOLUCION de 23 de mayo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios del edificio de la calle Pico Agujas, número 3, de León, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 1, don Eugenio Rodríguez Cepeda, a inscribir una escritura de modificación de precepto estatutario, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Felipe Méndez Hernández, como Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio de la calle Pico Agujas, número 3, de León, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 1, don Eugenio Rodríguez Cepeda, a inscribir una escritura de modificación de precepto estatutario, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. El 20 de noviembre de 1998, ante el Notario de León, don Julio Antonio García Merino, el Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio de la calle Pico Agujas, número 3, de León, otorga escritura pública de modificación de estatutos conforme al acuerdo adoptado por la Comunidad en la Junta general extraordinaria de 10 de febrero de 1998, por el que se modifican las cuotas de participación en la comunidad de propietarios establecida en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, establecidas en el artículo 2 de los estatutos. Con la citada escritura se adjunta una certificación expedida por el Secretario de la Comunidad, en la cual se expresa que el acuerdo de modificación de los coeficientes se adoptó por unanimidad en la reunión de la Junta general extraordinaria, pero no se especifica si asistieron todos los propietarios.

II. Presentada la copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de León, número 1, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende su inscripción porque en la certificación que se incorpora no se refleja la lista de asistentes a la Junta general de la comunidad, con el fin de comprobar que el acuerdo fue adoptado por todos los propietarios que constan en las respectivas inscripciones de los departamentos independientes. Se han tenido en cuenta los artículos 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal y 20 de la Ley Hipotecaria. Contra esta calificación se puede interponer, ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el recurso gubernativo regulado en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. El plazo de interposición es de tres meses, pero la prioridad ganada por el asiento de presentación sólo se conserva si el recurso se presenta en este Registro durante la vigencia de dicho asiento. León, 14 de enero de 1999. El Registrador.—Fdo.: Eugenio Rodríguez Cepeda».

III. Don Felipe Méndez Hernández, como Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio de la calle Pico Agujas, número 3, de León, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que en la certificación del Administrador-Secretario de la Comunidad, se hace constar que en ambas reuniones el acuerdo se tomó por unanimidad. Que si el señor Registrador entra a poner en tela de juicio tal extremo de la certificación emitida, también puede dudar que se haya convocado la reunión o reuniones con los debidos requisitos, o incluso que dichas reuniones se hayan celebrado y que la certificación sea toda ella una invención del propio administrador. Que una reunión de comunidad de vecinos se convoca con unos determinados fines (en este caso, de modificar los Estatutos) y a ella acuden todos los vecinos o parte de ellos. Todos los que están presentes están de acuerdo con la modificación, y a los no asistentes se les notifica el acuerdo de forma fehaciente y si no lo impugnan en el plazo de treinta días, se entiende que existe la unanimidad de todos los propietarios de la comunidad. Que como ha reconocido la jurisprudencia, la unanimidad, a efectos del artículo 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal puede ser expresa por conformidad mediante asistencia a Junta o

tácita, por no impugnación del acuerdo en el mencionado plazo; de una forma u otra la unanimidad existe (sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1991, 7 de abril y 7 de junio de 1997, y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de febrero de 1993; de Huesca, de 25 de noviembre de 1995, y de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 19 de octubre de 1983). Que se considera la falta de competencia del señor Registrador para conocer sobre si existe o no el requisito de unanimidad, para lo cual sólo están capacitados los Tribunales ordinarios de Justicia, previa impugnación del acuerdo en tiempo y forma. Que ampararse en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria para exigir este requisito, es algo que está fuera de lógica y de la letra de la ley, que tan sólo contempla la preinscripción del derecho de la persona que otorgue el acto referido. Que, en este caso, debe constar previamente inscrita la finca o fincas propiedad de los comuneros que otorgan el consentimiento unánime a la modificación de los estatutos y como es unánime el consentimiento, son todos los propietarios de las distintas fincas de la comunidad quienes tienen que tener inscrito su derecho de propiedad, para cuya comprobación no es necesario adjuntar ningún tipo de listado, ya que la finca matriz y las fincas que de ella dimanaban están inscritas en ese Registro.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

1. Que en la nota registral no se pone en duda lo afirmado por el Secretario de la Comunidad en la certificación que se incorpora a la escritura. Lo que ocurre es que la certificación está redactada con tal ambigüedad que no permite saber si la unanimidad a que se refiere es la de asistentes o a la unanimidad absoluta por encontrarse presentes todos los propietarios del edificio. Que además aunque afirmara categóricamente que se trata de unanimidad absoluta, debe recoger la lista de asistentes para que en trámite de calificación registral, se pueda cotejar si coincide con los propietarios según el Registro. Que la invocación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria ampara este argumento. Que un acto como la modificación de la cuota de participación de cada elemento afecta esencialmente al estatuto de la propiedad individual y no permite que se haga sin contar con el consentimiento de todos y cada uno de los propietarios. 2. Que se considera que éste es el motivo por el que la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, exige la unanimidad para la adopción de acuerdos que supongan la modificación del título constitutivo, cual es este caso. Que es cierto que la unanimidad puede lograrse por dos procedimientos: La expresa y la presunta. Que este extremo en tanto que afecta a la validez del negocio por la necesidad de consentimiento como elemento esencial de éste, está sujeto a calificación registral. 3. Que en este caso, si se han hecho los trámites legalmente, bien puede subsanarse el defecto, por medio de una certificación complementaria en que se indiquen los nombres de los propietarios asistentes para su ulterior cotejo o, en caso de unanimidad presunta, por la presentación de los documentos fehacientes en los que conste la notificación a los ausentes y el transcurso de treinta días desde sus respectivas fechas antes del otorgamiento de esta escritura. Que si las cosas no se hicieron bien y ajustadas a la ley, deben respetarse los trámites, sin que el recurso gubernativo sea un remedio a los negocios jurídicos carentes de validez por incumplimiento de requisitos legales. 4. Que si hubo propietarios no asistentes a la reunión y no fueron fehacientemente notificados del acuerdo, no debe imponerse a éstos la carga de su impugnación ni debe inscribirse en el Registro tal acuerdo con ausencia de acreditación, so pena de producirles

en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal y, en general, supone desconocer el papel de justicia preventiva que ejercen los órganos encargados de la seguridad jurídica.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León revocó la nota del Registrador fundándose en que éste, al exigir un listado de los asistentes a la Junta, no sólo está fiscalizando la vida de la comunidad, sino que de forma clara y explícita está poniendo en duda la veracidad de las afirmaciones que se contienen en la certificación del Secretario de la comunidad, la cual no parece ambigua, ni su redacción se presta a confusión, ni ofrece varios sentidos ni denota la falta de verdad que parece imputarse a la misma. La certificación incorporada a la escritura pública reúne los presupuestos de forma y fondo suficientes para producir el efecto pretendido. Es de observar cómo la reforma producida por Ley de 6 de abril de 1999 mitiga «el exceso rigorista que supone la regla de la unanimidad en cuanto suponga un obstáculo para la realización de determinadas acciones que son convenientes para la Comunidad».

VI. El Registrador de la Propiedad apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que el auto apelado no llega a aportar argumento jurídico alguno que conduzca a la conclusión de que la nota debe revocarse. 2. Que cuando el certificador dice que el acuerdo se adoptó por unanimidad, da lugar a una doble interpretación de unanimidad absoluta o de sólo los asistentes a la reunión, lo que demuestra que la certificación adolece de ambigüedad, y ésta a la vista del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal es jurídicamente relevante. Por ello, para deshacer la ambigüedad se exigió en la nota de calificación la lista de asistentes a la Junta general de la Comunidad. 3. Que el auto apelado no resuelve el problema planteado en el informe que entronca con la invocación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. 4. Que la Ley de 6 de abril de 1999, de reforma de la propiedad horizontal, lleva a cabo también una regulación actualizada de la formación de las actas de las Juntas que se concreta en el artículo 19, letra d).

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 397 y 597 del Código Civil; 2, 3 y 20 de la Ley Hipotecaria; 3, 5, 8 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960; 117 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de noviembre de 1994 y 9 de diciembre de 1997, y las Resoluciones de 15 de junio de 1973, 27 de junio de 1995 y 19 de febrero y 13 de abril de 1999.

1. En el supuesto del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad determinada escritura pública de modificación de las cuotas de participación en la comunidad de propietarios establecidas en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. Esta escritura es otorgada únicamente por el Presidente de dicha comunidad sobre la base de una certificación expedida por el Secretario, en la cual se expresa que el acuerdo de modificación de los coeficientes se adoptó por unanimidad en reunión de Junta general extraordinaria, pero no se especifica si asistieron todos los propietarios.

El Registrador, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 16, norma Primera, de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960 y 20 de la Ley Hipotecaria, exige que en la referida certificación se refleje la lista de asistentes para comprobar que el acuerdo fue adoptado por los titulares registrales de los departamentos independientes.

2. Al limitarse el recurso gubernativo a las cuestiones relacionadas directamente con la calificación del Registrador expresada en la correspondiente nota (art. 117 del Reglamento Hipotecario), no debe prejuzgarse si, en el presente caso, la modificación de las cuotas de participación que corresponden a cada departamento tiene el carácter de acto colectivo que no se imputa a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, o se trata más bien de un acto que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio requiere el consentimiento individualizado de todos los propietarios, que habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los arts. 3 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal —cfr., también, el último inciso del apartado 2 del art. 18, según la redacción hoy vigente—). Ciertamente, en este último caso no podría inscribirse la modificación si no se ha otorgado, *uti singuli*, por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria). Lo que ocurre es que, según la nota ahora debatida, el Registrador parte de la base de que se trata de un acto de Junta como órgano colectivo de la comunidad de propietarios, que ha de adoptarse por unanimidad de los mismos en los términos previstos en la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal entonces vigente; y, por ello, el defecto no puede ser mantenido tal y como ha sido expresado, toda vez que la calificación habrá de alcanzar a la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha norma, sin que pueda extenderse a los que se derivarían del principio de tracto sucesivo, los cuales no son exigibles al no tratarse, según entiende el Registrador, de un acto individual de todos y cada uno de los propietarios. Y, por otra parte, sobre la objeción puesta de relieve en el informe del Registrador, en el sentido de que la redacción de la certificación incorporada a la escritura calificada no permite saber si la unanimidad a la que se refiere es la de asistentes o la unanimidad absoluta de todos los propietarios del edificio, no puede tampoco decidirse por no haber sido invocada en la nota de calificación ni posteriormente notificada al recurrente con posibilidad de ampliar el recurso a tal objeción (cfr. la Resolución de 13 de abril de 1999).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Registrador y confirmar el auto apelado en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

Madrid, 23 de mayo de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

En principio se analiza el tema de si la modificación de las cuotas de participación en la propiedad horizontal que corresponden a cada departamento tiene el carácter de acto colectivo, por lo que no se imputa a cada propietario singularmente, sino a la junta como órgano comunitario, o se trata más bien de un acto que, por afectar al contenido esencial del derecho

de dominio, requiere el consentimiento individualizado de todos y cada uno de los propietarios. En este último caso, como se reconoce en la propia Resolución, no podría inscribirse la modificación si no se ha otorgado *uti singuli* por todos los que, en el momento de la inscripción aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos.

Sin embargo, la solución que al final se ha adoptado difiere de esta conclusión normal, basándose en la supuesta falta de claridad de la nota calificatoria, pues se considera que el Registrador parte de la base de que se trata de un acto de junta como órgano colectivo y por ello la calificación queda limitada al cumplimiento de los requisitos de la Ley de Propiedad Horizontal, sin poderse pasar al examen del tracto sucesivo.

No obstante, hay que tener presente que en estos actos de modificación de cuotas hay dos aspectos inseparables que deben tenerse en cuenta a la vez: Por un lado, ciertamente, se precisa la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la alteración de los porcentajes fijados en el título constitutivo. Pero, por otro, es preciso que esa unanimidad se componga exclusiva y precisamente por los titulares registrales de los distintos elementos que integran la propiedad horizontal del edificio en el momento en que se pretenda inscribir la modificación.

En este caso, el presidente de la comunidad recurrente, astutamente, hace hincapié tan sólo en el punto de la unanimidad, recalcando que todos han prestado su asentimiento a la modificación en la junta y ponderando la certeza de esas aseveraciones que al efecto se contienen en la certificación. Lo que no dice es si tales concurrentes a la junta, o los notificados en su caso, son realmente los titulares registrales de los pisos componentes del edificio. Ni lo dice ni deja la posibilidad de comprobarlo, ya que no facilita la lista de los copropietarios, que seguramente le fue pedida por el Registrador y que motiva la nota adversa.

El Registrador no pretende, ni mucho menos, fiscalizar la vida de la comunidad, como se afirma impropriamente en el auto presidencial, ni pone en duda la certeza de la pretendida unanimidad. Simplemente, cumplió con su deber de calificar si los asistentes están realmente legitimados para consentir la modificación, es decir, si son realmente titulares registrales, y esto ya sí tiene que ver con el tracto sucesivo.

Creemos que la nota de calificación no es tan confusa, pues claramente expresa la necesidad de conocer los nombres de los asistentes, precisamente «con el fin de comprobar que el acuerdo fue adoptado por todos los copropietarios que constan en las respectivas inscripciones de los departamentos independientes» y se cita expresamente como básico el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Por eso es de extrañar que se diga que dada la redacción de la nota, la calificación en este caso no podría extenderse a los requisitos derivados del principio del tracto sucesivo.

Que el artículo 20 no debe ser orillado en estos casos, junto al requisito de la unanimidad es algo que ya se declaró formalmente en la Resolución de 27 de junio de 1995, diciéndose que la exigencia del consentimiento unánime de todos los copropietarios para efectuar alteraciones sustanciales en la cosa común, *así como la exigencia registral del tracto sucesivo, en cuya virtud se precisa que el acto inscribible sea otorgado por quienes en el Registro aparezcan como titulares*, determinan que su falta constituya un defecto para suspender la inscripción, al no constar el acuerdo unánime de los titulares registrales de los diversos pisos o locales.

Y en la Resolución más reciente de 19 de febrero de 1999, se declara igualmente que la inscribibilidad de la modificación *requiere que se haya otorgado por todos los que, en el momento en que se solicita la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos*, sin que pueda alegarse que la modificación fue otorgada por quienes en su día ostentaban la propiedad de aquellos elementos.

Ya nuestro recordado compañero, el prestigioso hipotecarista TIRSO CARRETERO, al comentar la Resolución de 15 de junio de 1973 (ver esta Revista, dicho año, pág. 1231), decía que las infracciones de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 1.413 del Código Civil (consentimiento uxoris), deben estimarse fundamentales. No es suficiente considerar que, puesto que no son los copropietarios quienes disponen individualmente del elemento común, sino la junta de propietarios, no ha lugar a plantearse problemas de tracto registral ni de asentimiento uxoris porque, precisamente, estos problemas, entre otros muchos, son los que deben tenerse en cuenta antes de estimar equivalentes el acuerdo unánime de la junta y el consentimiento individual ante Notario de todos los cotitulares registrales del edificio y antes de estimar, en consecuencia, que no existen inconvenientes graves para conceder a la junta facultades sobre los elementos comunes, cuando ningún precepto de la Ley se las concede claramente, y de muchos se deduce, por el contrario, que la participación en ellos de cada propietario está incluida en su derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el piso e inseparablemente unida al mismo.

Por lo demás, la regla contenida en el artículo 20 es clara y no deja dudas: Para inscribir modificaciones del dominio o derechos inmobiliarios, como lo son las cuotas en la propiedad horizontal, deberá constar previamente inscrito el derecho de la persona otorgante de tales actos. De no ser así, la inscripción no puede practicarse.

Así pues, deberá constar previamente inscrito el dominio del piso que contiene la cuota en favor de quien consienta en el acto inscribible; el tracto sucesivo exige una perfecta identidad entre el que otorga el acto y la previa titularidad registral para que se pueda dar paso a la modificación que se pretende realizar en su nombre, sin que la capa de la unanimidad sea suficiente.

Se puede dar credibilidad a la afirmación contenida en la certificación sobre el acuerdo tomado en la junta, pero también debe comprobarse que todos los que han prestado su consentimiento en la junta o, a posteriori, son en realidad los titulares registrales de todos los elementos del edificio. De no hacerse constar su identidad en la certificación, para hacer posible su confrontación con los respectivos asientos registrales, el Registrador no podría tener medios para calificar su legitimación.

Entendemos que la certificación de la junta tiene un verdadero respaldo en cuanto a aseverar la unanimidad, *in situ* o *a posteriori*, en la adopción del acuerdo de modificar. Pero si se quiere que tenga una completa eficacia debe aportar también la identidad de los asistentes y los notificados para comprobar que tal unanimidad se ha compuesto de los verdaderos titulares registrales. Sólo así se podría calificar el cumplimiento del tracto sucesivo. Otra cosa sería arbitrar una excepción a la norma del artículo 20, que realmente no existe.

No se puede minusvalorar el principio de tracto sucesivo considerando que tiene sólo una naturaleza formal en cuanto se basa en el más importante principio de legitimación y está dirigido a la seguridad jurídica del tráfico. No se debe practicar ningún asiento si no está basado en el consentimiento del titular inscrito.

Por ello entendemos que era justificada la prevención del Registrador en su pretensión de comprobar que el acuerdo fue realmente adoptado por todos los copropietarios que apareciesen como titulares en los respectivos asientos de los departamentos. La unanimidad podría estar patente, su composición no lo estaba y esa era la duda, entendemos que razonable, que dio lugar a la nota negativa.

En apoyo de lo dicho, al modificarse la Ley de Propiedad Horizontal mediante la Ley 8/1999, de 6 de abril, se establece en el nuevo artículo 19.2 que en el acta de las reuniones se debe expresar, entre otros extremos, la relación de todos los asistentes.

F. C. D.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

LEASING: DIFERENCIA CON EL CONTRATO DE PRESTAMO SIMPLE O MUTUO. PROHIBICION DEL PACTO COMISORIO. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Lo que caracteriza al «leasing», en su versión de arrendamiento financiero, es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica que explica su función económico-social, o práctica, es la necesidad de un objeto y su destino a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado, el cual acepta dicha fórmula jurídica porque precisa o desea dicha cosa, reservándose la facultad de adquisición para un tiempo posterior, mediante el mecanismo de la opción de compra.

En cambio, lo que caracteriza el préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible es consumible por naturaleza, produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio, con obligación de devolver otro tanto. En el préstamo, por consiguiente, la razón de ser del contrato es recibir dinero, mientras que en el leasing se financia directamente la adquisición del objeto.

Para la sentencia del Juzgado, el contrato debe ser calificado como de «lease back». Esta figura jurídica no concurre en el supuesto de autos, porque es una modalidad de leasing, y por lo tanto lo trascendente es el bien concreto sobre el que se constituye, de tal modo que si el mismo, y más concretamente su transmisión, obedece a una función de garantía de la devolución de una suma de dinero, obviamente no se da tal hipótesis jurídica.

La primera apreciación que comporta lo anteriormente expuesto es la de que no ha habido verdadera transmisión del dominio porque falta el título idóneo, ya que si la venta se hizo en función de garantía, carece de eficacia transmisiva, no tiene virtualidad para transmitir el dominio. La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de venta en garantía con la creación de una titularidad formal (negocio fiduciario), pero ello es distinto de una transmi-

sión definitiva. Además, la transmisión del dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierte la simulación relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio. La Jurisprudencia ha venido admitiendo con cierta amplitud las garantías reales atípicas, incluso mediante la formulación de negocios complejos, la utilización de negocios indirectos u otros mecanismos jurídicos. Pero la creación de una garantía atípica no puede servir de artificio para eludir los principios fundamentales del sistema de garantías típicas, como son las normas relativas a la preferencia y prelación de créditos, principio de la *par conditio creditorum*, protección de tercero o prohibición del pacto comisorio.

La apreciación de la nulidad del pacto comisorio no implica normalmente la ineficacia de la garantía, la cual sigue desarrollando su función en los términos convenidos y con arreglo a su naturaleza y, por consiguiente, el negocio atípico de garantía, en principio, sólo deviene inválido en la medida que acarrea la apropiación definitiva por el acreedor del bien cuando se produce el incumplimiento de la obligación. Pero esta solución no se aviene con la modalidad de operación de garantía que se examina en este litigio, porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial.

LA PRESCRIPCIÓN NO ES APLICABLE A LOS CONTRATOS NULOS POR FALTA DE CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo segundo del recurso, por transgresión del artículo 1.301 del Código Civil, denuncia que la sentencia de instancia ha anulado el contrato de venta celebrado en 1964, cuando han transcurrido treinta años desde entonces, se desestima porque el precepto citado como infringido no es de aplicación para los contratos radicalmente nulos o inexistentes por falta de consentimiento, como sucede en este caso, toda vez que la acción para tal categoría de ineficacia es imprescriptible.

EL JUEZ NO ESTA OBLIGADO A SUJETARSE AL DICTAMEN PERICIAL. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Los tribunales de instancia, en uso de las facultades que le son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio. No existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido. Ni los artículos 1.242 y 1.243 del Código Civil, ni el 632 LEC tienen el carácter de preceptos valorativos de prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez. El Juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial.

DESISTIMIENTO DEL CONTRATO POR MUTUO DISENSO: ES CLAUSULA VALIDA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El desistimiento del contrato, válidamente negociado, que excepciona su fuerza obligatoria y su irrevocabilidad, por razón del

mutuo disenso convenido, y que faculta a la liquidación de la relación, conforme autoriza el artículo 1.255, no resulta contraria a la ley, a la moral ni al orden público, por emanar de la libre voluntad negociadora de las partes, encajando en el ámbito puramente consensual que tiene el contrato de compraventa en nuestro Derecho positivo y la hace válida *inter partes*, desde el momento que la relación se perfeccionó debidamente.

La jurisprudencia no desconoce la validez y vinculación de las resoluciones convencionales, y así la sentencia de 31 de diciembre de 1991 contempla un supuesto de resolución pactada que resulta específica respecto a la que con carácter genérico contempla el artículo 1.124 del Código Civil.

DESISTIMIENTO DEL DUEÑO DE LA OBRA EN SU REALIZACION. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Decidido por el comitente de la obra el desistimiento de su realización en uso de la facultad que le confiere el artículo 1.594 del Código Civil, las consecuencias de esa decisión vienen determinadas en el mismo precepto —indemnización al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la realización de la obra— que no cabe identificar con las consecuencias que, desde lo pactado y por resolución de incumplimiento, establece el artículo 1.124 del propio Código porque, como ya resolvió la sentencia de 8 de julio de 1983, uno y otro precepto responden a heterogéneos presupuestos, como también son disimiles sus consecuencias en orden a las respectivas indemnizaciones. El derecho del contratista a percibir la indemnización no depende en absoluto de los móviles que hayan inducido al propietario a desistir unilateralmente del contrato de obra.

LA MORA NO ES SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO, SINO DE CUMPLIMIENTO TARDIO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—De acuerdo con la doctrina científica más solvente, la mora no es un supuesto de incumplimiento, sino un caso de cumplimiento tardío de la obligación, porque en forma alguna se puede decir que concluida la obra, haya incumplimiento por el contratista y se pueda pedir de forma solvente la resolución contractual, ya que lo que únicamente se puede solicitar por el dueño de la obra, de acuerdo con el artículo 1.101 del Código Civil, es la indemnización de daños y perjuicios que ese retraso ha producido a la parte contraria.

DIFERENCIAS ENTRE EL LEASING Y LA POLIZA DE PRESTAMO. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión controvertida recae en dilucidar si el leasing se puede equiparar a una póliza de préstamo, y por lo tanto la fecha relevante en el contraste con el crédito del ejecutante es la de constitución de ese contrato de préstamo, en este caso la fecha de constitución de la póliza de leasing. Y es doctrina de esta Sala (sentencias de 3-11-89 y 9-7-90) que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de rema-

te recaídas en juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aun cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia, para resolver el conflicto preferencial.

La preferencia a que se refiere el artículo 1.924.3.º del Código Civil es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria, que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo en tales casos referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación.

En la polémica del recurso se plantea, como problema inicial, si es posible equiparar la llamada póliza acogedora del contrato de leasing con la analizada póliza de préstamo. Lo que caracteriza al leasing es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica que explica e integra su función económico-social, o práctica, es la necesidad de un objeto. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible, es consumible por naturaleza, produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio, con obligación de devolver otro tanto, con precio o sin él. En el préstamo, por consiguiente, lo relevante o trascendente, la razón de ser del contrato, es recibir dinero; se financia la empresa, mientras que en el leasing se financia directamente la adquisición del objeto.

En consecuencia, no cabe sostener esa equiparación, que es por lo que cuando efectivamente se ejercita por parte de la tercerista su reclamación por el impago de las cuotas insatisfechas por el usuario, debe acompañar la certificación correspondiente para acreditar cuál es el saldo exigible en ese instante, y esa fecha será la determinante.

RESOLUCION CONTRACTUAL: SALVO EL CASO DE RESOLUCION CONVENCIONAL, PARA OBTENER LA DECLARACION RESOLUTORIA ES PRECISO EJERCITAR LA ACCION EN DEMANDA O RECONVINIENDO, Y NO POR VIA DE LA EXCEPCION. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.124 del Código Civil (nada tiene que ver con el tema el 1.504 del Código Civil el que, aunque complementario del 1.124, es de exclusiva aplicación en la venta de bienes inmuebles al incumplimiento consistente en la falta de pago del precio, y no a otro) sólo es de invocación en el caso de que haya una situación de incumplimiento contractual que no sea consecuencia de un incumplimiento del propio accionante.

La sentencia recurrida aprecia que hubo un aquietamiento en el escrito de contestación de la vendedora, lo que supondría una conformidad con la extinción del vínculo contractual, lo que determinaría, no la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, sino la concurrencia de un mutuo disenso o ruptura contractual por retractación bilateral por *contrarius consensus*.

Sin embargo, lo que la entidad demandada plantea en su escrito de contestación es la existencia de un incumplimiento contractual de las actoras (compradoras) por no haberle pagado en su totalidad el precio de la compra-

venta, por lo que interesa se aprecie la resolución del contrato con base en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, alegando la correspondiente intimación resolutoria. Ocurre, no obstante, que tal planteamiento no puede ser acogido porque la resolución no puede ser declarada judicialmente sin el previo ejercicio de la acción, cuya exigencia sólo es eludible cuando se da una resolución convencional. La resolución contractual se produce extrajudicialmente, pero de existir resistencia por alguno de los contratantes, es precisa la postulación procesal mediante demanda o reconvencción, no siendo idónea la vía de la excepción.

PROMESA DE COMPRAR Y VENDER: DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Entendemos correcta la doctrina jurisprudencial aplicada por el juzgador de instancia al distinguir, en el supuesto de autos, entre el contrato de compraventa y el precontrato o «pacto de contrahendo», a pesar de tratarse de una promesa bilateral de venta y de la aparente asimilación que hace el precepto del párrafo 1.º del artículo 1.451 del Código Civil entre uno y otro negocio jurídico cuando hay acuerdo respecto del precio y la cosa vendida, y ello teniendo en cuenta la jurisprudencia sentada a partir de la interesante sentencia de 15 de marzo de 1945, que admite la posibilidad de la existencia independiente de uno y otro, siempre que quede patente la voluntad de las partes; diferencia entre uno y otro contrato que se pone de manifiesto al atender, como dice la sentencia citada, al contenido de las obligaciones que respectivamente engendran en términos que si uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella en dinero o signo que le represente, la figura jurídica que surge es la de una compraventa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.451 del citado Código; mientras que si las partes, aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrar una compraventa posterior, parece un contrato preparatorio o precontrato, cuyos efectos no cabe identificar con los que la compraventa produce, doctrina esta que se ha mantenido por esta Sala, aunque con algunas infidelidades, como se pone de manifiesto en la sentencia de 23 de marzo de 1963.

En el supuesto de autos, la venta quedó pospuesta a la obtención por los demandantes de los correspondientes préstamos; por lo que no hay duda de que se trata de un precontrato que tiene efectos distintos del propio contrato de compraventa.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CARACTER CUASI-OBJETIVO. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Los taxativos términos del artículo 1.902, que establecen la responsabilidad reparatoria del daño o perjuicio, parten únicamente del dato de que el hacer del agente haya sido culposo o negligente, siendo significativa la evolución apreciativa de la jurisprudencia que en las sentencias de 20-10-1963 y 11-3-1971, anticipándose a la inaplicación en esta materia del principio general de presunción de inocencia que después proclamó el ar-

título 24 de la Constitución, —«siempre habrá de referirse a normas represivas o sancionadoras, pero el art. 1.902 no tiene tal carácter, pues la indemnización que establece tiene carácter de reparación o compensación»—, viene a declarar que de forma cada vez más acusada, en el camino de la objetivación de la culpa civil, que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que el artículo 1.902 se refiere, se presume siempre culposa, a no ser que el autor acredite en debida forma haber actuado en el caso concreto con diligencia irreprochable. La sentencia de 18 de marzo de 1999 señala que la doctrina de esta Sala viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo.

CONSUMIDORES: INAPLICABILIDAD DE LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS CUANDO EL OBJETO SE ADQUIERE PARA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL O PROFESIONAL DEL ADQUIRENTE. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que no resulta aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque su normativa no puede ser invocada en apoyo de pretensiones de quienes no tienen la consideración de consumidor o usuario en sentido legal. La Ley —art. 1, apartados 2 y 3— excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales; y en el caso es claro que la impresora objeto del contrato de compraventa litigioso se adquirió para una actividad de publicación, y no para un mero uso doméstico o personal.

Ello, no obstante, la prosperabilidad de los motivos no permite dar lugar al recurso de casación, por ser de aplicación la doctrina de la equivalencia de resultados o del fallo justificado, lo que tiene lugar cuando la decisión recurrida debe mantenerse por otros fundamentos, o cuando, como ocurre en el caso, se da un supuesto de doble fundamentación de modo que sólo una es combatida con éxito.

NOVACION: LA MODIFICATIVA ES LA QUE SE PRODUCE EN LOS CASOS DEL ARTICULO 1.203 COMO REGLA GENERAL. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala ha declarado reiteradamente que el concepto de novación está considerablemente ampliado en nuestro Derecho con relación al que se le atribuye en Derecho Romano, habiéndose incluido, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, la impropia o meramente modificativa. Es más, debe entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1.203 del Código Civil, salvo que otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles (art. 1.204). De la conjunta interpretación de estos preceptos se desprende que ha de verse notablemente reducido el alcance que, a la vista de la rúbrica del Capítulo IV del Título

Primero del Libro IV del Código Civil, y de la afirmación, aparentemente general, del artículo 1.156, que lo encabeza, pudiera concederse a esta institución.

CONTRATO DE DISTRIBUCION EN EXCLUSIVA: LA FACULTAD DE RESCISION CORRESPONDE AL CONCEDENTE. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de distribución en exclusiva, carente de toda regulación en nuestro ordenamiento, es posible desde la libertad de contratación que consagra el artículo 1.255, habiendo sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando sus caracteres, y así la sentencia de 15 de octubre de 1992 establece que a esa clase de contrato nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo y por lo mismo, respetando siempre los parámetros de la buena fe y de la equidad excluyente del abuso de derecho, cabe proceder a su rescisión por el concedente, evitando irrogar perjuicios a quien ha prestado su aparato y estructura negocial para servir a las finalidades de la contraparte.

A falta de un plazo previsto para el contrato, esta imprevisión no supone perpetuidad, y es en aras de aquella posibilidad rescisoria que únicamente cabría establecer una obligación reparatoria para la contraparte cuando la decisión finalizadora se adopte maliciosamente o en claro abuso, o simplemente, sin motivo alguno.

EL PAGO DE LOS INTERESES DE UNA DEUDA SE CONTARA A PARTIR DE LA INTERPELACION JUDICIAL. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Con anterioridad al cambio jurisprudencial, el brocardo vigente *in illiquidis non fit mora* suponía o indicaba que para cuando la cantidad adeudada no fuera líquida, es decir, cuando para determinarla era precisa una contienda judicial, el abono de intereses sólo procedería desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Y así se proclamaba en una antigua doctrina jurisprudencial.

Sin embargo, a partir de la sentencia de 5 de abril de 1992, esta Sala ha atenuado y modificado el automatismo del expresado principio, cuando en la misma se dice que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder, al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que en el momento en que se le entrega debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor.

El no devengo de intereses a partir de la interpelación judicial de una cantidad adeudada, aunque fuera inferior en su *quantum* a la solicitada en la demanda, podría configurar incluso una situación de enriquecimiento injusto,

figura odiosa en relación a los principios de igualdad y seguridad jurídica, y que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida, lo que conseguiría el deudor moroso al que no se le obligara desde el momento mismo de ser requerido judicialmente a través de un proceso, a pagar los frutos civiles o intereses de una cantidad que está obligado a pagar, sea cual sea el montante definitivo de la misma.

DERECHO DE OPCION: NO PUEDEN IDENTIFICARSE SUS EFECTOS CON LOS DEL CONTRATO AL QUE SE OPTA. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Aunque nuestro ordenamiento común no regula la opción contractual de compra —salvo en la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad y efectos de ello derivados— está jurisprudencialmente admitido como aquel contrato por el que se concede, dentro de un tiempo determinado, la posibilidad al beneficiario de decidir unilateralmente la celebración del contrato de compraventa por el que se pactó la opción y en las condiciones establecidas en ésta, facultad a la que es usual establecer una contrapartida de valor en concepto de compensación al concedente, lo que convierte al contrato en oneroso, que suele consistir en la entrega de una cantidad de dinero que puede compensar al concedente por el tiempo para la opción o puede pasar a formar parte del precio de la compra que se lleve a efecto como objeto del contrato de opción cuando así se ha estipulado. Sea gratuito u oneroso el contrato de opción, el concedente no podrá disponer del bien durante el tiempo convenido, de ahí lo normal de lo oneroso del contrato para compensar la imposibilidad de disponer a que se sujeta.

Esto no permite identificar los efectos del contrato de opción con los propios del contrato a que se opta.

LEVANTAMIENTO DEL VELO: SU FINALIDAD ES LA PROTECCION DE DERECHOS AJENOS. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del denominado «levantamiento del velo» de la persona jurídica, expresión adaptada de la palabra anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgrift*, cuya función es desvelar verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas, como señaló la sentencia de 28 de mayo de 1984 y ha repetido la de 15 de octubre de 1997.

La idea central y básica consiste en que no cabe la alegación de separación de patrimonios de la persona jurídica cuando tal separación resulta una ficción, que pretende un fin fraudulento, como el incumplimiento contractual o aparentar insolvencia.

El *lifting the veil* o levantamiento del velo, es una creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar la realidad en una actuación de una persona jurídica que implique frustración de los derechos de terceros, y que ha sido aceptada por la doctrina española y por la jurisprudencia de esta Sala, pretendiendo evitar con ello simulación en la constitución de una sociedad que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la Ley como protectora de derechos ajenos.

CLAUSULA DE SUMISION EN CONTRATO DE CONSUMIDORES: ES INEFICAZ POR CONSIDERARSE ABUSIVA. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—En relación con la cláusula de sumisión litigiosa, cuando ésta se halle inserta en un contrato celebrado con consumidores, debe tenerse en cuenta la doctrina de la Sala que recoge, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999, al explicitar que en el estudio de las cláusulas abusivas de los contratos, hay que partir de la Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea del Consejo, de 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales Judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios.

En el artículo 3 del Texto comunitario se definen las cláusulas abusivas al expresar que son aquéllas que no se han negociado individualmente, pese a la exigencia de buena fe, causando en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.

J. Q. S.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CONTRAVENTA. (STS DE 22 DE JULIO DE 2001.)

Hechos.—El objeto litigioso se centra en obtener de la sociedad demandada la reparación de los defectos aparecidos en el sistema de alarma instalado en la urbanización cuyos propietarios integran la Comunidad actora, califíquese esta situación de dicho sistema como de ruina funcional o como cumplimiento defectuoso de la prestación a que se obligó la demandada promotora-vendedora, es indudable que en uno u otro caso, se trata de ejercitar las acciones derivadas, en este caso del contrato de compraventa, pues en ambos supuestos hay un incumplimiento del contrato, independientemente de la gravedad del daño, al declarar la Sala *a quo* que las deficiencias en la instalación ofertada configura un incumplimiento contractual susceptible de ser reclamado por la vía de los artículos 1.089, 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil.

Doctrina.—No obstante la mención en el fundamento tercero de la sentencia recurrida del artículo 1.591 del Código Civil, la *ratio decidendi* de la sentencia no se encuentra en la apreciación de si los defectos apreciados en el sistema de alarma constituyen o no un supuesto de ruina funcional incardinable en el artículo 1.591 del Código Civil, sino que el fallo estimatorio de la demanda se encuentra en que los defectos denunciados constituyen un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la promotora-vendedora aquí recurrente, y así se manifiesta de forma rotunda en el fundamento tercero de la sentencia de instancia que en su párrafo razona: «así las ausencias o deficiencias de las instalaciones afectadas, que obstaculizan que el

espacio construido sea habitable y seguro en condiciones aptas para servir de adecuada y digna morada a sus habitantes, configura un incumplimiento contractual susceptible por la vía de los artículos 1.089, 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil de ser reclamado, pues la obligación de entrega tiene que ser acorde con la finalidad y causa económica de los contratos y debe estar en correcta relación con la promoción realizada (art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984), características de la edificación y precio pagado por las viviendas», y que ésta es la *ratio decidendi* de la sentencia y no la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, lo viene a reconocer la parte recurrente cuando en el motivo primero del recurso tacha a la resolución de instancia de incongruente porque, dice, «transforma lo que era una acción de responsabilidad decenal en una acción de incumplimiento contractual», no se ha producido, en consecuencia, la infracción legal que se denuncia, y de ahí la anunciada desestimación del motivo.

COMPRAVENTA DE CUERPO CIERTO. (STS DE 21 DE JULIO DE 2000.)

Hechos.—La pretensión de la actora trae causa en el contrato de compraventa celebrado entre PROABA, S.A. como comprador, y la demandada, como vendedora en escritura pública que tenía por objeto «solar, en término de Cártama, partido..., cuya superficie edificable es de 1.427 m² que linda...», asimismo expone la vendedora que «sobre esta finca existe realizado un proyecto básico de ejecución de 23 viviendas, el cual declaran conocer ambas partes, aceptándolo y ratificándolo en este acto la parte compradora».

Doctrina.—Cuando es vendido un inmueble, para la determinación del mismo no es necesario que sean precisadas en el contrato las dimensiones, la medida, pudiendo tener esta indicación dos significaciones, dos valores bien distintos: primero, que las partes hayan querido obtener aquella determinada medida por aquel determinado precio, estableciendo que en tanto se convenía aquel precio en cuanto el inmueble tenía tal medida, siendo obvio que si después resulta que el inmueble tenía dimensiones distintas, también el importe del precio debe modificarse proporcionalmente, en más o en menos hipótesis de la venta de inmuebles por unidad de medida o número prevista y disciplinada por los artículos 1.469 y 1.470 del Código Civil; y segundo, que el inmueble sea vendido como cuerpo cierto, es decir, por lo que es, independientemente de sus dimensiones efectivas, hipótesis regulada por el artículo 1.471 del propio cuerpo legal. Además, para la determinación del objeto vendido no es preciso determinar sus dimensiones, y aunque así se haga, siempre que falte la indicación del precio concreto por unidad de medida, la ley supone que tal individualización no ha tenido para las partes valor esencial, y constituía tan sólo una superabundancia de datos que es una presunción de valor absoluto.

La compraventa celebrada ha de calificarse como compraventa a precio alzado o de cuerpo cierto, ya que la expresión de la superficie edificable, que no puede confundirse con la superficie del solar vendido, no aparece que fuera tenida en cuenta para la fijación del precio, pues no se estableció el precio del metro cuadrado edificable que una sencilla operación aritmética daría el precio total de lo vendido.

CONTRATO DE DISTRIBUCION. INAPLICACION DEL DERECHO COMUNITARIO. (STS DE 24 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina.—Una Directiva de la Comunidad Económica Europea no constituye derecho interno estatal, pues no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular, y que una Disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada en calidad de tal contra dicha persona. La aplicación de las Directivas a los Estados Comunitarios, como reconoce la doctrina, no deja de plantear serios problemas en posición de generalidad teórica, ya que las Directivas no son de aplicación directa. Con ello, su entrada en vigor no ocasiona su auténtica incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en Derecho vigente y de obligado cumplimiento.

En el presente caso, a tenor del contenido suscrito entre las partes, el demandado-reconviniendo no estaba vinculado con la demandante-reconvenida por un contrato de agencia, ya que en ningún momento actuó en nombre y por cuenta del empresario, sino en su propio nombre, asumiendo el riesgo comercial de las operaciones que concertase para la venta de los productos de la actora. No nos encontramos con un contrato de agencia, sino ante la figura del distribuidor en exclusiva quien, como es conocido, no obra *procuratoris domini* sino *propio nomine*, y como dueño exclusivo de la mercancía que revende, contrato de naturaleza atípica, integrado por componentes de suministro con exclusiva de venta y agencia o de venta y arrendamiento de servicios.

CALIFICADO EL CONTRATO DE LEASING ES POSIBLE SU RESOLUCION POR IMPAGO DE CUOTAS. (STS DE 20 DE JULIO DE 2000.)

Una vez calificado el contrato de leasing o arrendamiento financiero (pues su calificación como compraventa de bien mueble a plazos habrá que probarla en el caso y con las circunstancias concretas, si medió un acuerdo simulatorio en el que el leasing opera como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos) es procedente su resolución por impago de cuotas por parte del arrendatario, resolución que, por cierto, también se aplica al impago del precio de la compraventa.

DULCIFICACION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. (STS DE 25 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina.—El rigor del principio de la carga de la prueba puede dulcificarse en ocasiones, según la posición más favorable que tengan las partes respecto de la disponibilidad de las fuentes de prueba, que tal juicio de oportunidad corresponde al juzgador de instancia, de manera que cuando se comprueba que el hecho afirmado es básico para el éxito de la pretensión actora y no resulta probado en la instancia, no cabe que se eluda la aplicación de la regla general que informa el precepto invocado acerca de la prueba de las obligaciones, utilizada por el juzgador de instancia, ya que el ámbito casacional del artículo 1.124 del Código Civil, sólo cobra sentido cuando en casos de pruebas insuficientes o dudosas, se hacen recaer las consecuencias perjudiciales de la falta de probanza sobre la parte no concernida por la carga de probar,

pero no cuando la falta de prueba se imputa correctamente a quien debió de probar. El artículo 1.214 del Código Civil no contiene normas valorativas de prueba y opera para distribuir su carga entre los contendientes procesales, con lo que su infracción sólo cabe ser aducida en los casos de ausencia de prueba de los hechos concretos y la Sala no tenga en cuenta la regla distributiva del *onus probandi*, al hacer soportar las consecuencias de la falta probatoria a la parte sobre la que no gravita la carga.

PERDIDA DE LA COSA OBJETO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES. (STS DE 22 DE JUNIO DE 2000.)

Hechos.—La acción objeto de litis solicita la reclamación de la cosa arrendada (andamios) por haberse perdido en poder del arrendatario tras el incendio del pabellón a que dicha cosa servía, la cual no ha quedado totalmente destruida y el arrendatario tenía que haberla restituido al arrendador.

Doctrina.—La responsabilidad del arrendatario comprende tanto la pérdida como el deterioro, se insiste en que los andamios arrendados fueron trasladados tras el incendio por una empresa desconocida a paradero igualmente desconocido sin permiso del arrendador ni del arrendatario y, en fin, se dice que las torres de andamio eran de acero y estaban dotadas de ruedas y por tanto, difícilmente podrían destruirse como consecuencia del incendio. Otra cosa es que el arrendatario no hubiese actuado con la suficiente diligencia para retirar las mismas durante y después de acaecido el supuesto siniestro.

Uno de los fundamentos de la sentencia recurrida es la obligación de custodia del arrendatario impuesta por el artículo 1.568 en relación con el artículo 1.102, ambos del Código Civil. Forzoso sería concluir que el motivo, además de confundir la *causa petendi* con los preceptos concretos citados en la demanda, altera interesadamente los términos en que ésta verdaderamente se planteó para así reducir o limitar el fundamento de su pretensión al de la responsabilidad del arrendatario por el incendio, algo que de ningún modo se corresponde con la realidad, pues evidentemente es de todo punto que la reclamación se fundaba en la pérdida de la cosa arrendada, deteriorada o no, a causa de la pasividad, negligencia o desinterés de la arrendataria tras el incendio.

EN EL CONTRATO DE OBRA SI EL CONTRATISTA ASUME EL RIESGO Y AVENTURA NO PUEDE RECLAMAR AUMENTO DE PRECIO. (STS DE 21 DE JUNIO DE 2000.)

Hechos.—La sociedad demandada, hoy recurrida, desistió unilateralmente del contrato de obra concertado con la recurrente, lo que pudo legalmente hacer, pero dejando indemne al contratista, sea cual hubiese sido la característica de aquel contrato (riesgo y ventura del contratista, etc...).

Doctrina.—El motivo se desestima por la introducción de una cuestión nueva no alegada en el período expositivo para que hubiera podido ser objeto de contradicción y prueba, y es la de fundar la reclamación ahora en el artículo 1.594, cuando la demanda solicitaba la condena de la demandada por el impago de las certificaciones de obra, devolución de retenciones, gastos

de conservación y custodia. No se alegó que debía, como consecuencia del desistimiento unilateral de la obra, la cantidad reclamada, que sería la resultante de su aplicación. Esta Sala ha vedado rigurosa y constantemente el planteamiento de nuevas cuestiones en el recurso de casación para no contrariar los principios de audiencia y contradicción.

AUSENCIA DE ACREDITACION DE LA PROPIEDAD DE UN VEHICULO DEL TERCERISTA. (STS DE 22 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina.—La inscripción en el Registro de la Jefatura de Tráfico no es decisivo en la determinación del derecho de propiedad del vehículo inscrito, pero tal inscripción no ha sido el argumento único para desestimar la demanda de tercería de dominio; son varias las razones para desestimar la demanda centrándose en un extremo que declara la sentencia de instancia: falta de pruebas acreditativas de la propiedad del tercerista, que ha llevado a la desestimación de la demanda, que se estima correcta.

I. I. M.

COMPETENCIA POR INHIBITORIA. CLAUSULA ABUSIVA. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. señor don José Almagro Nosete.

Procedencia: Juzgado de 1.ª Instancia, número 4, de San Sebastián, y Juzgado de 1.ª Instancia, número 2, de Santoña.

Doctrina de la Sentencia.—Las cláusulas abusivas de adhesión se califican de abusivas en atención a la protección que debe dispensarse a los consumidores, ya que el acto de competencia no es objeto de negociación bilateral, lo que implica la expresión conforme a las voluntades concordes de los contratantes y, asimismo, resulta determinante de su nulidad, pues la bilateralidad obligacional no la expresa ni representa el simple hecho de que esté firmada la relación contractual creada por el receptor de la prestación convenida, dado su carácter imperativo: doctrina jurisprudencial que responde a la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril de 1993, y cuya transcripción a nuestro Derecho se ha efectuado por la Ley número 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que consagra el principio de que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

ARTICULOS 1.469 Y 1.472 DEL CODIGO CIVIL. DIFERENCIAS ENTRE PRESCRIPCION Y CADUCIDAD. EL PLAZO DEL ARTICULO 1.472 ES DE PRESCRIPCION Y NO DE CADUCIDAD. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de 1.ª Instancia, número 4, de los de Almería, en sentencia de 22 de abril de 1994, estima la excepción interpuesta contra la demanda. La

Audiencia Provincial de Almería, en sentencia de 13 de noviembre de 1995, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Por la Sala se debate la diferencia existente entre **prescripción** y **caducidad**. La caducidad fenece por el transcurso del tiempo señalado para ejercitar una acción. En cambio, la prescripción es la acreedora de adquisición o extinción de derechos, y consiguientemente, cualquier requerimiento o acción ejercitada interrumpirá la misma, así si la Ley ha querido señalar un plazo relativamente corto para un tipo especialísimo de acción, no debe dilatarse con interrupciones que hagan impreciso los términos de la contratación o de la seguridad jurídica. El Tribunal Supremo mantiene, en algunos casos, que la caducidad puede admitir excepcionalmente interrupción, aunque la jurisprudencia más moderna se pronuncia en el sentido de que la caducidad no admite interrupción de ninguna clase. Por tanto, es indudable que las figuras jurídicas de la **prescripción** y la **caducidad** son totalmente diferentes, como lo son, también, los efectos y consecuencias a derivar de una y otra, en especial, respecto al transcurso del tiempo, y en este sentido, es bien parco el plazo especial que el artículo 1.472 del Código Civil asigna a las acciones a que se refiere, pero ello tiene su explicación en la finalidad de salvar en lo posible la eficacia y validez del contrato y en la necesidad de acortar los plazos en que se pueda atacar al mismo, a fin de consolidar la seguridad jurídica, así como la simplicidad de semejantes acciones, en las que la investigación de los hechos en que se basan no precisa un considerable espacio de tiempo al poder efectuarse con facilidad en los momentos precedentes a la entrega, lo cual hace innecesario un largo plazo de tiempo para salvar la divergencia.

DEUDOR INCURSO EN MORA. SI LA OBLIGACION CONSISTE EN EL PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO, EL CALCULO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS HA DE CIFRARSE SOBRE LA TOTAL CANTIDAD DEBIDA. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1999).

Ponente: Excmo. señor don José Menéndez Hernández.

El Juzgado de 1.ª Instancia, número 1, de los de Soria, en sentencia de 14 de marzo de 1994 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria, en sentencia de 8 de noviembre de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Según el artículo 1.101 del Código Civil, los que incurren **en mora** deben indemnizar los daños y perjuicios producidos. El artículo 1.101 expone como supuesto de **cumplimiento defectuoso** —no incumplimiento— los casos de culpa, negligencia o morosidad. Pero este último supuesto podría subsumirse en los anteriores: el que no paga oportunamente a sus acreedores lo hace o por actitud negligente o por un acto culposo; si no paga en el tiempo debido es o porque se descuida o porque deliberadamente quiere retrasarse, por tanto, no muestra la diligencia de un buen padre de familia que suele ser cuidadoso en sus compromisos. En cuanto a la respon-

sabilidad procedente de esta negligencia, el artículo 1.103 dispone que es exigible en toda clase de obligaciones y puede moderarse por los Tribunales. Después el artículo 1.106 marca las coordenadas de la acción indemnizatoria que no sólo debe cubrir la pérdida sufrida sino también la ganancia dejada de obtener por el acreedor y, por último, el artículo 1.108 mantiene que en las deudas de dinero, la indemnización por el retraso en el pago consistirá en el pago de los intereses si no hubiese pactado lo contrario, y ello porque el dinero es susceptible de una feracidad económica, es capaz de engendrar intereses y si no se percibe a tiempo se aborta esa producción.

TERCERIA DE DOMINIO. LEASING: NO ES COMPRAVENTA A PLAZOS DE COSA MUEBLE. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de 1.ª Instancia, número 15, de los de Valencia, en sentencia de 8 de febrero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª), en sentencia de 18 de octubre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—El punto esencial de esta tercería se halla en el leasing o arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compra, contrato que tiene por objeto exclusivo la *cesión del uso* de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, a lo que se añade una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

Doctrina de la Sentencia.—El **concepto y función** de la tercería de dominio ha sido clarificado a través de reiterada jurisprudencia de la Sala —sentencias de 19 de mayo de 1997, 16 de julio de 1997, 11 de marzo de 1998 y 28 de octubre de 1998—, destacan que la naturaleza es de acción declarativa de propiedad, cuyo objeto es la declaración de propiedad del demandante tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia del codemandado sobre el bien que aparecía como propiedad del otro codemandado.

La Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, implica que la entidad de leasing es la titular dominical del bien que, si es embargado, podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio. Se trata, pues, de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ya se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, aplicación ésta ajena a la intención y querer de las partes y a no venir el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad

económica perseguida por una y otra operación es distinta; y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación al comprador, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo.

LITISCONSORCIO NECESARIO INEXISTENTE. EL CONTRATO VINCULA A LAS PARTES. MOTIVO SIN LAS PRECISIONES EXIGIBLES. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Navacarnero, en sentencia de 21 de enero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), en sentencia de 16 de noviembre de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—El problema litigioso surge, entre las partes, por discrepancias sobre la validez del contrato privado (la demandada reconviniente alega su nulidad) y por ello, sobre su cumplimiento.

El núcleo del litigio se centra en la declaración de validez y en la necesidad de cumplimiento de un contrato complejo de enajenación de un solar al actor por parte de la demandada a cambio de un 20 por 100 de la edificación a realizar por el actor en dicha finca, concretado en dieciséis viviendas, dependiente para su eficacia última de que el actor llevase a buen término las gestiones precisas con el Ayuntamiento para obtener por su cuenta el derecho a edificar un determinado número de viviendas y la licencia de obras oportuna. Consecuentemente, con lo estipulado, el actor celebró «convenio urbanístico» con el referido Ayuntamiento y transmitió al mismo la finca adquirida, reconociendo dicho Ayuntamiento el derecho a edificar 246 viviendas, y éste le «transmite un solar apto para ubicar las referidas edificaciones». Con fecha 2 de abril de 1990, las partes litigantes «adicionan al contrato concertado en abril de mil novecientos ochenta y nueve, una cláusula por la que el porcentaje del 20 por 100 queda concretado en ocho viviendas». Posteriormente, con fecha 3 de febrero de 1992, otorgan escritura pública por la que dicen las partes permutarse entre sí la plena propiedad de las fincas objeto del anterior convenio urbanístico conforme a la escritura.

Doctrina de la Sentencia.—Planteado el estado de cosas, así entre las partes, la cuestión litigiosa y sus relaciones internas no son determinantes de una situación jurídica inescindible que haga necesario el litisconsorcio en lo que se refiere a la pretensión deducida concretada sustancialmente en la validez del referido contrato *inter partes*, la declaración relativa a que se ha producido una modificación en cuanto a la obligación de transmitir al actor, «no la finca inicialmente convenida», «sino las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad». Además, es evidente que el Ayuntamiento nunca se vería afectado por la resolución que recayese en autos al estar bien constituida la relación jurídico-procesal, ya que de las pruebas practicadas, apreciadas en su conjunto, se desprende que con fecha 13 de abril de 1989, se otorgó por las partes un contrato privado, pues por dicho contrato se facultó al actor como adquirente

de la finca para obtener la permuta o licencias con el Ayuntamiento al objeto de realizar la edificación lo más intensiva posible, por lo que en cumplimiento del referido contrato, el actor mantuvo una serie de contactos con el Ayuntamiento, contactos que fructificaron en un convenio urbanístico firmado el 22 de marzo de 1990, y en el que fueron partes de un lado el actor y de otro lado el Alcalde, convenio éste por el que el actor transmitió la finca objeto del contrato privado, y a cambio se le permitía edificar 246 viviendas en un solar, por lo que encontrándose inscrita la finca a nombre de la demandada y en cumplimiento de lo comprometido en el documento de 13 de abril de 1989, el 3 de febrero de 1992 se consumó el convenio de fecha 22 de marzo de 1990, otorgando escritura pública entre el Ayuntamiento y la demandada, donde se permutaron las referidas fincas, debido a lo cual la demandada adicionó el contrato de 13 de abril de 1989 con una cláusula donde no sólo se reconocían tales circunstancias, sino que aceptó que las viviendas a las que tenía derecho quedaban reducidas a ocho.

MANDATARIO VERBAL: EL TERCERO CONTRA QUIEN SE DIRIGE, EXIGIENDOLE UNA CONDUCTA, TIENE LA FACULTAD DE EXIGIRLE LA ACREDITACION DE SU PODER. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Alcobendas, en sentencia de 30 de diciembre de 1993, estima la excepción de falta de acción de la actora en la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a), en sentencia de 4 de octubre de 1994, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se cuestiona la validez de un mandato verbal para dar por cumplido el requisito de procedibilidad que impone el artículo 27 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, para ejercitar la acción de rectificación de una publicidad, pues no hay duda de que el mandato, para realizar determinada gestión, puede otorgarse verbalmente —art. 1.710 del Código Civil—, pero el poder para obrar frente al tercero exigiéndole la observancia de una conducta en nombre del poderdante está sometido a la regla de forma del artículo 1.280.5 del Código Civil en cuanto aquel encargo le perjudica. No puede haber confusión entre los artículos 1.790 y 1.280.5 porque se refieren a dos conceptos distintos: MANDATO Y REPRESENTACION. El representante habrá de acreditar su representación del modo previsto legalmente si le es exigido por el tercero. Lógico y ajustado a la buena fe resulta que quien es requerido para observar una conducta en nombre del poderdante compruebe la existencia del poder en favor del que se la exige, y esto es lo que hizo la sociedad recurrente al contestar al requerimiento notarial de la actora por la vía del mandatario verbal.

SUBASTA CELEBRADA SOBRE EL MISMO BIEN INMUEBLE CON POSTERIORIDAD A OTRA. NULIDAD DE LA PRIMERA POR FALTA DE CONSUMACION DE VENTA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 11, de los de Valencia, en sentencia de 5 de octubre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provin-

cial de Valencia (Sección 7.ª), en sentencia de 21 de noviembre de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de la Sala en sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994, entre otras, la tipificación de la doble venta requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía. Tal exigencia conduce a la cuestión planteada en el motivo, esto es, si la primera venta se consumó efectivamente. En nuestro sistema jurídico, el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición. Con razón establece la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1986, que la venta es por definición un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa del dominio que se consume mediante la entrega de la cosa. En el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. Tal criterio obedece a una larga tradición legal que recoge que en cualquier tiempo de la causa ejecutiva, aún después de la sentencia de remate, con tal que no se haya hecho pago ni dado posesión de bienes, se ha de admitir la oposición de tener opositor que viene pretendiendo el derecho de los bienes ejecutados, y ello pues el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil después de ordenar que las tercerías pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo establece la limitación de que la de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega de la cosa al comprador o al ejecutante o antes del otorgamiento de la escritura que, según el artículo 1.462 del Código Civil, equivale a la entrega de la cosa; puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta por ser esta formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de la irrevocabilidad de la venta, una vez celebrado el remate que sanciona el artículo 1.498 de la propia Ley Procesal por referirse, evidentemente, a los contratantes con exclusión por lo tanto de los terceros. Doctrina esta que se ha mantenido continuadamente en sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991. En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la «escritura» y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en «título bastante» para la inscripción registral, no significa que se trastocuen los conceptos legales a que responde el sistema, pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce conforme al artículo 1.514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y de más requisitos —art. 1.515—. La doctrina científica actual, al comentar el nuevo artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus diferencias en el artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria, mantiene que «salvando las diferencias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio, en el que se documenta la venta judicial, produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1.462.2 del Cód-

go Civil, análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública». Los cambios introducidos por la reforma no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate, plasmándose en el documento público una compraventa, ya perfeccionada con anterioridad. La subasta judicial es un negocio jurídico formal donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad, de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades, precisamente para evitar, entre otros, caso como el que ahora nos ocupa. No cabe, por ello, asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código Civil. No vale, en suma, como modo la posesión que no se otorgó conforme a las formalidades exigibles, ni según título, sin aptitud, para producir la inscripción registral.

La similitud del caso, con los supuestos de «doble venta» a que se refiere el Código Civil en su artículo 1.473, obliga a tomar en cuenta su solución adaptada a nuestro caso y salvadas las diferencias entre unas ventas voluntarias y unas enajenaciones forzosas, coincidiendo, además, el requisito jurisprudencial de la buena fe en los adquirentes. La buena fe exige, en el segundo comprador, ignorancia de que la cosa adquirida haya sido objeto de una venta anterior desconociendo que podría ser apreciado según la expresión del Derecho histórico para descubrir la mala fe.

NO PUEDE PROSPERAR UNA DONACION SI AL HACERLA EL DEUDOR DONANTE NO SE HA RESERVADO BIENES BASTANTES PARA PAGAR SUS DEUDAS ANTERIORES A ELLA. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Manzanares, en sentencia de 16 de marzo de 1994, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª), en sentencia de 5 de octubre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación ha lugar parcialmente.

Base fáctica.—Analizando el *petitum* de la acción ejercitada, se advierte que pretende se declare la ineficacia de ciertas donaciones para que reviertan los bienes donados al patrimonio del deudor. Además, la apreciación de la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho probado y el deducido corresponde al Tribunal de instancia y sólo podrá destruirse si se demuestra que el criterio seguido ha sido ilógico o absurdo, cosa que no ha ocurrido en el caso de autos.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de la Sala la de que no es necesario realizar una previa persecución de los bienes del deudor para acreditar su insolvencia, pues dicha insolvencia resulta probada por su imposibilidad de hacer frente a los créditos pendientes. Además, se presume siempre hecha la donación en fraude de acreedores cuando al hacerla el deudor no hubiera

reservado bienes bastantes para pagar sus deudas anteriores a ella, pues siempre que el donante-deudor no se reserve una cobertura suficiente frente a su pasivo anterior, la presunción de fraude es inevitable; siempre, es decir, en cualquier caso de donación que no respete la preferencia de los acreedores anteriores frente a los donatarios enriquecidos sin causa lícita.

DECLARADO NULO DE PLENO DERECHO UN CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA, RESULTAN TAMBIEN NULOS LOS ACTOS QUE TRAJERAN CAUSA DE EL, DEBIENDO CANCELARSE LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES A QUE HUBIESE DADO LUGAR. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Las Palmas de Gran Canaria, en sentencia de 3 de febrero de 1997, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1.ª), en sentencia de 7 de julio de 1997, estima los recursos de apelación interpuestos.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—No debe ceñirse el tribunal a una sumisa obediencia de una pretensión errónea de las partes, sin que su decisión atente contra el principio dispositivo o la exigencia de justicia rogada. Paralelamente a esto, decir que si los bienes son gananciales porque fueron adquiridos a título oneroso constante matrimonio a costa del caudal común, es indiferente que se incluyan o no en el inventario partible, porque aunque se omitan en el relato de los bienes gananciales, siguen no obstante conservando ese carácter en tanto no se distribuyan entre los cónyuges como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Además, del iter de la sentencia se deduce que es correcto apreciar simulación en un pretendido contrato de compraventa en el que no puede demostrarse que haya intervenido un precio cierto como contraprestación porque se está encubriendo un acto lucrativo y que, por ello deviene además en un contrato sin causa.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA PROPIETARIA HA RECONOCIDO COMO ARRENDATARIO AL DEMANDANTE, SIN PERJUICIO DE QUE LOS RECIBOS SE EXPIDIESEN A NOMBRE DE LA MADRE DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Coin desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No prospera la casación. El arrendamiento concertado lo fue con anterioridad al año 1930, con el padre del hoy actor, y en el año 1984 se demandó a dicha persona como arrendatario para actualizar la renta. Por ello, a la fecha del fallecimiento se subroga en el contrato arrendaticio, lo que no puede rebatirse en base a tener por subrogada a la madre del demandante por expedirse a su nombre los recibos de las rentas, ya que, sin desconocer la realidad de dichos recibos, por un lado no se hace constar el carácter con el que efectúa el pago y, por otro, aun cuando se entendiase que lo era como arrendatario, entraría en contradicción con el hecho de que la arrendadora en el año antes citado tuviese por tal al hoy demandante, contradicción que debe resolverse en favor de la persona referida en el litigio, haciéndose constar así en el escrito de demanda.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ARRENDAMIENTO ESTA EXCLUIDO DE LA LAR POR TENER LA FINCA UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE TIENEN LAS DE SU MISMA CALIDAD Y CULTIVO EN LA COMARCA O ZONA. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado número 2 de Murcia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No procede la casación. Se rechazó el acceso a la propiedad por no ser aplicable la LAR, ya que la finca tenía un valor en venta superior al doble del precio correspondiente en la comarca o zona a las de su calidad o cultivo. La prueba pericial es de apreciación libre, siendo valorable por el juez, según su prudente criterio, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido. Ni el artículo 1.242 y 1.243 del Código Civil ni el artículo 632 LEC tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación. Las reglas de la sana crítica no están codificadas, sino que han de ser extendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba, pudiendo únicamente impugnarse si la valoración es contraria a la racionalidad, lo que no se da en la sentencia de instancia. El valor agrario de los terrenos, determinado por los peritos —ingenieros agrónomos— es correcto, pero el valor en venta es superior al doble del antes referido, como estima la Audiencia a la vista del informe del arquitecto, designado por las partes, concedor de la zona, que considera a los terrenos edificables próximos a la capital que reciben una presión constructora, donde existen viviendas unifamiliares y se ubica un colegio, disfrutando de servicios urbanísticos, como reconoció el actor al absolver posiciones, por lo que la Audiencia valora la prueba en conjunto, llegando a la conclusión de que las tierras litigiosas valen más del doble que otros terrenos sitos en la misma zona, de idéntica calidad o cultivo, aun en el supuesto que no alcance el precio que indica el perito último.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR OCUPABA LA FINCA EN VIRTUD DE UNA RELACION DE CONVIVENCIA FAMILIAR DEBIDA A LOS LAZOS DE PARENTESCO QUE LO UNIAN CON EL PROPIETARIO SIN QUE SE PRUEBE LA EXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO, QUE CONCEDERÍA EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado número 9 de Bilbao estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No prospera la casación. La prueba de presunciones ha de someterse a la lógica de operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles, siendo el juicio de valor reservado al juez, merecedor de respeto mientras no se acredite su irrazonabilidad. El recurrente enfrenta su deducción a la de la sala *a quo*. Ante la falta de una prueba directa que acredite la existencia de un arrendamiento anterior al 15 de marzo de 1935, dice la sentencia que existe una presunción de convivencia familiar y, por tanto, la gratuidad de la convivencia del actor y sus progenitores que obliga al actor a su destrucción en cuanto se pretende sentar la existencia de una relación arrendaticia en tal convivencia en el caserío. Corresponde al actor que pretenda el acceso a la propiedad, la prueba de la existencia de un contrato con la antigüedad establecida. El juzgador de instancia llega a la conclusión de que la ocupación por los padres del actor obedece a la relación familiar que existe entre el recurrente y sus padres y los antecesores del actual copropietario, teniendo en cuenta el tracto dominical y la forma en que los padres del actor ocuparon las fincas y que la madre de éste continuó viviendo con sus padres en el caserío, después de casada, no como arrendataria sino en virtud del parentesco que los unía, así como que el padre del codemandado permitiera a su tía, hermana de su madre, continuar en el caserío, sin exigirle el pago de cantidad alguna.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO PROCEDE ESTE DERECHO POR HABERSE PRODUCIDO MAS DE UNA SUCESION MORTIS CAUSA EN EL CARACTER DE ARRENDATARIO, LO QUE NO PERMITE LA LAR, YA QUE EL ACTUAL SERIA UN CONTRATO NUEVO EN EL QUE NO SE DAN LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado número 1 de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia admitió en parte la apelación, en cuanto al valor que corresponde abonar por dicho derecho.

Triunfa la casación. Aunque el Juzgado estimó que el actor tenía derecho al acceso a la propiedad por tratarse de un arrendamiento del que se ha perdido memoria de su origen y es profesional de la agricultura, la realidad es que jamás se notificó a ninguno de los propietarios, no ya la subrogación, sino ni siquiera el hecho del fallecimiento del anterior arrendatario, habiéndose conocido que el padre del actor falleció tres años antes de la presentación de la demanda de acceso a la propiedad ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos de Guipúzcoa, careciendo el demandante de la condición de arrendatario del caserío por haberse producido más de una sucesión *mortis causa*. El padre del actual supuesto arrendatario no fue el primer arrendatario del caserío sino que había sucedido a su mujer y a su suegra, lo que significa que el demandante sería el tercer sucesor *mortis causa* en el arrendamiento, cosa que no se permite en la LAR, ni menos en la legislación común a la que estaba sometido el arrendamiento en la fecha del fallecimiento del arrendatario sin el consentimiento expreso del arrendador, por lo que no se prorrogaría el contrato sino que se concertaría un nuevo contrato de arrendamiento en

que, en ningún caso sería inmemorial ni daría derecho alguno de acceso a la propiedad.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—AUNQUE LA LAR EXCLUYE DE SU APLICACION LA CESION DE USO POR MAS DE DOCE AÑOS A PLANTACIONES DE VIÑAS, NARANJOS, OLIVOS Y OTRAS ESPECIES NO FORESTALES, ESTO SE REFIERE AL CULTIVO INICIAL, PUDIENDO EL ARRENDATARIO MODIFICAR ESE CULTIVO DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO, LO QUE ES APLICABLE TAMBIEN A LA APARCERIA. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado número 1 de Gavá admitió la demanda y la Audiencia confirmó, pero extendiendo el derecho de acceso a otras fincas además de la admitida en primera instancia.

No procede la casación. La LAR evita la sumisión a la Ley especial de aquellos arrendamientos donde concurre esta doble circunstancia: pacto de cesión por más de dos años y finalidad de plantación de viñas, naranjos, olivos y otras especies no forestales, pero no hay evidencia sobre el inicial objeto de cultivo y el arrendatario, que es el empresario agrícola, dirige la explotación de la finca poseyendo derecho a la elección de cultivo, lo cual supone que asimismo puede cambiarlo. Aunque el contrato fuese de aparcería, como dice la sentencia de apelación, igualmente tendrá derecho de acceso, como dice el artículo 118 LAR, ya que, con carácter supletorio, según el artículo 106 se aplican a la aparcería las normas de arrendamiento. Tampoco puede admitirse la proximidad al casco urbano de una pieza de tierra porque la LAR no tiene reglas para las fincas cercanas al núcleo urbano, pues sólo menciona a las que, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, tienen un valor superior en venta al doble del precio que correspondería en la zona a las de su misma calidad o cultivo, y la sentencia de instancia ha dicho que es insuficiente la poca distancia entre la finca y el núcleo urbano para determinar el aumento de valor, por esta sola circunstancia. Las consecuencias de la falta de prueba en este tema, según el artículo 1.214 del Código Civil recaen sobre el recurrente.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DEMANDANTE NO TIENE LA CONDICION DE CULTIVADOR DIRECTO PERSONAL, IMPRESCINDIBLE PARA TENER DERECHO AL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado número 2 de Amurrio desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Es requisito imprescindible, según el artículo 99 LAR, que el arrendatario sea cultivador personal de la finca, lo que es distinto del concepto de «profesional de la agricultura», ya que esa exige la simple preferencia a la actividad agraria respecto a otras, y aquél necesita la exclusividad de la dedicación a la agricultura. De la sentencia recurrida se deduce que el recurrente-arrendatario, desde 1980 a 1985, fue trabajador por cuenta ajena en una empresa industrial y que más tarde llegó a la situación de pensionista, sin que existiera dato alguno que lo relacionara con una actividad agrícola. Todo

ello hace que no se le pueda estimar cultivador personal a tenor del artículo 16 y por tanto con la suficiente capacidad jurídica para acceder a la propiedad, puesto que no cumple el requisito esencial del artículo 99 LAR.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE CONSENTIMIENTO EXPRESO PARA LA REALIZACION DE OBRAS QUE ADEMAS EXIGIRIAN EL DEL PROPIETARIO MEDIANERO, YA QUE SE RELACIONAN DOS PISOS PERTENECIENTES A DISTINTAS FINCAS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado número 36 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. De la condición 17.^a del contrato no se desprende la autorización expresa para la ejecución de obras, consistentes en la apertura de dos puertas en la medianería del local arrendado en el número 17 para comunicarlo con el del número 19, ya que la cláusula 5.^a establece que, sin previo permiso escrito del arrendador, se prohíbe expresamente la realización de obras de cualquier género y la modificación o sustitución de las instalaciones. Además del consentimiento del arrendador requería la voluntad del propietario de los dos pisos, estando demostrado que negó la actora su consentimiento, pues las únicas obras son las que fueran susceptibles de ser retiradas por el arrendatario pero que en ningún caso modifican la configuración del local, facultades que ni siquiera tenía el arrendador. No cabe una interpretación *contra legem* que involucre a un tercero. La autorización para obras puede ser expresa o tácita, pero la primera no existe y la segunda ha de derivarse de actos que hagan ver claro la voluntad del agente, sin que exista ninguno que permita deducir la autorización para obras, abriendo huecos en la medianería, máxime cuando tampoco consta el concurso de la voluntad de los otros medianeros sin que tales obras fueran, por otra parte, necesarias para el fin del contrato, siendo más lógico pensar que el arrendatario oculte la realización de tales obras para que no llegase a conocimiento de ninguno de los propietarios, que no podían concederle autorización por separado sin que se recabase la misma de modo expreso por este motivo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO DE FRANQUICIA NO DEBE CONSIDERARSE COMO UN TRASPASO A FAVOR DE LA ENTIDAD QUE CONCEDE LA FRANQUICIA Y POR TANTO NO DETERMINA LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado número 48 de Barcelona desestimó la demanda pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. El contrato de franquicia debe estimarse enclavado dentro del área de los atípicos. Este contrato es el que se celebra entre dos partes, jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar, bajo determinado control y por un tiempo y zona delimitada, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios contra entrega

por éste de una contraprestación económica. Un contrato de franquicia celebrado entre el arrendatario del local como franquiciado y la sociedad franquiciadora debe, *per se*, no ser estimado como un traspaso y, en consecuencia, no puede constituir causa de resolución. El franquiciador no se introduce en el uso o disfrute del local arrendado, en el que el franquiciado tiene establecido su negocio de venta de mercaderías. El beneficio que tiene el franquiciador no se deriva del uso del local sino de la dinámica propia del suministro que hace a la entidad arrendataria de las mercaderías, que ésta revende en su establecimiento, pues de entenderlo así no podría ejercerse el comercio «al por menor» o «detall» en un local arrendado, sin que ello comporte un subarriendo, traspaso o cesión inconstentida de derecho local, ya que todo comerciante ha de comprar las mercaderías a un mayorista para venderlas en su establecimiento, y ésta es la esencia del comercio «al por menor».

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTIA UNA ACTIVIDAD MINIMA PERO COMPLEMENTARIA DE LA PRINCIPAL, POR LO QUE NO SE DABA EL NO USO O CIERRE DEL LOCAL QUE HUBIERA SIDO CAUSA DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado número 16 de Valencia estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. El Juzgado de 1.ª instancia estimó la resolución por no ocupación durante más de seis meses en el curso del año, siendo revocada por la Audiencia. Considera el recurrente que ese uso residual o esporádico del local y de modo o forma anormal a como se venía utilizando, equivale a cierre, ya que se usa como depósito. Pero la estipulación primera del arrendamiento autoriza una actividad complementaria o afín al negocio bancario. Los recibos de teléfono acreditan que hubo un uso continuado que descartan la idea de abandono y revalorizan una actividad, lo mínima que se quiera, pero autorizada contractualmente. A la actora correspondía acreditar otra prueba que demuestre el no uso del local en absoluto, para contrarrestar la prueba de la demandada que le es desfavorable del uso del teléfono. A la actora corresponde probar los hechos constitutivos de su acción.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA TRANSMISION DE LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA POR UNO DE LOS SOCIOS, VULNERANDO LO PACTADO EN EL CONTRATO EN EL SENTIDO DE QUE DICHO SOCIO DEBERIA TENER LA MAYORIA DEL CAPITAL SOCIAL, DA LUGAR A LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado número 23 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. La cuestión se centraba en la interpretación de la cláusula 7.ª del arrendamiento primitivo, que decía: «Al objeto de evitar que la simple cesión o transmisión de las acciones de los socios don Andrés, don Manuel y doña Pilar implique el traspaso del local, se establece que en el caso de cesión que no sea *mortis causa* o ampliación del capital social la mayoría debería ostentarla doña Pilar, ya que de lo contrario deberá considerarse

traspaso prohibido por voluntad de los otorgantes», aunque fue novado en 1980, en el sentido de que para evitar el traspaso al margen de la LAU mediante cesión de las acciones de la sociedad a terceras personas, doña Pilar deberá ostentar la mayoría del capital social, no pudiendo transmitir, salvo en el supuesto de sucesión *mortis causa*. Caso de transmitirse de otra forma, se considera prohibida, teniendo la propiedad el derecho de tanteo o la percepción que corresponda, según Ley a cuyo efecto deben notificarse cualquier cesión o transmisión de acciones. El recurso se funda en que la sentencia conculca la reiterada doctrina jurisprudencial de que no cabe apelar a motivos de desahucio no establecidos en el artículo 114 LAU, aunque resulten del Código Civil, artículo 3.º, por transgresión del artículo 51 LSA, ya que la sentencia viene a declarar que un simple mandato verbal puede crear acciones privilegiadas sin las formalidades legalmente establecidas para modificar los estatutos, así como en la cita de los artículos 66 y 117 de la Constitución, reiterando la tesis de que los tribunales no pueden establecer una nueva causa de desahucio, pero se desestima, por ser cuestiones *ex novo* no planteadas antes, y que no pueden ser consideradas en la casación.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO HA SIDO DEMANDADA LA ÚNICA ARRENDATARIA EXISTENTE EN EL MOMENTO DEL LITIGIO, POR TRATARSE DE CONSORCIO «LITIS PASIVO» NECESARIO.

El Juzgado número 1 de Las Palmas estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. La sentencia de 1.ª instancia desestima la primera de las acciones ejercitadas, porque considera probado que entre 1986 y 1988 se produjo la cesión del arrendamiento litigioso, por parte del primitivo arrendatario en favor de una entidad mercantil, pero dicha cesión fue efectuada con el consentimiento del que era arrendador —padre de la demandante y actual arrendadora— en la fecha en que la misma tuvo lugar, lo que confirma la sentencia recurrida. La única arrendataria en la fecha de inicio de este proceso —1990— era dicha entidad mercantil y, siendo así, al haber ejercitado en este proceso, además de la primera, una segunda acción de resolución del contrato de arrendamiento litigioso, con base en la causa 7.ª del artículo 114 LAU, es indudable que ha de afectar a la única arrendataria que no ha sido demandada, por lo que nos hallamos ante una situación de «litisconsorcio» pasivo necesario que incluso debía ser apreciado de oficio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA TITULARIDAD ARRENDATICIA CORRESPONDE A DOS PERSONAS FISICAS Y PUEDE EJERCERSE POR LAS DOS A LA VEZ O POR UNA DE ELLAS, PERO NO SE PUEDE HABLAR DE CESION CUANDO CEDENTE Y CESIONARIO ESTAN EN LA MISMA TITULARIDAD DE UN DERECHO CONCRETO. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de La Orotava estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. En el local ocupado por la parte recurrida se ha construido una cubierta que ha ampliado considerablemente dicho local, o

sea, que se han realizado obras que modifican esencialmente el objeto arrendado, que se hicieron entre 1973 y 1982, y que se ignora si es el propietario actual o el anterior el que tuvo que dar el consentimiento, ya que el nuevo tuvo acceso a la propiedad en 1981, por lo que no procede valorar de nuevo la prueba, ya que la casación no es una tercera instancia. El contrato fue suscrito por la parte recurrida y por otra persona, y ésta no participaba en el negocio, pero esto no puede originar una cesión inconsentida porque la titularidad arrendaticia corresponde a dos personas físicas y puede ejercitarse por las dos a la vez o por una de ellas, pero no se puede hablar de cesión cuando cedente y cesionario están en la misma titularidad de un derecho concreto, coincidiendo el cedido con el cedente, no como persona física pero sí como titular de arrendamiento.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA SE EXTINGUE TRANSCURRIDO EL PLAZO CONVENCIONADO Y SUS PRORROGAS, SIN QUE SEA DE APLICACION EL ARTICULO 57 LAU. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de San Bartolomé de Tirajana, número 2, estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. La literalidad del contrato se impone por aplicación del artículo 1.281 del Código Civil y determina que lo que se arrendó fue la industria de café-bar con el local donde se desarrolló tal actividad. El vencimiento del contrato se pactó para el 15 de junio de 1986, sin necesidad de aviso ni requerimiento alguno a cargo de la parte arrendadora, y la continuidad contractual tuvo lugar en virtud de las prórrogas anuales pactadas que figuran en el documento, por lo que no se trataba de prórroga forzosa y hace inaplicable el artículo 57 LAU. La jurisprudencia proclama que los arriendos de locales para negocio se diferencian de los de industria en que en los primeros lo que se cede es el elemento inmueble, y en los segundos, el objeto está determinado no sólo por el local, sino también por el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo con los elementos necesarios para su explotación, conformando un patrimonio autónomo sin que sea preciso que el arrendador aporte todos los enseres y menajes para la actividad comercial a desarrollar, pues pueden ser ampliados o mejorados con los que aporte el arrendatario. Dicho contrato queda extinguido cuando expire el término convencional. Hay que tener en cuenta la excepción de cosa juzgada, ya que en un juicio de desahucio precedente se decidió la naturaleza del arrendamiento, calificándolo de industria, decretando, por transcurso del plazo, el desalojo de la misma y la extinción de la relación. Según ella, no se puede decidir en un proceso posterior una cuestión o tema litigioso, de manera distinta o contraria a como fue resuelta en pleito contradictorio anterior.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EN VIRTUD DE LO DISPUESTO POR LAS CAUSAS 2.ª Y 5.ª DEL ARTICULO 114 LAU, RESULTA QUE LA SOCIEDAD EN LA QUE TENIA EL 50 POR 100 EL ARRENDATARIO PRIMITIVO NO TIENE SU DOMICILIO EN EL LOCAL Y SI LO TIENEN LOS CODEMANDADOS, POR LO QUE PROCEDE LA RESOLUCION. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado número 22 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. La sentencia de 1.ª instancia apreció la excepción de falta de «litis consorcio» pasivo necesario por no haber sido demandada la persona que intervino a nombre de la entidad arrendataria en el contrato suscrito en 1993, en cuyo contrato se especificó que no se considerara cesión ni subarriendo el hecho de que en la nave se domicilie cualquier otra sociedad, siempre que el 50 por 100 del capital social, como mínimo, perteneciente a dicho señor o a la propia entidad, rechazando la Audiencia la excepción de «litis consorcio» pasivo necesario y establece, en virtud de lo dispuesto en los números 2 y 5 del artículo 114 LAU, resulta que la arrendataria no tiene su domicilio en el local litigioso, mientras que sí lo tienen los codemandados, estimando por consiguiente la demanda. El recurso se funda en la existencia de «litis consorcio» pasivo necesario, pero hay que tener en cuenta lo dicho antes respecto a que este señor intervino exclusivamente a nombre de la primitiva arrendataria y sólo se ha de tener en cuenta la posibilidad de ocupar los locales por otras sociedades, siempre que en las mismas pertenezca a aquél o a la arrendataria el 50 por 100 o más del capital social.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS DE ADAPTACION AL NUEVO DESTINO DADO AL LOCAL FUERON AUTORIZADAS Y PREVISTAS EN LA CLAUSULA 5.ª DEL CONTRATO, SIN QUE SUPONGAN MODIFICACION DE LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Haro estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se estima la casación. Las obras de adaptación al nuevo negocio, completamente distinto al que había ocupado anteriormente, que era de serrería, siendo el nuevo el de hostelería, fueron previstas y autorizadas en el contrato en la cláusula 5.ª, sin que supongan modificación de la configuración ni causen una debilitación de la naturaleza o resistencia de los materiales implicados en la construcción, por lo que no se da la causa de resolución pretendida en la demanda de obras in consentidas, pues las llevadas a cabo fueron las autorizadas como necesarias para adaptar el objeto del contrato al fin que se pactaba, el cual en la realidad práctica eran también conocidas por la arrendadora, que mostró una aquiescencia, al menos tácita, a las obras realizadas en el local arrendado.

C. R. R.

2. DERECHO MERCANTIL

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) Anónimas

DOMICILIO SOCIAL. SU CONSTANCIA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2000.)

El Código Civil en su artículo 41 atiende para fijar el domicilio de las personas jurídicas, en primer lugar, a la Ley que las ha creado o reconocido, así como a los estatutos o reglas de fundación, y a falta de estos datos, el domicilio viene asignado al lugar en que se halle establecida su representación legal o donde ejerzan las principales funciones.

A efectos de emplazamiento en los juicios civiles de las sociedades mercantiles, se atenderá al domicilio que está señalado en la escritura de la sociedad o en los estatutos por los que se rija y tratándose de sociedad anónima, conforme a los artículos 5, 6 y 9.c) de la Ley de 22 de diciembre de 1989, el domicilio de las mismas viene determinado necesariamente en los estatutos, causando inscripción registral, a tenor de los artículos 114.4, 115 y 120, así como 163 (en caso de producirse cambio domiciliario) del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996.

El domicilio social que figure en el Registro Mercantil es lo que interesa.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. DERECHO DE INFORMACION. VALORACION DEL ACTIVO A EFECTOS DE REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2000.)

El artículo 112.1 desarrolla el 48.1.b) (ambos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989), para incluir el derecho de información que asiste a los socios, a fin de que puedan tener noticia cumplida de los asuntos comprendidos en el orden del día de las Juntas convocadas, con la sola limitación de que lo solicitado no perjudique los intereses de la sociedad. Viene a operar de dos modos: a) Con anterioridad a la reunión, mediante petición escrita; y b) En la misma Junta, pidiendo verbalmente las informaciones y aclaraciones pertinentes.

Conforme al artículo 212.2, el derecho de información también comprende las cuentas anuales, al autorizar los accionistas a obtener de la sociedad y de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a aprobación de la Junta y el informe de los auditores.

No habiendo solicitado ni con anterioridad a la celebración de la Junta, ni en el transcurso de la misma información alguna, limitándose sólo a oponerse, por lo tanto no se trata de información denegada, sino de información no suministrada porque no se recabó, con lo que el derecho dejó de ejercitarse.

El balance que se impugna había sido verificado previamente por los auditores de cuentas y fue objeto de aprobación por la Junta, no habiéndose ocultado en ningún momento, pues estuvo a disposición de los accionistas

con anterioridad a la celebración de la Junta, por lo que no se ha cometido violación del artículo 168.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La valoración que contiene el balance del activo inmovilizado de la sociedad se ajusta a lo previsto en el artículo 195.1.º de la misma Ley que lo refiere expresamente al precio de adquisición, en relación al 175 y 176, así como al 38-1-f) y 39 del Código de Comercio, en tanto que el activo circulante se valora por el costo de producción (art. 196) o por el precio de adquisición, rigiendo el principio de prudencia valorativa que contiene el artículo 38 citado, inspirado en su nueva redacción, en la Cuarta Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978 (sentencia de 1 de julio de 1996).

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES; CADUCIDAD DE LA ACCION POR APLICACION DE LA LEY DE 1989 A ACUERDOS ADOPTADOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2000.)

La sentencia de esta Sala, de 21 de octubre de 1994, no resolvió la misma cuestión aquí planteada, en cambio sí se pronuncia con toda claridad sobre la misma cuestión la sentencia de 8 de noviembre de 1995, y en sentido rotundamente favorable a la aplicación del plazo de caducidad de un año del artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido de 1989 a los acuerdos adoptados bajo el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, sobre la base de suplir el silencio de las Disposiciones Transitorias de aquélla mediante la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil y, en consecuencia, distinguir el respeto a los derechos nacidos bajo una norma anterior de la duración y ejercicio de las acciones para hacerlos valer.

Según el tenor literal de dicha sentencia, en lo que constituye núcleo de su fundamentación, *«la doctrina científica hace un análisis interpretativo de la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil, distinguiendo en ella tres prescripciones distintas (la última no afecta al caso). La primera se corresponde con el párrafo inicial: “Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente”; este párrafo no es distinto, y coincide sustancialmente con el contenido de la Disposición Transitoria primera, añadiéndole sólo una referencia a las acciones, además de los derechos, que no justifica por sí sola su utilidad. El segundo párrafo delimita negativamente el principio general contenido en el primero, y referido a la vinculación de la existencia y el régimen de los derechos y acciones a la legislación bajo la que nacieron, disponiendo: “pero sujetándose en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en este Código”; es decir, a lo establecido en el nuevo Derecho. Se parte, pues, de la distinción entre el derecho en sí y el ejercicio de este derecho, quedando fijado el primero, en su existencia y términos, con arreglo a la legislación que le vio nacer, mientras que, por el contrario, su ejercicio se temperará al momento en que haya de tener lugar y al derecho adjetivo que entonces rijan; se trata de una mutabilidad del ejercicio de los derechos frente a la invariabilidad del derecho subjetivo, y puede entenderse como una excepción al principio general de la irretroactividad de la norma. Literalmente la interpretación que procede hacer de la norma que analizamos debe referirse al “ejercicio”, a la “duración” y al “procedimiento” para hacer valer los derechos y las acciones, interesando en el caso de autos sólo la “duración” de los mismos en cuanto a su ejercicio. Esta duración está directamente relacionada con la pres-*

cripción extintiva y con la caducidad, encarnando estas dos instituciones la afección del derecho o la acción al tiempo; siendo coherente que el paso del tiempo en el ámbito de la creación del derecho objetivo, mediante el cambio legislativo, afecte también al régimen de la prescripción y de la caducidad de un derecho o acción, aunque hayan nacido con anterioridad.

En la Exposición de Motivos de la segunda redacción del Código Civil, publicada mediante Real Orden de 29 de julio de 1989, se aclara precisamente la excepción contenida en el Disposición Transitoria cuarta, diciendo: "Si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer se eximan de los preceptos del Código", añadiendo a continuación con intención explicativa: "todas estas disposiciones tienen un carácter adjetivo, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efectos retroactivos".

Este es el verdadero y auténtico sentido interpretativo del contenido de la norma, que la parte recurrente pretende aplicar en beneficio de sus intereses; incluso la cita que hace en su recurso, referida a un prestigioso autor, está incompleta, ya que este tratadista termina su exposición opinando: "Hay, pues, una clara admisión del efecto retroactivo por la necesidad de no demorar en exceso la implantación de la nueva regulación, y de uniformar la vida jurídica".

Así pues, cuando se presenta la demanda origen de esta litis, ya estaba vigente la nueva Ley de Sociedades Anónimas del año 1989, y aplicando el verdadero sentido interpretativo de la norma legal, que precisamente cita el recurrente (Disposición Transitoria cuarta del Código Civil) es obligado tener en cuenta el íntegro contenido del artículo 116 de esta nueva legislación, por cuanto en el mismo se regula "el ejercicio, la duración y el procedimiento" para hacer valer la acción de nulidad que se postula. Y no caben distinciones de clase alguna en la aplicación retroactiva de estas normas de carácter adjetivo, pues en el tantas veces citado artículo 116 de la nueva Ley, se dan normas referidas, no sólo al tiempo de duración de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, sino también del comienzo del cómputo de los mencionados plazos.

Debemos entender en consecuencia, manteniendo el criterio de los juzgadores de instancia, que cuando se pretende la impugnación de la aprobación de las cuentas sociales de los ejercicios de 1986 y 1987, ya estaba caducado el plazo de un año dentro del cual legalmente correspondía ejercitar la acción».

Asumiendo ahora esta Sala plenamente el mismo criterio de esa sentencia, ha de estimarse el recurso interpuesto por la sociedad anónima demandada, ya que cuando la demanda se interpuso, el 31 de octubre de 1990, había vencido con creces el plazo de un año desde la adopción de los acuerdos en las Juntas de 28 de junio y 23 de diciembre de 1985, 14 de abril y 30 de junio de 1986, 30 de junio de 1987, 30 de junio y 28 de octubre de 1988 y 12 de enero y 30 de junio de 1989.

Ciertamente podría objetarse que al disponer el apartado 3 del artículo 116 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, que el cómputo de los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se inicie en la fecha de publicación de los acuerdos en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, si los acuerdos fueran inscribibles, faltaría un presupuesto de aplicabilidad de la nueva norma respecto de alguno de los acuerdos impugnados, inscribibles e inscritos en el Registro Mercantil pero, lógicamente, no publicados en el Boletín, porque el Boletín fue consecuencia precisamente de la nueva normativa (Disposiciones Finales 1.ª, 3.ª y 4.ª de la Ley 19/1989) en cuanto «clave del

nuevo régimen de publicidad que por imperativo de la primera Directiva comunitaria de sociedades instaura la nueva Ley», según rezaba la Exposición de Motivos del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el por entonces nuevo Reglamento del Registro Mercantil, según ordenaba la Disposición Final 4.ª de la Ley 19/1989; y desde este punto de vista no sería irrazonable la solución adoptada por el Tribunal de instancia, es decir, que el término inicial del cómputo del plazo de un año fuera la fecha de entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido de 1989, coincidente a su vez con la entrada en vigor de la Ley 19/1989 (Disposición Derogatoria del Real Decreto Legislativo 1564/1989, por el que se aprobó aquel Texto Refundido, y Disposición Final 3.ª de la Ley 19/1989).

Pero dicha solución del Tribunal de Instancia carecería de sustento en norma alguna y, además, seguiría contando con el inconveniente de prescindir de la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. De aquí que, ante el silencio de la Ley 19/1989 y del Real Decreto Legislativo 1564/1989, sobre régimen transitorio en la materia específica de caducidad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales, deba aplicarse la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil en el sentido ya apuntado, tomando como fecha inicial del cómputo del plazo de un año la de la adopción del acuerdo y, si éste fuera inscribible, a lo sumo la de su inscripción en el Registro Mercantil, ya que de otro modo se daría el contrasentido de que los acuerdos sociales inscribibles adoptados bajo la vigencia de la normativa anterior pudieran quedar indefinidamente bajo la amenaza de una acción de impugnación no sujeta a plazo alguno por no ser publicables en el Boletín del Registro Mercantil, consecuencia a todas luces incompatible con la nueva normativa y con el espíritu general que la presidió.

Comentario.—Esta sentencia (de la que fue ponente el Excmo. señor don Francisco Marín Castán) tiene el voto particular del miembro del Tribunal, Excmo. señor don Xavier O'Callaghan Muñoz, cuyos argumentos ofrecemos a continuación:

PRIMERO.—La esencia del presente voto particular viene referida a una concreta cuestión, cual es la caducidad de la acción, por aplicación de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, a la adopción de acuerdos adoptados antes de su entrada en vigor. Se celebraron Juntas generales de la sociedad anónima demandada en la instancia, en 1985, 1986, 1987, 1988 y 1989, y en fecha 31 de octubre de 1990 el demandante en la instancia presentó demanda ejercitando acción de nulidad, por contener aquellas juntas acuerdos contrarios a la ley; acción que no tenía plazo especial de prescripción, según la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, artículo 68, párrafo 21, y que la nueva Ley, Texto Refundido 1564/1989, de 22 de diciembre, impone el plazo de caducidad de un año, artículo 116.1.

Es preciso evitar la confusión entre el derecho material y el adjetivo y entre la retroactividad de la ley y la aplicación de la ley procesal. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 reconoce al accionista una facultad, la de impugnar los acuerdos sociales que estime contrarios a la ley, y esta facultad carece de plazo de caducidad específico, por lo que se aplica el plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1.964, 2.º inciso, del Código Civil, de quince años. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 impone al ejercicio de esta facultad el plazo de caducidad de un año.

SEGUNDO.—Este nuevo plazo anual se impone a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, el 1 de enero de 1990, computando a partir de este día dicho plazo, pero sin que ello signifique que los acuerdos tomados antes de un año queden automáticamente inimpugnables por haber transcurrido el nuevo plazo de caducidad. Por las siguientes razones:

— La Disposición Transitoria cuarta del Código Civil dispone que *las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente*; por tanto, la facultad o el derecho o la acción de impugnar el acuerdo social que se estima contrario a la ley, *subsiste* sin que quede eliminado por caducidad por la nueva ley; aquella disposición transitoria sigue diciendo: *...pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código*, es decir, en la nueva ley; por tanto, aquel derecho a impugnar el acuerdo social contrario a ley, se podrá ejercitar, conforme a la nueva ley y desde que ésta entre en vigor, no antes, conforme al ejercicio, duración y procedimiento que señale la nueva ley.

Tal derecho a impugnar el acuerdo, desde la entrada en vigor de la Ley de 1989 se ejercitará, durará un año y seguirá el procedimiento de ésta; durará, así, hasta el 1 de enero de 1991. Norma transitoria del Código Civil que se aplicará al caso presente, pues nada prevé la Ley de Sociedades Anónimas en virtud del artículo 4.3 del Código Civil.

— Se ha dicho que las leyes procesales son retroactivas. Sin embargo, cuando se dicta una ley nueva procesal o una ley con algún precepto de carácter procesal, no se aplica retroactivamente, sino que se aplica a los actos procesales que se produzcan desde su entrada en vigor (no a los anteriores) aunque el hecho se hubiera producido anteriormente. Por lo cual, no puede afirmarse —y de hecho no se hace— que la ley procesal sea retroactiva. En el caso presente, la nueva Ley de Sociedades Anónimas contiene una norma que puede considerarse de derecho procesal sobre la acción de impugnación de acuerdos sociales: esta norma se aplica al acuerdo social tomado antes de su entrada en vigor y, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento, se aplica la nueva ley desde que entre en vigor (1 de enero de 1990), por lo cual, desde la entrada en vigor, aquella acción tendrá un plazo de caducidad de un año. Pero en ningún caso se aplicará a la facultad de impugnar un acuerdo social, de tal modo que si fue tomado más de un año antes de dicha entrada en vigor, lo declare extinguido por caducidad.

— El artículo 9.3 de la Constitución Española dispone que *ésta garantiza la seguridad jurídica* y aunque es un principio de carácter muy general, puede aplicarse al caso presente. En efecto, un socio de sociedad anónima tiene el derecho —más bien la facultad— de impugnar el acuerdo social que él estima que es contrario a la ley, sin plazo de prescripción o caducidad. Se dicta una nueva Ley de Sociedades Anónimas que sí establece un plazo de caducidad de un año para aquella impugnación. Si tal plazo lo aplicamos, no desde la entrada en vigor de la nueva ley, sino que declaramos caducada la facultad de impugnar los acuerdos que han sido tomados antes de un año, se quiebra el principio de seguridad jurídica que tenía aquel socio al quedar su facultad de impugnar eliminada por la nueva ley.

— El mismo artículo 9.3 de la Constitución Española no permite la retroactividad en las leyes restrictivas de derechos. Dispone que *la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restric-*

tivas de derechos individuales, y entender que una norma mercantil declara extinguido por caducidad el derecho a impugnar un acuerdo social que se estima contrario a ley, es aplicar retroactivamente una ley restrictiva de derechos individuales, lo cual proscribe la mencionada norma constitucional.

— El artículo 24.1 de la Constitución Española proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que tiene amplia aplicación en el campo del Derecho privado, en general, y en ejercicio de las acciones, en particular. En el presente caso, el socio tiene el derecho de impugnar el acuerdo social que estime contrario a ley. Si una ley posterior declara caducado el ejercicio de la acción para aquella impugnación, le está privando la tutela judicial efectiva en este caso concreto. Por lo cual, la interpretación de que la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, al imponer en su artículo 116.1 el plazo de caducidad de un año a las acciones para impugnar acuerdos sociales, se aplica a acuerdos anteriores al año y declara caducada tal acción, es contrario al derecho de tutela judicial efectiva.

TERCERO.—Por ello no cabe declarar caducadas las acciones del demandante de instancia y no procede estimar el recurso de casación que ha interpuesto la sociedad anónima demandada, como hace la sentencia de cuyo parecer disiento. Ciertamente, hay un precedente que se cita en la misma y que se transcribe en buena parte, que es la sentencia de esta Sala, de 8 de noviembre de 1995, pero no hay que olvidar que cuando el Código Civil en su artículo 1.6 dice que *la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico*, es claro que no es fuente del Derecho positivo, no es modo de manifestarse o exteriorizarse el Derecho (tal como insisten las sentencias de 12 de diciembre de 1990 y 19 de abril de 1991), y aclaran doctrina y jurisprudencia que para que exista jurisprudencia, es preciso un conjunto de sentencias y un criterio constante o una doctrina consolidada, para lo que se requiere que más de una sentencia resuelva una cuestión en el mismo sentido, es decir, que sea reiterada (así lo expresan las sentencias de 23 de junio de 1990, 14 de junio de 1991, 16 de diciembre de 1992, 17 de julio de 1996). Por lo que una sola sentencia no puede marcar el criterio, que estimo equivocado, sobre la interpretación de la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil en su aplicación al artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

ACUERDOS NULOS Y ANULABLES. OMISION EN EL BALANCE DE PARTIDAS AMPARADAS LEGALMENTE POR LA CONFIDENCIALIDAD. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

La regularización fiscal efectuada por la Sociedad, relativa a incremento de patrimonio, autorizada por la Ley 18/1991, de 6 de junio, plantea la cuestión dudosa de si se ha de reflejar en el balance y en las cuentas la adquisición de los correspondientes activos financieros, o si pueden ocultarse tales datos hasta la prescripción de las acciones de carácter fiscal, habida cuenta la complejidad de la Disposición Adicional tercera de dicha Ley de 1991. Pero teniendo presente el carácter imperativo del precepto del número 2 del artículo 34 del Código de Comercio, sobre la forma como deben redactarse las cuentas y el carácter excepcional de la norma que establece la confidencialidad, resulta indudable que en caso de existir contradicción entre ambas normas ha de

prevalecer la primera y no aplicarse la segunda, ello de acuerdo con lo dispuesto en el número 4 del propio artículo 34.

LAS SOCIEDADES EN PERIODO DE LIQUIDACION CONSERVAN SU PERSONALIDAD JURIDICA. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Una vez disuelta la sociedad anónima, se abre el período de liquidación —salvo los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y del pasivo— (art. 266 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas). Pero ello no determinó sino el nombramiento de los liquidadores, y lo que ocurre es que cesa la representación de los administradores para realizar nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones —art. 267—. Precisamente figura entre las funciones de tales liquidadores percibir los créditos, concertar transacciones y arbitrajes, cuando así convenga, y ostentar la representación de la sociedad para el cumplimiento de tales fines (art. 272, *e, f y h*). Como recogió la sentencia de esta Sala, de 23 de febrero de 1988, la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación no se realiza, pero ello no implica la nulidad de las obligaciones contraídas con anterioridad.

NULIDAD DE SUBASTA NOTARIAL PARA LA VENTA DE ACCIONES DE SOCIEDAD ANONIMA. ANALOGIA DE DERECHO. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Dice la sentencia de 10 de mayo de 1996, que «la jurisprudencia ha interpretado el artículo 4.1 del Código Civil exigiendo para la aplicación de la analogía que exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que existe esta semejanza cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo; debiendo traducirse este principio en las siguientes circunstancias: *a*) que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante; *b*) que entre ambos se aprecie la identidad de razón, y *c*) que no se trate de leyes penales o de ámbito excepcional».

Establecido en el artículo 1.872 del Código Civil la subasta pública, «precisamente» dice el texto legal lo que excluye cualquier otro medio, para llevar a cabo la enajenación de los bienes dados en prenda ante el impago por el deudor de la obligación asegurada con ella, ni este texto legal ni ningún otro establece, aparte de la obligada citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso, los requisitos a que ha de ajustarse la subasta pública a celebrar ante Notario, por lo que es indudable que nos encontramos ante un vacío legal para llenar, el cual habrá de acudir a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso no regulado del artículo 1.872 del Código Civil.

Del examen de los preceptos reguladores de la subasta pública en los distintos textos legales, se pone de manifiesto, de un lado, la existencia de un trámite previo consistente en la evaluación de los bienes que han de ser subastados y que, salvo en los casos, como es el de la hipoteca, en que las partes

han de fijar el valor de los bienes a efectos de la ejecución, ha de ser realizada de forma objetiva, tanto en beneficio del acreedor, al poderse obtener un precio suficiente para satisfacer, en todo o en parte, su crédito, como del deudor para no ver maltratados sus bienes; de otro lado, es requisito necesario e indispensable el de la publicación de la subasta mediante los pertinentes anuncios. Es unánime la doctrina procesalista al resaltar la importancia de este requisito de la publicidad de la subasta, cuyo efecto es, como ha dicho algún autor, una *provocatio ad offerendi*; la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado. La adecuada difusión de la subasta se consigue teniendo en cuenta no sólo el medio a través del cual se publican los anuncios, sino también señalando un plazo entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta, plazo que, en los textos legales, se gradúa teniendo en cuenta la naturaleza mueble o inmueble de los bienes y, en el primer caso, su importancia económica.

Anunciadas las subastas cuya nulidad se demanda el día 23 de julio de 1992 mediante su publicación en el diario «Marca», que si bien tiene difusión nacional, no parece el más adecuado por su exclusiva dedicación a temas deportivos, para el anuncio y difusión de unas subastas de acciones de una sociedad anónima dedicada a actividades financieras, las subastas se celebraron el siguiente día 24, de los mismos mes y año, a las nueve horas; no se observaron, por tanto, unos mínimos plazos entre la publicación del anuncio de la subasta y su celebración, como establecen todas las normas legales, ni siquiera el de ocho días que establece el artículo 1.488.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de subasta de bienes muebles cuyo precio no excede de 200.000 pesetas, o el de diez días que establece la regla 4.ª del artículo 92 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, no obstante haberse valorado las acciones subastadas, unilateralmente por el acreedor, en 551.760.000 pesetas, uno de los lotes, y 537.974.350 pesetas, el otro; aplicando analógicamente los dos preceptos que se acaban de citar, debe declararse la nulidad de las subastas celebradas por vulneración del fundamental requisito de publicidad de las subastas, que no puede entenderse cumplido al haber mediado entre su anuncio y la celebración un plazo cuando más, de veinticuatro horas, que, lógicamente, no podían desconocer el acreedor y el Notario autorizante que era a todas luces insuficiente para provocar la concurrencia de postores que hubieran podido elevar el precio ofrecido por las acciones, conculcándose así el derecho e interés del propietario de las acciones a obtener el mayor precio posible sin que esta Sala alcance a comprender cómo esa escasisima publicidad podía proteger los legítimos derechos del ejecutante a resarcirse del crédito existente a su favor.

RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES (ARTS. 50, 74 Y 102 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, DE 17 DE JULIO DE 1951): EN EL CASO DE QUE SE ESTABLEZCA UNA PARTICIPACION VARIABLE EN RELACION CON LOS BENEFICIOS, SE REQUIERE PROPUESTA DE LOS ADMINISTRADORES Y APROBACION EN JUNTA GENERAL; EL BENEFICIO QUE HA DE TENERSE EN CUENTA ES EL OBTENIDO EN EL RESPEC-

TIVO EJERCICIO SOCIAL, SIN QUE QUEPA ACUMULAR LOS DE OTROS AÑOS. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 2001.)

No se ha formulado por los administradores ni deliberado ni aprobado por la Junta Social, la distribución de beneficios, por lo que no se han respetado dichos preceptos de carácter imperativo. Resulta incuestionable que el derecho a la retribución de los administradores no nace del acuerdo de la Junta, sino de los Estatutos, y que dicho órgano social debe respetar las normas estatutarias, pero ello no empece a la necesidad de que la aprobación, tanto por la perspectiva de la existencia y cuantía de los beneficios como por la necesidad de controlar las cautelas que exige la ley en orden a que sean cubiertas determinadas atenciones que estima preferentes (arts. 74, 102 y 106 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951; 130 del Texto Refundido actualmente vigente).

Ni la rutina, ni el carácter «familiar» de una sociedad anónima pueden explicar, y menos justificar, la inobservancia de preceptos imperativos (así, sentencias de 27 de octubre de 1972 y 8 de marzo de 1984, con singular referencia al derecho de información), ni cabe invocar la propia torpeza o desidia para apoyar la legitimidad de la reclamación extemporánea, tanto más si se tiene en cuenta la actitud consentida o propiciada en orden a disimular un reparto de beneficios bajo el disfraz jurídico de préstamos.

Por otro lado, con apoyo en la opinión de la doctrina más autorizada, el beneficio que ha de tenerse en cuenta para fijar la participación de los administradores debe ser la ganancia obtenida en el ejercicio social y no el beneficio acumulado de otros años.

B) Limitadas

EFFECTOS DE LA FALTA DE ADAPTACION DE LA SOCIEDAD A LA NUEVA LEY DE 1995 RESPECTO A LOS ADMINISTRADORES. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2000.)

La falta de adaptación de los estatutos a la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995, de 23 de marzo, impuesta por su Disposición Transitoria 2.ª, en caso alguno lleva aparejada como sanción específica la caducidad de las facultades de los administradores de la sociedad, y ello con independencia de otra clase de responsabilidad en que incurran los citados administradores (de tipo solidario, según sentencia de esta Sala de 6 noviembre de 1999) de conformidad con el artículo 69 de citada Ley en su reenvío a los artículos 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, porque, en esa línea, cabría hasta sostener que esa inadaptación podría implicar la propia desaparición de la entidad no adaptada, lo que, obvio es, impondría una consecuencia o sanción desorbitada.

CORRESPONDE EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES A LA JUNTA Y SUBSIDIARIAMENTE A LOS SOCIOS. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

La acción de responsabilidad que corresponde a los socios viene a tener carácter subsidiario, por lo que no resulta posible tramitar proceso por éstos

cuando acciona la Junta General de la Sociedad, que sí puede transigir y renunciar, pero no cabe hacerlo cuando el proceso lo instaron los socios en cuanto a los derechos que correspondan a éstos y ejercitan de este modo acción concurrente, que es el caso de autos.

Aunque el artículo 134 (de la Ley de Sociedades Anónimas por remisión del art. 69 de la de Limitadas, de 23 de marzo de 1995) no lo contemple, ha de admitirse el ejercicio en el mismo pleito de la acción que corresponde a la Junta y la que se atribuye a los socios mayoritarios, pues se trataría de acumulación de acciones que autoriza el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la principal que corresponde a la sociedad y la coadyuvante que legitima a los cinco socios que demandaron, que, en su condición de subsidiaria, vino a recuperar toda su eficacia.

Aunque el artículo 134 no se refiere al desistimiento y sí a la renuncia y transacción, la interpretación del mismo, adecuada a la realidad societaria y por razones de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), y para evitar la clara situación de indefensión de los socios, lleva a la conclusión decisoria de que la actitud de la Junta supone una decidida decisión de no exigir responsabilidades al administrador demandado y de esta manera la acción concurrente que la norma concede a los socios mayoritarios surge con plena efectividad y les legitima plenamente para conservar en el pleito la postura inicial de demandantes.

Se trata de una clara inhibición deliberada de la Junta General, suficiente para conferir a los accionistas coadyuvantes que entablaron el pleito de legitimación correspondiente para poder obtener una sentencia de fondo, pues el sentido del artículo 134 no es otro que en los casos en los que la sociedad no actúe, se confiere a los accionistas la titularidad legitimadora necesaria en defensa tanto de sus propios derechos como de los societarios generales, sin que de esta manera los supuestos que el precepto establece deban tenerse totalmente cerrados y agotados, cuando se dan situaciones, como la presente, que justifican una interpretación abierta y conveniente al tráfico societario, lo que autoriza el artículo 3 del Código Civil.

Comentario.—La particularidad de esta sentencia consiste en que habiendo acordado la Audiencia Provincial en apelación remitir las actuaciones al Juzgado de instancia para que dicte nueva sentencia, el Tribunal Supremo no sólo llama la atención de la Audiencia Provincial y anula su decisión, sino también ordena sea la Audiencia quien dicte la correspondiente sentencia sobre el fondo del asunto.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. REENVIO A LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. RESPONSABILIDAD POR DEUDA Y RESPONSABILIDAD POR DAÑO. EL NEXO CAUSAL. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 2000.)

NOTA: Esta sentencia distingue las dos clases de responsabilidad de los administradores contempladas en la Ley: Por daño y por deudas, distinguiendo las acciones de responsabilidad social y la individual, determinando quiénes pueden ejercitar la acción correspondiente (la sociedad, los socios y los acreedores) y cuándo procede su ejercicio conjunto por los dos primeros, mediante la siguiente doctrina:

A) Responsabilidad por daño: El artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989 (aplicable por remisión del art. 69 de la de Limitadas) determina que «responderán los administradores, frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia debida con la que desempeñan el cargo»; este tríptico de causas determinantes, requiere a su vez: 1) conducta ilícita, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del *facere*), en la Ley, en los estatutos o en la falta de diligencia; 2) la producción del daño y, naturalmente, 3) el nexo causal que, claro es, habrá de acreditarse. Se subraya que con ello se ha rectificado y se ha corregido la anterior Ley de Sociedades Anónimas, porque entonces se respondía por los administradores cuando sus conductas hubiesen incurrido en malicia, abuso de funciones o negligencia grave, con lo que la diferencia es notable; al punto, se agrega que hoy la tutela del perjudicado frente a las actuaciones de los administradores o consejeros es mucho más fornida que en la Ley precedente, ya que en la actualidad, prácticamente dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del administrador o consejero será inevitable; este artículo 133 en su párrafo 2.º impone la responsabilidad solidaria de todos los administradores/consejeros que realizaron el acto o adoptaron el acuerdo, salvo los casos de que no conozcan el acuerdo que se adopte (acuerdo que sea atentatorio, cause daño en los términos del art. 133), o bien en el caso de que lo conozcan, se hubiesen opuesto expresamente al mismo; se habla asimismo en el artículo 134.2 de que la junta podrá transigir o desistir del acuerdo adoptado, etc..., con el singular efecto de rechazo sobre la destitución de los administradores afectados.

Por otro lado, como es sabido, la Ley distingue entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad:

a) La acción social: Lo que caracteriza a la acción social es que el daño se produce a la sociedad, eso en un aspecto propedéutico, sirve para distinguirla de la acción individual, en la cual, ese daño se produce al individuo, al interés personal, daños primarios directos, según el artículo 135; es, pues, una dualidad perfectamente diferenciada, ya que la acción social procederá cuando una conducta transgresora del consejero o del administrador, por alguna de esas causas, daña a los intereses sociales; luego la ley desarrolla la legitimación activa, esto es, ante este daño de interés social puede ejercitar la acción correspondiente:

1. Quien se considere dañado o perjudicado, el ente social, porque es justamente el receptor del daño, ente social que precisa un acuerdo en junta con la mayoría ordinaria o simple, en donde se decida ejercitar la acción de responsabilidad contra el consejero o contra el administrador.

2. Accionistas: Luego la Ley habla en su número 4 del artículo 134, en una escalada de posibles legitimados *ad causam* dentro de la activa, que pueden ser los accionistas o los acreedores del número 5; y así se expresa que los accionistas —siempre que sean más del 5 por 100— podrán promover la convocatoria de la junta para que adopte el acuerdo de exigir la responsabilidad social contra el administrador o contra el consejero y luego, con evidente impropiedad o ligereza evidente, prescribe que asimismo se

podrá establecer conjuntamente la acción contra el administrador en los siguientes casos:

Cuando los administradores no convoquen la junta. Pero, se subraya, si no se convoca la junta, es que no actúa la sociedad... luego es una acción individualizada y no concurrente.

Cuando convocada la junta, se adopte el acuerdo y sin embargo, no se entable en un mes la acción de exigir la responsabilidad. Luego también es una acción individualizada. No es concurrente.

Cuando el acuerdo adoptado hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad; que tampoco aboca a la concurrencia.

3. Acreeedores: Y por último, se contempla en el número 5 del citado artículo 134 la posibilidad del tercer supuesto de legitimación activa *ad causam*, que es, en el caso de los acreedores, quienes también podrán ejercitar la acción de responsabilidad social contra el administrador o consejero infractor, cuando no haya sido ejercitado por la sociedad o sus accionistas, siempre y cuando no exista patrimonio suficiente para satisfacer sus créditos.

b) Acción individual: Y por último está la acción individual, prevista en el artículo 135, de claro contenido sustantivo, porque ahí parece ser que el legislador mercantilista, sin decirlo, viene ya a referirse al *iuris comune* cuando expresa que «no obstante, lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por acciones de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos». Esta acción individual tiene las siguientes connotaciones: a) se habla de una acción indemnizatoria, y al utilizar la adversativa de «no obstante...», quiere decirse es supletoria o, con independencia de que no se dé la anterior, por lo que procede ésta cuando proceda; se repite que el foco de la distinción con la acción social de esta acción individual de responsabilidad radica en que el acto atacado transgreda intereses individuales del perjudicado, los socios o terceros; responsabilidad, pues, claramente extracontractual con la exigencia de los presupuestos del artículo 1.902 del Código Civil y entre ellos, el indispensable nexo causal (sentencia de 28 de junio de 2000); b) otro matiz que sobresale es que, por primera vez, en todos los temas de responsabilidad, aquí la Ley no habla de «accionistas» ni de «acreedores», sino de socios y de terceros, y emerge que pese a repetir la ley de manera reiterativa el término «accionistas», aquí se habla de socios por primera vez; acaso hubiera sido preferible que se continuase con la palabra accionista, porque normalmente en la sociedad anónima el accionista es socio, aunque en otro tipo de sociedades, no cabe esa identidad; c) se habla también de terceros, cuando antes se ha estado refiriendo a los acreedores, y entonces se plantea la cuestión de delimitación, el acreedor es tercero o no es tercero y cabe sostener es tercero cuando no está incardinado en el ente social; no es tercero cuando está ligado con la sociedad a través del contrato del cual emana su crédito; y también se cuestiona si el acreedor tiene o no acción individual, pues si bien no lo refleja el artículo 135, que habla de socios y terceros, el acreedor sí debe estar legitimado para ejercitar esta acción individual, no en cuanto actúe como tal acreedor, sino en cuanto, sin perjuicio de ser acreedor, sea tercero; en definitiva, cuando el perjuicio que se le irrogue por parte del acto del administrador o consejero no sea en su crédito en concreto, sino en el resto de su patrimonio.

B) Responsabilidad por deudas: o cuando responde el administrador, si por la infracción de sus deberes legales no se satisfacen los créditos del acreedor y, por ello, éste reclama frente al mismo: «Esta situación y el correspondiente deber del administrador están contemplados en lo dispuesto en los artículos 260.4.º en relación con el 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que en el primer supuesto del artículo 260.4.º se dice que procederá la disolución de la sociedad a consecuencia de pérdidas que deje reducido el patrimonio a la cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca a la medida suficiente; que esa situación de insolvencia, por ende, supone la existencia de tal pérdida, y en consecuencia, la procedencia de la disolución es inconcusa, y así este deber legal viene recogido en el artículo 262.5, al sancionarse que responden solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que se adopten, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad; se añade que ahí está perfectamente reflejada una responsabilidad por parte del administrador, cuando se incumpla dicha obligación legal de convocar en plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución en los supuestos en que se determina en los términos, entre otros, previstos en el repetido número 4.º del artículo 260; y si ello, además, se pone en consonancia con lo recogido en el artículo 127, en cuanto que en el ejercicio del cargo de los administradores, éstos actuarán con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Asimismo, sobre la acción individual del artículo 135 se prescribe que estarán a salvo siempre las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y terceros por actos que lesionen directamente los intereses de aquéllos, y lo dispuesto en el artículo 133, que, en cuanto a la responsabilidad en general, establecía que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley» (sentencia de 29 de abril de 1999).

E) Otras formas societarias

AGRUPACION EMPRESARIAL: DERECHOS FUNDAMENTALES. EXPULSION DE SOCIO NO EXISTIENDO INSTRUCCION DE EXPEDIENTE SANCIONADOR. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Dice la sentencia de 17 de diciembre de 1990 que, no obstante, contemplar los Estatutos discrecionalidad para instruir expediente en los casos que se estimase necesario, cuando se trata de una sanción tan grave como la expulsión, se hace necesario tramitar el correspondiente expediente sancionador previo, que ha de relacionarse con la necesidad de información y audiencia para dar oportunidad de utilizar pruebas de descargo, a fin de combatir las imputaciones que decidieron la concurrencia de causa de la expulsión, y al omitirlo se crea efectiva situación de indefensión en el trámite.

La sentencia de 27 de diciembre de 1996 declara que los acuerdos de expulsión han de cumplir inexorables requisitos de legalidad y posible defensa para el interesado, y con ello se hace necesario instruir el expediente.

IV. CONTRATOS

Depósito

EL CONTRATO BANCARIO DE DEPOSITO, CON ORDEN DE TRANSFERIR A UN TERCERO, VINCULA SOLO A AMBAS PARTES: EL DEPOSITANTE Y LA ENTIDAD A LA QUE LOS FONDOS FUERON CONFIADOS. (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2001.)

Dada la especial naturaleza del depósito bancario que constituye los fondos con orden de transferir a un tercero, con obligación por parte del depositario de atender la orden ajustada a la cuantía y a la disponibilidad de los mismos, la operación queda subjetivamente referida a esos dos únicos partícipes, al titular de fondos ordenante y a la entidad a quien éstos fueron confiados.

Seguro

REQUISITOS DE LA INVALIDEZ POR ACCIDENTE. ARTICULO 100 DE LA LEY SEGURO PRIVADO 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2000.)

Se precisa para que se cumplan todas las exigencias del artículo 100 de la Ley:

1.º Que se trate de una lesión corporal y que su causa sea súbita, esto es, con una afectación inmediata y no una patología más o menos prolongada, que suponga un deterioro progresivo hasta que se produzca el óbito.

2.º Que sea violenta o proveniente del mundo exterior materialmente perceptible y no a consecuencia de una patología interna o enfermedad del organismo humano que actúa como síndrome subyacente.

3.º Que concurra una causa externa, que es donde se cierne la dificultad de decisión, para lo que resalta: que ha de entenderse por causa externa todo lo que no provenga del mismo componente psicosomático del afectado.

CREDITO CUBIERTO POR POLIZA DE SEGUROS. SITUACION DE IMPAGO POR MORA Y SITUACION DE INSOLVENCIA DEFINITIVA. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2000.)

En crédito cubierto por póliza de seguros no puede equipararse la situación de impago por el cliente moroso a su situación de insolvencia definitiva y, por lo mismo, la obligación reparadora de la aseguradora se establecerá en función de la que de esas situaciones se haya producido, sin perjuicio, en su caso, de la liquidación definitiva a que haya de llegarse. De la correspondiente cifra han de abonarse los intereses fijados en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, por tratarse aquélla de cifra fácilmente determinable mediante una simple operación aritmética de las cantidades básicas desde la que obtenerla. (Se han tenido en cuenta los arts. 69, 70, 71 y 20 de la Ley del

Contrato de Seguro, 870 y 871 del Código de Comercio, y 8.6 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922.)

SEGURO DE CAZA EN RELACION CON EL SEGURO OBLIGATORIO DE VEHICULOS DE MOTOR. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2000.)

El artículo 52.1 de la Ley de Caza, de 4 de abril de 1970, creó el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador, estableciendo que la obligación de indemnizar estará limitada por la cuantía que reglamentariamente señale el Gobierno para las prestaciones de Seguro Obligatorio. A su vez, el artículo 52.3 del Reglamento de dicha Ley (Decreto de 25 de marzo de 1971) dispone que la cuantía máxima de las prestaciones a cargo del seguro será la que, de acuerdo con los daños, tenga establecida la legislación que regule el Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor.

La sentencia tiene en cuenta el artículo 11 del Reglamento Provisional del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador (Orden de 20 de julio de 1971); la Orden de 14 de octubre de 1983; Real Decreto de 13 de octubre de 1983, modificativo del Decreto de 19 de noviembre de 1964; Real Decreto de 28 de junio de 1986, que adaptó la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor a las Directivas Comunitarias 72/66-CEE, de 24 de abril de 1972, y 84/5-CEE, de 30 de diciembre de 1983; Real Decreto de 23 de diciembre de 1988 (anulado por la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1992); Real Decreto de 30 de octubre de 1992, aplicado por las sentencias de 12 de marzo de 1998 y 30 de noviembre de 1998, partiendo del supuesto de que la cobertura del Seguro Obligatorio de Caza es la misma que la del Seguro Obligatorio de Motor, para sentar que la indemnización por fallecimiento de 8.000.000 de pesetas es la que corresponde como indemnización por fallecimiento; y Real Decreto de 21 de enero de 1994.

Sería contrario a la realidad sociológica, que tiene en cuenta el artículo 3 del Código Civil, reputar de peor condición a quien es víctima por accidente de caza respecto al que lo es por accidente circulatorio, con atentado frontal a la equidad, que faculta buscar la solución justa, que en este caso cuenta con apoyo legal suficiente.

CLAUSULA LESIVA A LOS INTERESES DE LOS ASEGURADOS. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2000.)

La cuestión litigiosa se centra en si, como consecuencia de la póliza de asistencia sanitaria (que la limitaba a la provincia de...), el asegurador debe sufragar los gastos de hospitalización y del tratamiento médico seguido por el paciente en un centro hospitalario fuera de la provincia designada, por no existir en ella los servicios necesarios.

Conforme al artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro, la aseguradora ha asumido unas prestaciones que no pudo facilitar, lo que convierte las estipulaciones de la póliza determinantes del riesgo asegurado y de la forma de solventarlo en cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, y, además, lesivas, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 32 de la citada Ley, al infringir el principio básico y fundamental incorporado a la

cláusula general primera («el asegurador proporcionará al asegurado la asistencia médico-quirúrgica en toda clase de enfermedades o lesiones comprendidas en las especialidades y modalidades que figuran en la descripción de los servicios de la póliza»).

DEBER DEL ASEGURADO DE INFORMAR A LA ASEGURADORA ACERCA DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE DURANTE LA VIDA DEL CONTRATO AGRAVEN EL RIESGO EN EL SEGURO DE INCENDIO ORIGINADO POR DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO, QUE HA DE PLANTEARSE EN EL PROCESO. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2000.)

La previsión del artículo 48, párrafo segundo, de la Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, que recoge una manifestación normativa específica para el seguro de incendios de la norma genérica del artículo 19 de la propia Ley, requiere para su aplicación que su supuesto fáctico, consistente en que el incendio se haya originado por dolo o culpa grave del asegurado, se haya planteado y debatido en el proceso.

El artículo 11 de la misma Ley (al que se refieren diversas sentencias de esta Sala, y entre ellas dos de 22 de diciembre de 1992, y las de 30 de diciembre de 1993 y 8 de marzo de 1995) regula el deber de comunicar la agravación del riesgo. En concreto, obliga al tomador del seguro o al asegurado, durante la vida del contrato, a comunicar al asegurador las circunstancias que agravan el riesgo y que sean de tal naturaleza que haya que presumir que, de haberse conocido por éste en el momento de perfección del contrato, no se hubiera llegado a celebrar o se habría concluido en condiciones más onerosas.

Si se incumple ese deber y sobreviniere el siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación cuando el tomador o el asegurado haya actuado de mala fe, o bien, si no concurre ésta, tiene derecho a que se reduzca proporcionalmente la indemnización a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, según establece el artículo 12.2 de la Ley del Contrato de Seguro. Este deber de información de la agravación viene atribuido por el artículo 11 de la Ley al tomador o al asegurado, a diferencia de lo que ocurre con el deber de información, antes de la celebración del contrato, acerca de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, que corresponde al tomador del seguro (art. 10, párrafo primero).

LOS MOTINES Y TUMULTOS POPULARES SON RIESGOS CUBIERTOS POR EL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

La normativa vigente sobre estas cuestiones está constituida por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986, que establece el Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las Personas y los Bienes, y sobre todo la Ley de 19 de diciembre de 1990, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88-357-CEE, por la que se aprueba el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, que en sus respectivos artículos 1.b) y 6.b) se determina como acontecimientos extraordinarios protegidos por el Consorcio, los motines y los tumultos populares. Pues bien, hasta esa vigencia, el concepto de riesgo

extraordinario para merecer la referida cobertura aseguradora era un concepto jurídico indeterminado, necesitado de una concreción judicial; circunstancia, ahora, totalmente superada con la antedicha tipificación.

CONTRATO DE SEGURO DE CAUCION Y AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO EN COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2000.)

La cláusula de «aval a primer requerimiento» supone que la entidad vendedora (promitente en venta) está facultada para reclamar al avalista (entidad aseguradora) la cantidad asegurada con la sola afirmación de haberse producido la incomparecencia de la promitente de compra al otorgamiento de la escritura pública... Los avales a primer requerimiento o a primera solicitud (conocidos con diversas denominaciones) están plenamente admitidos por la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 11 de julio de 1983, 14 de noviembre de 1989, 2 de octubre de 1990, 27 de octubre de 1992, 3 de mayo y 10 de noviembre de 1999, y las muy recientes de 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000), que reconoce su función garantizadora y su operatividad independiente del contrato que garantiza, de tal modo que aquella surte efectos mediante el primer requerimiento practicado en forma legal, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido (sentencias de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999, 17 de febrero y 5 de julio de 2000), y sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago, otras excepciones que las que se derivan de la garantía misma. La inserción de una cláusula de aval a primera demanda, a modo de complemento de la póliza suscrita, no desnaturaliza el contrato de seguro de caución transformándolo en un contrato autónomo de garantía, a pesar de acentuar esta función causal, sino simplemente que la cláusula, como dice la doctrina, ha de ser valorada en su perspectiva propia, lo que va a suponer tomar en cuenta su autonomía y singular operatividad. La posibilidad de inserción de esta cláusula en los contratos de seguro de caución y de fianza ha sido reconocida por la jurisprudencia (sentencias de 16 de febrero de 1983, 2 de octubre de 1990, 15 de junio de 1991, 30 de marzo 2000; en sentido distinto, la de 14 de noviembre de 1989). Como consecuencia de lo dicho, y en lo que hace referencia al caso y desde la óptica de la técnica asegurativa, la cláusula significa que el siniestro se entiende producido por la simple reclamación de pago del asegurado (beneficiario). El garante (aseguradora) no puede cuestionar el incumplimiento del tomador; se excluye la discusión sobre la producción del siniestro; no puede apoyarse en excepciones derivadas de la relación de valuta; y no cabe exigir del beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal. Se impone un deber cuasi-automático de pago por parte de la aseguradora ante el simple requerimiento del asegurado, que no precisa acompañarse de justificación alguna, resultando inane la oposición del tomador del seguro, pues no se precisa de su conformidad expresa, ni tácita. Todo ello sin perjuicio del derecho de regreso del asegurador respecto del tomador, o de los contragarantes. Ciertamente la jurisprudencia ha mitigado la doctrina anterior, en aras de la buena fe contractual —art. 1.258 del Código Civil— (sentencias de 10 de noviembre de 1999 y 17 de febrero de 2000), y a fin de evitar el enriquecimiento injusto, permitiendo al garante probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una

inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse —como ya se dijo— al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal (sentencias de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 1992).

PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2001.)

El plazo de prescripción de las acciones derivadas de un contrato de seguro de daños es de dos años, marcado por el artículo 23 de la Ley de 8 de octubre de 1980.

R. S. de F.

**INFORMACION
BIBLIOGRAFICA**

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS: *Code européen des contrats*. Proyecto preliminar coordinado por G. Gandolfi, I. Giuffrè, Milán, 2.^a ed., 2000, 576 págs.

En números anteriores de esta Revista, hemos venido comentando la aparición de textos uniformes sobre el Derecho de las obligaciones contractuales, como los Principles elaborados por la Comisión Lando (1998, pág. 1129 y sigs.), cuya segunda edición completa se ha publicado el año pasado, y los publicados por UNIDROIT (1999, pág. 327 y sigs.). En esta ocasión se trata de una importante propuesta realizada por la Academia de Privatistas Europeos, que preside el profesor J. L. DE LOS MOZOS, y en la que han colaborado los profesores G. GARCÍA CANTERO y A. LUNA SERRANO, junto a un selecto grupo de juristas pertenecientes a la Unión Europea y también extracomunitarios. La obra es el fruto de los trabajos que, durante diez años, se han coordinado por el profesor G. GANDOLFI, en el seno de la Universidad de Pavía, a quien se deben tanto la redacción final como la exposición del origen y los motivos de las 173 disposiciones y hasta de los distintos apartados de las mismas. Por eso, el texto se conoce ya como «Anteproyecto Gandolfi», sin cuya meritoria labor no habría salido adelante una obra de semejante envergadura.

Hasta llegar al texto definitivo, se han tenido que superar numerosas dificultades metodológicas y técnicas, al objeto de lograr un articulado que sea aceptable en todos los ordenamientos europeos y, en especial, que concite el consenso de los juristas anglosajones, siempre resistentes a la codificación. Con este fin, el Anteproyecto tiene por base, por un lado, el Código Civil italiano de 1942, en el que convergen influencias francesas y alemanas, y por otro lado, el Contract Code, de H. MCGREGOR, que ordena y sistematiza las tradiciones inglesa y escocesa, sin perjuicio de tener en cuenta otros Códigos modernos, como el suizo, el portugués y el holandés, con particular atención a la doctrina que los interpreta y a la jurisprudencia que los aplica en sus respectivos países.

Asimismo, el Anteproyecto ha evitado las nociones abstractas, como el acto o el negocio jurídico, e incluso la de obligación, que concibe a la manera anglosajona como un efecto derivado del contrato, aunque no prescinde, sin embargo, de la relación jurídica obligatoria. En este sentido, llama la atención que se ha suprimido tanto la consideration como la causa, pues, aparte de las incertidumbres conceptuales sobre las mismas, se ha estimado que la seriedad del compromiso o el control sobre el mérito del contrato pueden alcanzarse por la ilegalidad de los acuerdos contrarios a la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres, además de los deberes impuestos por la buena fe y la equidad.

En fin, debe destacarse que el Anteproyecto no se ha limitado a establecer grandes principios, ni siquiera reglas generales, sino que ofrece una regula-

ción muy completa y pormenorizada de todas las materias que trata, que son las que suelen figurar en la parte general del Derecho de contratos y de obligaciones, las cuales se despliegan a lo largo de once títulos, que van desde la formación del contrato, su contenido e interpretación, pasando por sus efectos, elementos accidentales y la representación, hasta llegar al régimen del cumplimiento y del incumplimiento. Tras contemplar la cesión del contrato, del crédito y de la deuda, el Anteproyecto se ocupa de la extinción por medios distintos del pago, las anomalías y los remedios.

Particular importancia presentan los deberes impuestos por la buena fe en la fase precontractual, puesto que obligan a indemnizar el interés negativo, no sólo en los casos de reticencia o de interrupción de los tratos preliminares, sino también por infracción de los deberes de información y de reserva. La formación del contrato por el concurso de oferta y aceptación se regula en términos similares a los del Convenio de Viena de 1980, sobre la compraventa internacional de mercancías y los contratos entre ausentes se rigen, por ello, por el criterio de la recepción. El contenido del contrato puede ser, además de ilícito, abusivo en determinados casos. Para su interpretación se propone una simbiosis de reglas que proceden del Derecho inglés y de nuestro Código Civil.

Entre los efectos del contrato destaca la transmisión de bienes muebles por la entrega, a partir de la cual se desplazan los riesgos al adquirente, y la de inmuebles por las formalidades de publicidad; asimismo, la moderna regulación que se propone sobre la representación. En las obligaciones pecuniarias se consagra la revalorización automática conforme al índice de precios publicado por Eurostat, mientras que en materia de cumplimiento es llamativa la distinción de las obligaciones de medios y resultado, que repercute luego en la responsabilidad contractual; en las primeras, el deudor se libera si prueba que ha sido diligente, en especial si se trata de un profesional liberal, en tanto en las últimas sólo si acredita una causa extraña imprevisible e irresistible. En el incumplimiento sobresalen la prohibición de la llamada violación eficaz, salvo reserva expresa, y la responsabilidad por vulnerar los deberes de protección del acreedor durante el cumplimiento, así como los daños punitivos que el juez puede imponer al deudor para incitarle a la ejecución específica.

Es muy novedoso el régimen de las anomalías, ya que consagra la inexistencia, la nulidad, que admite conversión y confirmación, la anulabilidad por falta de capacidad de obrar y vicios de la voluntad, la ineficacia y la inoponibilidad del contrato a terceros, por ejemplo, por simulación. Asimismo, los remedios que contemplan la lesión por abuso o inexperiencia, la resolución, el deber de renegociación en ciertos casos, la restitución y la indemnización de daños y perjuicios, los cuales son acumulables, a no ser que todos sumados superen el perjuicio sufrido por el acreedor o comporten para el deudor una situación insostenible.

En fin, resulta claro de lo expuesto que estamos ante un trabajo sumamente serio, original y equilibrado en un doble sentido; junto al equilibrio entre las posiciones del acreedor y el deudor, el Anteproyecto consigue situarse también en un punto de equilibrio entre los distintos ordenamientos europeos. Y es que pretende ofrecer una disciplina de las obligaciones contractuales que sea a la vez flexible y eficaz, al tiempo que permita satisfacer los intereses prácticos de los contratantes. Presentado al Parlamento Europeo, su futuro es todavía incierto. Pero es seguro que se trata de una de las mejores

obras científicas que nos ha legado el siglo xx sobre esta importante materia, y por eso merece ser estudiada con tanto respeto como atención.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil

FRANCO LÓPEZ, LUIS, y GUILLÉN CARABANTES, FELIPE: *Instituciones de Derecho Civil aragonés*, Zaragoza, 1841. Edición facsímil con prólogo de Víctor Fairén Guillén. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2000. Un tomo de 397 págs.

En el prólogo que escribe con mucho afecto y hasta cierta ternura el profesor FAIRÉN GUILLÉN, auténtico motor de esta publicación, éste nos cuenta los avatares pasados hasta conseguir el libro del que fueron autores don LUIS FRANCO Y LÓPEZ y su bisabuelo don FELIPE GUILLÉN CARABANTES, que había sido escrito en 1841. Naturalmente, un siglo después ya estaba agotado, y con muchísima suerte sólo se podía encontrar algún ejemplar rarísimo en poder de un librero viejo que pedía por él precios de oro. Al propio prologuista le costó una fuerte cantidad.

Ahora se ve compensado y además se han cumplido sus ilusiones al obtener como premio a sus afanes esta pulcra reimpresión en formato facsímil, lo que le da más autenticidad por la Institución Fernando el Católico, con lo que nos proporciona un precioso instrumento para conocer el tradicional y más puro Derecho Foral aragonés, antecedente de la actual normativa autonómica.

El libro alcanzó en su momento la bendición entusiasta de JOAQUÍN COSTA, quien ya había expresado la idea de que se compilase el Derecho aragonés, y por ello se sintió satisfecho con su publicación, diciendo que una vez redactado el proyecto, debería instarse a las cámaras legislativas de la Nación, por medio de los representantes aragoneses, para su promulgación como ley obligatoria en aquel territorio.

El transcurso posterior de la llamada «cuestión foral», desde el proyecto del Código Civil de 1851, pasando por la transacción que supuso el artículo 13 del Código, el Apéndice de 1925 y la Compilación, hasta llegar al actual sistema autonómico, es de todos conocido y no hay por qué repetirlo.

Por ello vamos directamente a resumir el contenido de este libro, que empieza con un prólogo en el que se dice que una de las principales ventajas que tiene la legislación aragonesa sobre la de Castilla es, sin duda, el corto número de disposiciones que comprende y la concisión con que en su mayor parte se hallan redactadas. Sigue diciendo que, merced al celo de los antepasados, entusiastas hasta lo sumo de sus fueros y privilegios, han llegado a nuestros días recogidos en un solo volumen, donde se encuentra cuanto los legisladores aragoneses establecieron para el gobierno del reino en general.

La intención de los autores de estas Instituciones fue colmar la laguna que existía en el Derecho aragonés, pues desde los resúmenes de ASSO y DE MANUEL, poco o nada se había hecho sobre el particular. Así se dice en el artículo 3.º que de todo lo comprendido en los Fueros, Observancias y demás fuentes del Derecho de Aragón, sólo rige en el día lo dispositivo tocante a negocios entre particular y particular, lo concerniente a materias eclesiásticas y regalías reales y lo que tiene relación con los cuatro procesos privilegiados de aprehensión, forma, firma, inventario y manifestación; pues en lo ordina-

rio de los procesos, lo relativo al gobierno económico y político del reino en general o de los pueblos en particular, la parte criminal y, en fin, todos los asuntos en que la nación o el rey intervienen, se arregla a las leyes generales de España.

Consideraron los autores que las Instituciones ofrecerían más fácil estudio dividiéndolas en artículos breves que en párrafos largos y enlazados entre sí; adoptaron este método y sacrificando de consiguiente a la claridad y exactitud en su redacción, la elegancia y fluidez del estilo que se consideró parte muy secundaria en obras de esta clase. Por ello, las «Instituciones de Derecho Civil aragonés», tal como las concibieron sus autores, estaban organizadas a modo de Código, con un título preliminar y tres libros: el primero trata de las personas y la familia, el segundo de los derechos reales, y el tercero de los diferentes modos de adquirir, en el que entran las obligaciones y contratos.

Intercalan además tres apéndices. En el primero se hace referencia a las leyes de Felipe V que derogaron y abolieron una gran parte de la legislación aragonesa. En el segundo se trata del aprovechamiento de pastos y acotamiento de heredades, y en el tercero se trata sobre el tránsito de los ganados.

A continuación del texto de las Instituciones, propiamente dichas, se incluyen las biografías de ambos autores, don LUIS FRANCO y don FELIPE GUILLÉN, escritas por el que fuera gran jurista aragonés, JUAN MONEVA PUYOL, ejemplo de buena literatura y de justicia, en pocas palabras, según nos dice el profesor FAIRÉN. En estas biografías se hace un cumplido elogio de los autores y de su obra, de gran utilidad y aplicación no sólo en su época sino en tiempos posteriores.

Termina el libro recogiendo, también en facsímil, el prólogo que escribiera en 1881, don FELIPE GUILLÉN y CARABANTES a la obra titulada «Compilación articulada del Derecho Foral vigente en Aragón», de don EDUARDO NAVAL Y SCHMID, donde se recogen las conclusiones aprobadas en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, haciendo atinadas observaciones a las mismas.

Total, un interesante libro que nos muestra los antecedentes de esta parcela aragonesa de nuestro ordenamiento jurídico. Por acercarnos a aquella época, es una publicación que merece el aplauso, toda vez que su reimpresión ha sido tan pulcra como laboriosa.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GARCÍA GARNICA, MARÍA DEL CARMEN: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001. Un tomo de 372 págs.

Nuestro sistema registral adopta, sin dudar, el criterio del *numerus apertus* para la admisión en los libros hipotecarios de las situaciones jurídicas que recaen sobre bienes inmuebles. La lista de derechos del número 2.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria no es limitativa, ni mucho menos; así nos lo dice claramente el artículo 7 del Reglamento, aclarando que podrán inscribirse cualesquiera otros con tal que tengan trascendencia real y puedan modificarse, de presente o en el futuro, alguna de las facultades dominicales sobre la finca, y eso aunque no tengan nombre propio en derecho.

Eso es lo que ocurre con esta figura nueva que nos ha venido del mundo anglosajón, con un nombrecito que nada tiene de español y que produce sus

efectos más bien en el futuro. El «leasing», cuya naturaleza se discute, pero que indudablemente recae de un modo directo sobre el inmueble y produce efectos *erga omnes*, en cuanto que posibilita su transmisión dominical si se dan los supuestos de la prevista opción, tiene desde luego carácter real.

El estudio de su régimen jurídico se acomete por su autora, MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Granada, en este libro de la Editorial Aranzadi, con un afectuoso prólogo del catedrático de dicha Universidad, profesor ANTONIO ORTIZ VALLEJO, en el que se pondera la construcción doctrinal realizada por la autora al analizar la naturaleza contractual de esta figura y su eficacia real, que ya nadie duda, sobre todo en cuanto ya se ha generalizado su inscripción registral, siendo uno de los asientos bien frecuentes en nuestros libros.

La obra se divide en tres partes, dedicando la primera a la introducción en la materia, la segunda a delimitar las modalidades del leasing inmobiliario, y la tercera a estudiar el régimen jurídico de estas distintas modalidades, dedicando un capítulo especial a la publicidad registral.

La autora da comienzo a su libro explicándonos cómo esta fórmula contractual, surgida en los Estados Unidos en la primera mitad del siglo xx, se difundió de forma vertiginosa en los demás países. A través de este contrato se ofrecía a los empresarios y profesionales la posibilidad de disponer de los bienes que necesitaran para el ejercicio de su actividad económica, sin necesidad de proceder a su adquisición durante un período de tiempo irrevocable. A su término, podrían optar entre adquirir los bienes por un módico precio, restituirlos o prorrogar su utilización. Tal actividad era ofrecida por sociedades específicamente dedicadas a la adquisición y puesta a disposición, en tales términos, de los bienes solicitados por sus clientes.

En España el contrato de leasing dio sus primeros pasos basándose en la amplitud del artículo 1.255 del Código Civil, hasta llegar al Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, de medidas de ordenación económica, que dio paso al posterior y más concreto Real Decreto 1669/1980, de 31 de julio, que permitió de modo ya claro la aplicación a la esfera inmobiliaria del leasing inmobiliario.

La autora, tras relatarnos los avatares anecdóticos de la creación por el empresario J. D. BOOTH del leasing y su evolución posterior, entra en la segunda parte del libro para delimitar esta figura y sus modalidades, empezando por el estudio de su normativa vigente que se concreta, de momento, en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, complementada por otras disposiciones como la Ley de compraventas a plazos de bienes muebles, de Patrimonio del Estado, la de Contratos de las Administraciones Públicas y la de Condiciones Generales de la Contratación, que vienen a configurar esta regulación, no como puramente fiscal, que lo era en principio, sino ya más bien con carácter sustantivo.

¿Cuál es el objeto del leasing? En primer lugar, ha de reunir los requisitos del artículo 1.272 del Código Civil, es decir, que sea posible, lícito y determinado. Esta determinación es la que configura de modo especial su contenido, sobre todo en cuanto a la titularidad de los bienes que se incluyen en este pacto y que origina un verdadero contrato sobre cosa ajena, en el cual se han de determinar los fines para los que pueden ser afectados dichos bienes que se ceden en *leasing*. Al tratarse de una figura inmobiliaria concreta, la autora precisa el concepto de bien inmueble acudiendo precisamente al Código y a la doctrina que recoge y comenta su enumeración, distinguiendo los inmuebles por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía y acudien-

do además a otro carácter que tiene importancia notoria en el *leasing* que es la polivalencia.

La polivalencia no es ni un requisito ni una condición necesaria para la existencia del contrato. Se trata sólo de una valoración económica del bien, que incidirá en la estimación del riesgo y, por consiguiente, del atractivo de una concreta operación de *leasing* financiero. Pero aunque se trate de un dato que despliega su eficacia básicamente en el plano económico y no jurídico de la operación, resulta oportuna su mención entre los requisitos del objeto del contrato en la medida en que puede condicionar su perfección, así como el rigor de las cláusulas del contrato relativas a las obligaciones del usuario.

El concepto del *leasing* lo da la Ley en su Disposición Adicional 7.^a, diciendo que tiene por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas que se establezcan; el contrato incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario. Como nos dice la autora, más que una definición nos encontramos ante una mera aproximación descriptiva de esta operación negocial.

Analiza a continuación el desarrollo de la figura, que se inicia con los tanteos previos, de momento extracontractuales, que desembocan después en el contrato propiamente dicho, manifestado en la adquisición del bien cuyo uso se cede y en el acuerdo adjunto de la opción que se concede al final del iter negocial, lo que viene a suponer una trilateralidad de elementos subjetivos. En el libro se estudian estos elementos, para pasar después a analizar los elementos reales y formales, con lo que se cierra la exposición de tipo básico del contrato. Se completa el estudio con el de sus posibles modalidades, entre ellas el de bienes en construcción y el que nos presenta bajo la denominación anglosajona de «*sale and lease back*». En el primer caso se alude al supuesto en que el objeto del contrato es un bien aún no existente o futuro, cuya construcción habrá de ser acometida como presupuesto necesario para la cesión de su uso. En el llamado «*lease back*», la entidad llevará a cabo la adquisición del bien que constituye su objeto, poniéndolo a disposición del usuario durante su período de tiempo a cambio del abono de unas cuotas, para concederle al final la opción entre adquirir el bien, devolverlo o prorrogar.

En el capítulo IV del libro se detalla la naturaleza y contenido de este contrato, su difusión en Europa, especialmente en España, analizando nuestro Derecho positivo, en donde se configura como un contrato de financiación que tiene conexión con el contrato de adquisición del objeto; aún así, tiene una naturaleza unitaria que no se desfigura por ello.

En la parte tercera y última del libro se aborda el estudio del régimen jurídico general del contrato, contemplando detalladamente los derechos y obligaciones que integran las respectivas posiciones jurídicas de la entidad de *leasing* y del usuario, en un entramado de gran complejidad que la autora nos exhibe con toda claridad y mucha precisión.

Junto a este régimen general se añade un capítulo de contenido especial referido al *leasing* de los bienes en construcción, siendo la singularidad de su objeto la necesidad de proceder a su construcción previa para poder llevar a cabo la cesión. Por ello se introducen ciertas posibilidades y problemas en la ejecución del contrato, centrados sobre todo en determinar su perfección y eficacia desde que se adquiere al suelo hasta que se verifica la construcción para su entrega.

El último capítulo del libro se dedica a la publicidad registral. Resalta la autora las ventajas que la inscripción reportará a cada una de las partes del contrato, sobre todo si se atiende a la prolongada vigencia temporal del mismo, durante la cual podrían concurrir diversas circunstancias lesivas para sus derechos. Se inscribe la cesión de la finca y cesión final, si procede; alguna Resolución ha admitido la inscripción final del dominio sin necesidad del contrato inicial, cosa criticada en cuanto que hay una falta del tracto sucesivo, aunque se quiera decir otra cosa. La práctica registral opera a base de la inscripción previa del *leasing* y la posterior de la opción cuando tiene lugar.

En resumen, una completa obra, seria y bien construida de esta figura que nos vino de fuera y ha adquirido carta de naturaleza en nuestras actividades registrales. El libro contiene una amplia información que puede tener gran utilidad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000. Un tomo de 556 págs.

Recordando ya los lejanísimos tiempos de nuestras oposiciones, los temas de Derecho marítimo eran tratados con un gran respeto por las complicaciones de la normativa que a esta materia se refería, a lo que se añadía la especialidad de la terminología empleada y la dificultad de su contenido. Naturalmente, el único procedimiento para vencer tales dificultades era estudiar tales temas a fondo hasta llegar a dominarlos; si las dichas bolitas insaculadas salían a relucir, o se decía bien la papeleta o había que propiciar una retirada en toda regla para evitar una auténtica avería gruesa o más bien un completo naufragio.

Pasado aquel tiempo de los sustos, aunque ya con canas a cuestas, ahora se ven estas cuestiones desde otra óptica. Ahora resultan interesantes y más si la exposición es tan completa y hasta amena como la contenida en este libro, del cual es autor el catedrático de Derecho Mercantil, académico de Jurisprudencia y Legislación, don FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, especialista en estos temas como vocal que es del Comité Marítimo Internacional y antiguo presidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo.

Nos expone aquí una versión actualizada del libro que publicara en 1957 sobre la misma materia, donde se recogía la Ley de Transporte Marítimo de 1949. El Convenio de Bruselas de 1924, que sirvió de base a dicha ley, fue modificado por los Protocolos de 1968 y 1979, que se conocen como reglas de Visby. Desde entonces ha llovido lo bastante y la bibliografía ha sido tan abundante como para que esté justificada la actualización. No se trata de una segunda edición al uso, sino de una nueva obra, un libro de contenido completo que pone al día la doctrina y además recoge toda la normativa sobre este contrato, proporcionando con ello un valiosísimo instrumento de trabajo para cuantos profesionales hayan de actuar en este ámbito.

El libro se compone de doce amplios capítulos y un anexo con el texto de la Ley de 22 de diciembre de 1949, modificada, como ya se ha dicho en 1968 y 1979, el texto de las Reglas de La Haya-Visby y el Convenio de Hamburgo,

así como una relación de los Estados que han introducido en sus respectivos ordenamientos las reglas dichas.

En el capítulo I se expone un iter desde los precedentes de las reglas de La Haya y el Convenio de Bruselas de 1924 hasta las últimas reformas citadas y las Reglas de Hamburgo. El autor resume estas actuaciones y considera que la situación actual respecto al contrato de transporte marítimo de mercancías refleja una situación insatisfactoria alejada de la necesaria unificación o al menos armonización en este campo. Por ello, el Comité Marítimo Internacional ha iniciado ya desde algunos años trabajos que tienden a unificar estas normas con el fin de superar las diferencias entre los dos convenios, tratando de alcanzar un régimen único.

En el capítulo II se estudia la ley española de 1949 y sus modificaciones posteriores. La ley tenía como fin introducir en España las normas contenidas en el Convenio de Bruselas de 1924, pretendiendo ser una ley uniforme en el plano internacional y que hubo de ser modificada como consecuencia de la ratificación de los protocolos hechos en 1968 y 1979. El autor refiere estas modificaciones y hace una extensa apreciación crítica de las mismas estudiando su ámbito de aplicación.

A partir del capítulo III el libro entra ya en el estudio del contrato que nos ocupa, empezando por dar su noción y delimitando sus caracteres. La definición que da el artículo 2.º de la ley, como contrato de porte formalizado en un conocimiento o en cualquier documento similar que sirva como título para el transporte de mercancías por mar, es criticada por el autor, quien acota el concepto teniendo en cuenta que este contrato se delimita por la asunción del porteador, mediante precio, de la obligación de transportar mercancías por mar de un lugar a otro bajo su propia custodia. Se caracteriza por estar sometido a un régimen jurídico especial, es consensual, oneroso y bilateral; tiene también como carácter el ser un contrato de adhesión en cuanto que los conocimientos de embarque contienen condiciones generales tipificadas en el tráfico, estando las cláusulas influidas por la práctica inglesa, con un carácter relativamente imperativo. A continuación el autor estudia las Reglas de La Haya-Visby y Hamburgo en relación con el contrato de fletamento y la determinación de la ley aplicable al contrato de transporte marítimo internacional de mercancías.

En el capítulo IV se estudian los elementos personales de este contrato que son, como en cualquier otra modalidad de contrato de mercancías, el cargador o remitente de tales mercancías y el porteador. Surge además la figura del destinatario o consignatario que puede ser la misma persona que el cargador, aunque normalmente es una persona diferente, de modo especial en los contratos de transporte marítimo de carácter internacional, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconoce que, aun siendo originariamente bilateral, puede convertirse en contrato en favor de tercero.

En los capítulos V, VI y VII se estudia la documentación de este contrato, siendo la figura central el conocimiento de embarque, analizándose detalladamente su forma y contenido.

Las obligaciones de las partes en este contrato son estudiadas en el capítulo VIII, distinguiendo las que corresponden al porteador, antes del viaje, durante el mismo y a su terminación; en la parte opuesta se da la dualidad entre el cargador que entrega la mercancía y el destinatario que ha de recibirla.

La responsabilidad del porteador en este contrato adquiere una relevancia particular por la razón de que una de las finalidades del Convenio de Bruselas

fue la de regular las cláusulas de exoneración de esa responsabilidad que se habían extendido en el tráfico. En el capítulo IX se trata ampliamente este punto, analizando los supuestos generales de responsabilidad del porteador por incumplimiento de sus obligaciones. Las causas de exoneración, según las Reglas de La Haya, pueden agruparse, en principio, conforme a las categorías generales previstas en nuestro ordenamiento, en tres grupos: *a)* el caso fortuito; *b)* los hechos que derivan de las cosas transportadas o de su embalaje, y *c)* los hechos imputables al cargador o al destinatario. La doctrina aplica estos casos, con arreglo al Código de Comercio, resumiéndolos en caso fortuito, fuerza mayor, hecho del cargador o del destinatario y vicio propio de la cosa. En una larga relación se enumeran las causas legales de exoneración, sean de origen náutico u otros casos exceptuados.

En el capítulo X se analiza la modificación de la Ley de Transporte Marítimo por las llamadas Reglas de Visby en cuanto a la limitación de la deuda por el porteador, que puede darse basada en dos sistemas, sea limitarla al valor de las mercancías o la fijación de una determinada suma proporcional por bulto, unidad o peso.

En el capítulo XI se estudian las reclamaciones y acciones referentes al cumplimiento de este contrato y que pueden ser frente al porteador, que se concretan en la entrega del cargamento o la indemnización por su pérdida o por las averías o retraso, o frente al cargador, cuando las mercancías sufran daños o perjuicios por culpa o negligencia por parte del cargador. Se parte de la presunción de que las mercancías han sido entregadas en la forma que se describe en el conocimiento de embarque y hay que considerar el efecto que producen las reservas analizadas en dicho documento, las cuales invierten la prueba en el sentido de que el porteador deberá probar que ha entregado las mercancías tal como aparecen descritas en el conocimiento. Se examinan las cuestiones referentes a quiénes están legitimados para ejecutar estas acciones y su plazo, así como el ejercicio de las acciones de repetición.

El último capítulo, que es el XII, estudia la competencia judicial para entender de estas cuestiones, pues una de las notas características de este contrato es la internacionalidad, que origina problemas de jurisdicción y competencia a la hora de resolver los conflictos que surgen de los procesos por incumplimiento del contrato. Es frecuente que los conocimientos de embarque contengan una cláusula de sometimiento a los tribunales de un determinado Estado.

En cuanto a la posibilidad del arbitraje, se estudian las Reglas de Hamburgo, según las cuales si la cláusula arbitral se contiene en una póliza de fletamento, el porteador no podrá invocarla contra el tenedor que haya adquirido el conocimiento de embarque de buena fe, determinándose que el árbitro ha de aplicar las normas del Convenio.

Como anexo, según dijimos, se incluye la Ley de 22 de diciembre de 1949, con las modificaciones de 1968 y 1979, así como el texto de las Reglas de La Haya-Visby y el Convenio de Hamburgo, con lo que se completa la materia referente a este contrato especial que ha sido objeto de un cuidado y completísimo estudio.

ARJONA CASTRO, ANTONIO: *Urbanismo de la Córdoba califal*. Ayuntamiento de Córdoba y Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes, Córdoba, 1997, 209 págs.

El urbanismo responde a un objetivo básico: ordenar la transformación del suelo en espacios habitables civilizada y culturalmente. El contenido y objetivos del urbanismo van más allá de lo que puede entenderse como una mera actividad de construcción de viviendas. En una primera fase de los asentamientos humanos es la vivienda un elemento necesario de primer orden, como ha ocurrido con la emigración masiva de la población rural a las grandes ciudades, a raíz de la revolución industrial del siglo XIX, que ha producido ese fenómeno de deshumanización que es el suburbio. Pero en una segunda fase, los condicionamientos culturales imponen la ordenación del territorio mediante la implantación de un adecuado equipamiento: jardines y parques, zonas deportivas, centros culturales y de ocio, construcciones religiosas, etc.

Sin desdeñar la topografía, la creación y construcción de las ciudades se asienta, primariamente, en la evolución cultural y en la concepción, religiosa o profana, de sus autores. Es decir, en toda una particular filosofía de vida o de muerte.

Del libro que vamos a comentar es autor el académico, pediatra y alergólogo cordobés ANTONIO ARJONA CASTRO, con quien han colaborado los también académicos RAFAEL GRACIA BOIX, excepcional investigador, experto en la Inquisición, y JOSÉ LUIS LOPE Y LÓPEZ DE REGO, arquitecto y urbanista. NATIVIDAD ARJONA PADILLO completa el cuadro de colaboradores.

ANTONIO ARJONA CASTRO (Priego de Córdoba, 1938) se gradúa en Medicina y Cirugía en la Universidad de Sevilla (1962), en la que lee su tesis doctoral sobre «La sanidad en Córdoba en el siglo XIX», con las máximas calificaciones. Estudia árabe con el profesor cordobés MANUEL OCAÑA JIMÉNEZ y entra en contacto con los arabistas más importantes de España y del mundo. La Real Academia de Córdoba le designa académico numerario en 1981 y su discurso de ingreso versa sobre «La pediatría y la puericultura en la Córdoba del siglo X». Es también miembro de la Real Academia de la Historia. Participa como arabista en numerosos Congresos y Simposios Internacionales sobre historia árabe y sobre la cultura andalusí. Destacan sus trabajos sobre «Teoría y práctica de la cirugía de Albucasis en la Córdoba califal y su influencia en Europa». Acaba de publicar (Córdoba, 2001) el Tomo I de su obra, «Córdoba en la historia de Al-Andalus. Desarrollo, apogeo y ruina de la Córdoba omeya (711-929)».

El libro del doctor ARJONA CASTRO, que es hoy objeto de nuestra atención, constituye una fuente de primer orden para el conocimiento de la ordenación urbanística de Córdoba en la época omeya. Su autor nos adentra no sólo en la infraestructura de la Córdoba califal, centrada en los siglos X y XI, sino, además, en los fundamentos profundos que la justifican. Un ejemplo paradigmático puede ser el que encontramos en la página 63, en la que (recogiendo una cita de TORRES BALBÁS) se lee lo siguiente: «La civilización moderna huye de los muertos, los aleja y frecuenta lo menos posible. Los cementerios islámicos quedaban integrados en el flujo y reflujo cotidiano de Córdoba, pues estaban situados en los lugares de entrada y salida de la medina. Estaban cubiertos de vegetaciones, encinas, olivos, eran auténticos pulmones de la aglomeración urbana. Eran escenario en los que rebosaba la vida, comprimida en las angosturas urbanas». Consecuencia, quizá, de esta concepción fue

que Córdoba llegara a tener hasta doce cementerios (Maqbara) que, por otra parte, representaban un obstáculo para el desarrollo de la ciudad y la formación de los arrabales inmediatos a la medina (pág. 73).

En nota introductoria, dice MARÍA JESÚS VIGUERA MOLINS, catedrática de Estudios Arabes e Islámicos de la Universidad Complutense de Madrid, lo siguiente: «La incesante aportación arqueológica y la sistematización de datos procedentes de las fuentes textuales, al alimón, está produciendo considerables avances en el conocimiento topográfico de las ciudades andalusíes, entre las cuales, muchas están recibiendo tan notables aportaciones que las piezas de su historia medieval van llenándose y encajando en un conjunto cada vez más completo».

Elegido un tiempo (los siglos x y xi), un espacio (Córdoba), la investigación, que parte de las descripciones de cronistas e historiadores árabes, trata de ubicar en el plano de la ciudad los más relevantes elementos urbanos de la metrópoli medieval que fue «capital del Occidente musulmán, gloria del mundo y sede de uno de los más fuertes estados de la época».

Las cuestiones tratadas reflejan las grandes líneas de lo que hoy podríamos calificar de planeamiento urbanístico avanzado, con unas constantes urbanísticas reflejo de los condicionamientos políticos, sociales y culturales de la época. Un apretado resumen de las mismas recogemos a continuación.

Dimensiones de la Córdoba califal (cap. I). El momento de máximo apogeo de la Córdoba musulmana fue a finales del siglo x, durante el califato de Hisam II. El hayib Ibn Abi Amir se hace con todo el poder y manda construir la ciudad de Madinat al-Zahira. Entre esta ciudad y la más famosa de Madinat al-Zahra se podía caminar durante 14,5 kilómetros a la luz de los faroles (testimonio de al-Saundi, escritor del siglo xii), si bien la distancia, hoy comprobada entre los restos de ambas ciudades, es de 18 kilómetros. Su circuito urbano, con todos los arrabales, ocupaba una superficie cercana a las 2.700 hectáreas (según al-Udri, en el siglo xi), con una población de unas 270.000 almas. Partiendo del testimonio de Ibn Galib, en el siglo xi, el recinto de Córdoba podría alcanzar una superficie de 5.000 hectáreas y una población de medio millón de habitantes.

El doctor ARJONA CASTRO aporta datos que prueban que el circuito descubierto por las excavaciones es mayor que el descrito por diferentes cronistas musulmanes, que le llevan a la afirmación de que la población de aquella Córdoba no bajaría del medio millón de habitantes.

Infraestructura romana (cap. II). La identificación de los restos arqueológicos de la Córdoba califal requiere un previo examen del urbanismo de la colonia patricia romana y las características urbanas que encontraron los invasores en el 711.

En Córdoba residía un duque visigodo y es notorio el mal estado de sus murallas y del famoso puente sobre el Guadalquivir. Hay abundantes datos de la utilización por los cordobeses del medioevo de la infraestructura romana de Córdoba. Los cristianos reutilizaron el «Palatium de Cercadillas» como basílica. Los alarifes de Abd al-Rahman III reutilizaron las conducciones de agua a la Córdoba romana para abastecer Madinat al-Zahra, lo cual explica el emplazamiento de esta ciudad palatina construida sobre los restos de una gran villa romana.

La medina cordobesa (cap. III). La cerca musulmana de la medina de Córdoba (*medina*, de «mudum» o recinto amurallado) coincide sustancialmente con el trazado de las murallas de la Córdoba romana y cristiana; más

anchas las romanas (de tres metros), que las llamadas califales (entre 2 y 2,50 metros).

La medina tenía una serie de puertas, cuyo origen es también de época romana y que, según Ibn Baskuwal, eran siete. Las calles romanas eran paralelas a las murallas, y en la época musulmana estas calles, relativamente anchas y rectas, son invadidas por construcciones en ambas aceras, dejando una trama viaria tortuosa y estrecha. Dos grandes vías transversales atravesaban la ciudad en direcciones norte-sur y oeste-este, comunicando sus puertas. En la confluencia de varias callejas había plazas donde podía haber un pequeño mercado o una mezquita. Otras calles principales (*zuqaq*) salían por las puertas y continuaban por caminos o calles en barrios extramuros.

Las casas —según excavaciones recientes— estaban en muchos casos construidas sobre los restos de otras romanas, articuladas en torno a un patio central y alberca en el centro. En una crujía, al este, estaban las habitaciones; y en otra, al oeste, el área de servicios. Apunta el doctor ARJONA CASTRO que la construcción de la vivienda islámica, siguiendo el plano de la casa romana, echa por tierra el pretendido origen árabe del patio andaluz.

El abastecimiento de agua a la Córdoba musulmana se hacía de veneros y aljibes naturales, desde la sierra a través de acueductos romanos, algunos todavía en buen estado, que se seguían utilizando en el siglo x.

Como red de saneamiento es muy probable que se siguieran utilizando las cloacas romanas que se han descubierto en numerosas excavaciones.

El alcázar califal y el sector SE de la medina (cap. IV). Sobre el término *alcázar*, siguiendo a EMILIO GARCÍA GÓMEZ, explica el doctor ARJONA CASTRO que la concepción del palacio (árabe *Qasr*) es muy diferente a la de hoy. Las residencias reales se emplazaban en los lugares donde había estado la civilización precedente. El alcázar califal era el antiguo palacio visigodo (actual Palacio Episcopal y Seminario). Pero los soberanos no se apegaban a un recinto original, sino que cada nuevo monarca ponía su orgullo en construirse uno nuevo («*Palatium nobilissimum*», «Alcázar real»). Gran parte del recinto del llamado «Alcázar viejo» estaba ocupado por el zoco y el arrabal de la Rawda, zona que quedó destruida en la guerra civil que, a lo largo del siglo xi, acabó con el califato cordobés y sus más importantes construcciones (testimonio de Ibn Bassam que, según GARCÍA GÓMEZ, pudo alcanzar a la misma Madinat al-Zahra).

Los arrabales septentrionales, entre ellos el de al-Rusafa, y los cementerios situados al norte (cap. V). Los investigadores cordobeses (SANTOS GENER, CASTEJÓN, FÉLIX HERNÁNDEZ, OCAÑA) han buscado tradicionalmente las basílicas, barrios e iglesias mozárabes por los alrededores de Córdoba. Las recientes excavaciones de Cercadillas (complejo monumental tardorromano) han permitido localizar un antiguo santuario mozárabe cordobés (San Félix) y algunos arrabales al NO del recinto amurallado. Destacan el *arrabal de los Pergamineros* (rabat al-Raqqaqin), que aparece en el Calendario de Córdoba de 961 y en la versión árabe de Arib ibn Said (autor del primer Tratado de Obstetricia y Pediatría de España, traducido al castellano, precisamente por el doctor ARJONA CASTRO); y el *arrabal de al-Rusafa*, formado en torno a la almunia del mismo nombre, residencia preferida de Abd al-Rahman I, y en el que tuvo también una almunia Ibn Abi Amir (Almanzor).

Saliendo de la medina por la actual Puerta Osario, llamada entonces de los Judíos, estaba el enorme cementerio de Umm Salma, el arrabal de la mezquita de su nombre o Qut Raso y el lugar de al-fajjarin (alfarferías), que todavía

conserva el nombre de Tejares (una de las principales avenidas de la Córdoba actual).

Los arrabales occidentales (cap. VI). La fundación de al-Madinat al-Zahra, a poniente de la medina cordobesa, determinó que al occidente de la misma, sobre las terrazas cuaternarias de la as-Sahla o planicie aluvial, se formaran populosos arrabales donde establecieron sus humildes viviendas, puestas hoy al descubierto por las máquinas excavadoras, los obreros que formaban la plebe de Córdoba (*amma*) (albañiles, canteros, carpinteros, trabajadores de los zocos, obreros agrícolas...), citados por los escritores mozárabes de los siglos ix y x, pero ignorados por la mayoría de los escritores árabes.

Estos arrabales occidentales y sus aldeaños al-Musara (conocida como Alfadra o «la Verde» en el repartimiento de Córdoba del rey Fernando III), Dar al-Na'ura y otras almunias, se asientan sobre la formación geológica de la planicie que se extiende en la margen derecha del río Guadalquivir hasta Almodóvar, que los árabes llamaban la as-Sahla.

En la zona hay que situar también el arrabal de Balat Mugit y más al sur la mezquita de al-Sifa, de amplio recinto y orientada al sureste, solución clásica en la Córdoba del siglo x.

Las explanadas extramuros (cap. VII). En el extremo occidental de Córdoba estaba la Musara, explanada en la llanura aluvial que se extiende en la margen derecha del Guadalquivir. Es una palabra del árabe hispánico, desconocida en el oriente islámico, que tiene la equivalencia de estadio o hipódromo, siendo probable que así fuera en época romana, aunque no lo es menos que se transformara en terrenos agrícolas a partir de la destrucción de los arrabales occidentales de Córdoba.

Las almunias (cap. VIII). La palabra almunia (al-munya) deriva de un término griego, y tiene en al-Andalus un sentido diferente al de Oriente. Designaba un «cortijo», casa de campo, rodeado de jardín y casa de labor, finca de recreo y explotación agrícola.

La familia omeya, altos dignatarios y gente adinerada, son los que poseían almunias. El califa al-Nasir dotaba a cada uno de sus hijos, al llegar a la mayoría de edad, de un alcázar, fincas o almunias que les rentaran, nombrándoles un administrador.

Destacan la almunia de Dar al-Na'ura o de la Noria, situada al oeste de los arrabales occidentales y al final de la Musara; la almunia de Arha'Nasih (Molinos de Nasih); la de al-Qurasiyya, propiedad de un hermano del califa al-Hakam, en la que se alojaban personajes invitados por la familia real omeya; la almunia de Ibn'al-'Aziz, situada cerca de Madinat al-Zahra, también destinada a albergar invitados oficiales como fueron los hijos de Ali Ibn al-Andalusí como visitantes del califa al-Hakam; la almunia al-Rumaniyya, descrita perfectamente en los *Anales Palatinos de al-Hakam II*, traducidos por don EMILIO GARCÍA GÓMEZ.

Madinat al-Zahra: Entre la historia y la leyenda (cap. IX). **El saqueo** (cap. X). Así subtitula el doctor ARJONA CASTRO el capítulo que en su libro dedica a la famosa ciudad palatina, con lo cual advierte ya de las erróneas concepciones históricas sobre las causas de su fundación.

Una vez más hay que hablar del sustrato romano: la existencia de un abastecimiento de aguas y de conducciones romanas fueron factores decisivos para la elección del lugar donde se funda Madinat al-Zahra. Pero hay que distinguir entre la leyenda y la versión histórica para encontrar las verdaderas causas de su fundación.

Según al-Maqqari, un cronista tardío del siglo xvii (en su obra *Nafh al-Tib*), al morir una de las concubinas de Abd al-Rahman III al-Nasir, dejó a éste una gran cantidad de dinero para la redención de cautivos musulmanes. Pero no fue encontrado ninguno entre los reinos cristianos. Le pidió entonces una concubina, llamada al-Zahra, a la que al-Nasir amaba apasionadamente, que edificase una ciudad que llevase su nombre y que se construyó en la falda de Yabal al-'Arus, al sur de la montaña y al norte de Córdoba.

Ibn Hayyan, un historiador del siglo xi, buen conocedor de la vida del siglo x, no refiere para nada la historia de la concubina al-Zahra. Más bien parece que la idea surge tras la derrota de las tropas omeyas en Alhándega en el 939, distraiendo al-Nasir su preocupación con su mayor placer: la construcción, que hace sobre un alcázar edificado años antes por el propio Abd al-Rahman III.

Pero el esplendor de la ciudad califal no duró mucho. El 5 de noviembre del año 1010 los bereberes entraron en Madinat al-Zahra, haciendo de ella su cuartel general hasta que la abandonan en la primavera siguiente tras su saqueo.

Una vivienda al oeste de la ciudad. Las calles (cap. XI). Estudia el doctor ARJONA CASTRO la tipología de las viviendas cordobesas en los barrios occidentales del siglo x, aparecidas en las excavaciones previas a las actuaciones urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Córdoba de 1986.

Se trata de calles muy estrechas (entre 2,50 y 3,50 metros) y de trazado rectilíneo, poco usual en las medinas árabes y que revela un gran avance urbanístico. El acerado es de 0,90 metros de anchura, con un canal o desagüe de las aguas pluviales. Delante de las puertas aparecen muretes para evitar las vistas directas, obligando a una entrada en zigzag. Cerca de las casas se sitúan los pozos negros de recogida de aguas fecales.

Estudia el autor una casa o vivienda de la clase trabajadora, de unos 50 metros útiles, contando el patio, y cuyas dependencias son: zagüan, retrete, estar, galería, patio, cocina, alcobas, pozo, pozo-negro y pilón.

El famoso Fahs al-Suradiq y la batalla de los puentes (cap. XII y XIII). En el paisaje urbanístico de la ciudad se encuentra el Fahs al-Suradiq, campamento militar, en el que acampaban las tropas y algunas embajadas al entrar y salir de Córdoba, y que se sitúa al norte del Guadalquivir y al este de Córdoba (Dehesa de Rabanales).

Es probable que cerca de este campamento se celebrara la batalla del «Monte de los Puentes» (Yabal Buntis) donde fueron derrotados los cordobeses y que supuso la entrada de los bereberes y el saqueo de la ciudad (batalla llamada también de Qantis).

Los arrabales orientales (cap. XIV). Estudiados por EMILIO GARCÍA GÓMEZ y formados en torno a monasterios e iglesias extramuros de la medina, ofrecen la particularidad de que sus pobladores son cristianos: arrabal del Sabular, en la margen derecha del río, zona inundable ocupada modernamente por el Estadio del Arcángel; arrabal del Horno de Borrell, en los terrenos de la actual Ajerquía, como el arrabal del Torreón (al-Bury) y el arrabal de la almunia de Abd Allah; arrabal de la almunia de al-Mugira, en el actual barrio de San Lorenzo, y la almunia de Rabanales, regalada por Hisam II a al-Muzzafer, hijo de Almanzor.

Al-Madinat al-Zahira (la ciudad de Almanzor) (cap. XV). Dueño al-Mansur Ibn Abi Amir (Almanzor) de los destinos de Al-Andalus, construye una ciudad para concentrar en torno suyo la corte y la organización administra-

tiva del Estado, dejando aislado al califa Hisam II: al-Madinat al-Zahira, la Ciudad Floreciente, situada muy cerca de Rabanales, al este de Córdoba (testimonio de Ibn Hazm en «El collar de la Paloma»), actualmente en zona del Polígono de las Quemadas, y que constituía un gran alcázar con importante recinto amurallado.

Ha sido don EMILIO GARCÍA GÓMEZ quien al describir la ruina de los palacios omeyas, contiene referencias a la destrucción y saqueo de al-Zahira y su arrabal, el año 1009.

El libro, además de numerosas fotografías y planos de los restos arqueológicos estudiados, contiene un Apéndice en el que el doctor ARJONA CASTRO analiza las fuentes para el estudio de al-Madina al-Zahira; una exhaustiva bibliografía de las fuentes árabes y de los estudios consultados, y dos importantes mapas sobre el conjunto urbanístico de la Córdoba califal en el siglo X, con los topónimos árabes y castellanos, y sobre la ubicación de la medina, arrabales y demás lugares por él estudiados.

Como resumen, debemos decir que el libro constituye una pieza maestra, rigurosamente documentada, para el conocimiento de la situación urbanística de una gran ciudad árabe en los siglos X y XI, cuyas consecuencias aún perduran y no pueden ser ignoradas en la moderna ordenación urbana de la Córdoba del siglo XXI.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

MALAVÉ OSUNA, BELEN: *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2000. Un tomo de 310 págs.

La obra cuyo título se relaciona recoge el vasto entramado normativo que conformó el Derecho urbanístico romano desde la época arcaica hasta la justiniana, ofreciendo un completo y meticuloso análisis de las variadas reglamentaciones jurídicas sobre el *modus aedificiorum* de los romanos en la antigüedad. De tal entramado destaca con luz propia una constitución imperial tardía, promulgada por ZENÓN, aproximadamente en el 476 d.C., para la ciudad de Constantinopla, y recogida en C.8,10,12 bajo la rúbrica *De aedificiis privatis*. Evaluados en la obra los criterios técnico-jurídicos, en virtud de los cuales se proyecta la ordenación urbanística de la ciudad, la ley de ZENÓN aparece como precursora de las modernas legislaciones urbanísticas: la protección dispensada a los edificios que disfrutaban de vistas al mar, a la amplitud de las calles, a la homogeneidad de las fachadas de las casas, entre otras medidas, le hacen merecer tal consideración.

Aunque de su singular examen se derivaría, sin lugar a dudas, la citada conclusión, ésta se apoya además en el análisis de toda la normativa urbanística que le precedió, como también aquella justiniana que la hizo extensiva a todo el imperio romano y que interpretaba alguna de sus cuestiones más controvertidas. De esta forma, junto a la ley de ZENÓN, aparece en el libro un sinnúmero de disposiciones urbanísticas que al ser confrontadas con ella viene a confirmar tal idea, al tiempo que realza el valor del libro.

Las dispares reglamentaciones vienen conducidas según el plan ordenatriz dispuesto por la autora: en el capítulo primero se examinan las disposiciones

relativas a las distancias legales entre edificios; en el segundo, las que atañen a su altura máxima permitida; el tercero se dedica a la conservación y mantenimiento de las casas; y, finalmente, el cuarto, recoge las normas atinentes a ciertas construcciones anexas o superpuestas a las viviendas. Es conveniente señalar que cada una de ellas viene referida siempre a las edificaciones privadas, esto es, a las *domus* y a las *insulae*, cuyas peculiares características son reflejadas también en la obra.

A la exégesis de cada una de las prescripciones normativas contenidas en la constitución, sigue su encuadre sistemático en las conocidas categorías doctrinales de limitaciones a la propiedad de Derecho público y limitaciones a la propiedad de Derecho privado, según que consientan o no la posibilidad de un pacto o estipulación entre vecinos contra su propio tenor. No obstante, la obra viene a revelar la dificultad que entraña calificar jurídicamente estas disposiciones como netamente públicas o netamente privadas, dado que la interpretación de algunos de los fragmentos en los que el legislador acuerda el derecho a sustraerse a la prohibición sugiere una escasa correspondencia entre *verba* y espíritu *legis*; en definitiva y en el fondo, nos encontramos una vez más ante el problema de la pretendida dicotomía Derecho público-Derecho privado.

Todo lo expuesto persigue un fin fundamental en la obra, cual es el de interpretar en sus justos términos una norma que tradicionalmente ha sido enjuiciada por la doctrina romanística como paradigma de regulación jurídica de las relaciones de vecindad; sin embargo —y esto es lo que ha pretendido demostrar la autora—, el interés público se encuentra a la base de un porcentaje de disposiciones algo superior respecto a las inspiradas en el interés privado, lo cual viene a revelar cómo ZENÓN se acerca al concepto social de propiedad, desde una posición relativamente alejada de las inveteradas razones de orden público (contra incendios y hundimientos de edificios) invocadas por legisladores precedentes.

Algunas de las opiniones sostenidas en la obra a propósito de la constitución de ZENÓN, o incluso de otras fuentes (ESTRABÓN 5,3,7; Novela 113 de LEÓN VI, por ejemplo) no pudieron ser contrastadas con otras opiniones doctrinales o, al menos, no en la profundidad que hubiese sido deseable, dada la escasez de literatura científica sobre el tema; o mejor, dado el tratamiento superficial que se le otorga al abordar el estudio de las limitaciones a la propiedad inmobiliaria urbana, habiéndose descuidado secularmente un estudio autónomo de relieve.

La propia naturaleza de la materia exigía examinar algunas cuestiones desde la óptica y con el auxilio que proporcionan otras disciplinas ajenas al Derecho, como la arquitectura, y así hace la autora a propósito de ciertas disposiciones de la constitución de ZENÓN que son cabalmente interpretadas recurriendo a la determinación de la equivalencia en metros de un pie, medida romana de longitud cuya mención es constante en la norma, con objeto de establecer una determinada distancia entre edificios o una específica altura.

Tras determinar semánticamente el alcance de multitud de palabras y expresiones que aparecían ambiguas, B. MALAVÉ realiza una depurada exégesis de las fuentes, unas veces jurídicas, otras literarias, proponiendo la interpretación que considera más plausible tras plantear siempre varias alternativas. A propósito de las distintas cuestiones urbanísticas, en cada uno de los capítulos la autora va avanzando ciertas conclusiones que finalmente perfila y

amplía en las páginas finales. De entre todas, destaca aquélla que considera la constitución de ZENÓN como un auténtico hito legislativo en la historia del Derecho urbanístico, dada su perfección técnico-jurídica.

La metodología formal empleada, y que consiste en erigir a la constitución de ZENÓN en punto de referencia desde el cual se mide siempre el mayor o menor nivel de perfección jurídica de otras normas urbanísticas, confiere al libro el mérito de haber dado forma a un cúmulo de materiales dispersos, conectándolos y valorándolos entre sí.

Con todo, se echa en falta en la monografía un mayor énfasis en el tratamiento de los aspectos históricos y sociales que rodearon la promulgación de las distintas reglamentaciones urbanísticas, como también la propia transcripción de la versión original en griego de la constitución de ZENÓN, a la que a veces se remite la autora para desentrañar el sentido de algún oscuro vocablo. Para completar el estudio, habría sido conveniente consultar, reseñar y analizar fuentes bizantinas postjustinianas como Basilicos 58,11, y especialmente Hexabiblos 2,4. La lectura del libro de MALAVÉ OSUNA, docente de la Universidad de Málaga, constituye un instrumento de trabajo científico, capital para cualquier estudioso de la propiedad inmobiliaria urbana y una manifestación clarividente del peso cada día mayor que la doctrina española tiene en el estudio del Derecho comparado.

RAMÓN LÓPEZ ROSA
Catedrático de Derecho Romano
de la Universidad de Huelva

GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL, y otros autores: *Instituciones de Derecho privado* (Tomo IV. Familia. Vol. 1.º). Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, Madrid, 2001. Un tomo de 846 págs.

Ambiciosa tarea es, en verdad, la que se ha propuesto el Consejo General del Notariado de estudiar y publicar las instituciones básicas del Derecho privado español bajo una perspectiva actual. Su primera muestra, referida a la familia, ha hecho ya su aparición, abriendo la marcha a las otras partes que le seguirán.

Según nos ha dicho su coordinador general, el notario JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, compañero en nuestras comunes aficiones iusagraristas, es de esperar que la obra completa esté en las librerías en breve tiempo. Pero el programa completo es ambicioso, pues se compone de toda una amplia visión de nuestro ordenamiento privado: En la primera parte se estudiarán las personas; en la segunda, los derechos reales; en la tercera, las obligaciones y contratos; en la cuarta, la familia; en la quinta, las sucesiones, y en la sexta y última, la materia mercantil en sus instituciones, en especial las sociedades y los contratos.

Son autores de esta amplísima obra varios notarios, más de cien se nos dice, que ya están trabajando en su elaboración desde hace un par de años. Ellos aportan sus conocimientos no sólo teóricos, sino también los contrastados con la experiencia práctica que se adquiere en los despachos, donde se vive el Derecho con el palpito inmediato de los problemas que plantean los clientes. Por ello se propone que la obra aparezca imbuida de un indudable tinte humano, que le dará un gran interés a la hora de su aplicación.

Es normal que los promotores de la idea se propongan orientarla hacia los profesionales del Derecho, tanto los que ejercen en las diversas facetas de su aplicación como a los que se dedican a la enseñanza universitaria. Pero parece destacarse una cierta preferencia de destino respecto a los preparadores de oposiciones; así lo muestra el hecho de que se dividan las partes de la materia en «temas», aunque éstos son demasiado profundos y no muy aptos para condensarlos en los quince minutos de que dispone normalmente el pobre opositor.

Lo cierto es que cuando se complete la obra va a suponer un esfuerzo fuera de lo normal y constituirá, sin duda, un importante conjunto, a juzgar por la muestra que tenemos a la vista. Así lo esperamos y, ojalá que la labor de equipo haga realidad el proyecto trazado, y así tendríamos una obra de consulta adonde acudir para mejor estudiar los problemas de Derecho privado que puedan presentarse.

Ciñéndonos a este tomo IV que ha aparecido, referido a la institución familiar y cuyo coordinador es el notario de Madrid, VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, diremos que sólo se recogen los cinco primeros temas. En su presentación, GARRIDO DE PALMA explica que esta obra está hecha no sólo con la cabeza, sino también con el corazón, pues plasma lo que los autores viven y hacen en los despachos, recogiendo los hechos de la realidad, la vida en suma, aunque filtrada a través del estudio, con visión de alcance. Se quiere recoger, y creemos que se consigue, la realidad viva de la familia española tras las turbulencias del siglo que ha acabado y con miras al siglo nuevo, pleno de incógnitas, pero abierto a la esperanza.

El tema 1 se titula «El matrimonio. Realidad social e institución jurídica», y en él su autora, MARÍA LUISA GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ empieza centrando el estudio en la naturaleza de la familia, entre su concepto permanente y las nuevas ideas contingentes que la someten a cambios que quieren alterar su visión tradicional. La figura central es el matrimonio, y la autora lo estudia amplia y profundamente, dividiendo la exposición en tres fases o estadios. Primero contempla el antes del matrimonio, con el escalón de los sponsales, su naturaleza, requisitos y efectos, si se incumplen; entrando ya en el matrimonio propiamente dicho, se extiende en cuanto a su fondo y formas, con regulación detallada en el Derecho español en lo que se refiere a los requisitos para que el consentimiento matrimonial sea válido. En el período durante el matrimonio se contemplan los varios derechos y deberes de los cónyuges, especialmente la convivencia, que se refleja sobre todo en la vivienda, con análisis de sus problemas. Para después del matrimonio nos manifiesta el conjunto de supuestos que aparecen, por desgracia, con demasiada frecuencia en la actualidad, pues se ha pasado de una arraigada idea del matrimonio «para toda la vida», a la opuesta de acudir a separaciones y divorcios a troche y moche. De esto saben bien los profesionales por darse bastante en los despachos y por eso la autora nos puede exponer con amplitud todo lo referente a la invalidez, la separación y el divorcio, con sus causas, tramitación y efectos, sean éstos personales o patrimoniales, entre los que tienen especial importancia los relativos a los hijos y a la vivienda que fue familiar.

En el tema 2, VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA estudia el aspecto patrimonial del matrimonio con su trabajo «La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico-matrimonial». Comienza resaltando el dato de que el modelo de la unión matrimonial estable y duradera ha

comenzado a debilitarse y por ello la familia actual se empieza a caracterizar por el descenso paulatino de la nupcialidad, el retraso en la edad de contraer matrimonio, la aparición de las uniones de hecho, el descenso de la natalidad hasta límites alarmantes, la equiparación jurídica de los hijos legítimos con los extramatrimoniales, la aparición del divorcio, la creciente ocupación laboral de la mujer y la adaptación del Derecho a la sociedad; todo ello supone una verdadera crisis de la idea tradicional de la familia y tal es el legado que nos dejó el siglo xx.

No obstante, parte de la idea de que la familia sigue siendo el núcleo primario de socialización y transmisión de valores económicos, y por ello entra a estudiar su tejido económico, especialmente distinto a partir de las reformas introducidas en el Código Civil en 1975 y sobre todo en 1981. Estudia con gran amplitud en este tema las relaciones patrimoniales en cuanto que el matrimonio es en esencia un *consortium omnis vitae*, siendo su centro familiar el hogar en los diversos modos que presenta la vivienda. Completa la extensa exposición con el estudio de los distintos regímenes matrimoniales, sean pactados en capitulaciones o establecidos como supletorios por la ley, con la lógica amplitud al tratar la comunidad de gananciales, figura la más común de nuestros matrimonios, y que ahora registra algunas complicaciones en el supuesto de los cónyuges empresarios. Toda una problemática que GARRIDO desarrolla exhaustivamente.

En el tema 3 aparecen las nuevas figuras de las uniones de hecho, que son estudiadas por FEDERICO J. CANTERO NÚÑEZ, quien acepta el criterio de la mayoría de la doctrina de que se trata de un fenómeno puramente fáctico, nunca equiparable al matrimonio. Con todo, ahí está el hecho y ahí están los problemas que origina, tanto entre los concubinos como respecto a los hijos y a los terceros. Hace el autor una referencia al pasado y acude a las normas autonómicas que han tratado de regular estas uniones de hecho, que son Cataluña, Aragón y Navarra; después de redactar el tema, también Valencia ha lanzado una ley sobre el particular, por lo demás bastante inocua, que aquí no se cita por lo dicho. El autor construye además el tema con citas del Derecho comparado y de la doctrina y jurisprudencia, para concluir que la unión de hecho es un mero fenómeno social y no una institución jurídica, pues pertenece a la pura esfera de lo fáctico. Con todo, el tema apura todos sus aspectos a lo largo de más de doscientas páginas bien documentadas.

El tema 4, escrito por LUIS RUEDA ESTEBAN, estudia la filiación, relación biológica que une a procreantes y procreados. La perpetuación de la especie, nos dice el autor, es un hecho natural que supone una realidad reconocida y regulada por el Derecho y por ello generadora de relaciones que se derivan de la paternidad y la maternidad. Estas relaciones son las que se estudian en el tema, empezando por su evolución y distinguiendo las posibles causas que pueden darse, con su regulación consiguiente, con alusión a la igualdad establecida por la Constitución.

La patria potestad es la más natural de las medidas de protección de los menores, pues el contexto de una familia es el cauce adecuado para el crecimiento y educación de los hijos. Con esta idea básica, JOSÉ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, fiel a la ilustre progenie que le precede, comienza el tema 5, que se refiere a la institución de la patria potestad, de la que hace un completo estudio, y para delimitar la materia sitúa la infancia en el ámbito familiar. A continuación nos expone la regulación actual de la patria potestad en el Código Civil, tras las reformas de 1981, y recoge también apuntes de Aragón, Navarra

y Cataluña. Con estas bases, entiende que ahora la patria potestad se puede configurar como una potestad dual en cuanto se atribuye a la vez al padre y a la madre, es una función más que una potestad y se da más bien en beneficio del hijo, con respeto a la personalidad de éste y dando entrada en algunos casos a la intervención judicial. Siguiendo la regulación del Código, examina detalladamente la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en todos los posibles supuestos que pueden darse, según la situación de los padres, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial. Es materia importante la representación de los hijos durante su menor edad o incapacidad en todos los aspectos que pueden afectarles, repasando los casos de posible conflicto de intereses. Completa su amplia exposición presentando los supuestos en que se precisa la intervención judicial, y termina estudiando la extinción de la patria potestad. Es un trabajo muy pensado y minuciosamente elaborado, donde se recogen todos los aspectos de la institución.

El volumen segundo de esta parte de Derecho de familia comprenderá, según se anuncia, otros cinco temas sobre sociedad de gananciales, separación de bienes, tutela, protección del incapaz y adopción.

Cuando aparezcan los temas de las partes que faltan sobre personas, derechos reales, obligaciones, sucesiones y mercantil, si siguen, como es de esperar, la línea y la altura que han comenzado, se completará una obra de puesta al día que será indispensable en los despachos de todo jurista.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 680 (Mayo 2001)

«Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público», por ANDRÉS BOIX PALOP, pág. 3299.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. SERVICIO PÚBLICO Y TELECOMUNICACIONES. 2. EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES.—II. LOS NUEVOS TÍTULOS HABILITANTES PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACION: 1. LA PRETENDIDA SUPERACIÓN DE LA TÉCNICA DE LA CONCESIÓN. 2. MODALIDADES DE HABILITACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO A CARGO DE PARTICULARES.—III. PERVIVENCIA DE ELEMENTOS CONCESIONALES: 1. LÍMITES A LA REDEFINICIÓN DE LA IDEA DE SERVICIO PÚBLICO. 2. LA RETENCIÓN DE ATRIBUCIONES DE CONTROL A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFIA.

«El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL, pág. 3341.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL PROCESO MONITORIO.—III. PROCESO MONITORIO Y JUICIO EJECUTIVO.—IV. EL PROCESO MONITORIO EN LA LEC.—V. CASOS EN QUE PROCEDE EL PROCESO MONITORIO.—VI. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE.—VII. SUSTANCIACION DEL PROCESO MONITORIO: A) INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. B) ADMISIÓN DE LA PETICIÓN Y REQUERIMIENTO DE PAGO. C) POSICIONES DEL DEUDOR: a) *Incomparecencia*; b) *Pago*; c) *Oposición del demandado*.—VII. VALORACION.

«La profesionalización de los cargos directivos en la nueva Ley de Cooperativas», por FRANCISCO TUSQUETS TRÍAS DE BES, pág. 3357.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA REMUNERACION: 1. LA DETERMINACIÓN ESTATUTARIA DE LA REMUNERACIÓN. 2. LOS CRITERIOS PARA SU FIJACIÓN. 3. LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN.—III. LOS CONSEJEROS NO SOCIOS.—IV. EL DIRECTOR GENERAL.—V. CONCLUSION.

«El Convenio Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», por JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN, pág. 3387.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA INTERPRETACION DEL CONVENIO EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. ALCANCE: 1.1. *Formal: El Convenio Europeo como «fuente de inspiración» con un «significado particular».* 1.2. *Material: La interpretación «autónoma» de las disposiciones del Convenio Europeo.* 2. LÍMITE: 2.1. *Formal: El Convenio Europeo no forma parte del Derecho comunitario.* 2.1. *Material: La interpretación «condicionada» de las disposiciones del Convenio Europeo.*—II. LA APLICACION DEL CONVENIO EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. ALCANCE: EL DERECHO COMUNITARIO RESPETARÁ LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SU PROPIO ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. LÍMITE: EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LAS AUTORIDADES NACIONALES EN EL DESARROLLO Y EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.—CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 187 (Julio-Agosto 2001)

«La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva», por IGNACIO PEMÁN GAVÍN, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION LEGISLATIVA Y REALIDAD EN LA DEMOLICION.—III. LA DEMOLICION EN LA EVOLUCION DE LA LEGISLACION URBANISTICA: SU PAULATINA PERDIDA DE PESO ESPECIFICO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: 1. SU UBICACIÓN DENTRO DE LAS MEDIDAS DE CARÁCTER URBANÍSTICO. 2. SU UBICACIÓN DENTRO DE OTRAS MEDIDAS DE NATURALEZA CIVIL Y PENAL. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN.—IV. APROXIMACION A LOS FUNDAMENTOS DE LA INEFICACIA ADMINISTRATIVA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS MOTIVOS DE LA INEFICACIA ADMINISTRATIVA. 2. LA FALTA DE ARRAIGO HISTÓRICO DE LA DEMOLICIÓN URBANÍSTICA Y EL CARÁCTER CONTINGENTE DEL ORDEN URBANÍSTICO PROTEGIDO. 3. LAS POTESTADES URBANÍSTICAS Y EL SUELO NO URBANIZABLE. 4. CONCLUSIONES.—V. REFLEXION SOBRE EL CARACTER OBLIGATORIO Y COMPLEMENTARIO DE LA SANCION: POSIBLES PAUTAS PARA UNA REVISION DEL PLANTEAMIENTO NORMATIVO: 1. PLANTEAMIENTO NORMATIVO DE LA DEMOLICIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2. POSIBLES ALTERNATIVAS A LA REGULACIÓN VIGENTE.

«A modo de cuestionario sobre delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia», por ANTONIO T. VERDÚ MIRA, pág. 47 (sin sumario).

«La eficacia de los planes generales carentes de publicación normativa. Efectos de una errónea interpretación de la doctrina del Supremo», por JORGE L. GONZÁLEZ ALONSO, pág. 53.

SUMARIO: I. EL PORQUE DE REINCIDIR NUEVAMENTE EN LO QUE PARECEN SER VIEJOS TEMAS: 1. LOS CONTRARIOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN AL NÚMERO 2 DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY 7/85. 2. LAS SECUELAS DE LA NUEVA DOCTRINA. ¿HORROR VACUI?—II. ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA DOCTRINA SENTADA EN VIA DE REVISION: 1. LO QUE DECÍA

EN SU INICIAL REDACCIÓN EL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY 7/85. 2. LO QUE DICEN LAS SENTENCIAS DICTADAS EN REVISIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO.— III. EFICACIA DE LOS PLANES QUE, CRONOLOGICAMENTE AFECTADOS POR LA EXIGENCIA DE PUBLICIDAD PLENA, HAN INCUMPLIDO ESTE REQUISITO: 1. DETERMINACIONES DE LOS PGOU CARENTES DE PUBLICACIÓN NORMATIVA: a) *La memoria*; b) *Los planos*; c) *Otros documentos*. 2. LA NUEVA REDACCIÓN DADA AL APARTADO 2 DE LA LEY 7/85.

- «Comentario sobre incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes», por ANGEL M. MARINERO PERAL, pág. 81 (sin sumario).
- «El reconocimiento de la acción asociativa en la legislación protectora de la naturaleza en la República Federal de Alemania», por IGNACIO GARCÍA MATOS, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCION DEL AMBIENTE COMO FIN DEL ESTADO SOCIAL; EL NUEVO § 20 DE LA CONSTITUCION FEDERAL ALEMANA.—III. INTRODUCCION AL SISTEMA DE ACCIONES CONTENIDO EN LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ALEMANA.—IV. EL SISTEMA DE ACCIONES: a) LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN; b) LA ACCIÓN OBLIGACIONAL; c) LA ACCIÓN PRESTACIONAL GENERAL; d) LA ACCIÓN DECLARATIVA; e) PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD; f) OTRAS ACCIONES.—V. LA ACCION ASOCIATIVA EN LA LEGISLACION PROTECTORA DE LA NATURALEZA: a) EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DEL § 29 DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA; b) EL RECONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN ASOCIATIVA EN LA LEGISLACIÓN DE LOS LÁNDER: b.1) *Comentarios sobre el reconocimiento de la acción asociativa*.

- «El derecho a ver las estrellas. Análisis de la contaminación lumínica desde una perspectiva jurídica», por MARÍA CALVO CHARRO, pág. 131.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: QUE ES LA CONTAMINACION LUMINICA.— II. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO. EL DERECHO A UN CIELO ESTRELLADO: 1. EL COSMOS COMO PARTE DE NUESTRO MEDIO AMBIENTE. 2. EL DERECHO AL DISFRUTE DEL PAISAJE. EL DERECHO A UN CIELO ESTRELLADO. 3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR Y AL DOMICILIO. 4. CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA Y GASTO ENERGÉTICO INNECESARIO PROVOCADOS POR UNA ILUMINACIÓN INADECUADA. 5. DAÑOS PROVOCADOS A LA BIODIVERSIDAD POR LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA.—III. EL USO RACIONAL DE NUESTRO CIELO ESTRELLADO: 1. LA PROTECCIÓN DEL CIELO OSCURO EN EL ÁMBITO ESTATAL: A) *Ley 31/1988, de 31 de octubre, de Protección de la Calidad Astronómica de los Observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias*. B) *El Real Decreto Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental*. C) *Ausencia de una Ley básica del «cielo oscuro»*. 2. LAS NORMAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN. DEFENSA DEL CIELO OSCURO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 3. LA PROTECCIÓN DEL «CIELO OSCURO» POR LOS ENTES LOCALES: A) *La contaminación lumínica como actividad «molesta» del Reglamento de actividades clasificadas*. B) *Ordenanzas locales en*

defensa de un cielo oscuro. C) La protección del cielo oscuro desde la planificación urbanística.—IV. EXPERIENCIAS COMPARADAS.—V. A MODO DE CONCLUSION.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 112 (Abril-Junio 2001)

«El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado», por LUCIO PEGORARO, pág. 9.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. PANORAMA GENERAL: TENDENCIAS ACTUALES DE LA CIENCIA CONSTITUCIONAL.—3. AUTONOMIA CIENTIFICA DEL DERECHO COMPARADO.—4. FINALIDAD DE LA COMPARACION.—5. DERECHO EXTRANJERO. HISTORIA DEL DERECHO. TEORIA GENERAL. COMPARACION INTERNA Y EXTERNA.—6. MACROCOMPARACION. CLASIFICACIONES.—7. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO COMPARADO.

«Más allá del mito del Agora. Democracia y poliarquía en Robert A. Dahl», por RAMÓN MAÍZ, pág. 27.

SUMARIO: 1. CIENCIA POLITICA Y TEORIA NORMATIVA.—2. BEHAVIORALISMO, PLURALISMO Y PLURALISMO CRITICO.—3. TEORIA NORMATIVA DE LA DEMOCRACIA: LOS PRINCIPIOS BASICOS.—4. LOS CRITERIOS DEL PROCESO DEMOCRATICO.—5. DEMOCRACIA Y POLIARQUIA.—6. DEMOCRACIA E IGUALDAD.—REFERENCIAS.

«Las relaciones ejecutivo-legislativo en América Latina: un análisis de la estructura de veto-insistencia y control político», por MANUEL ALCÁNTARA SÁEZ y FRANCISCO SÁNCHEZ LÓPEZ, pág. 53.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. PERCEPCIONES SOBRE EL LEGISLATIVO EN AMERICA LATINA.—3. APROXIMACION TEORICA.—4. CONTROL LEGISLATIVO E INSISTENCIA: 4.1. EL CONTROL LEGISLATIVO. 4.2. VETO E INSISTENCIA.—5. CONCLUSIONES.-BIBLIOGRAFIA.

«Anarquismo y Derecho», por BENJAMÍN RIVAYA, pág. 77.

SUMARIO: 1. ¿QUE ANARQUISMO?—2. EL ASALTO AL POSITIVISMO LEGALISTA.—3. EL IUSNATURALISMO RADICAL ANARQUISTA.—4. BIBLIOGRAFIA ANARQUISTA CITADA.

«La historia imposible del Mayo francés», por JUAN MARÍA SÁNCHEZ-PRIETO, pág. 109.

SUMARIO: LOS HECHOS: LOS SUCESOS DE MAYO: LA FASE ESTUDIANTIL. LA FASE SOCIAL. LA FASE POLÍTICA. EL DESENLACE.—LAS INTERPRETACIONES: PENSAR EL 68 FRANCES: LA VOZ DE LOS ACTORES. LAS PRIMERAS LECTURAS. EL DEBATE POS-SESENTAYOCHO. LA PERSPECTIVA HISTÓRICA.—EL BALANCE: LA ORIGINALIDAD Y COMPLEJIDAD DEL 68. LA SUPERPOSICIÓN DE PLANOS. EL FRACASO O TRIUNFO DEL MOVIMIENTO. LA HERENCIA Y LA VERDAD AMBIGUAS DEL 68.—BIBLIOGRAFIA.

«La monarquía mediada», por ALBERTO OLIET PALÁ, pág. 135.

SUMARIO: I. EL REINADO DE LA IGLESIA.—II. LA MONARQUÍA SIN REINO.—III. EL REINADO DE LOS MEDIOS.

«Sistemas electorales, partidos políticos y normativa partidista en Chile, 1891-1995», por JAIME ANTONIO ETCHEPARE JENSEN, pág. 149.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. «EL PARLAMENTARISMO A LA CHILENA», 1891-1925, VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1833, VOTO ACUMULATIVO: RASGOS DEL RÉGIMEN ELECTORAL Y LA NORMATIVA PARTIDISTA 1891-1925. PARTIDOS POLÍTICOS Y COMBINACIONES (1891-1925).—2. LA ETAPA 1925-1958, LA CONSTITUCION DE 1925 Y SUS LEYES COMPLEMENTARIAS, PLURIPARTIDISMO AMPLIO Y CON MINIMAS RESTRICCIONES: SISTEMA ELECTORAL Y NORMATIVA PARTIDISTA.—3. LA ETAPA 1958-1973, LA ADOPCION DE LAS REFORMAS ELECTORALES Y NORMATIVO PARTIDISTAS DE 1958, LIMITACION DEL PLURIPARTIDISMO, ACENTUACION DE LOS IDEOLOGISMOS, QUIEBRA DEL SISTEMA.—4. LA ETAPA 1980-1995, LA REGIONALIZACION, LEY DE PARTIDOS POLITICOS, EL SISTEMA BINOMINAL.

«La generación política de 1914», por JUAN ERNESTO PFLÜGER SAMPER, pág. 179 (sin sumario).

«El voto electrónico: el caso vasco», por ROSA M.^a FERNÁNDEZ RIVEIRA, pág. 199.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DEMOCRACIA, REPRESENTACION Y SUFRAGIO UNIVERSAL, LIBRE, IGUAL, DIRECTO Y SECRETO COMO MARCO GENERAL DE ESTUDIO.—III. EL VOTO ELECTRONICO: a) EL VOTO ELECTRÓNICO: DESCRIPCIÓN Y CARACTERÍSTICAS. DIFERENCIACIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO Y EL VOTO POR INTERNET; b) ORIGEN DEL VOTO ELECTRÓNICO: b.1) *Primeras experiencias internacionales*; b.2) *Experiencias nacionales*.—IV. EL VOTO ELECTRONICO Y SU REGULACION NORMATIVA EN LA LEY 15/1998, DE 19 DE JUNIO: a) EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 15/1998, DE ELECCIONES AL PARLAMENTO VASCO, QUE INCORPORA A LA LEY 5/1990 EL CAPÍTULO X: a.1) *Contenido del capítulo X: el «voto electrónico»*: 1. Elementos del voto electrónico. 2. Organos y distribución de competencias en materia de voto electrónico. 3. En cuanto al ejercicio de voto: 3.1) El secreto en el ejercicio de voto. 3.2) Anomalías en el ejercicio del voto. 3.3) Voto por correo. 4. Fase de escrutinio y operaciones posteriores. 5. Infracciones y sanciones: a.2) *Tramitación parlamentaria de la Reforma de 1998*: a.2.1) El Proyecto de Ley y su tramitación; a.2.2) Enmiendas; a.2.3) Debate plenario del

Proyecto de ley. b) EL VOTO ELECTRÓNICO AL SERVICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO: VENTAJAS E INCONVENIENTES: b.1) *Ventajas del voto electrónico*; b.2) *Carencias e inconvenientes*; b.3) *Perspectivas de futuro*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFIA.

«Reflexiones acerca de la administración electoral», por PEDRO MARTÍNEZ RUANO, pág. 237.

SUMARIO: I. EL CONTROL DEL PROCESO ELECTORAL.—II. LA EVOLUCION DEL CONTROL DEL PROCESO ELECTORAL EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA.—III. CONFIGURACION ACTUAL DE LA ADMINISTRACION ELECTORAL Y SU PROBLEMÁTICA.

«Hacia una teoría exigente de los derechos sociales», por SANTIAGO SASTRE ARIZA, pág. 253.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. UNA PRIMERA CARACTERIZACION DE LOS DERECHOS SOCIALES.—III. UNA INTENSA RELACION DE CONTENIDO.—IV. DERECHOS SOCIALES Y DEMOCRACIA.—V. GARANTIAS, DERECHOS SOCIALES Y CONSTITUCION.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 29 (2001)

«Aproximación crítica a la normativa de ventas en Galicia», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 1033.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. VENTAS EN PROMOCION: 1. VENTA EN REBAJAS. 2. VENTA DE SALDOS. 3. VENTA EN LIQUIDACIÓN. 4. VENTA DE PROMOCIÓN. 5. VENTA CON PÉRDIDA.—III. VENTAS ESPECIALES: 1. VENTA AMBULANTE. 2. VENTA A DOMICILIO. 3. VENTA A DISTANCIA.

Número 30 (2001)

«Las comunidades de bienes en el Derecho gallego. Bienes en mano común: normas administrativas y vinculación con la *Casa*. La competencia del legislador gallego en materia de comunidad de aguas y conexión registral», por BELÉN TRIAIO GARCÍA, pág. 1057.

SUMARIO: I. LAS COMUNIDADES DE BIENES EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.—II. LOS «MUIÑOS DE HERDEIROS».—III. LAS «AGRAS» Y VILARES.—IV. LOS MONTES VECINALES EN MANO COMUN.—V. MONTES VECINALES Y OTROS BIENES EN MANO COMUN: TITULARIDAD DE LOS BIENES. LA NOCION DE COMUNERO Y SU VINCULACION A LA «CASA».—VI. LA COMUNIDAD EN MATERIA DE

AGUAS: A) EL APROVECHAMIENTO DE AGUAS POR LA COMUNIDAD VECINAL DE MONTES EN MANO COMÚN. B) LAS AGUAS DE «TORNA A TORNA» O PILLA PILLOTA.—VII. AMBITO COMPETENCIAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE GALICIA Y LOS ARTICULOS 16.2 Y 17 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: A) EL ARTICULO 17 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA. B) COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE AGUAS, Y EL ARTICULO 16.2, PRINCIPIO DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: «LOS APROVECHAMIENTOS EXISTENTES SE RESUMEN INMEMORIALES». C) COMPETENCIA EN MATERIA DE ORDENACIÓN DE LOS REGISTROS Y EL INCISO FINAL DEL ARTICULO 16.2 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: «LOS APROVECHAMIENTOS EXISTENTES (...) PODRÁN SER INSCRITOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POR ACTA NOTARIAL DE PRESENCIA».—VIII. NORMAS SOBRE COMUNIDAD DE AGUAS AL MARGEN DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.—IX. TRADICION «VERSUS» MODERNIDAD.

Número 31 (2001)

«¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 1087.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. SER HUMANO, PERSONA, SUJETO DE DERECHO.—III. DE NUEVO SOBRE «PERSONALIDAD».—IV. EPILOGO: ¿EL NACIMIENTO DETERMINA LA PERSONALIDAD?

«Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?», por EDUARDO SERRANO GÓMEZ, pág. 1109.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ¿QUE ES NAPSTER?—III. NAPSTER Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL.—IV. NAPSTER Y LA INDUSTRIA DISCOGRAFICA Y AUDIOVISUAL.—V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Número 32 (2001)

«Ciertas reflexiones sobre el espacio jurídico europeo y el notariado», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS, pág. 1123.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA NACIONALIDAD.—III. LA LIBRE CIRCULACION DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES.—IV. PROGRAMA DE MEDIDAS PARA LA APLICACION DEL PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO DE DECISIONES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL.—V. OTRAS CUESTIONES DEL NOTARIADO EN RELACION CON EL ESPACIO JURIDICO EUROPEO.

COMENTARIO: El autor aborda un tema de gran actualidad práctica, como es el de la creación de un Espacio Jurídico Europeo que determina y deter-

minará la libre movilidad en materia documental, superando así los convenios establecidos sobre la materia.

Examina cuestiones tan interesantes como el de la nacionalidad, la libre circulación de los documentos notariales, el programa de medidas para la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil, y finaliza con unas cuestiones no menos interesantes.

El aspecto central de estudio se desarrolla en torno al concepto del documento auténtico como producto de calidad homologable en el Mercado Interior, y que proporciona seguridad jurídica preventiva en todo el espacio jurídico de la Unión Europea, con los problemas que ello conlleva al existir países con otras concepciones y sistemas jurídicos tan diferentes.

En torno al tema de la nacionalidad, afirma el autor que la naturaleza pública de la función notarial hace que tanto el acceso como el ejercicio queden sujetos a la soberanía del Estado. Condición ésta que puede entenderse cumplida ostentando cualquier nacionalidad de un país integrado en la Unión Europea. En cuanto a la capacitación profesional, siguiendo el informe de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entiende que los candidatos a notario o a ejercer la función deben cumplir las mismas condiciones, no siendo la profesión de notario un título o un diploma, sino un cargo público.

El problema de la libre circulación de los documentos notariales no deja de ser interesante. Afirma el autor que la libre circulación del documento notarial de los llamados actos auténticos supone un elemento más de cohesión en la libre circulación y en la cada vez más fuerte de una Unión no solamente económica sino también política. Analiza diversas Resoluciones del Parlamento Europeo (18 de enero de 1994, 13 de octubre de 2000), Conferencias de Notarios Internacionales (Roma, 28 de noviembre de 1998), Convenios Internacionales (Bruselas, 1868) y, Reglamentos Comunitarios (348 del Consejo, concerniente a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil), señalando la necesidad de que el Notariado contribuya a convencer a las autoridades políticas, que el documento notarial es un documento de calidad, y que existen muchos puntos en cada uno de los Estados miembros donde se produce ese documento, con unas normas de seguridad por profesionales capacitados.

Nos detalla la existencia de una comunicación del Consejo (Comunicación 2001/C12/01) sobre un proyecto de programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil. Programa que reúne un conjunto de medidas que permitan mejorar y reforzar la cooperación entre las jurisdicciones de los Estados miembros. Y en torno al campo del reconocimiento mutuo, se hace referencia a aquellos ámbitos aún no cubiertos por los instrumentos existentes donde deberán ser elaborados los instrumentos jurídicos en materias muy concretas (como la competencia internacional, el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de regímenes matrimoniales...).

Otros aspectos importantes para la creación de un Espacio Jurídico Europeo real, ágil, efectivo y seguro son los que se analizan en último término y versan sobre la creación de un Registro de Comercio o Mercantil Europeo Uniforme; la creación de un Registro Europeo de testamentos, la futura creación de un Reglamento alternativo de litigios, que comprende la conciliación de una parte y el arbitraje de otra, sin olvidar la importancia de la mediación para la resolución de conflictos.

Número 33 (2001)

«Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC», por
CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO, pág. 1143.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LOS PROCESOS DE INCAPACITACION Y DE DECLARACION DE PRODIGALIDAD: 1. LAS PARTES INTERVINIENTES: A) *En el proceso de incapacitación:* a) Legitimación activa; b) Legitimación pasiva: el presunto incapaz. B) *En el proceso de declaración de prodigalidad:* a) Legitimación activa; b) Legitimación pasiva: el presunto pródigo. 2. EL DESENVOLVIMIENTO DEL PROCESO: ESPECIALIDADES EN LA PRUEBA (ART. 759 DE LA LEC) Y LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 762 DE LA LEC. 3. LA SENTENCIA QUE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO (ART. 760 DE LA LEC): A) *La sentencia de incapacitación.* B) *La sentencia de prodigalidad.*— III. EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRACION Y MODIFICACION DE LA INCAPACITACION DECLARADA.

COMENTARIO: Aborda el estudio de estas cuestiones desde una visión civilista del tema desgranando aspectos importantes de manera muy metódica sobre dos temas interesantes, los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad, y sobre el procedimiento de reintegración y modificación de la incapacitación declarada.

En relación con los procesos de incapacitación, la autora detalla con minuciosidad los temas referidos a la legitimación activa y la legitimación pasiva. En cuanto a la primera, distingue entre la facultad y obligación de denuncia, de la facultad y obligación de promover la declaración de incapacitación recogidas en el actual artículo 757.3 LEC frente a la anterior regulación de los artículos 203 y 204 del Código Civil. Por lo que respecta a los legitimados, el artículo 757 legitima al cónyuge, al conviviente de hecho pero heterosexual, a los descendientes del presunto incapaz, a los ascendientes, a los hermanos (limitación frente al texto anterior). En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 758 LEC recoge una técnica más depurada que el anterior artículo 207 del Código Civil que, bajo la rúbrica personación del demandado, fija que en el presunto incapaz deberá concurrir enfermedad física o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, que le impida gobernarse por sí mismo, extremo este a cuya constatación se dirigirán las pruebas que se practiquen en el procedimiento y que permitirán al juez determinar la extensión de la incapacitación, sus límites y el sistema de guarda al que ha de sujetarse el incapacitado.

En relación con los procesos de declaración de prodigalidad, la autora se extiende y analiza cada uno de los preceptos que abordan las distintas cuestiones de este procedimiento. Así, estudia el artículo 757 LEC sobre la legitimación activa, el artículo 758 LEC, en torno a la legitimación pasiva, esto es, la del presunto pródigo. Posteriormente aborda cuestiones relativas al proceso en sí, como las especialidades de prueba (art. 759 LEC) y las medidas cautelares (art. 762 LEC), para finalizar con la sentencia que pone fin al procedimiento (art. 760 LEC), la cual afronta la extensión y límites de la incapacitación, la determinación del órgano de guarda, el pronunciamiento acerca de la necesidad del internamiento y, por último, la sentencia de prodigalidad.

Como colofón al estudio, analiza el tema de los procedimientos de reintegración y modificación de la incapacitación declarada, por los cuales se pone fin a la incapacitación y el proceso consiguiente de adecuación o acomodación o reajuste anteriormente contenidos en los artículos 212 y 213 del Código Civil. En relación con las cuestiones novedosas introducidas por el nuevo artículo 761 LEC, destacar la concurrencia de nuevas circunstancias que pueden surgir relativas a la enfermedad o a la deficiencia sobrevenida y la ampliación de la legitimación activa, lo que supone legitimar a aquéllos que estando cerca del incapacitado conocen más directa y exactamente la evolución médica de la enfermedad o deficiencia. Otras innovaciones se centran en la necesidad de recabar autorización de la autoridad judicial para la actuación por sí mismo del incapacitado en estos procesos cuando la sentencia de incapacitación le hubiera privado de la capacidad para comparecer en juicio; la práctica de oficio de las pruebas recogidas tanto en la primera como en la segunda instancia, y por último, la sentencia que se dicte habrá de pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación o si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.

Número 34 (2001)

«La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia», por ESTHER TORRELLES TORREA, pág. 1199.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA TUTELA DEL MENOR.—III. EL DEBER DE CONVIVENCIA: 1. LA REGLA: EL DEBER DE CONVIVENCIA: A) *Cese esporádico del contacto directo y personal bajo el mismo techo.* B) *Lugar de desarrollo de la convivencia.* C) *Consecuencias de la convivencia y efectos penales que pueden derivarse.* 2. LA EXCEPCIÓN: LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR DE RESIDENCIA.—IV. LA RELACION PERSONAL ENTRE TUTOR Y TUTELADO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. PODERES-DEBERES Y FACULTADES DEL TUTOR: A) *El trato del menor con la mayor consideración.* B) *El deber de respeto.* C) *El poder y facultad de corrección.* D) *La facultad de realizar actos que someten al tutelado en una obligación personal o laboral.* 3. DEBERES DEL TUTELADO: A) EL DEBER DE OBEDIENCIA. B) EL DEBER DE RESPETO.—V. LA EDUCACION Y LA FORMACION INTEGRAL DEL TUTELADO: 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 2. COMPETENCIA EN TORNO A LAS DECISIONES EDUCATIVAS.—VI. EL INTERNAMIENTO DEL MENOR SOMETIDO A TUTELA: 1. REQUISITOS. LA CUESTIONABLE INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE TUTELA EN EL INTERNAMIENTO DEL MENOR. 2. PECULIARIDADES DEL INTERNAMIENTO DE UN MENOR, INTERVENCIONES Y TRATAMIENTOS.—VII. LA ADMINISTRACION ESPECIAL DE LOS BIENES DE LA PERSONA TUTELADA: 1. RECONOCIMIENTO DE UNA CAPACIDAD ESPECIAL AL MENOR. 2. REQUISITOS PARA QUE EL MENOR SEA ADMINISTRADOR. 3. EFECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE LOS BIENES DEL TUTELADO. 4. EL MENOR ADMINISTRADOR Y EL MENOR DE VIDA INDEPENDIENTE.—VIII. LA HABILITACION DE EDAD: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. REQUISITOS DE LA HABILITACIÓN DE EDAD. 3. EFECTO DE LA HABILITACIÓN DE EDAD.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (2001)

«El conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad en el Código de Familia de Cataluña», por M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, pág. 637.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA CONFRONTACION ENTRE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD: DESACUERDOS ENTRE LOS PROGENITORES EN RELACION CON EL EJERCICIO DE LA MISMA.—3. COLISION DE LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD CON LOS INTERESES DEL MENOR: OPOSICION DE INTERESES EN LAS ESFERAS PATRIMONIAL Y PERSONAL.

«La compensació econòmica per raó de treball en el règim de separació de béns», por JUDITH SOLÉ RESINA, pág. 661.

SUMARIO: 1. EL FONAMENT DE LA COMPENSACIO ECONOMICA PREVISTA A L'ART. 41 CF: 1.1. LA ÍNTEL·LIGÈNCIA DE L'ART. 41 CF COM A NORMA AILLADA. 1.2. LA COMPLEXA RELACIÓ DELS ARTS. 41 I 5 CF: EL CONCEPTE DE «SOBRECONTRIBUCIÓ». 1.3. L'ELEMENT DE «L'ENRIQUIMENT INJUST» COM A PRINCIPAL NOVETAT DE LA NORMA. 1.4. ENRIQUIMENT INJUST VERSUS DESIGUALTAT PATRIMONIAL.—2. ELS SUPÒSITS DE FET QUE GENEREN LA COMPENSACIO ECONOMICA PER RAO DE TREBALL: 2.1. SEGONS EL DEROGAT ART. 23 CDCC: COMUNICACIÓ DELS GUANYNS. 2.2. EL NOU PLANTEJAMENT DEL LEGISLADOR: COMPENSACIÓ D'UN ENRIQUIMENT INJUST. 2.3. EL QUE ES DESPRÈN DE LA LLETRA DEL PRECEPTE: UNA MATEIXA SOLUCIÓ PER A DOS SUPÒSITS DE FET DIVERSOS.—3. LA DETERMINACIÓ DE LA QUANTIA DE LA COMPENSACIO.—4. EL PAGAMENT DE LA COMPENSACIO.—5. LA COMPATIBILITAT ENTRE LA COMPENSACIO DE L'ART. 41 CF I LA PENSIO COMPENSATORIA DE L'ART. 84 CF.—6. L'EXERCICI DEL DRET A LA COMPENSACIO: L'ART. 42 CF.—7. LA RENUNCIA ANTICIPADA DE LA COMPENSACIO ECONOMICA PER RAO DE TREBALL.—8. LA COMPENSACIO ECONOMICA PER RAO DE TREBALL A LES UNIONS ESTABLES DE PARELLA I A LES SITUACIONS CONVIVENCIALS D'AJUDA MÚTUA.—9. L'APLICACIÓ JUDICIAL DE L'ART. 41 CF: 9.1. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA, DE 27 D'ABRIL DE 2000. 9.2. LES PERSPECTIVES DE FUTUR DE LA COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAO DE TREBALL.

«Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal», por SANTIAGO MIR PUIG, pág. 691.

SUMARIO: I. LA TENTATIVA INIDONEA EN EL NUEVO CODIGO PENAL: 1. EL DEBATE ABIERTO SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA POR LA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. 2. LAS RAZONES DE UNA Y OTRA POSICIÓN. 3. DISTINTOS SENTIDOS POSIBLES DEL «OBJETIVAMENTE» ARTÍCULO 16 CP: A) *Objetividad como efectiva correspondencia con la realidad*. B) *Objetividad como intersubjetividad ex ante*. 4. DOS CONCEPTOS DE TENTATIVA INIDÓNEA. 5. LA DISTINCIÓN DE TENTATIVA ABSOLUTAMENTE INIDÓNEA Y TENTATIVA

RELATIVAMENTE INIDÓNEA.—II. FUNDAMENTO POLITICO-CRIMINAL DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA: 1. EL PELIGRO PARA UN BIEN JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA INIDÓNEA. 2. UTILIDAD DE LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA PARA LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS: 3.A) *Tentativa idónea y delitos de peligro concreto*. B) *Tentativa inidónea y delitos de peligro abstracto*. C) *La tentativa inidónea no siempre genera mayor peligro ex ante que la idónea*. 4. CONCLUSIONES.

«Martí i Miralles al reencuentro del Derecho catalán», por JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 719 (sin sumario).

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Número 864 (Abril-Mayo-Junio 2001)

- «Debe el representante legal del consorcio de propietarios informar sobre la existencia de juicios pendientes al transferirse una unidad?», por ELENA HIGHTON y otros, pág. 43.
- «Los derechos reales en el anteproyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 1998», por DOMINGO CURA GRASSI, pág. 53.
- «Poder especial irrevocable», por JORGE ALBERTO GARCÍA CONI, pág. 61.
- «Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio)», por IRENE PUJOL DE ZIZZIAS y MARTHA LINARES DE URRUTIGOITY, pág. 71.
- «Reforma de la Ley sobre riesgos del trabajo: el Decreto 1278/00», por ANDRÉS FARAGÓ, pág. 103.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO Número 100 (Enero-Abril 2001)

- «Institucionalismo jurídico y constructivismo social», por ENRIQUE CÁCERES NIETO, pág. 9.
- «La oportunidad para impulsar un nuevo avance en la jurisdicción administrativa federal», por LUIS CARBALLO BALVANERA, pág. 47.
- «Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000. Una recapitulación», por JORGE CARPIZO, pág. 71.
- «Algunas reflexiones sobre la condición», por MARIO CRUZ MARTÍNEZ, pág. 101.
- «Principios ordenadores de las relaciones de trabajo», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 165.
- «La retención en el Derecho tributario: obligación *ex lege* de los patrones», por GABRIELA RÍOS GRANADOS, pág. 209.
- «Definitividad del procedimiento administrativo fiscal», por RAÚL RODRÍGUEZ LOBATO, pág. 245.
- «Evasión fiscal», por GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA, pág. 285.

- «Reflexiones en torno a las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, relativas a los casos Tabasco y Yucatán», por JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA, pág. 311.
- «El régimen fiscal de los salarios en el impuesto sobre la renta», por M.^a ANTONIETA MARTÍN GRANADOS, pág. 333.
- «Las reglas de origen en el Tratado de Libre Comercio de la Unión Europea y México», por JORGE WITKER, pág. 357.

Número 101 (Mayo-Agosto 2001)

- «En torno a las transformaciones de la representación política», por JUAN CANO BUESO, pág. 381.
- «La deuda pública, opción de financiamiento a nivel local», por DOLORES BEATRIZ CHAPOY BONIFAZ, pág. 421.
- «La participación de la mujer en el ámbito de lo público: administración, política y economía», por MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ, pág. 453.
- «El trabajo en México», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 487.
- «La violencia familiar, un concepto difuso en el Derecho internacional y en el Derecho nacional», por ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, pág. 537.
- «La teoría general del proceso en el sistema del Derecho procesal social», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 567.
- «Il diritto privato liberista. Riflessioni sull tema dell'autonomia privata stimolate da un recente contributo», por ALESSANDRO SOMMA, pág. 589.

Número 102 (Septiembre-Diciembre 2001)

- «¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el Derecho mexicano?, por JORGE ADAME GODDARD, pág. 687.
- «Presupuestación programática local», por DOLORES BEATRIZ CHAPOY BONIFAZ, pág. 731.
- «Seguridad ciudadana y reforma de la justicia penal en América Latina», por MAURICIO DUCE y ROGELIO PÉREZ PERDOMO, pág. 755.
- «El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución Española de 1978: especial referencia a la situación jurídica de la mujer», por NURIA GONZÁLEZ MARTÍN, pág. 789.
- «Artículos transitorios y derogación», por CARLA HUERTA OCHOA, pág. 811.
- «Notas sobre igualdad, feminismo y derecho», por SANTIAGO NIETO, pág. 841.
- «Iglesia y Estado. Notas sobre su diferenciación», por CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ y JAVIER SALDAÑA SERRANO, pág. 857.
- «Comercio y medio ambiente: aportaciones desde la perspectiva del acuerdo de libre comercio Chile-Canadá», por SERGIO PEÑA-NEIRA, pág. 883.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA
Número 199/200 (Agosto-Septiembre 2001)

- «Desarrollos recientes en la protección de los derechos humanos en Europa. Nuevos elementos en una vieja controversia: la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales», por SERGIO SALINAS ALCEGA, pág. 9.
- «Extradición y Unión Europea», por MARÍA TERESA VARGAS MACÍAS, pág. 37.
- «El sistema de recursos propios comunitario y la decisión 2000/597, de 29 de septiembre de 2000», por MARÍA CERVERA VALLTERRA, pág. 47.
- «La devolución de lo indebido tributario en el Derecho Comparado: Reino Unido (I)», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 65.
- «Las empresas de ventas en el extranjero y las subvenciones a la exportación», por ROSARIO PALLARÉS RODRÍGUEZ, pág. 73.
- «Crónica de una insuficiencia anunciada: el delicado sistema de recursos propios de la Unión Europea», por MERCEDES RUIZ GARIJO, pág. 89.