

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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 Gállico.
D. Juan M.^a 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

SUMARIO

ESTUDIOS

Págs.

«Usufructo y sociedad de gananciales», por ROSA GARCÍA PÉREZ	1673
«El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	1775
«El ámbito de las relaciones de vecindad», por RAQUEL EVANGELIO LLORCA	1815
«La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	1857
«La firma electrónica: Directiva 1.999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ	1927

DICTAMENES Y NOTAS

«Las fuentes del derecho de asociación. (Comentario de la STS 173/1998, de 23 de julio)», por SUSANA PÉREZ ESCALONA	1979
«Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000», por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2003

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2033

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2041
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el BOE, por JACINTO DE CASTRO GARCÍA	2045
B) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA	2059

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	2087
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2103
f) Responsabilidad civil, por JOSÉ MARÍA CORRAL GUÓN, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, TERESA SANSEGUNDO MANUEL y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	2111

4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	2153
5. Propiedad Intelectual, por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO	2157

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Guía del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», de JAVIER PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2163
«Derecho Privado Romano», de ANTONIO ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, por BELÉN MALAVÉ OSUNA	2165
«Garantías reales, privilegios y par condicio. Un análisis funcional», de JOSÉ M. ^a GARRIDO, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2169
«Lecciones de Derecho de Familia», de M. ^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, por JOSÉ M. ^a CORRAL GUÓN.	2180
«La renegociación de préstamos hipotecarios», de IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2183
«El Derecho Civil español en los últimos 50 años», de MANUEL MEDINA DE LEMUS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2186

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	2189

ESTUDIOS

Usufructo y sociedad de gananciales

Especial referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. EL ESTADO DE LA CUESTION EN LA DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: 1. LAS DISTINTAS RESOLUCIONES DE LA DGRN: A) *Resolución de 10 de julio de 1975 (R.A. 3160)*. B) *Resolución de 31 de enero de 1979 (R.A. 90)*. C) *Resolución de 15 de abril de 1980 (R.A. 1607)*. D) *Resolución de 21 de enero de 1991 (R.A. 592)*. E) *Resoluciones de 25 de febrero de 1992 (R.A. 2879) y 3 de mayo de 1994 (R.A. 4083)*. F) *Resolución de 25 de febrero de 1993 (R.A. 1.362)*. G) *Resolución de 7 de febrero de 1995 (R.A. 1.330)*. H) *Resolución de 8 de julio de 1998 («BOE» 178, 27 de julio)*. 2. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—III. ADSCRIPCIÓN INICIAL DEL USUFRUCTO AL PATRIMONIO PRIVATIVO O GANANCIAL: 1. POR EL TÍTULO ONEROSO O GRATUITO DE LA ADQUISICIÓN. 2. POR RAZÓN DE LA NATURALEZA DEL BIEN ENAJENADO SOBRE EL QUE RECAE LA RESERVA DE USUFRUCTO. 3. POR RAZÓN DE LA PREVIA TITULARIDAD DE LA NUDA PROPIEDAD O DEL USUFRUCTO: LA CONSOLIDACIÓN. 4. POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD. IV. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA GANANCIAL DEL USUFRUCTO: 1. LA DISPOSICIÓN DEL USUFRUCTO COMO DETERMINANTE DE SU COMUNICACIÓN GANANCIAL. 2. TRANSMISIBILIDAD Y GANANCIALIDAD: SOLUCIONES PROPUESTAS: 2.1. *La privatividad del usufructo ex artículo 1.346-5º del Código Civil: distinción entre titularidad y contenido económico*. 2.2. *La comunicación ganancial del usufructo: su alcance:* A) La ganancialidad como cotitularidad. B) La disociación entre titularidad y ganancialidad.—V. EL REGIMEN DEL USUFRUCTO GANANCIAL A LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES: 1. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UNO SÓLO DE LOS CÓNYUGES: 1.1. *¿En qué medida el carácter personal del usufructo, vinculado a la vida del cónyuge viudo dificulta o restringe su vocación a la partición in natura?* 1.2. *¿Cabe pensar en un derecho de atribución preferente a ejercitar y hacer valer por el cónyuge usufructuario en base a lo dispuesto en los artículos 1406 y 1407 del C.C.?* 2. USUFRUCTO GANANCIAL CONJUNTO: 2.1. *¿Es*

aplicable el artículo 521 del Código Civil? 2.2. ¿Qué significa, en el momento de liquidación del consorcio conyugal, mereciendo el usufructo la calificación de ganancial, el hecho de que no se extinga hasta la muerte del cónyuge que sobreviva?: A) Subsistencia íntegra del usufructo sin perjuicio de su inclusión en la liquidación. B) Subsistencia íntegra en favor del cónyuge supérstite quedando excluido de la liquidación. C) Nuestra opinión 3. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UN CÓNYUGE Y SUCESIVAMENTE EN FAVOR DEL OTRO.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La función económico social que cumple el derecho de usufructo (asegurar, mediante la concesión del goce y explotación vitalicios de ciertos bienes, un adecuado nivel de vida) explica el amplio desenvolvimiento que el derecho, tuvo y sigue teniendo, en la esfera familiar y sus estrechas relaciones con el Derecho sucesorio. Es en esta esfera de satisfacción de necesidades familiares donde se enmarca el presente trabajo, si bien el objeto de estudio se circunscribe a una cuestión concreta de régimen económico matrimonial. Es nuestro propósito estudiar algunos aspectos de la disciplina del derecho de usufructo en el régimen legal de la sociedad de gananciales.

Para ello, nos vamos a servir del material que proporcionan distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN). La lectura de las mismas, algunas de ellas anteriores a la reforma del régimen económico matrimonial por ley de 13 de mayo de 1981, lejos de ofrecer una respuesta clara, pone de manifiesto las dificultades que la ganancialidad del derecho de usufructo suscita.

En general, contemplan una de las formas más usuales de constitución voluntaria *inter vivos* del usufructo: la enajenación de bienes inmuebles con reserva (*deductio*) del usufructo en favor del propietario; éste conserva el uso y disfrute de los bienes mientras viva, desprendiéndose de la (nuda) propiedad, bien a título gratuito —si el beneficiario es un pariente próximo—, bien a título oneroso —lo que permite al disponente obtener unos ingresos sin perder el uso del bien—. Es una operación relativamente frecuente en el ámbito familiar, realizada normalmente con el propósito de favorecer y repartir en vida los bienes a los hijos, sin desatender la cobertura y satisfacción de las necesidades del disponente hasta su muerte.

En los supuestos que nos proponemos analizar el acto de disposición es otorgado por un matrimonio casado bajo el régimen legal de gananciales; bien uno de los cónyuges (si los bienes de los que se dispone son privativos suyos), bien ambos o uno con el consentimiento del otro (si los bienes son gananciales) transmiten bienes de su sociedad conyugal, reservándose con carácter vitalicio el usufructo en favor de alguno de ellos o de ambos, simultánea o sucesivamente.

En menor medida, pero no tan infrecuente como pudiera pensarse, la constitución se produce directamente, cuando uno o ambos cónyuges adquieren (a título oneroso o gratuito) el derecho de usufructo de un tercero, quien queda como nudo propietario o, a su vez, cede también esta posición a otro sujeto.

Las dificultades surgen cuando el derecho de usufructo constituido merece inicialmente la calificación de ganancial, normalmente, por afectar el acto de disposición a bienes inmuebles gananciales, o bien por haber sido adquirido el derecho a título oneroso durante el matrimonio por uno o ambos consortes a costa del caudal común.

Esta primera cuestión, relativa a la adscripción del derecho de usufructo a alguna de las masas patrimoniales de la sociedad cónyugal, no está exenta, sin embargo, de dudas. A las dificultades que, en algunos casos, ofrece la interpretación de las determinaciones legales contenidas en los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil que fijan las vías de acceso a la ganancialidad o privatividad, se suman las diferentes posiciones doctrinales en cuanto a la configuración del derecho cuya ganancialidad se pretende, en particular, respecto del carácter más o menos personalista que se pueda predicar del usufructo constituido por la vida de una persona. Así, cuanto mayor relieve se otorgue al carácter personal del derecho en detrimento de su consideración económica, más se reclamará la titularidad exclusiva de la persona en cuyo favor queda constituido y mayores serán los obstáculos para someterlo a un régimen patrimonial de atribución conjunta a ambos cónyuges impuesto en razón de la condición ganancial del mismo.

Pero, aun delimitadas estas cuestiones, la claridad que podría vislumbrarse se ve oscurecida por la carencia de contornos precisos de un concepto jurídico no definido suficientemente a nivel positivo que, sin embargo, constituye el eje o tema central en este orden de cuestiones: la idea de comunidad que comporta el régimen económico matrimonial denominado sociedad de gananciales.

En la mayoría de los supuestos contemplados por las resoluciones de la DGRN que se ocupan del tema, las dificultades relativas a la calificación del usufructo se plantean con ocasión de la disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges cuando el supérstite, cónyuge en cuyo favor quedó constituido el derecho, bien de manera individual o conjunta con su consorte, lo enajena, pretendiéndose la constancia en el Registro de la Propiedad de dicha operación, a lo cual suele oponerse el Registrador por no haber mediado la liquidación y consiguiente adjudicación del usufructo en favor del disponente o, cuanto menos, por no constar el consentimiento de los herederos del premuerto necesario para poder disponer de los bienes integrantes de la llamada *comunidad postganancial*.

Es, por tanto, la necesidad o no de inclusión del usufructo en la liquidación, la cuestión que aparece en la mayoría de los pronunciamientos de la Dirección General; cuestión en cuya resolución confluyen, además de las

dificultades reseñadas en cuanto a la configuración del usufructo y al sentido y alcance de la comunicación ganancial, el régimen legal de extinción del usufructo en función de que se constituya en favor de uno o de ambos cónyuges, y en este último caso, con carácter conjunto o sucesivo. Se trata de averiguar, en el momento liquidatorio del régimen económico matrimonial, la incidencia que tiene el artículo 521 que, en sede de usufructo, prevé la no extinción del derecho hasta la muerte del último de los cusufructuarios, de modo que, la falta de alguno provoca el aumento o expansión económica del derecho de los demás.

Ha sido esta última una de las cuestiones que mereció, antes de la reforma en 1981 del régimen económico matrimonial, la atención de la doctrina, preocupada por sortear los obstáculos que la prohibición legal de donaciones entre cónyuges imponía al establecimiento, sobre bienes gananciales o privativos, del usufructo en favor de ambos cónyuges con carácter conjunto o sucesivo y, especialmente, cuando conforme a la previsión del artículo 521 del Código, en el momento de la muerte de uno de ellos y consiguiente disolución de la sociedad conyugal, el usufructo subsiste en su totalidad en favor del supérstite. Actualmente, el reconocimiento legal de la libre contratación y transmisión de bienes entre cónyuges (art. 1.323 C.C.) plantea la cuestión, como veremos, en otros términos.

Sin pretender agotar todas y cada una de las circunstancias en que usufructo y régimen económico matrimonial de gananciales entran en contacto, el estudio se dedica a la cuestión relativa a la naturaleza ganancial o privativa del derecho de usufructo y al significado y alcance de su comunicación ganancial. Si bien, conviene advertir, desde ahora, que no entramos a analizar las peculiaridades del usufructo en razón del distinto objeto al que puede afectar el derecho. En correspondencia con los pronunciamientos de la DGRN que nos sirven de material inicial de trabajo, tenemos *in mente* fundamentalmente el usufructo que recae sobre bienes inmuebles.

Probablemente, una buena manera de ilustrar la materia que pretendemos estudiar sea realizar un repaso de las resoluciones que, desde antes de la reforma de 1981, se han ido sucediendo hasta llegar a la más reciente de 1998. Comenzaremos, pues, con una sucinta exposición de los supuestos, cuestiones y doctrina de la llamada «*jurisprudencia registral*» que sirven para situar el problema. Puesto que, en su mayor parte, han sido objeto de comentarios doctrinales, nos parece interesante exponer, al hilo de cada una, las opiniones que han merecido. Esto nos permitirá comprobar, no sólo la falta de unos resultados consecuentes y coherentes con el punto de partida (condición ganancial del usufructo) acogido por la Dirección General, sino también las encontradas perspectivas de contemplación de la cuestión y la ausencia de un parecer unívoco a nivel doctrinal. A continuación, se delimitarán las diferentes vías de acceso del usufructo a las masas patrimoniales de la sociedad

conyugal y el significado de su comunicación ganancial. Finalmente, se dedicará un apartado a la incidencia que sobre el derecho de usufructo tiene la disolución del consorcio, especialmente, cuanto ésta tiene su origen en la muerte de alguno de los cónyuges.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. LAS DISTINTAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

A) *Resolución de 10 de julio de 1975 (R.A. 3160)*

a) Antecedentes

Se trataba de inscribir por los nudo-propietarios (doña Josefina y don Jose María) y el usufructuario (don Rafael) la transmisión de sus respectivos derechos a un tercero (don Vicente) que adquiere por compra el pleno dominio de dos fincas. Una de las fincas había sido donada a doña Josefina por sus padres (don Rafael y su esposa), quienes se reservaron el usufructo vitalicio; la otra fue vendida a don Jose María, reservándose los vendedores (de nuevo, don Rafael y su esposa) el usufructo vitalicio. La cuestión se plantea respecto de la venta del derecho de usufructo efectuada por don Rafael una vez fallecida su esposa; usufructo cuya ganancialidad deriva de poseer este carácter las fincas enajenadas sobre las que se efectúa la reserva.

El Registrador suspende la inscripción de la transmisión del usufructo realizada por el cónyuge viudo *«ya que por ser un bien ganancial tiene que ser objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales»*.

El Notario recurrente defiende en su recurso que, al tratarse de un usufructo ganancial (por constituirse vía reserva al enajenar fincas gananciales) y conjunto, establecido en favor de ambos cónyuges, es plenamente aplicable el artículo 521 por lo que el cónyuge sobreviviente es el titular del usufructo, no siendo necesario que sea objeto de adjudicación. Añade dos precisiones: por un lado, que, *«en todo caso, lo que habrá que llevar a efectos de liquidación, a la masa de gananciales, no es el derecho de usufructo en sí mismo, sino su valor, por lo que no puede haber obstáculo para la transmisión del usufructo por el cónyuge sobreviviente, reduciéndose el problema a conmutar su valor en la masa ganancial»* y, además, por otro, mantiene lo difícilmente sostenible que sería la posible adjudicación del usufructo en favor de los herederos del cónyuge fallecido sin haberse pactado así en el momento de constitución del derecho.

b) Doctrina

La DGRN mantiene la no necesidad de adjudicación del usufructo, previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, *«dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio, queda necesariamente extinguido a la muerte del usufructuario y, o se produce la consolidación en la persona del nudo propietario o bien, tal como ocurre aquí, según se deduce del título constitutivo, reflejado en los asientos registrales y de acuerdo, además, con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho»*.

Como argumento a mayor abundamiento, se afirma que, aun partiendo de la necesidad de adjudicación del usufructo, en este caso la validez de la disposición no suscita duda alguna dada la intervención en el acto de todos los interesados en la liquidación de la sociedad de gananciales (cónyuge viudo y herederos del premuerto, puesto que la nuda propietaria era la única hija del matrimonio).

Esta resolución fue criticada por CARRETERO GARCÍA (RCDI, nº 511, 1975, págs. 1452-1458) para quien, si bien el fallo de la resolución es acertado (no necesidad de liquidación en cuanto al usufructo), no lo es tanto el razonamiento de la misma centrado en el derecho de acrecer —art. 521 C.C.—, sin discutir la ganancialidad del usufructo. En su opinión, el usufructo constituido en favor de ambos cónyuges —vía enajenación o reserva— puede configurarse de muy diversas maneras:

— *Usufructo conjunto puro*: implica un disfrute conjunto durante la vida de ambos y se extingue a la muerte del primero que fallezca

— *Usufructo por mitades indivisas*: cada cónyuge tiene su mitad, y la consolidación de cada mitad se verifica a la muerte de cada uno.

— *Usufructo conjunto y sucesivo*: disfrute conjunto y al fallecimiento de uno de ellos pasa totalmente al otro, hasta el fallecimiento de éste.

— *Usufructo sucesivo puro*: constituido a favor de uno solo de los cónyuges, pero para el caso de sobrevivir el otro, sucederá en el usufructo sin consolidación alguna hasta la muerte del sobreviviente.

— *Usufructo ganancial*: no se produce la consolidación hasta la muerte del sobreviviente, pero al fallecer el premuerto, el usufructo entra en la liquidación de la sociedad conyugal.

Señala el autor que la exclusión del usufructo de la masa de liquidación (solución propuesta por la DGRN) sólo puede hacerse partiendo de que un usufructo nunca puede ser propia y verdadera-

mente ganancial, *«dada la esencia personalísima del usufructo, por su necesaria vinculación a la vida de la persona o personas a cuyo favor se constituye»*.

Básicamente, estas conclusiones también son compartidas por CHICO Y ORTIZ (ADC, 1977, págs. 916-918) quien destaca que la DGRN ofrece *«una solución de emergencia sin que se aborden los auténticos problemas que encierra la posibilidad o validez de la figura —fundamentalmente, por estar vigente la prohibición de donaciones entre cónyuges, antiguo art. 1.334—, la construcción del usufructo ganancial y esa trayectoria de bienes que exige el principio de tracto sucesivo»*.

B) Resolución de 31 de enero de 1979 (R.A. 90)

a) Antecedentes

En este caso, también se trataba de la enajenación de un derecho de usufructo por el cónyuge viudo, pero los hechos varían en alguna medida: en primer lugar, la ganancialidad del usufructo deriva de su adquisición constante matrimonio a costa del caudal común; en segundo lugar, la adquisición se verificó a nombre de uno solo de los cónyuges (la esposa) y con carácter vitalicio.

Fallecido el esposo de la usufructuaria, ésta junto con los nudos propietarios venden el pleno dominio de la finca, operación que pretende acceder al Registro. El Registrador suspende la inscripción de la transmisión del usufructo porque constando inscrito *«como adquisición por precio durante el matrimonio, sin justificación ni alegación alguna sobre su posible carácter privativo, forzosamente tiene que considerarse como de titularidad ganancial, y por tanto, el cónyuge viudo carece de facultades para vender los bienes gananciales mientras no pierdan este carácter por la liquidación de la sociedad y la consiguiente adjudicación»*.

b) Doctrina

La DGRN centra su atención, en primer lugar, en las dificultades que plantea el encuadre del usufructo, como derecho vitalicio y personalísimo, en la sociedad de gananciales. Después de reconocer la ausencia de un parecer unánime en la materia y exponer la opinión de un sector doctrinal que defiende la privatividad en todo caso del derecho de usufructo en base a considerarlo como derecho intransmisible, pues los artículos 480 y 498 del Código Civil *«lo único que permiten es la enajenación de su contenido económico»*,

el Centro Directivo afirma que, si bien en el Derecho romano y el actual germano el usufructo es configurado como personalísimo e intransmisible, no hay base para ello en el Derecho español actual, donde los artículos 480 del Código Civil y 107 de la Ley Hipotecaria admiten la enajenación e hipotecabilidad, respectivamente, del propio derecho de usufructo.

Admitido su carácter enajenable, el reconocimiento de la ganancialidad del usufructo plantea menos problemas. Entiende la resolución que *«en nuestro Derecho puede cohonestarse el carácter vitalicio del usufructo con la sociedad de gananciales, ya que en este caso no queda alterado el contenido del derecho, y por tanto: a) si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código Civil y consolidarán los nudo-propietarios el pleno dominio siendo nulo su valor a efectos de liquidación de la sociedad conyugal; b) si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo —como sucede en nuestro caso— este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción»*.

Armonizado así carácter vitalicio del usufructo y ganancialidad, se concluyen dos cosas: primero, no procede el acrecimiento del artículo 521 del Código Civil al no estar constituido el usufructo en favor de varias personas; segundo, al adquirirse el usufructo por una única usufructuaria, con la particularidad de que dicha compra tiene carácter ganancial, se hace *«necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en la forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido en la transmisión operada»*.

Es comentada por AMORÓS GUARDIOLA (RCDI, 1979, n.º 547, págs. 1531-1540) quien, reconociendo el acierto de la solución ofrecida, *«tanto desde el punto de vista de su construcción doctrinal y de la afirmación del carácter ganancial del usufructo, como de las consecuencias prácticas que de ahí se derivan, para evitar el perjuicio de los herederos del cónyuge premuerto partícipes en la adjudicación de los bienes gananciales»*, abunda en las razones esgrimidas por la Dirección General. Destaca el autor, especialmente, la falta de aplicación al caso tanto del artículo 521 del Código Civil como de la doctrina contenida en la resolución de 10 de julio de 1975. Respecto del artículo 521, porque el precepto *«trata de usufructo constituido en favor de varias personas, no de una que se comunica a otras. Allí la cotitularidad resulta del título constitutivo, de la voluntad de las personas adquirentes; aquí —en el caso planteado—, en cambio, la adquisición negocial se realiza por una sola persona, aunque las consecuencias de esa adquisición se traduzcan*

en una cotitularidad del derecho así adquirido. En un caso la comunidad se adquiere «ex negotio», en el otro «ex lege». Y en cuanto a la resolución anterior de 1975, por ser supuestos distintos, *«allí se trataba de la reserva de usufructo vitalicio conjunto a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente».*

También CHICO Y ORTIZ (ADC, 1982, págs. 502-510) aplaude la solución brindada por la Dirección General y comenta: *«una cosa es el «derecho personalísimo», pongo por ejemplo el derecho de autor o sobre la propiedad intelectual, y otra el derecho de disfrutar una cosa durante la vida de una persona.... El que el usufructo sea «vitalicio», en el sentido de un derecho que «dura» lo que la vida humana de su titular tenga, no quiere decir que sea personalísimo... El derecho de usufructo es de la sociedad de gananciales, pero se extingue por la muerte del cónyuge titular de la adquisición».*

Rechaza, en cambio, el planteamiento de la Dirección General RODRÍGUEZ LÓPEZ (*Boletín del Colegio de Registradores*, n° 157, 1980, págs. 360-362). En su opinión, el usufructo siempre que merezca la calificación de ganancial no debe quedar sujeto a liquidación, siendo indiferente que se haya constituido en favor de ambos o de uno sólo de ellos. Fundamentalmente, dos órdenes de razones, que contraponen a los argumentos de la DGRN, justifican su posición:

a) En contra de la no aplicación del artículo 521 por no estar constituido a favor de varias personas simultáneamente, manifiesta el autor que *«si el usufructo adquirido es ganancial, y si la sociedad de gananciales, según reiterada jurisprudencia, carece de personalidad independiente y separada de la de los propios cónyuges, no cabe duda de que ha de concluirse que el usufructo es titularidad ganancial de los dos cónyuges, y sin que este dato se altere porque el referido derecho, como temporal que es, tenga señalado un término concreto de vigencia o subsista durante la vida de ambos esposos, de uno solo de ellos o incluso de un extraño. La duración del usufructo no modifica su naturaleza ganancial y su pertenencia, por tanto, a los dos esposos».* Aunque *«en puridad no pueda decirse que el usufructo esté constituido «a favor» de dos personas, ello no es una posición realista, ni mucho menos indiscutible, pues, en nuestro caso, la ley motiva que el derecho que adquiere una persona —casada— ingrese en el patrimonio común de ella y su cónyuge».* En consecuencia, mantiene que el efecto del artículo 521 previsto para el caso de que el usufructo esté constituido *«en provecho» de varias personas»* es un dato que no puede negarse en todo usufructo ganancial.

b) La existencia de un pacto de acrecimiento entre los esposos no es, a juicio del autor, el motivo que dispensaría de la liquidación —como pretende la resolución—, sino *«precisamente la naturaleza de derecho temporal, y generalmente vitalicio, atribuible al usufructo, la que ocasiona la dispensa de su adjudicación previa liquidación de la sociedad conyugal, pues a la muerte del usufructuario o se produce la consolidación en la persona del nudo propietario o bien acrece al otro usufructuario»*. La no necesidad de adjudicación en las operaciones liquidatorias encuentra su apoyo, no sólo en el artículo 521, sino en la especial naturaleza del derecho: *«El usufructo es un derecho de adjudicación predeterminada, habida cuenta de su intransmisibilidad mortis causa, el usufructo habrá de ser adjudicado siempre al viudo»*.

C) *Resolución de 15 de abril de 1980 (R.A. 1607)*

a) Antecedentes

El marido adquiere, constante matrimonio y a título oneroso, un derecho de usufructo sobre un inmueble, sujeto a la condición suspensiva de sobrevivir a la propietaria y durante el período comprendido entre el fallecimiento de ésta como fecha inicial y el fallecimiento del usufructuario como término final. Al no quedar acreditada la procedencia privativa del precio, el eventual derecho de usufructo es inscrito como presuntivamente ganancial.

La cuestión surge cuando, varios años después, pretende acceder al Registro la renuncia, efectuada por el marido por idéntico precio al de compra, al eventual derecho de usufructo que le correspondería en caso de sobrevivir a la propietaria del inmueble. El Registrador suspende la inscripción por *«no acreditarse el consentimiento de la esposa del renunciante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil»* (1).

En un minucioso recurso (2) contra la calificación registral y contra el auto del Presidente de la Audiencia Territorial, el Notario recurrente, VALET DE GOYTISOLO, rechaza la calificación registral, entre otras razones, por estimar que el carácter personalísimo del usufructo impide que este derecho pueda recibir la calificación de ganancial; así se deriva, en su opinión, del

(1) Conforme a su redacción anterior a la reforma de 1981. El párrafo primero del precepto señalaba: *«El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles»*.

(2) Publicado en ADC, 1980, págs. 399-418.

artículo 498 del Código Civil, del cual se deduce que *«el usufructuario no puede desprenderse del aspecto pasivo de su titularidad, que le sigue vinculada, aunque enajene nominalmente su derecho, pero efectivamente tan solo su ejercicio activo»*.

A su juicio, y de acuerdo con un sector doctrinal, *«lo que es ganancial, en su caso, es su contenido patrimonial»*. Por ello —continúa argumentando—, es lógico que se *«exija el consentimiento uxorio para que el marido transmita o grave ese contenido patrimonial, pero no lo sería que lo exigiera para su renuncia, que incluye ambos aspectos activo y pasivo, y que es facultad personalísima del usufructuario, sin perjuicio de que, al liquidarse la sociedad de gananciales, haya de liquidarse la cuantía del contenido patrimonial inherente»*.

b) Doctrina

Confirma la DGRN la postura del Registrador declarando que *«al haber sido adquirido el derecho eventual de usufructo durante el matrimonio y por precio, ha de entenderse que este derecho pasa a formar parte de los bienes que integran la sociedad de gananciales sin que, como declaró la Resolución de 31 de enero de 1979, el carácter personalísimo e intransmisible del usufructo que defiende parte de la doctrina científica sea obstáculo a la consideración de ganancial de este derecho y que, por consiguiente, su enajenación deba regirse por el art. 1413 del C.C.»*

D) Resolución de 21 de enero de 1991 (R.A. 592)

a) Antecedentes

El marido, con el consentimiento de su esposa, hace donación de la nuda propiedad de dos fincas gananciales en favor de su hija, reservándose los cónyuges el usufructo vitalicio conjunto y sucesivo.

Presentada en el Registro la escritura, el Registrador deniega la inscripción en cuanto a la estipulación referida al carácter sucesivo del usufructo que se reservan los donantes, en base a que *«siendo las fincas sobre las que recae la nuda propiedad donada de carácter ganancial, ese mismo carácter ganancial seguirá teniendo el usufructo que, sin más, excluyen de la donación y se lo reservan, por todo lo cual, fallecido uno de los dos donantes, serán de aplicación ineludible los artículos 1.344 y 1.392 a 1.410 del Código Civil»*, relativos al régimen de liquidación de los bienes gananciales. A esta justificación de la denegación de inscripción, añade el funcionario en su informe dos razones más: que el usufructo así constituido, en virtud del cual, a la

muerte de cualquiera de los cónyuges pasará al sobreviviente sin ser objeto de liquidación en la sociedad de gananciales, constituye una donación entre cónyuges *mortis causa* en la que no concurren los requisitos del artículo 620 (3) y, además, se trata de un pacto sucesorio o contrato sobre herencia futura prohibido por el artículo 1271 del Código Civil.

b) Doctrina

Cada una de las tres razones esgrimidas por el Registrador son rebatidas por la Dirección General de la siguiente manera:

1. En cuanto a la exigencia de sujeción del usufructo reservado al régimen de liquidación de la sociedad de gananciales, se dice: «*si el usufructo está constituido como «conjunto» y se agrega, además que es «sucesivo», debe esta cláusula ser entendida en el sentido más adecuado para que produzca efecto y no sea una cláusula simplemente inútil o redundante. Si es conjunto, es ya efecto natural —mientras del título constitutivo no resulte otra cosa— el que muerto uno de los cusufructuarios, el usufructo persista entero hasta la muerte del último —cfr. artículo 521 y R. 1 de diciembre de 1960 (R. 4054)—. Si ahora se agrega que es sucesivo es porque se quiere algo más según el Registrador, el Notario recurrente y el auto apelado, significa que a pesar de estar constituido por los donantes sobre bienes gananciales, el usufructo pa-*

(3) Interpretado conforme a la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, que establece la necesidad de que se guarden las solemnidades testamentarias en su otorgamiento. Así, en este sentido, SCAEVOLA, *Código Civil*, XI-2.º, Madrid, 1943, pág. 573; ROCA SASTRE en *Estudios de Derecho Privado*, II, págs. 571 y ss.; DE FUENMAYOR CHAMPIÑ, «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil», *ADC*, 1951, págs. 1082 y ss.; PARRA JIMÉNEZ, «De nuevo sobre la donación *mortis causa* y el Código Civil», *RCDI*, 1952, págs. 185 y ss.; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, I, Madrid, 1958; PUIG BRUTAU en anotaciones a BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, págs. 219 y ss.; PORRAS IBÁÑEZ, «Donaciones y disposiciones testamentarias», *RCDI*, 1964, págs. 764 y ss.; CHICO Y ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, II, Madrid, 1968, pág. 45; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, V, Madrid, 1972, pág. 148; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VIII-2.º, Madrid, 1986, págs. 53 y ss. y en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1993, págs. 1580-1583; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, págs. 210-211; ALVAREZ CAPEPOCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, pág. 235; NÚÑEZ IGLESIAS, «La donación de inmueble encubierta como compraventa», *RCDI*, 1991, pág. 1826. En cuanto a la jurisprudencia de los últimos años pueden consultarse las sentencias del TS de 13 de junio de 1994 —R.A. 4812— (comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *CCJC*, sep-dic, 1994, n.º 36, ref. 975, págs. 11.35-11.44), 9 de junio de 1995 —R.A. 4912—, 25 de julio de 1996 —R.A. 5572— (comentada por CUENA CASAS, *CCJC*, enero-marzo, 1997, n.º 43, ref. 1157, págs. 109-128, y ALBALADEJO, «Donación *mortis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1.473 del Código Civil», *RDP*, junio, 1997, págs. 486-510) y 15 de junio de 1997 —R.A. 2889—. También la Dirección General sigue este criterio mayoritario, una de sus más recientes resoluciones en la materia, es la de 6 de marzo de 1997 (R.A. 2033).

sará —en su día— al cónyuge supérstite y quedará excluido de la liquidación de gananciales»; exclusión permitida puesto que «es doctrina reiterada de esta Dirección que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado».

2. También se niega que exista una donación *mortis causa* entre cónyuges, pues ésta requiere «que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona», mientras que en el supuesto hay «intención de producir un desplazamiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que sólo puedan hacerse efectivos a la muerte del disponente».

3. Finalmente, tampoco «cabe hablar en la hipótesis del caso del contrato sobre herencia futura, pues nada se estipula en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir, sino sólo sobre bienes concretos ya existentes».

Esta resolución fue objeto de dos comentarios. Uno, muy breve, firmado de GIMÉNEZ DUART, publicado en el *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona (La Notaría)* en febrero de 1991; otro del profesor RIVERO HERNÁNDEZ, en *CCJC*, 1991, ref. 677, en el que se entra de lleno en algunas de las cuestiones fundamentales que plantea el usufructo en favor de ambos cónyuges, por ello me referiré a él en el ulterior desarrollo de este trabajo. Aunque ambos autores comparten la solución final ofrecida por la DGRN —no necesidad de liquidación del usufructo—, sus puntos de partida y razonamientos son bien diferentes.

El primero de los comentaristas, partiendo del carácter personalísimo del usufructo vitalicio, rechaza que las «ideas de privatividad o ganancialidad» sean predicables del usufructo. En consecuencia, la no inclusión en la liquidación de la masa consorcial no deriva, como entiende la resolución, de una atribución voluntaria de privatividad (ex art. 1.355, a sensu contrario), pues «el usufructo vitalicio conjunto no es ganancial o privativo sino simplemente «común», con un destino predeterminado por la Ley (el acrecimiento ex art. 521 C.C.) que obvia por innecesaria la liquidación del mismo «en cualquiera de los casos», salvo, lógicamente que no sea vitalicio». De igual modo, tampoco el acrecimiento que tiene lugar en favor del cónyuge supérstite deberá ser tenido en cuenta en el cómputo de las legítimas, «puesto que, respecto del premuerto, es un derecho que se ha extinguido». Conclusión que, en su opinión, «es mucho más lógica de lo que a primera vista pudiera parecer, pues el negocio constitutivo del usufructo, en la relación entre cónyuges, es de carácter aleatorio y, por ello mismo, oneroso, no gratuito».

RIVERO HERNÁNDEZ, aborda en el comentario que realiza diversas cuestiones de las que nos interesa destacar, por el momento, dos:

En primer lugar, la crítica que efectúa a la resolución en cuanto a la pretensión de buscar una interpretación del término «sucesivo» en el sentido más adecuado para que produzca efectos. Ambos tipos de usufructo aun cuando, como explica, sean figuras diferentes, se extinguen por la muerte del último usufructuario de los llamados conjunta o sucesivamente —si todos eran personas vivas al tiempo de su constitución—. Por ello, *«la mención del término sucesivo detrás de «conjunto» es perfectamente redundante e inútil, y no añade nada al sentido y alcance que tiene en esa escritura el usufructo conjunto y vitalicio a favor de los cónyuges, aunque se refiera a bienes que eran gananciales al tiempo de otorgarse aquellos actos jurídicos»*. Estamos de acuerdo con el autor, pero, a nuestro juicio, cabe deducir algo más de esa pretensión de interpretar el término «sucesivo» para que no sea una cláusula inútil y redundante: parece derivarse de la argumentación de la Dirección General que si este calificativo del usufructo constituido no acompaña al de «conjunto», este carácter conjunto del usufructo de bienes inmuebles gananciales en favor de ambos cónyuges no excluye, por sí solo, el juego de los preceptos relativos a la liquidación de la sociedad conyugal a la muerte de uno de los consortes.

En segundo lugar, el autor mantiene claramente la no exigencia de inclusión del usufructo en la liquidación, pues en el usufructo conjunto *«la porción usufructuaria que correspondía al fallecido en primer lugar, que reciben los otros cusufructuarios, pasa a éstos en virtud de lo previsto en el título constitutivo y en tanto que usufructo con un régimen legal específico; excluida, por tanto, del régimen sucesorio mortis causa a que esté sujeta la herencia del fallecido. Y ello con independencia de la clase de bienes (privativos o comunes) objeto del usufructo, a cuyo efecto habrá que tomar en consideración no sólo la calificación previa de tales bienes, sino la que pueda resultar del propio acto constitutivo del usufructo, que puede afectarles»*.

E) *Resoluciones de 25 de febrero de 1992 (R.A. 2879)
y 3 de mayo de 1994 (R.A. 4083)*

En estas resoluciones, aunque traten de la constitución de un usufructo en favor de ambos cónyuges, no se aborda propiamente la condición ganancial del usufructo, pues parece faltar esa calificación.

a) Antecedentes

Unos mismos hechos motivan estas dos resoluciones: Una persona dona a su hijo la nuda propiedad de una finca, reservándose el usufructo vitalicio de lo donado y, una vez fallecido *«reserva el usufructo sucesivo para su esposa»*. Consta en el Registro la aceptación del donatario, pero no la de la esposa del donante. Doce años más tarde, el donante pretende cancelar el usufructo declarando que *«renuncia pura y simplemente al usufructo que le corresponde, consolidándose la plena propiedad en la persona de su nudo propietario»*.

El Registrador accede a la cancelación del usufructo que se reservó el donante, pero deniega la cancelación en cuanto al usufructo de la esposa por no constar el consentimiento de la misma.

La primera de las resoluciones, la de 1992, se centra en la cuestión relativa a la necesidad o no de que conste el consentimiento de la esposa para cancelar el usufructo sucesivo constituido en su favor, cuando ésta ni siquiera lo había aceptado, aunque ya advierte la Dirección General que otra cosa será valorar si la voluntad del donante al efectuar la renuncia, en los términos en que se hizo, conlleva también una inequívoca voluntad revocatoria de la reserva de usufructo en favor de su cónyuge; cuestión ésta última que motiva la segunda de las resoluciones.

b) Doctrina

En cuanto a la primera de las cuestiones, la resolución de 1992 revoca la nota de calificación del Registrador y afirma que, aunque en el Registro figuren las cargas o reversiones impuestas por el donante en la donación, éstas sólo serán efectivas si antes de que las revoque el donante son aceptadas por el tercero favorecido, por ello *«ningún obstáculo hay para que accedan al Registro las determinaciones del donante sin contar con la voluntad del tercero, porque del Registro no resulta que este tercero ya haya adquirido derechos y sí resulta, en cambio, que todavía la carga depende de la decisión del donante»*.

Interpuesto un nuevo recurso en orden a valorar si la declaración de voluntad del donante, tal y como se expresó, implicaba una voluntad inequívoca de renunciar no sólo al usufructo constituido en su favor, sino también de revocar el sucesivo establecido en beneficio de su cónyuge, la resolución de 1994 rechaza que ese efecto revocatorio se produzca y, en consecuencia, declara la *«improcedencia de la cancelación pretendida en virtud del solo título calificado»*.

A propósito de la resolución de 1992, comenta AVILA NAVARRO (RJC, 1992 —4—, pág. 1106): «Desaparecida la prohibición de donaciones entre cónyuges, ya no cabe duda de que el vendedor o donante de una finca privativa puede reservarse el usufructo para sí y para su cónyuge o, incluso, para otra persona. Dada la donación que el supuesto envuelve, es necesaria la aceptación del beneficiario, en la misma escritura o en otra, pero siempre en vida del donante; mientras esta aceptación no recaiga, la donación será revocable; y no es que pueda cancelarse, es que no debiera ser inscrita, porque no se trata de una reversión o limitación, siquiera los efectos, que no la perfección, de ésta última donación están pendientes de la consumación del primer usufructo».

F) Resolución de 25 de febrero de 1993 (R.A. 1.362)

a) Antecedentes

Al igual que sucedía en la Resolución de 31 de enero de 1979 se trata de la enajenación de un derecho de usufructo vitalicio por el cónyuge viudo. En este caso, al igual que en aquél, la ganancialidad del usufructo deriva de su adquisición durante la vigencia de la sociedad de gananciales (al mismo tiempo, uno de los hijos adquirió la nuda propiedad) y se presume que fue efectuada a costa del caudal común; ahora bien, a diferencia del supuesto de hecho de la resolución de 1979 en el que el usufructo se constituía a nombre de uno sólo de los cónyuges, aquí la adquisición se efectúa conjuntamente por ambos cónyuges.

Fallecida la esposa, el cónyuge viudo junto con el nudo propietario venden sus respectivos derechos sobre el inmueble a un tercero. La operación pretende acceder al Registro, a lo que se opone el Registrador alegando que «siendo el usufructo de carácter ganancial, su enajenación exige que en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento de la esposa, se adjudique al esposo enajenante, o que presten su consentimiento a la transmisión los herederos de la esposa».

b) Doctrina

Según la Dirección General, en virtud de la doctrina sentada en la Resolución de 31 de enero de 1979 (alusión que, en nuestra opinión, no es del todo correcta, por ser distintos, como hemos manifestado, los supuestos de hecho), «hay que concluir que un derecho de usufructo adquirido en 1972 conjuntamente por ambos cónyuges a costa del caudal común tiene, conforme al art. 1401-1.º Código Civil en la redacción entonces vigente, el carácter de bien

ganancial, sin que importe, según este mismo precepto, en favor de cual de los cónyuges sea hecha la adquisición y, por tanto, ya se haya hecho para la comunidad, ya para uno solo de los esposos o ya, como aquí ocurre, en favor de los dos y a partir de determinado evento, la muerte de uno de ellos, en favor del cónyuge que sobreviva, y sin que a la sazón hubiere sido suficiente ni siquiera la voluntad expresa de ambos cónyuges de substraer el bien a la calificación registral. Hay que concluir, pues, que mientras por vía de liquidación no haya adjudicación del usufructo de gananciales en favor del cónyuge sobreviviente, éste no podrá disponer de tal derecho sin contar con el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto».

De nuevo aparece el rechazo doctrinal, y es que, en verdad, si la cuestión no era clara, con esta argumentación se oscurece totalmente, pues resulta, que si el usufructo merece la calificación de ganancial debe, en todo caso, entrar *in natura* en la liquidación de la masa ganancial, siendo indiferente cómo se haya constituido. La crítica doctrinal se efectúa en los siguientes términos:

GIMÉNEZ DUART (*Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona —La Notaría—*, marzo, 1993), afirmando el carácter personal e intransmisible del usufructo en el sentido que ya lo hicieran DE CASTRO y ROCA SASTRE —transmisibilidad del derecho a percibir los frutos, no del usufructo en sí—, rechaza que deba entrar en la liquidación. «¿Acaso se podría adjudicar el usufructo a los herederos del difunto?», se pregunta. En su opinión «el usufructo ganancial es una especie a extinguir a la vista del artículo 1.346-5.º», que establece la privatividad de los bienes y derechos patrimoniales no transmisibles *inter vivos*.

LAPIEDRA FRÍAS (*Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre, 1993, págs. 194 a 203), centra su crítica en la falta de aplicación del artículo 521 C.C., señalando: «si el usufructo es un derecho personal y vitalicio, su subsistencia exige que persista íntegramente entre los cotitulares sobrevivientes, de tal modo que: 1. Ni se consolide en parte en favor del nudo propietario, pues debe subsistir hasta la muerte del último de los cusufructuarios sobrevivientes. 2. Ni pueda corresponder a los herederos del cotitular fallecido, por ser derecho esencialmente personal. El acrecentamiento respecto de la cotitularidad vacante se producirá tanto si el usufructo es privativo, como si es ganancial; incluso en el caso del cusufructo ganancial con mayor facilidad y claridad».

G) *Resolución de 7 de febrero de 1995 (R.A. 1.330)*

a) Antecedentes

Se presenta en el Registro una escritura de «extinción de condominio y extinción de usufructo» referida a varias fincas, respecto de las cuales pertenece el usufructo vitalicio de dos tercios a doña Consuelo y la nuda propiedad de las mismas y el pleno dominio del tercio restante a sus dos hijos, doña Ana Rosa y don Jose María, por partes iguales, todo ello fue así adquirido por título hereditario.

En la escritura presentada se pacta la cesión por doña Consuelo del usufructo vitalicio que le pertenece en favor de sus dos hijos, a título oneroso y a cambio de renta vitalicia, haciéndose constar que *«su transmisión provoca la extinción por consolidación, al ser los adquirentes los actuales nudo propietarios»*. Comparece en el otorgamiento de la escritura el esposo de doña Ana Rosa, don Julio, pero no la esposa de don Jose María. Se solicita la inscripción solamente de lo adjudicado a doña Ana Rosa.

El Registrador suspende la inscripción, entre otros, por el siguiente defecto: *«resultando el usufructo adquirido con carácter presuntamente ganancial de la sociedad conyugal formada por la citada señora y su esposo don Julio a título oneroso a cambio de renta vitalicia, no procede la consolidación del pleno dominio en dicha señora doña Ana Rosa»*, y añade en su informe que la mera comparecencia del marido en el acto de otorgamiento no supone la extinción del usufructo con carácter privativo, ya que para obtener tal resultado se debió proceder conforme a los artículos 1.323, 609, 1255 y 1261 del Código Civil.

El Notario, por su parte, argumenta lo siguiente:

— Conforme al artículo 94 del Reglamento Hipotecario el usufructo se inscribiría solamente a nombre del cónyuge adquirente que es a la vez nudo propietario, aun cuando fuese con carácter presuntivamente ganancial, dada la imposibilidad de inscribir a nombre de la sociedad de gananciales que carece de personalidad jurídica.

— A pesar de admitir la ganancialidad del usufructo como viene haciendo la Dirección General, cuestión discutida por la doctrina, ello no debe impedir la extinción por consolidación cuando quien compra es el cónyuge usufructuario, lo contrario supondría dotar *«a la sociedad de gananciales de una personalidad distinta a la de los cónyuges ignorando la relación personal que en el usufructo existe y olvidando como la vocación y destino de los derechos desmembrados del dominio es su extinción, lo que conduce a una interpretación restrictiva»*. Además, la finalidad perseguida por las partes es la extinción del usufructo, *«así lo dicen las partes y confirma la comparecen-*

cia del cónyuge cuya intervención no es a este fin pero que no hubiera prestado su consentimiento de no estar conforme con otra estipulación del mismo documento».

— La extinción del usufructo por contraprestación onerosa debe tener el tratamiento de las mejoras (art. 1.359 C.C.) y, en consecuencia, atribuirle el carácter correspondiente a los bienes a los que afecte.

— El supuesto, aunque distinto, encierra la misma «ratio» que la extinción del condominio con exceso de adjudicación, donde se reconoce que el bien adjudicado será íntegramente privativo sin perjuicio de los reembolsos a que haya lugar.

b) Doctrina

La resolución, tras ofrecer una serie de *«argumentos que militan en favor de la persistencia del derecho de usufructo»*, cuales son:

— El principio de subrogación real que de regir la delimitación de las masas ganancial y privativa (arts. 1.346.3 y 1.347.3 C.C.),

— La interpretación estricta de todo precepto excepcional (art. 4.2 C.C.),

— La reiterada admisión por este Centro Directivo de la ganancialidad del derecho de usufructo (Resol. de 31 de enero de 1979 y 15 abril 1980) y,

— Finalmente, la existencia de hipótesis de subsistencia del derecho de usufructo pese a la reunión de este derecho y de la nuda propiedad en la misma persona.

Sin embargo, resuelve el recurso estimando procedente la consolidación, a pesar del carácter privativo de la nuda propiedad y presuntivamente ganancial del usufructo, en base a las siguientes razones:

1. El criterio del ordenamiento jurídico de facilitar la explotación económica de los bienes arbitrando mecanismos de reintegración de las facultades desmembradas en un único sujeto de derecho. Como ejemplos de prevalencia de este criterio sobre el principio de subrogación en el ámbito matrimonial se citan los siguientes artículos del Código: el 1.346-4.º y 8.º, 1.347, 1.352, 1.359 y 1.360.

2. La existencia de supuestos en los que el carácter de la contraprestación no determina la persistencia del derecho real limitativo adquirido por un cónyuge; se alude a la redención de la servidumbre de pastos (art. 603) y a la conmutación del usufructo viudal (art. 839).

3. La similitud de las repercusiones económicas que se derivan para el consorcio conyugal tanto si se adopta como solución la con-

solidación como si se acoge la solución contraria e, incluso, resulta más favorable y beneficiosa la consolidación, *«toda vez que a la ganancialidad de los frutos del bien mientras dura la sociedad habrá de añadirse el derecho de reembolso actualizado al tiempo de la liquidación (vid. artículo 1.358 del Código Civil), y todo ello sin perjuicio del juego corrector del artículo 1.390 del Código Civil, frente a las posibles actuaciones de un cónyuge que persigan un beneficio exclusivo para él o provoquen dolosamente un daño a la sociedad»*.

4. La ausencia de menoscabo para los acreedores de la sociedad, no sólo por la falta de disminución cuantitativa del patrimonio ganancial (la contraprestación ganancial pagada queda sustituida por el crédito del consorcio contra el cónyuge favorecido), sino también por disponer siempre del recurso a la acción revocatoria.

A todos estos razonamientos, que pudieramos considerar generales, se añaden ciertas circunstancias que concurren en el caso planteado:

— El ser objetivo del negocio realizado la extinción del usufructo y a todo él presta su aquiescencia el cónyuge de la nuda propietaria.

— El hecho de que el cónyuge adquirente era también pleno propietario de una cuota sobre el bien gravado, *«de modo que entre cedente y cesionario existía sino una situación de comunidad «stricto sensu», si una coparticipación en la gestión y disfrute de ese bien (vid. artículos 490 y 392 en relación con el 1522 del Código Civil)»* (4).

(4) Alude aquí la Dirección General a las llamadas «comunidades de disfrute»; denominación que se utiliza para indicar aquellos supuestos en que varios sujetos concurren en el disfrute de un bien, pero no en virtud de titularidades cualitativamente idénticas (como sucede en el usufructo conjunto en favor de varias personas), sino desiguales en cuanto a su naturaleza y contenido. Es la situación contemplada en el artículo 490 del C.C.: *«usufructuario de parte de cosa poseída en común»* que participa en el disfrute junto a los copropietarios; o el supuesto en que el usufructuario tenga derecho a percibir los frutos de parte de la cosa, correspondiendo al propietario el resto de los frutos de la misma cosa. A juicio de algunos autores, esta comunidad de disfrute faculta al usufructuario, en su condición de comunero, para pedir la división de la comunidad. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Madrid, 1954, págs. 130-131; en contra D'ORS Y BONET CORREA, «El problema de la división del usufructo», *ADC*, 1952, pág. 86; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-2.º. Barcelona, 1979, págs. 50 y ss. En la doctrina italiana, es fundamental en este sentido, la aportación de VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, II. Madrid, 1928, obra traducida por ATARD y anotada por CASTÁN TOBEÑAS, págs. 636 y ss. De las referencias legales que se efectúan en la resolución (poniendo en relación los arts. 490, 392 y 1.522), parece admitirse que en estos casos, dada la condición de comuneros de los coparticipes en el disfrute, podrán ejercitar un derecho de adquisición preferente (art. 1.522, retracto legal

— «*Que lo que ahora se pretende es poner fin a una situación de desmembración dominical derivada de una partición hereditaria y del juego en ella del usufructo vidual, y que si en su día se hubiese hecho uso del derecho de conmutación del artículo 839 del Código Civil, ni habría surgido esa situación, ni habría surgido cuestión sobre una eventual titularidad ganancial sobre los bienes hereditarios*».

El razonamiento y conclusión de la DGRN es de nuevo objeto de crítica, pero desde puntos de partida bien diferentes:

En primer lugar, para GIMÉNEZ DUART (*Boletín del Colegio Notarial de Barcelona, La Notaría*, marzo, 1995, págs. 173-177) la consolidación es lo procedente, pero no porque el punto de partida sea el carácter ganancial de usufructo y haya de realizarse «*una construcción absolutamente artificiosa y alambicada para poder llegar a admitir la inscripción de la consolidación*», sino porque, como ya anteriormente había mantenido el autor, el derecho de usufructo entra en la órbita del artículo 1.346-5° del C.C. y, en consecuencia, «*la nuda propiedad era privativa y el usufructo también lo era, aunque se hubiera adquirido con fondos gananciales*».

Muy distinto es el tenor de las restantes críticas a la resolución efectuadas por GÓMEZ GÁLLIGO (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, n° 62, abril-mayo, 1995, págs. 37-39) y VIDAL FRANCÉS (*RCDI*, n° 630, 1995, págs. 1850 y ss.). Ambos autores coinciden en la no procedencia de consolidación en este caso. En opinión de GÓMEZ GÁLLIGO porque no hay «*plena identidad en el régimen jurídico de la nuda propiedad (privativa) y del usufructo (presuntivamente ganancial) cuya reunión se pretende*», añadiendo que «*el argumento de que debe facilitarse la explotación económica de los bienes fomentando la atribución de los bienes a un único sujeto de Derecho no puede ir en contra del régimen jurídico ordinario de los bienes gananciales*». Por su parte, VIDAL FRANCÉS abunda en estos argumentos y rebate cada una de las razones alegadas por la Dirección en favor de la consolidación, concluyendo que, si bien «*en términos "de lege ferenda" hay una indudable razón económica para que se admita la consolidación de los derechos limitativos con pre-*

entre comuneros). No creemos que pueda llegarse a tal conclusión, pues como señala REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», *RDP*, 1979, pág. 1119, aunque el artículo 490 atribuye al usufructuario de parte de una cosa poseída en común el ejercicio de todos los derechos que correspondan al propietario, hay que tener en cuenta que tal posibilidad queda limitada sólo en cuanto a los «*referentes a la administración y percepción de frutos e intereses*», entre los cuales no podemos encuadrar este derecho de adquisición preferente».

valencia a la conservación inalterable de los patrimonios familiares», no es posible en virtud de una interpretación «enmendar la plana al legislador y desvirtuar el precepto terminante del 1.347-3 de que son gananciales “los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos”».

H) *Resolución de 8 de julio de 1998 (BOE nº. 178, 27 de julio)*

a) Antecedentes

Se presenta en el Registro un mandamiento de embargo sobre una vivienda ganancial perteneciente a don José, viudo. El Registrador deniega la práctica de la anotación preventiva pretendida *«sobre la nuda propiedad de la misma por el defecto insubsanable de aparecer inscrita a nombre de persona distinta del embargado»* y la suspende en relación con el usufructo vitalicio *«por el defecto subsanable de aparecer inscrito a nombre del embargado y su esposa, doña Josefa, para su sociedad de gananciales, y habiendo fallecido dicha señora y, por lo tanto, disuelta su sociedad de gananciales y no habiéndose practicado su liquidación, será necesario para practicar dicha anotación de embargo que la demanda se haya dirigido contra los herederos de dicha señora (art. 144.4 LH)».*

Interpuesto el correspondiente recurso, el recurrente defiende la procedencia de anotar el embargo sobre dicho usufructo en base a que *«el derecho de usufructo del que disfrutaba la fallecida no es susceptible de ser heredado, pues, de acuerdo con el artículo 513 del Código Civil, se extingue cuando fallece su titular y de acuerdo con el artículo 987 del mismo Código, lo que ocurre es que acrece el derecho de usufructo del cónyuge superviviente».* En apoyo de su argumentación cita la Resolución de 10 de julio de 1975 y los artículos 521 y 469 del Código Civil que, sin embargo, sólo menciona.

En su informe, el Registrador, a nuestro juicio acertadamente, señala la falta de aplicación al caso del acrecimiento hereditario contemplado en el artículo 987 del Código pues, previsto para el caso de que varios sean los llamados al usufructo de bienes hereditarios y alguno de ellos no pueda o quiera aceptarlo, en el supuesto controvertido, *«el usufructo ya había sido aceptado por sus titulares, aunque sea por vía de reserva».* En su opinión, tampoco es de aplicación la Resolución de 10 de julio de 1975, por ser distinto el supuesto de hecho; en su lugar, entiende aplicable al caso la doctrina contenida en las Resoluciones de 31 de enero de 1979 y 25 de febrero de 1993 en las que se determina *«claramente que el usufructo ganancial no acrece al sobreviviente, sino que forma parte del caudal relicto por el causante y para su enajenación*

se necesita la intervención de los herederos». Por otro lado, «el usufructo está inscrito, a favor de los esposos, sin que conste inscrito en el Registro la acumulación del usufructo en favor del sobreviviente».

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia revoca la nota del Registrador con fundamento en el artículo 521 del Código Civil, conforme al cual, el usufructo subsiste íntegro en favor del usufructuario supérstite, sin que sea *«posible la transmisión de una cuota usufructuaria inexistente a favor de los herederos del usufructuario fallecido, ni la consolidación de la cuota en la nuda propiedad».*

El Registrador, en su apelación al auto presidencial, ofrece una nueva interpretación, creemos, puesto que no lo menciona, del artículo 521: el usufructo constituido por vía de reserva al enajenarse la nuda propiedad de un bien ganancial, *«tiene la particularidad de que su plazo de duración es hasta el fallecimiento del último de los transmitentes, de tal forma que, fallecido uno de ellos, el usufructo subsiste íntegro y pasará a formar parte del patrimonio ganancial sujeto a liquidación».*

b) Doctrina

Confirma la Dirección General la nota del Registrador, pero precisa: *«en el presente supuesto, no se trata de un usufructo constituido en favor de dos personas para su disfrute simultáneo y sucesivo, sino de un bien ganancial en que se enajena la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo, sin modalizarse con ningún pacto especial», en consecuencia, «al tratarse de un usufructo ganancial, extinguida tal comunidad, es necesario, bien que la demanda se dirija contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, bien que el embargo se contraiga a la cuota que a aquél corresponde en el consorcio conyugal en liquidación, embargo que se anotará sobre dicho usufructo en los términos previstos en el artículo 166.1 del Reglamento Hipotecario».*

No tenemos constancia de que esta resolución haya merecido, por el momento, algún comentario. En nuestra opinión, la presente resolución complica aún más la cuestión. Si no es un usufructo en favor de varias personas —al menos, eso señala la Dirección General— y, por tanto, no sería de aplicación el art. 521, ni tampoco nos consta que se haya constituido por la vida del cónyuge viudo, ni hay pacto alguno en virtud del cual se establezca la subsistencia del derecho hasta la muerte del último cónyuge que sobreviva, ¿en base a qué subsiste íntegro en la masa ganancial en liquidación? Desde luego, ninguna duda ofrecería la solución ofrecida si fuera un usu-

fructo vitalicio en favor de don José, al menos desde el punto de vista manifestado por el Centro Directivo en otras ocasiones (Resol. de 31 de enero de 1979). Realmente, se produce el efecto previsto en el artículo 521, no extinción del usufructo pero, no porque se de el presupuesto de hecho del precepto, usufructo constituido en favor de varias personas (usufructo conjunto), sino porque, al menos eso parece deducirse, la condición ganancial de este derecho implica la permanencia del mismo hasta la muerte del cónyuge supérstite, y ello, sin perjuicio de su inclusión en la masa ganancial en liquidación. Esto último es lo que TIRSO CARRETERO, al comentar la Resolución de 10 de julio de 1975, llama «*Usufructo ganancial*».

En realidad, a nuestro modo de ver, el problema que resulta de la resolución, y que abordaremos más adelante, es la determinación de cuál sea la vigencia temporal del usufructo constituido de forma *implícita*, es decir, sin manifestación expresa del derecho que se retiene, cuando se enajena la nuda propiedad de un bien ganancial o, en otros términos, quién queda como usufructuario, de cuya vida depende la vigencia del derecho: ¿ambos cónyuges o sólo el cónyuge que concurre al acto de disposición?

2. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Como es sabido, ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado una de las más fervientes defensoras, tanto antes como después de la reforma de 1981, de la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, llevando hasta sus últimas consecuencias esta concepción, de manera que no sólo se reconoce la existencia de una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad para pedir la división mientras está vigente el régimen, sino que como hace notar BENAVENTE MOREDA (5), *la cotitularidad se extiende a cada uno de los elementos patrimoniales que constituyen el haber ganancial*, respecto de los que se niega la existencia de cuotas concretas.

En relación con esta cuestión, puede concluirse, a la vista de los distintos pronunciamientos, la dificultad de mantener esta posición respecto del derecho de usufructo de condición ganancial, especialmente, si el mismo aparece constituido en favor de uno sólo de los cónyuges. Ello, ha dado lugar a que

(5) Vid., el análisis que realiza la autora de las distintas resoluciones y tendencias mantenidas por la DGRN desde antes de la promulgación del C.C. hasta el momento actual en *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, págs. 62 y ss., 115 y ss. y 483 y ss.

los sucesivos pronunciamientos que se han producido desde 1975, no sigan una línea clara y uniforme, no sólo en orden a las consecuencias que se hacen derivar de la ganancialidad del usufructo, sino respecto del sentido y alcance que haya de darse a la comunicación ganancial de este derecho:

- En algunas resoluciones la Dirección General no puede desconocer el hecho de que constituido el usufructo en favor de uno sólo de los cónyuges, aun cuando merezca la calificación de ganancial, el otro cónyuge no queda investido de la condición de cusufructuario. Lo cual, a nuestro parecer, queda patente en resoluciones como la de 31 de enero de 1979.
- De alguna otra, en concreto la de 25 de enero de 1993, parece resultar que el carácter ganancial convierte en cusufructuarios a los cónyuges, siendo indiferente que el derecho haya sido adquirido por cualquiera de ellos o por ambos conjunta o sucesivamente. Se identifica, en definitiva, cotitularidad y ganancialidad.
- Y, finalmente, en la Resolución de 7 de febrero de 1995, se desconoce totalmente la doctrina del Centro respecto a la cotitularidad mancomunada que recae sobre los bienes calificados como gananciales, admitiendo la consolidación del usufructo de naturaleza ganancial con la nuda propiedad privativa de uno de los cónyuges.

Lo mismo, como señalábamos, puede observarse respecto a los efectos que se hacen derivar del carácter ganancial. Se aborda en la mayoría de ellas, con ocasión de la enajenación del derecho, la cuestión relativa a la liquidación del usufructo una vez producida la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges. Pues bien, si el mismo está constituido en favor de ambos cónyuges no está del todo claro el criterio mantenido:

- Según la Resolución de 10 de julio de 1975, a la muerte de uno de los cónyuges, opera el acrecimiento *ex* artículo 521 en favor del supérstite, quedando excluido el derecho de la liquidación.
- Este mismo resultado (no inclusión en la masa ganancial en liquidación) se hace depender en la Resolución de 21 de enero de 1991, no del carácter conjunto del usufructo, sino de una voluntaria atribución de privatividad (art. 1.355, *a sensu contrario*) deducida del carácter «sucesivo» que se otorga al usufructo constituido conjuntamente en favor de ambos cónyuges, o bien, como resulta de la 8 de julio de 1998, de un pacto especial.
- Y, finalmente, la Resolución de 23 de febrero de 1993, desconoce totalmente esta consecuencia que se hace derivar del usufructo adquirido conjuntamente por ambos cónyuges, pronunciándose en favor de su entrada *in natura* en la liquidación.

III. ADSCRIPCIÓN INICIAL DEL USUFRUCTO AL PATRIMONIO PRIVATIVO O GANANCIAL

No es necesario extenderse demasiado acerca de las consecuencias que, desde el punto de vista del régimen legal de la sociedad de gananciales, supone la calificación de un bien como ganancial o privativo de alguno de los cónyuges. La vigencia entre éstos de tal régimen económico matrimonial implica la sujeción de unos determinados bienes, los gananciales, a un especial sistema de administración, disposición y responsabilidad, no siendo indiferente, pues, su calificación conforme a las determinaciones legales contenidas en los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil.

El usufructo, como derecho real que atribuye a su titular las más amplias facultades de uso y disfrute en cosa ajena, representa el ingreso en el patrimonio de su titular de un bien susceptible de valoración económica y, al menos inicialmente, con aptitud para ingresar, bien en el patrimonio privativo, bien en el ganancial. Las diferentes vías de acceso a cada una de estas masas patrimoniales es lo que nos proponemos analizar a continuación. En este sentido, como hemos tenido oportunidad de comprobar, los pronunciamientos de la DGRN, si bien no pueden citarse como ejemplo de coherencia y claridad en orden a las relaciones entre usufructo y sociedad de gananciales, en un aspecto aparecen sin contradicción, la afirmación del carácter ganancial del usufructo, cuando éste merezca tal calificación conforme al articulado del Código Civil.

En principio, el ingreso del usufructo en uno u otro patrimonio resultará de la conjunción de los preceptos que delimitan su composición y las modalidades de constitución del derecho de usufructo.

Según el artículo 468 del Código, *«El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos inter vivos o en última voluntad, y por prescripción»*. No tiene interés, a los efectos aquí estudiados, la constitución por ley, reducida en nuestros días al usufructo previsto como legítima en favor del cónyuge viudo (arts. 807-3.º y 834 a 840 C.C.). La adquisición del usufructo por prescripción adquisitiva no es, ciertamente, una de las modalidades mas usuales de constitución de este derecho (6); no obstante, de producirse, la cuestión de la calificación del usufructo así adquirido suscitará las mismas dudas que, en general,

(6) Señala LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, III-2.º. Barcelona 1991, pág. 20) que *«como es inusual que el poseedor "ad usucapionem" posea como usufructuario y no en concepto de propietario, la (infrecuente) adquisición de usufructo por usucapión será casi siempre ordinaria (con buena fe y justo título): es decir, cuando la posesión de buena fe y el tiempo sanen la ineficacia del título válido (justo ex art. 1.952 C.C.) de constitución de ese derecho (por no ser dueño el transferente o no tenga el goce de la cosa o no esté legitimado para transmitirla)»*.

plantea este modo de adquirir en el régimen legal de la sociedad de gananciales (7).

En nuestro intento de ofrecer un cuadro general de adscripción del usufructo a una u otra categoría de bienes en el régimen económico matrimonial de gananciales nos interesa particularmente, por su frecuencia, la llamada constitución voluntaria del usufructo.

El usufructo de origen voluntario puede deber su nacimiento a un acto *mortis causa*, siempre testamentario en el Derecho civil común, o a un acto *inter vivos*, a título oneroso o gratuito. En este último supuesto, suele distinguirse entre una constitución *directa*, por vía de enajenación, o *indirecta*, por vía reserva. La constitución por enajenación supone que el propietario se desprende del usufructo a título oneroso (compraventa, permuta, adjudicación en pago...) o a título gratuito (donación), quedando como nudo propietario o

(7) Se suele indicar al respecto, que lo adquirido por usucapición, entra en el concepto del art. 1.347-1.º de adquisición debida a la «*industria de cualquiera de los cónyuges*», siempre que la posesión se hubiere iniciado «*constante matrimonio sin una causa que justifique la posesión exclusiva de un solo cónyuge*». En este sentido se expresan, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV-1.º. Barcelona. 1990, pág. 398 y DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-2.º, dir. por ALBALADEJO. Madrid, 1984, pág. 117. En contra, VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*. Madrid, 1982, pág. 229. DE LOS MOZOS (op. cit., págs. 134-136) precisa algo más la cuestión, distinguiendo entre usucapición ordinaria y extraordinaria. En la usucapición ordinaria, no es sólo el momento de inicio de la posesión *ad usucapionem* el elemento a tener en cuenta, sino también los datos que se derivan de la necesaria existencia del título. Esto permite distinguir, respecto de la usucapición iniciada después del comienzo de la sociedad, el supuesto en el que «*el título no se halle diferenciado en favor de ninguno de los dos cónyuges, en cuyo caso, consumada, aún después de la disolución de la comunidad, la adquisición será ganancial*», de aquél en que el título aparece diferenciado en favor de cualquiera de los cónyuges, en tal caso puesto que «*se trata de la posesión en concepto de dueño que uno de los cónyuges ha podido adquirir separadamente (art. 1.346-3), la adquisición será privativa. Todo lo cual se halla de acuerdo, por otra parte, con las exigencias que acompañan a la buena fe y al título ad usucapiendi (art. 1.950 y ss.)*». A no ser que haya que aplicar el artículo 1.347,3, *por imperativo de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361*». RAMS ALBESA (*La sociedad de gananciales*. Madrid, 1992, pág. 118) citando a LACRUZ señala «*en el caso de ... un inmueble cuya usucapición haya comenzado constante matrimonio, no hay un problema específico; tanto si la usucapición se consuma viviendo los cónyuges como si se acaba ya disuelto el consorcio, la finca será o no partible, según el título por el que se reputa adquirida la posesión*», es decir, *el título opera aquí como en cualquiera otra adquisición: si lucrativo o con dineros propios será privativa, si oneroso o derivativo, será ganancial*». En cuanto a la usucapición extraordinaria, frente a quienes entienden que si la posesión en concepto de dueño por uno de los cónyuges se inició antes del matrimonio, aun cuando se consume después, el bien adquirido será privativo (vid. LACRUZ, *op. et loc. ult. cit.*), DE LOS MOZOS, acogiendo las opiniones de MANRESA Y SAPENA, considera que, tanto el caso de iniciarse la posesión antes como después del comienzo de la sociedad, la adquisición consumada será ganancial, pues al ser la posesión un mero hecho, falta todo derecho en exclusiva; «*lo más importante no es la preexistencia del título, sino la consumación del tiempo, lo que se mantiene por la "industria" de uno, o de los dos cónyuges*».

cediendo esta posición a otra persona (art. 640 C.C.). La constitución por vía de reserva, sin duda, mucho más frecuente en la realidad, se produce cuando el propietario dispone de la nuda propiedad (a título oneroso o lucrativo) reteniendo el usufructo en su favor (8); figura admitida en nuestro Derecho que, si bien no es objeto de una regulación sistemática, se encuentra aludida en diversos preceptos del Código Civil (arts. 492 y 634 C.C.). Como indica ROCA SASTRE (9), esta reserva puede ser *explícita*, cuando el disponente manifiesta expresamente que retiene el usufructo en su favor o en el de otra persona, o *implícita*, cuando sin expresión formal, la reserva se produce automáticamente de la simple enajenación de la nuda propiedad.

Normalmente, el usufructo se constituirá personalmente, esto es, a favor de uno o de otro cónyuge, e incluso, con relativa frecuencia, en favor de ambos. Esta última posibilidad está sancionada por el artículo 469 del Código, cuando previene que el usufructo pueda constituirse «a favor de una o varias personas». Como el propio precepto señala, la pluralidad de sujetos en la titularidad del usufructo puede organizarse, bien de manera simultánea lo que exige «*identidad cualitativa en las titularidades; es decir, con el mismo contenido jurídico, para que quienes sean los llamados tengan derechos y obligaciones cualitativamente iguales*» y unidad de objeto sobre el que recae el derecho, se habla en tal caso de cusufructo o usufructo conjunto (10); bien de manera sucesiva, «*sin que pueda hablarse en tal caso de cusufructo, porque el primer titular absorbe por completo el contenido del usufructo*» (11). En el cusufructo hay «un solo usufructo, aunque tenga varios titulares anteriores». En el sucesivo, «hay tantos usufructos (conexos

(8) De tipo mixto de constitución, entre la enajenación y la reserva, calificaba ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1954, pág. 718), el supuesto en que el disponente reserva para sí el usufructo y, a su muerte, en favor de un tercero, en el que «*de momento sólo hay retención o reserva de usufructo, pero al morir el disponente se produce verdadera constitución*» (Cfr. la última edición de la obra, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V, Barcelona, 1997, pág. 454).

(9) *Derecho Hipotecario*, II, cit., pág. 718 (Cfr. última edición, donde no se adopta expresamente esta terminología, *Derecho Hipotecario*, V, cit., págs. 453-454).

(10) Vid. REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», cit., pág. 1116; cusufructo cuya disciplina, a falta de preceptos específicos, se suele remitir al régimen de la comunidad ordinaria o por cuotas, sin «*perder de vista las especialidades que presenta el derecho de usufructo como tal, lo que obliga a considerar no sólo el título de constitución y la situación interna que se genera entre los usufructuarios, sino también la posición de éstos respecto del nudo propietario*» (pág. 1117). Cfr. la configuración que del cusufructo realiza RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades. La comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges», *RCDI*, n.º 535, 1979, págs. 1293-1304. En opinión de este último autor, en el cusufructo no hay una comunidad por cuotas indivisas, sino una cotitularidad en la que puede apreciarse la conjunción o solidaridad; en consecuencia, ningún cusufructuario puede, por sí solo, transmitir su cuota, dado que tal cuota no existe, ni subrogar a un tercero en su lugar.

(11) REVERTE NAVARRO, *op. et loc cit.*

por razón de la cosa y el derecho) como personas, que suceden en la titularidad y goce del derecho, y un solo usufructo en cada momento. Es decir, el derecho de cada usufructuario sucesivo se extingue con su muerte, al tiempo que nace un derecho nuevo y usufructo diferente para el grado y llamado siguiente» (12).

En ambos supuestos de usufructo múltiple, cuando el derecho lo sea en favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución, el artículo 521 prevé un efecto especial en cuanto a su extinción: *«no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere»*; precepto que, referido al cusufructo e interpretado comúnmente en el sentido de que la parte o cuota de los usufructuarios que vayan faltando (por muerte o renuncia posterior a la adquisición, prescripción...) aumenta o acrece a los demás cusufructuarios, se entiende aplicable también al usufructo sucesivo (13). En virtud del precepto, en

(12) Así, RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a la resolución DGRN de 21 de enero de 1991*, cit., pág. 381, quien hace notar que, en este caso, no hay *«una sucesión en el derecho de usufructo, sino en el disfrute de los bienes usufructuados, de forma que no se consolida este derecho ni se aliena con la nuda propiedad hasta que se extinga el usufructo del último titular sucesivo»*. Coinciden en esta apreciación, REVERTE NAVARRO, op. cit., pág. 1127, MARTÍNEZ CALCERRADA, «El usufructo *ex testamentis* en su regulación positiva», *RDN*, 1968, págs. 350 y ss.; MORENO QUESADA, *Comentario del Código Civil*. Art. 521. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. Por ello, indica ALVAREZ CAPEROCCHIPI (*Curso de Derechos reales*, II. Madrid, 1987, pág. 28), *«los sucesivos usufructuarios pueden desconocer los actos y gravámenes de los anteriores que han de ser necesariamente temporales»*. En este sentido, la sentencia del TS de 26 de abril de 1954 (R.A. 974) declara resuelto el contrato de arrendamiento celebrado por el primer usufructuario, pues si se entendiese que los ulteriores beneficiarios entran en el disfrute de los bienes *«por transmisión del usufructo primitivo a los posteriores, se daría lugar a que los usufructos sucesivos, como el actual, pudiesen quedar gravados por los convenios pactados por los anteriores titulares en forma no prevista ni deseada por el constituyente»*. En realidad, como indica MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES («El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1965, págs. 529-530), la doctrina que se ocupa de la materia, a partir de la obra de VENEZIAN, distingue dos modalidades: *«el usufructo sucesivo propio, equivalente a una sustitución fideicomisaria en el usufructo, en el sentido de que se trata de un único usufructo al que están llamadas sucesivamente varias personas, cada una de las cuales, empero, sucede al causante, sin traer, por tanto, su derecho del anteriormente llamado; y el usufructo sucesivo impropio o progresivo, en el que se trata de una serie de usufructos independientes ordenados en favor de personas distintas, pero atribuidos sucesivamente, es decir, de forma que cada uno nazca al extinguirse el anterior, en el claro entendimiento de que también aquí todos los llamados suceden al causante, aunque se trate de una sucesión en derechos de usufructo diferentes que tienen, empero, un contenido análogo»* (vid. también, DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VII-1.º Madrid, 1992, págs. 581-582; GUTIÉRREZ JEREZ, *El legado de usufructo en el Derecho civil común*. Valencia, 1999, págs. 277 y ss.).

(13) En opinión de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, vid., al respecto la sentencia del TS de 26 de abril de 1954 (R.A. 974) y 24 de abril de 1976 (R.A. 1924). En contra, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo», *RDN*, enero-marzo, 1967, pág. 78.

estos supuestos de usufructo múltiple no se producirá la consolidación con la nuda propiedad hasta que falten todos los conjunta o sucesivamente designados usufructuarios. A este efecto se le suele llamar acrecimiento *impropio, sucesivo o «ex post factum»* pues, como indica ALBALADEJO, *«queda claro que no es figura como la del acrecimiento genuino, que consiste, no en aumento de la cuota de usufructo «que ya se tiene» (aumento procedente de recibir la cuota de otro usufructuario que cesa de serlo), sino en aumento de la cuota de usufructo a la «que se es llamado»»* (14).

Pues bien, atendiendo a estas formas de constitución voluntaria, nos interesa particularmente el usufructo constituido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, pues su establecimiento anterior no planteará ninguna duda de calificación, siendo de inequívoco carácter privativo (art. 1.346-1 C.C.) y, además, resultándonos, en principio, indiferente a los efectos ahora contemplados, que se haya establecido en favor de cualquiera de los cónyuges o de ambos, sea de forma simultánea o sucesiva, pues no es la *titularidad* un criterio que prejuzge el carácter ganancial o privativo de un derecho (15). En principio, por tanto, habrá que atender a las determinaciones legales contenidas en los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, sin que el número segundo del artículo 1.347 pueda *«inducir a duda, pues, aunque califique de gananciales todos los frutos de los bienes privativos como gananciales, esta*

(14) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIII-2.º Madrid, 1981, págs. 377-378. Sobre la cuestión, vid. *infra*, nota 20.

(15) Aunque la utilización del término «titularidad» debe hacerse con las debidas precauciones, dada la diferente significación que, en materia de sociedad de gananciales, cada autor realiza. Así, por ejemplo, DE LA CÁMARA ALVAREZ («Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Vallet*, II. Madrid, 1988, pág. 120), señala: *«la regla general, es que que la titularidad de un bien pertenece, al menos prima facie, al que figura como adquirente en el acto dispositivo. Mas esta regla general aparece desplazada en sede de gananciales por el principio de subrogación real, según el cual se hacen comunes los bienes adquiridos a expensas de bienes comunes. Así lo dice explícita y terminantemente, el artículo 1.347-3.º del Código Civil a cuyo tenor son bienes gananciales «los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos»»* y, más adelante, afirma que en la propiedad y en los derechos reales de goce *«la titularidad no viene determinada por el hecho de que sea uno u otro de los cónyuges el que aparezca como parte en el negocio adquisitivo»* (pág. 195); por el contrario, BLANQUER («Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, pág. 23) lo emplea en su acepción puramente formal, *«en cuanto cualidad determinada por el título de adquisición»*. Nosotros, a efectos de lo ahora reseñado en el texto, nos referimos a *titularidad* como atribución formal del derecho a una persona, con independencia de que, por su condición ganancial, el bien esté adscrito a una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. En este sentido, con alcance analítico, algunos autores hablan de *titularidad formal y titularidad material* (Vid. GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un sólo cónyuge (Ensayo contra el artículo 1.322)», *AAMN*, XXVIII, 1987, pág. 260); CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, 1993, págs. 104 y ss. y 129-132).

regla no se refiere al derecho real de usufructo, sino a los frutos concretos obtenidos de los bienes sobre lo que recae este derecho» (16).

1. POR EL TÍTULO ONEROSO O GRATUITO DE LA ADQUISICIÓN

En la constitución del usufructo por vía de enajenación, el carácter oneroso o gratuito del negocio en que tiene su origen será decisivo en la calificación del derecho.

La adquisición gratuita del usufructo, mucho más frecuente en la realidad que la producida a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges, no suscita dudas en cuanto a su privatividad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.346.2º. En principio, pues, se haya constituido el usufructo en favor de cualquiera de los cónyuges o de ambos tendrá carácter privativo (17).

No obstante, si la constitución lo es en favor de ambos cónyuges, con carácter simultáneo o conjunto, no sucesivo, interfiere lo previsto en el artículo 1.353, según el cual, *«los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario»* (usufructo conjunto ganancial) (18).

Del mismo modo, si el título es la donación, hay que tener en cuenta la previsión del artículo 637: *«Cuando la donación hubiese sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa. Se exceptúa de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiere dispuesto lo contrario»*.

(16) Así, GINER GARGALLO, «Donación de una finca por el titular registral a su hijo, reservándose el donante el usufructo para sí y para su esposa», *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 24, pág. 911.

(17) Así se entendía antes de la reforma de 1981 por la generalidad de la doctrina, vid. GARCÍA BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, págs. 77 y 92, y CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, II, *cit.*, págs. 19 y 21.

(18) Se aparta con ello el Código del criterio sustentado anteriormente en favor de la privatividad. En concreto, conforme al antiguo artículo 1.398, *«los bienes donados o dejados en testamento a los esposos, conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote a la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante o testador, y a falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto en el artículo 637»*. Al estudiar el actual art. 1.353, la doctrina centra su atención en la interpretación del requisito consistente en que la atribución se realice *«sin especial designación de partes»* y, en concreto, si las expresiones *«por mitad»* o *«por partes iguales»* excluyen la condición ganancial de los bienes así adquiridos. Da buena cuenta del estado de la cuestión, PRETEL SERRANO, *Comentario del Código Civil*. Art. 1.353. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, págs. 661-662.

La coordinación de estos preceptos es comúnmente entendida de la siguiente manera: si uno de los cónyuges renuncia o no acepta la donación, el aceptante único, puesto que desde ese momento ya no es posible revocar la donación, ni siquiera respecto del no aceptante, adquirirá el bien como privativo, en base a la aplicación del artículo 637 (19), que prevé un acrecimiento «propio» o inicial, basado en la conjunción o solidaridad del llamamiento y producido por la existencia de una vacante, a diferencia del llamado acrecimiento «impropio» o posterior del artículo 521 (20), que como sabemos prevé

(19) Así ECHEVARRIA EHHEVARRÍA, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, n.º 116, 1982, pág. 19; y CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, pág. 27; MARTÍNEZ SANCHIZ, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, XXVI, 1985, pág. 387; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 177-178; GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales...», *cit.*, págs. 304 y ss.; PRETEL SERRANO, *Comentario...*, *cit.*, pág. 663 matiza que si bien el donante no podrá revocar la donación desde que recae la aceptación de uno de los esposos, «*si podrá revocar el concepto en virtud del cual la ha hecho, de tal manera que pase a ser el bien privativo íntegramente del donatario aceptante, quedando impedido el otro consorte de manifestar su aceptación*». En contra, TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II. Madrid. 1984, págs. 1625, para quien la falta de aceptación de uno de los cónyuges determinará la ineficacia de la donación, al frustrarse la voluntad presunta del disponente dirigida a otorgar carácter ganancial a la liberalidad. Por su parte, DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad», *ADC*, 1986, págs. 375-376, señala que, ante la falta de aceptación de uno de los cónyuges, el funcionamiento del juego del derecho de acrecer o la ineficacia de la liberalidad, estarán en función de la interpretación de la voluntad del donante o testador. En la donación, «*el donante puede por sí mismo despejar la incógnita. Pero es igualmente obvio que esa posibilidad no existe si se trata de una liberalidad testamentaria. La solución habrá de venir por vía convencional (así, el cónyuge aceptante y los herederos del testador resuelven que la liberalidad quede sin efecto o, por el contrario, que la haga suya por entero o en parte, el cónyuge que acepto) o por vía judicial, si no hay acuerdo*».

(20) Ambas modalidades de acrecimiento son, en palabras de LUCINI CASALES («*El derecho de acrecer en los negocios jurídicos inter vivos*». *Estudios en homenaje al prof. Federico De Castro*, II. Madrid, 1976, págs. 246-249 y 253 y ss.), «*fenómenos distintos que tienen en común, aparte del nombre, la identidad de resultado económico, consistente en la incrementación objetiva de las participaciones o cuotas de algunos de los interesados, como consecuencia del vacío de titularidad provocado por el fallo (muerte, renuncia, etc.) de otro u otros*». El acrecimiento propio es el sucesorio y «*presupone un patrimonio o derecho en una situación dinámica o de tránsito, esto es, en una situación no plenamente consolidada, antes bien, caracterizada por el llamamiento solidario a favor de varios sujetos, alguno de los cuales no quiere o no puede atender el llamamiento, en cuyo caso se produce el vacío de titularidad que el ordenamiento jurídico resuelve con el efecto expansivo del acrecimiento*». El impropio (además del previsto en el artículo 521 en cuanto al usufructo, destaca el supuesto de renuncia a su cuota por el comunero del art. 395) se produce «*en situaciones estáticas de cotitularidad, es decir, en supuestos en los que el patrimonio o derecho no está en tránsito a través de una llamamiento conjunto o solidario, sino que se halla en una situación adquirida y consolidada de comunidad o cotitularidad. En tales supuestos, cabe la posibilidad de que uno de los cotitulares pierda su participación en la cotitularidad por causas que nada tengan que*

ver ya con el posible (pero no necesario) llamamiento conjunto o solidario que pudo determinar en su día la situación de cotitularidad... Pues bien, en tales supuestos, al producirse ex post factum, el vacío de titularidad, la norma ha de proveer también para llenar tal vacío, y su disyuntiva radica entonces entre dar expansión a las titularidades de los cotitulares subsistentes o dar tratamiento de cosa aislada a la participación perdida por su titular, marcándola el destino que corresponda por razón de la causa de la pérdida... La norma podrá optar por uno u otro criterio, pero conviene destacar que si opta por el primero (expansión) no lo hace ni lo puede hacer ya por razón del hipotético llamamiento conjunto o solidario, porque aparte de que tal situación pudo nacer sin llamamiento conjunto o solidario alguno, se da la circunstancia de que este presunto llamamiento, de haber existido, quedó ya extinguido...». Pues bien, como indica el autor más adelante (pág. 254), «el fenómeno acrecitivo que prevé el artículo 637 —se refiere— a la primera de las manifestaciones o vertientes indicadas, esto es, al llamado acrecimiento propio o dinámico, cuya naturaleza y operatividad es absolutamente idéntica al acrecimiento producido en la sucesión mortis causa ex arts. 981 a 987 del Código Civil». En el mismo sentido, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, V. Madrid, 1921, págs. 145-146; ROCA SASTRE, «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1948, pág. 251; BELTRÁN DE HEREDIA, *El derecho de acrecer*, Madrid, 1956, págs. 170-171; DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales...», cit., pág. 374, nota 60; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VIII-2.º, cit., pág. 237. No es enteramente coincidente con la expresada en el texto la interpretación, que de los artículos 637 y 521, ofrece RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones sobre el acrecimiento...», cit., págs. 1271-1273 y, especialmente, 1290-1292), para quien «la donación conjunta de usufructo se perfecciona con la aceptación formulada por uno sólo de los donatarios. Desde tal momento, el usufructo ha de considerarse constituido (aunque su extensión no esté definitivamente perfilada), y por ello la aplicación del artículo 521 será indudable. En cuanto que cualquiera de los llamados acepta la donación..., el lugar de los repudiantes o fallecidos (con anterioridad o posterioridad a aquella aceptación) será absorbido por el aceptante». Esto lo justifica el autor en la vocación conjunta o solidaria al derecho que requiere también el artículo 521: «siendo la vocación al todo del derecho (conjunta), la primera aceptación viene a convertir en irrevocable la oferta del donante al aceptarse justamente aquello que se ofreció». También puede verse sobre las diferencias entre el acrecimiento sucesorio o propio y el efecto previsto en el artículo 521: D'ORS y BONET CORREA, «El problema de la división del usufructo», cit., págs. 117-121; BELTRÁN DE HEREDIA, *El derecho de acrecer*, cit., págs. 156-162 y 172-175; ROCA SASTRE, *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 252; MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, *El usufructo testamentario...*, cit., págs. 535 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º, Barcelona, 1963, págs. 352-354; REVERTE NAVARRO, op. cit., págs. 1121-1122. Ahora bien, aunque es común reconocer que el efecto acrecentador previsto en el artículo 521 no se corresponde con el derecho de acrecer en sentido estricto (vid. ALBALADEJO, *Comentarios...*, XIII-2.º, cit., págs. 377-378; MORENO QUESADA, *Comentario del Código Civil*, cit., pág.; DORAL, *Comentarios al Código Civil...*, cit., págs. 574 y ss.), las razones que, a juicio de los autores, lo justifican difieren, dependiendo de la naturaleza que se otorgue al derecho de usufructo y a la cotitularidad sobre el mismo: D'ORS y BONET CORREA (op. et loc cit.): es la indivisibilidad del usufructo lo que impide su extinción parcial y consolidación con la nuda propiedad. «El usufructo que se lega a dos es un único e indivisible usufructo; en tanto viva uno de los dos usufructuarios, el derecho se mantiene íntegro» (Opinión seguida por NÚÑEZ IGLESIAS, *Comunidad e indivisibilidad*, Madrid, 1995, págs. 233 y ss.). BELTRÁN DE HEREDIA (*El derecho de acrecer*, cit., págs. 161 y 162): es la naturaleza temporal y personal del derecho de usufructo, junto con la conjunción o solidaridad del llamamiento y la voluntad del testador: «cuando el testador llama solidariamente a varias personas al usufructo de una misma cosa, quiere que éste corresponda por

la no extinción del usufructo constituido en favor de personas vivas hasta la muerte de la última (21).

Lo mismo cabría señalar respecto del usufructo testamentario al que son llamados conjuntamente marido y mujer. Será ganancial si es aceptado por ambos cónyuges y el testador no dispone lo contrario. Pero si por cualquier

entero a aquéllas y que la falta de una de ellas, anterior o posterior a la adquisición, produzca el acrecimiento a favor de los demás y que, en consecuencia, el usufructo de la cosa esté separado en su totalidad de la propiedad de la misma mientras viva uno de los usufructuarios. En realidad, pues no se trata de una excepción al principio general que rige en materia de acrecimiento hereditario, sino de una especialidad en el tratamiento jurídico basado en la naturaleza particular del derecho de usufructo» (opinión compartida por MARTÍNEZ CALCERRADA, *El usufructo ex testamentis...*, cit., págs. 344-345). FERNÁNDEZ MOLLEDA-LLAMAZARES (*op cit.*, pág. 541): Es un acrecimiento que se concede con independencia de cualquier hipotético llamamiento conjunto o solidario previo al usufructo y cualquiera que sea el título de constitución del mismo. El fundamento se encuentra «*en la propia situación estática de cotitularidad que, habida cuenta del carácter personal (intuitus personae) y temporal del usufructo, ha inducido al legislador a optar por la alternativa del acrecimiento, en lugar de por la consolidación parcial en el nudo propietario*». ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Derecho de sucesiones*, III. Barcelona, 1994, págs. 381-382), en el sentido que propusiera ROCA SASTRE (*El llamado derecho de acrecer...*, cit., págs. 254-257) indica que esta incrementación en favor de los sobrevivientes, aunque no lo prevea así el Código, únicamente se producirá cuando «*el usufructo esté dispuesto conjuntamente, en bloque o in solidum, sin división de partes o configuración de cuotas (sine partibus), pues si se ha dispuesto pro partibus, no habrá acrecimiento, ya que la cuota correspondiente quedará embebida en la propiedad gravada o nuda propiedad, debido al carácter elástico del dominio*». En su opinión, las razones de «*esta incrementación con las cuotas vacantes de los usufructuarios que falten son varias: la indivisibilidad del usufructo, por ser una servidumbre, si el mismo se ha atribuido en bloque; el argumento romano de que usufructus quotidie constituitur et legatur, pues, si bien la propiedad se adquiere de una vez, en un solo momento, en cambio el usufructo tiene trazo, se constituye y se reitera constantemente y en cada instante su goce se reitera y, por tanto, se atribuye al que en cada momento es titular del usufructo, sea uno, sean varios, aunque disminuya su número; argumento de la voluntad del disponente, que al legarlo en bloque quiere que se produzca el juego del acrecimiento tontino, pues basta que no haya disyunción, o sea, formación de cuotas específicas, para interpretar que la voluntad del disponente fue atribuir todo el usufructo por entero a todos y a cada uno de los usufructuarios, presumiéndolo así al parecer, el artículo 521 del Código Civil; usufructus, non portioni, sed homini accrescit, que es la regla contraria al derecho de acrecer propio, debido a que en el usufructo dicho acrecimiento se produce como un derecho subjetivado, adscrito no a la misma entera de cada cuota, sino a la titularidad personalísima y subjetivada, y, por tanto, intransmisible, del usufructuario. Por esta razón se sostiene que el enajenante de su cuota en el usufructo (que sólo se desprende del commodum o contenido económico) no pierde su cualidad de usufructuario y continúa teniendo a su favor el acrecimiento, y lo mismo se cree en caso de renuncia abdicativa o derelictio, así como en el supuesto de que el usufructuario adquiera la nuda propiedad y consolide el dominio*».

(21) El artículo 521 del Código no tiene correspondencia en los Códigos civiles francés e italiano. En el Derecho francés, algunos autores (MAZEAUD Y CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, II-2.º París, 1994, pág. 382, LARROUMET, *Droit Civil. Les biens*, II. París, 1985, pág. 261) afirman que el usufructo constituido en favor de varias personas no se

causa el llamamiento en favor de alguno deviene ineficaz (premoriencia, repudiación...), el acrecimiento sucesorio propio *ex* artículo 987, puede determinar que uno sólo de los consortes adquiera la totalidad del usufructo con carácter privativo.

En cierto sentido, la operatividad de los artículos 637 y 987 deja sin efecto lo dispuesto en el artículo 1.353 pues si, en virtud del acrecimiento previsto en aquéllos, uno sólo de los cónyuges recibe la donación, la totalidad de lo donado tendrá carácter privativo suyo (22).

En ninguna de estas liberalidades (*inter vivos* o *mortis causa*) de usufructo se cierra la posibilidad de que pueda entrar en juego el llamado acrecimiento «impropio, posterior o *ex post facto*» previsto en el artículo 521 del Código para situaciones consolidadas de cotitularidad del derecho de usufructo (23). Lo que en este caso nunca tendrá lugar, dado el carácter dual de la atribución *inter vivos* o *mortis causa*, es la aplicación sucesiva de ambas modalidades de acrecimiento, el propio (en base a los arts. 637 o 987) y el impropio (art. 521). Como señala LUCINI CASALES, «*por hipótesis no es posible en el caso de la donación conjunta a los cónyuges, pues si hay acrecimiento no hay comunidad, y si hay comunidad es porque no ha habido acrecimiento*», y lo mismo habría que indicar respecto del usufructo testamentario en favor de ambos consortes.

La constitución a título oneroso hace entrar en juego el principio de subrogación real, que opera de manera automática, en función del carácter de la contraprestación; será privativo (art. 1.346-3.º), ganancial (art. 1.347-3.º) o, en parte privativo y en parte ganancial en la misma proporción en que lo fueran los fondos empleados (art. 1.354). Si bien, el carácter ganancial se ve claramente favorecido por la presunción del artículo 1.361 (24), que obliga a demostrar de modo inequívoco la procedencia propia de los bienes empleados para dejar sin efecto la subrogación en favor del patrimonio común, y por el artículo 1.355-2 según el cual: «*si la adquisición se hiciere de forma conjunta*

extingue hasta la muerte de la últimas, otros (vid. RIEG, voz *Usufruit*, Rep. Dalloz de Droit civil, VII. París, 1980, pág. 29) hacen depender este efecto de la existencia de un pacto expreso o deducido de la voluntad de las partes o del testador. El *Codice civile* italiano, en el legado de usufructo, junto al derecho de acrecer sucesorio, prevé este acrecimiento posterior o sucesivo cuando, después de adquirido, uno de los cusufructuarios fallece, renuncia...; en general, cuando la constitución del derecho no es testamentaria, la doctrina hace depender la producción de este efecto de la existencia de un pacto expreso, en caso contrario, la consolidación se produce *pro quota*.

(22) En este sentido se pronuncia LUCINI CASALES (*op. cit.*, pág. 250), si bien teniendo presente la legalidad vigente en el momento en que escribe (antiguo art. 1.398 C.C.).

(23) Vid. FERNÁNDEZ COSTALES, *El usufructo voluntario de herencia*. Madrid, 1993, págs. 103 y ss.

(24) Ya bajo el régimen anterior a la reforma de 1981 así lo entendía RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1305.

y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes» (25).

Cuando conforme a este criterio el usufructo merezca la calificación de ganancial (adquisición *a costa del caudal común*), nada impide que su constitución se realice en favor de ambos (conjunta o sucesivamente) o de uno sólo de los cónyuges (26), cuya vida marca el término temporal de vigencia del derecho (27). En este sentido, compartimos el razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 7 de noviembre de 1996, en la cual, ante la pretensión de la demandante de considerar subsistente el derecho de usufructo adquirido por el marido con carácter vitalicio a costa del caudal común, una vez fallecido éste, en base precisamente a la ganancialidad del derecho, se argumenta: *«el hecho de que se haya adquirido con bienes gananciales, pero sólo a favor de uno de los cónyuges, como se deduce de la propia escritura de adquisición, no cambia su propia naturaleza, titularidad y necesaria extinción al fallecimiento del titular y consiguiente extinción de la sociedad de gananciales, sino que conferiría al otro titular de dicha sociedad el derecho previsto en el propio Código Civil en sus arts. 1.358 y 1.390 al disolverse y liquidarse la sociedad de gananciales; al alegarse haber adqui-*

(25) Precepto que, a juicio de RAMS ALBESA (*La sociedad de gananciales*, cit., pág. 174), «tiene un alcance meramente explicativo, pues el “sin atribución de cuotas” puede interpretarse: “sin explicitación demostrativa de en qué medida son privativos de cada cónyuge los recursos aportados para la nueva adquisición”. Si los cónyuges adquieren un determinado bien, sin demostrar el origen privativo de los recursos empleados, y se atribuyen cuotas de participación en la propiedad —queriendo con ello crear un proindiviso ordinario entre sus masas privativas— no dejarán de adquirir un bien ganancial y se deberán tener por no puestas las mencionadas cuotas de participación, pues la nueva manifestación no es suficiente para impedir que opere en plenitud de efectos el art. 1.347-3.º C.C.; los caudales empleados son gananciales en tanto no quede claramente demostrada su procedencia privativa».

(26) En todos los supuestos de adquisición del usufructo a título oneroso en virtud de contraprestación privativa de uno de los cónyuges, la doctrina anterior a la reforma del régimen económico matrimonial en 1981, entendía que se producía una donación entre cónyuges prohibida (antiguo art. 1.334), si aquel derecho se constituía en favor, no sólo del aportante de los fondos, sino de ambos cónyuges de manera conjunta o sucesiva (vid. GARCÍA-BERNARDO LANDETA op. cit., págs. 79 a 82 y 93 y COMÍN COMÍN, «Notas sobre el usufructo a favor de ambos cónyuges simultánea o sucesivamente», *RDN*, julio-diciembre, 1967, pág. 338).

(27) Si en la adquisición onerosa del usufructo se emplean fondos privativos de uno de los cónyuges, constituyéndose el usufructo en favor de ambos se reproducen aquí los problemas que, con carácter general, se plantea la doctrina, principalmente, si el derecho se adquiere para un cónyuge y sucesivamente para el otro: ¿donación?; ¿contrato en favor de tercero?; ¿puede el mismo originar un derecho real?; ¿en qué momento debe recaer la aceptación del beneficiario?; ¿qué derecho ostenta el usufructuario sucesivo mientras disfruta del bien el precedente? Recientemente, sobre las cuestiones que suscita la configuración jurídica del usufructo sucesivo puede consultarse, ALBIEZ DORHMANN, *Negocios atributivos post mortem*. Barcelona, 1998, en especial, págs. 134-135 y 137-141.

rido con bienes gananciales otro bien en favor de uno sólo de los cónyuges; y en posible perjuicio del otro. Perjuicio que por otra parte no se produjo mientras duró la sociedad puesto que ésta fue la perceptora de los beneficios del usufructo».

La constitución en favor de ambos cónyuges, con carácter conjunto o sucesivo, hará entrar en juego el efecto previsto en el artículo 521 del Código Civil: el usufructo no se extinguirá hasta la muerte del cónyuge superviviente; precepto que, como se entiende comúnmente, es aplicable al usufructo múltiple en favor de personas vivas al tiempo de su constitución, cualquiera que sea el título (oneroso o gratuito) que originó el nacimiento del derecho (28).

2. POR RAZÓN DE LA NATURALEZA DEL BIEN ENAJENADO SOBRE EL QUE RECAE LA RESERVA DE USUFRUCTO

En la constitución del usufructo vía reserva o retención es tradicional afirmar que este derecho tendrá igual carácter que tenía el pleno dominio del bien cuya nuda propiedad se transmite. Aunque, a poco que se indague, se percibirá que la fuente de la que deriva la ganancialidad o privatividad en este caso depende de la construcción técnica que se haga de este procedimiento de constitución del usufructo.

A nivel doctrinal se discute, entre otras cuestiones (29), si en la enajenación con reserva de usufructo, hay dos negocios (uno traslativo de la propiedad y otro constitutivo del usufructo) o estamos ante un único negocio de transmisión de la nuda propiedad con reserva del *ius fruendi*. Los defensores

(28) En este sentido, vid. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, *op. cit.*, pág. 542; ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil...*, VIII-2.º, *cit.*, pág. 237; DORAL, *Comentarios...*, VII-1.º, *cit.*, pág. 575; GÓMEZ CORRALIZA, «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios «inter vivos», incluidos los onerosos», *RDP*, 1991, págs. 840-841 y 860. No es procedente, pues, a efectos de aplicar el art. 521, distinguir entre usufructo constituido a título oneroso o gratuito, como argumenta el Registrador en su informe a la Resolución de 10 de julio de 1975: «hay que tener en cuenta que efectivamente un usufructo puede constituirse a favor de varias personas, subsistiendo el mismo hasta que fallece la última de éstas; pero el referido artículo, al igual que el 637 del mismo cuerpo legal, se refiere a los usufructos constituidos por vía de enajenación, donde una persona extraña al matrimonio dona a ambos cónyuges el usufructo, y precisamente es en virtud del artículo 637, más que del 521, donde tiene su fundamento esta permanencia del usufructo adquirido por donación en el cónyuge superviviente; pero si la constitución del usufructo es por título oneroso, ya no son de aplicación las normas citadas, sino que seguirá la misma suerte que los demás bienes que integran el patrimonio de la sociedad, pudiendo ser adjudicado, al liquidarse ésta, al cónyuge superviviente, a un heredero o aun extraño» (*RCDI*, n.º 511, 1975, pág. 1451).

(29) Por ejemplo, si la constitución del usufructo se verifica a título originario o derivativo, vid. DORAL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VII-1.º,

de la teoría del doble negocio se basan en una concepción unitaria del derecho de propiedad, de donde deriva la imposibilidad conceptual de una transmisión aislada de las facultades dominicales, y en el clásico principio *nemini res sua servit*, que impide constituir sobre una cosa propia un derecho real de usufructo. Los partidarios del negocio único con pluralidad de efectos parten del dominio entendido como una suma de facultades, cuya escisión es posible, de modo que la atribución se limitaría a la nuda propiedad, separada del usufructo (30).

Entre nosotros, y abordando el tema que nos ocupa, GARCÍA-BERNARDO LANDETA defiende la existencia de dos negocios: se transmite la nuda propiedad y el adquirente la grava a título gratuito u oneroso con un usufructo en favor del transmitente; en consecuencia, la calificación privativa o ganancial del usufructo derivará, conforme a lo expuesto en el epígrafe anterior, del carácter gratuito u oneroso de su adquisición (arts. 1.346-2.º y 3.º y 1.347-3º) (31).

Es mayoritaria, sin embargo, la posición que defiende la existencia de un único negocio de efectos retringidos a la transmisión de la nuda propiedad (32). Gráficamente señalaba ROCA SASTRE, que es como si «*se cortara*

cit., págs. 49-50. En la doctrina italiana dan buena cuenta de la cuestión PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*. Torino, 1956, págs. 172 y ss. y QUARANTA-PREDEN, *Usufrutto*, en *Commentario al Codice civile*, III, dir. por DE MARTINO. Roma, 1972, págs. 319-320, quienes, partiendo de la existencia de un único negocio con doble efecto, se pronuncian por el carácter derivativo de la adquisición, al presuponer un derecho de contenido más amplio (propiedad) del que deriva el de contenido menor (usufructo), sin ser necesaria a estos efectos una voluntad negocial. Lo decisivo, entienden, no es un negocio, sino la pertenencia a una persona determinada del mismo derecho adquirido o de otro más amplio, a diferencia de la adquisición originaria que prescinde enteramente del derecho perteneciente a un determinado sujeto.

(30) En el caso de donación con reserva de usufructo, admitir la existencia del doble negocio significaría, como señalan ALBACAR y CAVANILLAS (*Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, II. Madrid, 1991, pág. 795), «*que el donatario habría de tener suficiente capacidad no sólo para aceptar la donación, sino también para gravar la propiedad recibida con la constitución de un usufructo a favor del donante por lo que, por ejemplo, los padres no podrían aceptar este tipo de donación a favor de sus hijos menores sin autorización judicial (art. 166 C.C.)*».

(31) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, págs. 86 y ss., quien señala: «*La contra-prestación en el caso de transmisión onerosa del dominio, o concretamente el precio en el caso frecuente de compraventa, será el del valor de la plena propiedad, si el usufructo se constituye a título gratuito y el precio líquido, es decir, deducido el valor del usufructo, si la constitución de éste es onerosa. En el supuesto de donación del dominio, si el usufructo se constituye a título oneroso, se fijará el precio de éste, precio que no será necesario fijar, si se constituye a título gratuito*».

(32) Así, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, *cit.*, pág. 718; RUIZ ARTACHO, «La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos», *RCDI*, n.º 284, 1952, pág. 3; RODRÍGUEZ ADRADOS, «Disposición onerosa de inmuebles gananciales», *RDN*, julio-dic, 1958, págs. 182 y 183; MENÉNDEZ-VALDES GOLPE, «Más sobre el usufructo a favor del cónyuge del donante y otras

un trozo de derecho dominical (la nuda propiedad) continuando «en su misma configuración» la parte que subsiste en favor del anterior dueño (usufructo)» (33). En este caso, se entiende que el usufructo tendrá la misma naturaleza, privativa o ganancial, que el bien del que se desprende o a partir de cual se genera la operación (34). También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, nos referimos a la sentencia de 13 de abril de 1993 (R.A. 3000), donde afirma el carácter ganancial del usufructo reservado, con carácter vitalicio en favor exclusivamente de la esposa, en la enajenación de la nuda propiedad de un inmueble de carácter ganancial (35).

Esta conclusión es la que, a nuestro juicio, debe imponerse, y ello con independencia de que el usufructo reservado en la enajenación de bienes gananciales se haya constituido en favor de uno de los cónyuges (36) o de

cosas», *RDN*, julio-diciembre, 1967, pág. 389 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991*, cit., págs. 378-380; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II. Madrid, 1982, pág. 111. DORAL GARCÍA, *op. cit.*, pág. 49-50, quien señala que la teoría del negocio único con doble efecto, es el punto de vista más «respetuoso con el Derecho registral, una única inscripción —el acto traslativo de la propiedad— y con el Derecho fiscal».

(33) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II. cit., pág. 718, nota 3.

(34) Así, SCAEVOLA, *Código Civil*, XXII. Madrid, 1967, revisado por REYES MONTE-RRREAL, págs. 655-656; RUIZ ARTACHO, *op. cit.*, pág. 5; CASASUS HOMET, «Actos dispositivos, con reserva de usufructo, que favorece al cónyuge del disponente», *RDN*, enero-marzo, 1966, págs. 187 y 192; COMÍN COMÍN, *op. cit.*, págs. 334 y 337; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1.305; GINER GARGALLO, *op. cit.*, pág. 912. En contra, CARRETERO GARCÍA, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de julio de 1975*, cit., pág. 1456: «el usufructo reservado no es el mismo usufructo causal ganancial que existía antes de la desmembración de usufructo y nuda propiedad».

(35) La cuestión se plantea con motivo del embargo por deudas de ambos cónyuges del derecho de usufructo, constituido en favor, única y exclusivamente de la esposa por vía de reserva al vender la nuda propiedad de un inmueble ganancial, ante lo cual la usufructuaria interpone tercería de dominio, entre otras razones, por considerar que el usufructo reservado le correspondía en exclusividad. El Tribunal Supremo rechaza el recurso porque a la reserva que la actora «manifestó que hacía, en su favor, del usufructo exclusivo del chalet, no puede atribuírsele eficacia alguna, pues siendo ganancial dicho usufructo, la adjudicación del mismo a uno sólo de los cónyuges hubiera requerido la previa liquidación de la sociedad de gananciales, que no consta se haya practicado».

(36) En contra, se manifestaban antes de la reforma del Código Civil, algunos autores que vinculaban el carácter ganancial del usufructo con la necesidad de reserva conjunta, por entender que el usufructo constituido en favor de uno solo de los cónyuges con ocasión de la enajenación de bienes gananciales convertía al derecho reservado en privativo del cónyuge en cuyo favor se establecía la reserva. Así, SCAEVOLA, *op. ult. cit.*, pág. 655: «por lo que respecta a esta reserva, que, a nuestro juicio, siempre ha de entenderse contraria a la ley la que sea hecha de un modo personal, directo y exclusivo a favor del marido donante»; CASASUS HOMET, *op. cit.*, pág. 192: «si la cosa era ganancial, el usufructo reservado tendrá carácter ganancial, es decir, la reserva será para la comunidad conyugal, no para el donante»; COMÍN COMÍN, *op. cit.*, págs. 333-334, nota 2: «La constitución de un usufructo conjunto o sucesivo entre cónyuges no es totalmente discrecional o arbitrario. Aunque la finalidad sea idéntica, en un casos se impondrá como necesaria la fór-

ambos, sea conjunta o sucesivamente y, sin perjuicio, como veremos, aunque dependiendo del alcance que se le reconozca, del posible juego del artículo 1.355 del Código Civil.

Precisamente, las principales dudas bajo el régimen anterior a 1981, dada la prohibición legal de donaciones entre cónyuges, surgieron con ocasión del usufructo reservado sobre bienes gananciales o privativos establecido con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges o sucesivo en favor del disponente y, a su muerte, en favor de su consorte. Tanto en un caso como en otro, el *acrecentamiento* en favor del cónyuge viudo que, por mor del artículo 521 se origina, determinó la búsqueda de un expediente que obviara la prohibición legal de las donaciones entre cónyuges (anterior art. 1.334) (37). Después de

mula del usufructo simultáneo (v. gr., enajenación de la nuda propiedad de bienes gananciales) y en otros no será posible sino el usufructo sucesivo (v. gr., enajenación de la nuda propiedad de bienes privativos)»; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», cit., quien, si bien considera inadmisibles la reserva de usufructo que, en bienes de carácter ganancial, se haga con exclusividad para uno sólo de los cónyuges (pág. 1.351), porque, según parece deducirse, ello comportaría su conversión en privativo y, en consecuencia, habría una donación entre cónyuges prohibida, no ve obstáculo a que tal derecho se adquiriera por un solo cónyuge, a título oneroso y a costa del caudal común (pág. 1305).

(37) La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1960 (R.A. 2082) aborda un supuesto de donación de un bien privativo con reserva conjunta del usufructo en favor de ambos cónyuges y hasta el fallecimiento del último: *«dicha reserva no se hace por partes iguales, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de donación, pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste»*. Comenta esta resolución G.D. (*Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1960, págs. 523-526), quien deduce de esta sentencia que la reserva en favor de los dos cónyuges durante el matrimonio es válida; una vez fallecido el cónyuge propietario y quedando sólo como beneficiario y donatario el cónyuge no propietario debe, a su juicio, articularse para no incurrir en ámbito de las donaciones prohibidas entre cónyuges de la siguiente manera: en la donación, el donante debe reservarse el usufructo durante la vida de él y de su esposa, y después realizar un legado del usufructo reservado en favor de su esposa. Por su parte, RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones...», cit., págs. 1327-1328), desde su particular visión del artículo 521 C.C. critica la sentencia citada en el sentido de que *«no puede, en pura técnica, hablarse de donación, puesto que no es la voluntad de un cónyuge la que genera la adquisición por el superstite, sino que es un especial derecho de acrecer, o la ley o ésta unida al singular carácter que define los derechos conjuntos, la que ocasiona la absorción post mortem del usufructo... Si el efecto absorcional se produce, lo hayan previsto o no los cónyuges, a virtud de que tal efecto es consustancial con el usufructo simultáneo y conjunto que aquéllos se reservaron en acto inter vivos, no cabe encuadrarlo en la institución de la donación mortis causa»*. En el caso de la donación por uno de los cónyuges de un bien privativo reservándose el usufructo para sí y sucesivamente para su cónyuge, la entrada en el disfrute del cónyuge del donante a la muerte de éste planteaba la cuestión de la naturaleza del acto y de la necesidad o no de aceptación del usufructo a su favor antes de que el donante falleciera, si se trata de inmueble, conforme al art. 633: ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Derecho Hipotecario*, V, cit., pág. 454): Hay verdadera donación *mortis causa*, que requiere aceptación, pero que podrá hacerse tanto en vida del donante como después de su fallecimiento. VALLET («Las ventas con reserva

1981, el planteamiento de la cuestión en estos términos deja de tener sentido en virtud del reconocimiento legal expreso de la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323 C.C.).

Ahora bien, como señalábamos, la reserva del usufructo al disponer de la nuda propiedad, puede hacerse de manera *explicita*, quedando configurado el usufructo en favor de cualquiera de los cónyuges o de ambos, o de manera *implícita*, es decir, sin alusión alguna al derecho que se retiene. Surge en este

de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores». *RDP*, 1946, pág. 955): Reversión impropia asimilada al supuesto del artículo 641. La donación en favor del cónyuge implícita en dicha reserva es de naturaleza *mortis causa*, será válida pues no le alcanza la prohibición de donaciones entre cónyuges, al regirse por las reglas de la sucesión testamentaria. CASASUS HOMET (*op. cit.*, pág. 189): *Donación mortis causa tácita, revocable por el cónyuge donante*. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE («La transmisión de bienes con reserva de usufructo a favor del transmitente y de su cónyuge», *RDN*, julio-diciembre, 1966, págs. 273 y ss.): La adquisición del cónyuge sobreviviente deriva del donatario o adquirente de la nuda propiedad, quien la adquiere bajo condición resolutoria de constituir el usufructo en favor del supérstite. Aunque estima que lo correcto sería «"reservar" un usufructo por la vida del transmitente y de su cónyuge en favor del primero y sus herederos y legatarios, y completar la operación con un testamento en el que el constituyente disponga de ese usufructo en favor del cónyuge» («Más sobre el usufructo a favor del cónyuge del donante, y otras cosas», *RDN*, julio-diciembre, 1967, pág. 391). MANRESA: Es una donación entre vivos con entrega *post mortem*, siendo precisa la aceptación antes de la muerte del donante, y una vez aceptada sería irrevocable. Por otra parte, las mismas dificultades aparecían en otros Ordenamientos de nuestro entorno más cercano. En Italia, la prohibición de donaciones entre cónyuges (art. 781 del *Codice*, declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en sentencia de 27 de junio de 1973, por vulnerar el principio constitucional de igualdad) planteaba en similares términos la cuestión, vid. PUGLIESE, *op. cit.*, pág. 180 y PALERMO, *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*. Torino, 1966, págs. 359-360. De distinta forma, aparece esta temática en Francia, donde se acude al expediente de la *institución contractual* o donación de bienes futuros, permitida entre cónyuges (arts. 1082 y 1093 del *Code*) para superar, entre otros, el principio que prohíbe las sustituciones y la prohibición de pactos sobre la sucesión futura. Es ilustrativo al respecto, el análisis de la evolución jurisprudencial en esta materia que realizan los autores, pueden verse las sentencias de la Corte de Casación de 20 de abril de 1983 (notas de PATARIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1984, págs. 349-350; MARNIERRE, *Sem. Jur.*, II. 1984, 20257; GRIMALDI, *Dalloz*, 1986, I, págs. 31-34), de 4 de abril de 1991 (nota de PATARIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1992, págs. 165-166 y 598-599); 14 de enero de 1997 (notas de BARABÉ-BOUCHARD, *Sem. Jur.*, 1997, págs. 607-609; ZENATI, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, avr-juin, 1998, págs. 414-416) y 21 de octubre de 1997. En ellas se aprecia un cambio de orientación: de ser contemplada como una institución contractual o donación de bienes futuros pasa a configurarse como donación de bienes presentes sujeta al término inicial de la muerte del primer usufructuario. De ahí que pase a ser admitida con carácter general y no sólo entre cónyuges, aunque cuando la constitución del usufructo tiene lugar entre éstos, como cualquier donación entre esposos, es libremente revocable (art. 1096 C.C. francés). No obstante, la sentencia de la Corte de Casación, Camara comercial, de 2 de diciembre de 1997 (nota de ZENATI, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, oct-déc., 1998, págs. 937-939) califica el supuesto de donación condicional, al depender el nacimiento del usufructo sucesivo de la supervivencia del segundo usufructuario al primero.

segundo caso, siempre y cuando se coincida con nosotros en que la disposición de la nuda propiedad produce la constitución automática del derecho de usufructo retenido (38), la cuestión de cuál sea la vigencia temporal del usufructo reservado.

Se entiende, de manera general, en tales supuestos en que no queda expresada de forma explícita la existencia del usufructo, que la duración del derecho (naturalmente vitalicio) vendrá determinada por la vida del disponente, a quien se considera usufructuario (39). Esto que, sin dificultad, resulta claro cuando alguno de los cónyuges disponga de la nuda propiedad de sus bienes privativos, no lo es tanto cuando la disposición afecta a bienes gananciales.

Cierto sector doctrinal, sobre la base de identificar el carácter ganancial con el usufructo conjunto o simultáneo, entiende que tal derecho quedará constituido en favor de ambos cónyuges y, en consecuencia, subsistirá hasta la muerte del último que sobreviva (40).

No es, sin embargo, ésta nuestra opinión; como expondremos más adelante, ganancialidad del usufructo y constitución de este derecho en favor de

(38) Cuestión que tampoco es pacífica. Sobre el tema, y en favor de la constitución automática, vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, págs. 1306 a 1312; en este sentido también, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V, *cit.*, pág. 462.

(39) Así, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. ult. cit.*, págs. 1305 a 1312. También ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, *cit.*, págs. 719 y 728, quien, respecto de la inscripción, señalaba que en los casos en que el usufructo esté implícitamente reservado o retenido, sólo constará en el Registro la adquisición de la nuda propiedad, pero el usufructo «*debe considerarse entoces como virtualmente inscrito a favor del disponente*». En la última edición de la obra ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V, pág. 462, se indica: «*en estos casos de usufructo reservado debería inscribirse en un mismo asiento este usufructo y la nuda propiedad transmitida y gravada por él, pues con el desplazamiento patrimonial de tal nuda propiedad ha quedado automáticamente constituido tal usufructo, como derecho nuevo, por su falta de preexistencia en la realidad jurídica. El usufructo no es regularmente una «pars dominii» anteriormente embebida del inmueble inmatriculado o inscrito, sino que con la enajenación de la nuda propiedad ha asumido vida «ex novo», por cuya razón queda constituido sin más por vía de reserva. En consecuencia, esta constitución automática debiera inscribirse juntamente con la nuda propiedad transmitida y, por tanto, en un mismo asiento registral*». En la doctrina italiana, vid. VENEZIAN, *Usufructo...*, I, *cit.*, pág. 419.

(40) Así, aunque por razones y con matices bien distintos, CASASUS HOMET, *op. cit.*, pág. 192, quien afirma «*que si la cosa era ganancial, el usufructo reservado tendrá carácter ganancial, es decir, la reserva será para la comunidad conyugal, no para el donante*»; COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 334, para quien se impone como necesaria la fórmula del usufructo conjunto en la enajenación de bienes gananciales, «*aunque en el acto de enajenación intervenga uno solo de los cónyuges, con o sin el consentimiento del otro*»; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, págs. 1313 y ss. y de forma más clara, en «*Más acerca de la innecesidad de que el usufructo ganancial requiera, en su caso, ser incluido en la liquidación de la sociedad conyugal*», *Boletín del Colegio de Registradores*, *cit.*, pág. 361.

ambos cónyuges no van indisolublemente unidos. La ganancialidad del usufructo reservado no significa necesariamente que estemos ante un *cousufructo*, en el sentido de que el derecho quede constituido en favor de ambos cónyuges y hasta que el último fallezca (art. 521 C.C.). En el mismo sentido, señala AVILA NAVARRO (41), que *«el usufructo ganancial no es siempre usufructo conjunto; si los cónyuges quieren articular su adquisición o reserva como usufructo conjunto, han de hacerlo expresamente así, dentro del ámbito del art. 521 C.C.»*. Pero, sin dudar de la conveniencia de que así sea, el problema surge ante la disposición de la nuda propiedad de bienes gananciales, sin referencia alguna al usufructo reservado: ¿debe, ante la falta de manifestación, entenderse que el usufructo reservado lo es en favor de ambos cónyuges?

La cuestión, a nuestro juicio, ha de ponerse en relación con el sistema de disposición conjunta de los gananciales diseñado por el legislador, y las diferentes manifestaciones externas que el cumplimiento de esta exigencia permite. Es decir, en principio y salvo las excepciones legalmente contempladas, se precisa el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición de bienes gananciales. Sin embargo, el ejercicio y exteriorización de este consentimiento dual admite formas distintas a la concurrencia conjunta y externa, coactuación o cointervención de ambos cónyuges en la celebración de los negocios que afecten al patrimonio común.

Como indica RAMS ALBESA, *«en materia de forma nuestro sistema se manifiesta totalmente abierto, pues se puede coger el acervo común, bien actuando ambos de consuno, es decir, contratando los dos cónyuges, o bien haciéndolo uno de ellos con el consentimiento del otro, es decir, apareciendo como parte del contrato uno solo de los cónyuges. Para la primera modalidad sirven tanto la comparecencia personal de ambos, cuanto la actuación de uno con poder representativo suficiente y acreditado para actuar o en calidad de mandatario verbal del otro exigiéndose entonces la oportuna ratificación; en tanto que para la segunda, la más habitual sin duda, desde la perspectiva del tercero —respecto del consorcio— que interviene como parte en el negocio, este consentimiento no contractual es meramente habilitante en favor del cónyuge que contrata y puede ser expreso o tácito»* (42).

Lo que, sin duda plantea más problemas es el alcance y efectos patrimoniales que se derivan de estas formas de actuación. En particular, y por lo que a nosotros interesa, el valor que haya de concederse al consentimiento del otro, cuando uno de los cónyuges concurra al otorgamiento del acto adquisitivo o dispositivo. Es decir, si estamos en presencia de una voluntad contrac-

(41) *Comentario de la Resolución de la DGRN de 25 de febrero de 1992, cit.*, pág. 1106.

(42) RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 283.

tual, de manera que el asentimiento convierte al cónyuge no interviniente en coadquirente o cocontratante, o sólo implica un poder de control, que no lo convierte en parte contractual (43).

Desbordaría nuestro estudio ahondar en esta polémica. En nuestra opinión, cualquiera que sea la opción acogida, no podemos sustraernos al hecho de que la concurrencia de ambos cónyuges al acto de disposición de la nuda propiedad de bienes gananciales determinará que la reserva implícita de usufructo que se produce sea en favor de ambos; por el contrario, no creemos que se pueda sostener que, cuando un cónyuge constituye un usufructo por reserva al enajenar bienes comunes, la ganancialidad del derecho implícitamente reservado comunique la condición de usufructuario a su consorte, de manera que el nudo propietario (donatario o comprador) deba considerar constituido un cusufructo, ni siquiera sobre la base de invocar el consentimiento prestado por el cónyuge no interviniente en el acto de disposición o el régimen económico del matrimonio; fundamentalmente, no sólo porque se entienda que el asentimiento al acto realizado individualmente por uno de los cónyuges es una condición de eficacia del negocio celebrado que no convierte en parte negocial a quien lo presta (44), sino porque faltaría el consentimiento del nudo propietario (45).

(43) En palabras de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ OSSORIO (*La cogestión de los bienes gananciales*. Madrid, 1997, pág. 125): «nos preguntamos si lo que se está demandando de quien debe cointervenir en un negocio es la prestación de un auténtico consentimiento, requisito de existencia del mismo, o bien puede tratarse de una colaboración de diferente naturaleza y de menor alcance, necesaria para la eficacia del acto, pero que no convierte a quien lo presta en parte del contrato que se celebra».

(44) Vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ OSSORIO, *op. cit.*, especialmente, págs. 124 y ss.

(45) También incide en el valor que haya de concederse al consentimiento de los cónyuges cuando uno sólo de ellos concurra al otorgamiento del acto adquisitivo o positivo, la cuestión planteada por AMORÓS GUARDIOLA, «Usufructo ganancial conjunto y sucesivo», *Boletín del Colegio de Registradores*, 1995, n.º 4 (2.ª época), págs. 1095-1096, acerca de si un cónyuge puede por sí solo adquirir el usufructo de una finca a título oneroso, con carácter ganancial y en forma conjunta y sucesiva con su consorte quien no comparece en la escritura que formaliza el negocio traslativo, distinguiendo dos posiciones:

a) Conforme a la primera, que el autor estima mayoritaria, si se quiere que el usufructo ganancial adquirido fuera «conjunto y, por tanto, sucesivo, era indispensable que compareciera el otro cónyuge en la escritura de compraventa o que la ratificara después..., sin su consentimiento negocial, simultáneo o posterior, vía ratificación, no era posible inscribir el documento pretendido que, en definitiva, venía a atribuir un derecho a una persona sin contar con su aceptación. Esta postura separa la titularidad de los bienes adquiridos, que corresponde al cónyuge adquirente y el carácter ganancial de los mismos que, sin atribuir la titularidad, matiza el derecho adquirido por el compareciente atribuyendo al no compareciente una serie de facultades de administración, disposición, modalizando el régimen de responsabilidad del bien, sujetándolo a un proceso de liquidación final de la sociedad de gananciales, etc. En definitiva, el usufructo

3. POR RAZÓN DE LA PREVIA TITULARIDAD DE LA NUDA PROPIEDAD O DEL USUFRUCTO: LA CONSOLIDACIÓN (46)

Dentro de las causas de adscripción del usufructo al patrimonio privativo o ganancial, interesa detenerse en el problema planteado por la Resolución de 7 de febrero de 1995. La cuestión a resolver sería la siguiente: la adquisición onerosa de la nuda propiedad o del usufructo, con independencia de los fondos que se empleen, ¿beneficia al patrimonio titular del derecho correlativo, de suerte que se produce la extinción por consolidación, sin perjuicio del oportuno reembolso (art. 1.358 C.C.)?. En aquel supuesto (nuda propiedad privativa y usufructo ganancial), como vimos en su momento, la DGRN resolvía en favor del notario recurrente, estimando procedente la consolidación.

Antes de la reforma de 1981, el profesor LACRUZ (47), había indicado que «cuando, mediante precio, hubiere adquirido el consorcio el usufructo, éste

en mano común o conjunto adquirido por un cónyuge a título oneroso será ganancial o presuntivamente ganancial, pero, con independencia de tal carácter, pertenecerá a quien lo adquiriera, el cónyuge compareciente, y no al otro cónyuge, el cual sólo ostentará sobre el bien adquirido, las facultades que deriven de la atribución al mismo del carácter ganancial y si se quiere adquirir el usufructo lo que tiene que hacer es lo mismo que ha hecho su consorte, es decir, comparecer y comprarlo».

Del mismo modo, cuando uno de los cónyuges manifiesta reservarse el usufructo *para sí y para su consorte*, se pronuncia en favor de que concurra la aceptación del cónyuge beneficiario, aunque desde una perspectiva bien diferente de caracterización de régimen legal de gananciales a la señalada, GIMÉNEZ DUART («Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1982, n.º 584, pág. 126, nota 1); GINER GARGALLO, *op. cit.*, pág. 911

b) Conforme a la segunda, indica AMORÓS GUARDIOLA, «si partimos de la base de que entre consortes casados bajo el régimen económico conyugal de la sociedad de gananciales hay una masa de bienes privativos de cada uno de ellos y una masa de bienes gananciales de los que son titulares el marido y la mujer conjuntamente y que constituyen el tercer patrimonio, el patrimonio ganancial, habrá que concluir que si un bien es adquirido por un cónyuge a título oneroso y con carácter ganancial, con independencia de que ese bien se inscriba en el Registro a nombre del adquirente y para su sociedad conyugal, el bien adquirido es ganancial, de modo que sobre él ostentan una titularidad conjunta marido y mujer. La conclusión en el caso que nos ocupa, si no fuera porque el derecho no es una ciencia exacta, parecería inevitable y se podría sostener más o menos en los siguientes términos: el usufructo adquirido por el esposo, casado en régimen de gananciales, a título oneroso es un usufructo que pertenece a marido y mujer conjuntamente, como cualquier otro bien del patrimonio ganancial. El usufructo así adquirido es un usufructo ganancial... en definitiva, un usufructo simultáneo o conjunto en favor de dos personas, los cónyuges casados en gananciales, y así lo sería igualmente si el bien se hubiera adquirido por los dos cónyuges a título oneroso, pues en ambos casos el bien adquirido sería ganancial».

(46) Aludimos aquí a la consolidación como causa autónoma de extinción del usufructo y, especialmente a la que tiene lugar por compra, donación... del usufructo por el nudo propietario o de la nuda propiedad por el usufructuario, no al sentido amplio de consolidación, consecuencia de la extinción previa del usufructo.

(47) «Bienes comunes...», *cit.*, *RDN*, enero-marzo, 1957, pág. 27.

es, en principio, bien común, y como tal tendrá que dividirse si perdura a la disolución de la comunidad. Cosa distinta es que los cónyuges puedan determinar que el derecho real adquirido por la comunidad y que grava la finca de uno de ellos se reincorpore a la nuda propiedad, con la obligación de reembolsar su valor a cargo del propietario. Este negocio es perfectamente lícito, y sólo podrá impugnarse, en su caso, por los acreedores de la comunidad o los legitimarios... (48).

La consolidación a costa de los fondos comunes da lugar a reembolso; pero tratándose de usufructo, éste, no consistirá en la cantidad entregada para su readquisición, sino —puesto que la comunidad se lucró con los frutos— en el valor del usufructo al disolverse ésta. Por tanto, si el usufructo se había extinguido antes nada habrá que indemnizar.

Cuando el usufructo haya sido adquirido a costa de los fondos privativos del cónyuge nudo propietario, es claro que se consolida sin adquisición de reembolso, pero tampoco la comunidad queda obligada a hacer reintegro alguno al adquirente, puesto que el derecho a percibir los frutos no le ha sido atribuido por él, sino que deriva directamente del ordenamiento jurídico».

Con referencia a nuestro actual ordenamiento, comenta RAMS ALBESA, que a diferencia de lo que sucede en materia de servidumbres, en que «*la doctrina ha venido sosteniendo con práctica unanimidad que la consolidación por extinción de un derecho real limitado que pesa sobre una finca de titularidad privativa aprovecha directamente a esta titularidad —«vis atractiva del derecho de propiedad»—, por lo que se trata de una adquisición privativa que en su caso dará lugar, si para ello se emplea numerario común, al nacimiento de un derecho de crédito en favor de la masa ganancial, considerándose desde POTHIER esta operación como una impensa útil*» (49). Tratándose del

(48) También SCAEVOLA, *Código Civil*, XXII, *cit.*, pág. 371, entendía que no procedía la consolidación: aun cuando la nuda propiedad sea privativa de uno de los cónyuges pues el carácter ganancial del usufructo adquirido durante el matrimonio y a costa del caudal común, no ofrece duda alguna al autor. Distinto es el parecer de DE COSIO Y CORRAL, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil. La sociedad de gananciales*, L-1.º, Madrid, 1963, págs. 47-48, quien considera que «*son bienes privativos de los cónyuges, aunque no representen verdaderas subrogaciones, las adquisiciones obtenidas en virtud del ejercicio de acciones o derechos que pertenecían privativamente a uno de los cónyuges... Entre las que se encuentran... k) El usufructo incorporado durante el matrimonio a la nuda propiedad de bienes pertenecientes a uno sólo de los cónyuges*».

(49) RAMS ALBESA, *La sociedad...*, *cit.*, págs. 69-70, para quien, «*no obstante esta calificación tradicional, cuyo fundamento y función práctica comparto, entiendo que el supuesto clásico de la extinción onerosa de una servidumbre, por ejemplo, no puede ser considerado como mejora en el sentido y con los fines del art. 1.359 C.C., sino más bien debe ser tratado como un supuesto de accesión económica ordinaria, por lo que no dará lugar a especialidad alguna en materia de reembolsos y, en su consecuencia, se habrá de aplicar en el momento de la liquidación la regla general del art. 1.358 C.C.*».

derecho de usufructo, la cuestión no ha sido tan pacífica. «*POTHIER entendía que para decidir si había lugar o no al derecho de recompensa en favor de la comunidad aportante de los fondos de la redención habría que estar a que el tercero titular del usufructo estaba o no vivo en el momento de la disolución de la comunidad: si había premuerto nada debía la masa adquirente a la comunidad; si sobrevivía, debía al consorcio la parte en que le aprovechaba la redención, pues de otra forma su titular seguiría siendo tan sólo nudo propietario del bien.*

Esta tesis ha sido siempre minoritaria, a pesar de su rigor clásico, incluso entre la doctrina francesa —ODIER, TROPLONG—, pues la mayor parte entiende que el usufructo no se redime en el momento de su adquisición por el consorcio del tercero titular, sino que como tal usufructo entra a formar parte de la masa consorcial y es a la disolución de ésta, si debiera subsistir cuando hay verdadera redención, es en ese momento cuando hay que fijar el «quantum» a reembolsar; el propietario, desde luego, nada debe si el usufructo se hubiera debido extinguir constante la sociedad.

Entiendo con esta amplia corriente doctrinal que si es, en principio, la comunidad la enriquecida con la adquisición (en ella entrarán los frutos que producía la cosa y que por el usufructo correspondían al usufructuario), no debe el titular reembolsar lo que en su momento se abonó al usufructuario como precio de su derecho, sino tan sólo en la proporción en que le aproveche la redención; si la redención se hace con numerario propio del nudo propietario el usufructo se extingue sin más y éste no puede pedir reintegro de la masa común por lo que ésta se lucró.

No hay especialidad en la adquisición de la nuda propiedad del inmueble del que uno de los cónyuges es titular de un derecho de goce sobre el mismo» (50).

De manera más general, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, al analizar los caracteres de la sociedad de gananciales, señala que, como patrimonio separado colectivo, «*caben relaciones jurídicas entre el patrimonio común y cada uno de los patrimonios personales de los cónyuges sin que, ni «parcialmente», se produzcan en ellas los fenómenos de la extinción por confusión (si la relación es de obligación) o por consolidación (si se trata de un derecho real que una de las masas patrimoniales tenga sobre una cosa que pertenezca en propiedad a otra)*» (51).

(50) RAMS ALBESA, *op. et loc. cit.*

(51) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1989, pág. 216. En el mismo sentido, PRETEL SERRANO, *Comentario del C.C.*, cit., pág. 654, a propósito del supuesto en que siendo el usufructo privativo de alguno de los cónyuges, la adquisición de la nuda propiedad, «*por cualquier causa, ha de ser calificada como un bien ganancial*», señala que «*para este caso (aun cuando la titularidad individual de un cónyuge sobre la nuda propiedad ganancial corresponda precisamente a quien es titular*

En realidad, las cuestiones que, a nuestro entender, están en la base de tal resolución son dos:

- Desde el punto de vista de la consolidación, como modo de extinción de los *ius in re aliena*, se plantea si requiere no sólo unidad subjetiva (la misma persona ostenta la titularidad del derecho de propiedad y del que lo limita) sino también patrimonial (identidad de régimen jurídico de los patrimonios puestos en relación);
- Desde la perspectiva de la sociedad de gananciales, la cuestión está en decidir si, fuera de los supuestos permitidos legalmente y exceptuando el principio general de subrogación real, los cónyuges pueden incrementar sus bienes propios con fondos gananciales cuando existen razones jurídicas (la no presunción de límites al derecho de propiedad y la interpretación estricta de los mismos) y económicas (en palabras de la DGRN, «*facilitar la explotación económica de los bienes arbitrando mecanismos de reintegración de las facultades desmembradas en un único sujeto de derecho*») que justificarían su procedencia.

Respecto de la primera cuestión, se ha sostenido, lo que compartimos, que «*para que proceda la consolidación, se requiere una plena identidad en el régimen jurídico de la nuda propiedad y del usufructo cuya reunión se pretende*» (52).

En cuanto a la segunda, aunque las razones deban ser atendibles de *lege ferenda*, como también se ha indicado, es una cuestión que «*debe ser contemplada en el momento de legislar, pero una vez que el legislador ha decidido; ni siquiera por vía de interpretación correctora puede la jurisprudencia enmendar la plana al legislador y desvirtuar el precepto terminante del art. 1.347-3 de que son gananciales "los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos"*» (53). Ello, sin perjuicio, de que por el juego del artículo 1.355, que examinamos a continuación, pueda favorecerse la extinción por consolidación.

del usufructo) puede entenderse que no existe consolidación pues caben relaciones jurídicas entre las masas patrimoniales, de tal manera que seguirá existiendo un cónyuge usufructuario que como tal dispondrá de facultades de disposición y administración sobre su derecho que no se ven limitadas por la nuda propiedad ganancial».

(52) GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario a la RDGRN de 7 de febrero de 1995», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, cit., pág. 39.

(53) VIDAL FRANCÉS, «Comentario a la Resolución de 7 de febrero de 1995», cit., pág. 1856.

4. POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD

Conforme al párrafo primero del artículo 1.355, «*podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*». El precepto tiene la virtualidad de permitir a la voluntad conjunta de los cónyuges alterar el principio de subrogación real. Para la mayoría de los autores, la norma es una concreción del principio general de libertad de pactos entre las partes; para otros autores, quienes reconocen que estamos ante una manifestación más de la autonomía que tienen los cónyuges para configurar su sociedad de gananciales, la justificación última del precepto se encuentra en el trato legal de favor dispensado a la masa ganancial, de modo que no es consecuencia directa de la libertad de contratación entre cónyuges (54).

Aunque literalmente interpretada la norma sólo sería aplicable al supuesto de adquisición onerosa del usufructo mediante contraprestación privativa, cuyo carácter ganancial podrá ser determinado por acuerdo de los cónyuges, impidiendo el juego del artículo 1.346-3.º, entendemos posible su aplicación al usufructo constituido por reserva con ocasión de la enajenación de la nuda propiedad de un bien privativo (55), en que el carácter privativo del usufructo cederá ante el acuerdo voluntario de atribución de ganancialidad.

Por lo demás, se reproducen en esta materia los mismos problemas que con carácter general plantea el precepto: su ámbito de aplicación (56); si el

(54) En este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*. Madrid, 1986, págs. 83 y ss. 189, seguido por POVEDA BERNAL, «Consideraciones en torno al llamado "negocio jurídico de aportación" a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *RCDI*, mayo-junio, 1997, págs. 830 y ss.

(55) No puede decirse propiamente en caso de constitución del usufructo por reserva que la adquisición se verifica ni a título oneroso ni a título gratuito.

(56) Vid. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», *RCDI*, n.º 559, 1983, págs. 1417 y ss., quien alude a tres posibles interpretaciones:

a) La que entiende el artículo 1355 como consagración de una libertad absoluta de los cónyuges para atribuir a los bienes que adquieran naturaleza ganancial, aunque pueda ser demostrada su naturaleza privativa.

b) La que considera que su sentido es rectificar la presunción de ganancialidad en casos dudosos.

c) La que entiende que la norma permite a los cónyuges optar por la calificación ganancial de un bien cuando su carácter no venga determinado por los artículos 1.346-1.347, que serían normas imperativas, sino que resulte de los artículos 1.354, 1.356, 1.357 y otros que serían dispositivas.

La primera de las interpretaciones es la más común a nivel doctrinal, vid. RAMS ALBESA, «La subrogación real en la sociedad de gananciales», *RDN*, julio-diciembre,

negocio adquisitivo debe concluirse o no por ambos cónyuges (57); el funcionamiento del acuerdo en un momento posterior a la adquisición (58); la procedencia del oportuno reembolso a la masa patrimonial disminuida cuando, por virtud del acuerdo, los bienes entren a formar parte de otra masa patrimonial distinta (59); la impugnación de la atribución cuando entrañe un perjuicio

1984, págs. 322-323; GIMÉNEZ DUART, «*Bienes privativos y gananciales...*», cit., pág. 135; DE LA CÁMARA, «*La autonomía de la voluntad...*», cit., pág. 118; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, II. Art. 1355, cit., pág. 667; MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid, 1995, pág. 382; POVEDA BERNAL, op. cit., pág. 830.

(57) Al respecto pueden confrontarse las opiniones de GIMÉNEZ DUART («*Los bienes privativos y gananciales...*», cit., pág. 122) y RAMS ALBESA (*La sociedad de gananciales*, cit., pág. 174). En opinión del primero de los autores citados, basta con que el negocio sea realizado por uno sólo de los esposos manifestando su voluntad de atribuir al bien carácter ganancial, lo cual será consentido por el otro. RAMS ALBESA expone su crítica en los siguientes términos: se requiere «*que tal explicitación de voluntad sea conjunta de los dos cónyuges; no se trata, como propone GIMÉNEZ DUART, de una mera declaración, sino de la participación de ambos cónyuges en un negocio adquisitivo al que se adiciona un negocio de comunicación al modo germánico y el «comun acuerdo» tiene los mismos límites de eficacia que la confesión de privatividad contemplada en el artículo 1.324 C.C.*».

(58) La mayoría de la doctrina lo considera posible, aunque se discute si en tal caso se concluye o no un verdadero contrato entre cónyuges. En varias resoluciones, la DGRN aborda la aplicación del párrafo primero del art. 1.355 en un momento posterior al de adquisición de los bienes, siendo su doctrina que, si bien no hay ningún obstáculo en atribuir carácter ganancial a los bienes en base al principio general de libre contratación entre cónyuges (art. 1.323), en tales supuestos no entra en juego el art. 1.355 (simple acuerdo de atribución), sino que se está ante un negocio dispositivo o traslativo entre cónyuges que exige la expresión clara de su causa: RDGRN 10 marzo 1989 —R.A. 2468— (atribución de carácter ganancial a una vivienda adjudicada en pago de su cuota privativa a uno de los cónyuges al efectuar la partición de la comunidad *pro indiviso*), RDGRN 26 octubre 1992 —R.A. 8552— (atribución de condición ganancial a la finca resultante de la agrupación de una ganancial y otra privativa y a la edificación realizada en la misma), RDGRN 11 junio 1993 —R.A. 5418— (pacto de atribución ganancial contenido en escritura de declaración de obra nueva realiza con fondos gananciales en finca privativa de uno de los cónyuges). Entre esos negocios o contratos con causa suficiente para producir el desplazamiento patrimonial, se encuentra el negocio de *aportación o comunicación de bienes a una comunidad no personalizada*, como categoría negocial autónoma y diferenciada, que precisa para su acceso registral, no sólo la concurrencia material de los requisitos necesarios para su validez y eficacia, sino su exacta especificación o determinación en el título inscribible (RDGRN 7 octubre 1992 —R.A. 8302— y 28 mayo 1996 —R.A. 4012—). Sobre la cuestión, vid. las reflexiones de CHICO ORTIZ, «*La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma*», *RCDI*, enero-febrero, 1993, n.º. 614, págs. 219-234 y POVEDA BERNAL, «*Consideraciones en torno al llamado «negocio jurídico de aportación»...*», cit., págs. 799 y ss.

(59) El precepto no deroga la regla general de reembolso contenida en el art. 1.358 en opinión de LACRUZ, *Elementos...*, IV-1º, cit., pág. 403-404; CASTILLO TAMARIT, «*Aspectos parciales...*», cit., pág. 22; MARTÍNEZ SANCHEZ, op. cit., pág. 401; Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV. Madrid, 1995, pág. 182; DE LOS MOZOS, *Comentario...*, XVIII-2, cit.; GAVIDIA, op. cit., págs. 140-154; MARTÍN MELÉNDEZ, op. cit., pág. 224. Por

para acreedores y legitimarios (60); y, significativamente, su posible juego en sentido inverso, esto es, la atribución voluntaria de carácter privativo a bienes que merecerían, en principio, la calificación de gananciales.

Es esta última cuestión, la más controvertida. Frente reiterados pronunciamientos de la DGRN (61) y destacadas opiniones doctrinales en favor de esta

su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Comentario del Código Civil. Art. 1.355, cit.*, págs. 668-669) matiza la cuestión: cuando el acuerdo de atribución entre cónyuges se produce en el momento anterior o coetáneo a la adquisición, dependerá de la causa, siendo frecuente que en supuestos tales como la constitución de derechos de usufructo en favor de un cónyuge, realizada a costa del caudal común, pero privativo por acuerdo, la causa sea gratuita. Si el pacto se produce en un momento posterior, «*debe tener causa suficiente*», para que se opere la transferencia de un patrimonio a otro. Distinto es el parecer de GIMÉNEZ DUART, «*La adquisición...*», *cit.*, pág. 295-297, para quien, como regla no procederá el reembolso, salvo que el cónyuge titular de los fondos se reserve este derecho. No representan obstáculos a esta consideración, ni la no presunción de las liberalidades, pues «*no se trata de presumir una liberalidad sino de valorar un comportamiento como "tácita liberalidad"*»; ni el artículo 1.358, «*ya que el reembolso, como es lógico procede cuando la ley impone una calificación, no cuando ésta se produce por voluntad de los cónyuges*». A tal efecto, ilustra la cuestión refiriéndose al supuesto de «*venta de un bien privativo con reserva de usufructo por parte del vendedor "para sí y para su cónyuge con carácter conjunto y sucesivo"*». Prescindiendo del arduo problema de la ganancialidad o no del usufructo, lo claro es que la composición mental de los cónyuges debe ser muy similar en este caso y en el artículo 1.355. ¿Cree el lector que en el ánimo del vendedor queda la idea de que su cónyuge le «*debe su parte de usufructo*»?». Personalmente, nos cabe la duda de que, en tal caso estemos ante un negocio de atribución de la condición con la que el bien ingresa en la comunidad, en nuestra opinión, probablemente, lo que habrá en la mayoría de estos supuestos será una donación *inter vivos* entre cónyuges, aplazada al momento de la muerte del donante (usufructo sucesivo) o con eficacia actual (usufructo conjunto). En este último caso cabría plantearse, caso de adquisición conjunta y sin atribución de cuotas, la voluntad favorable de los cónyuges a la atribución de condición ganancial del cónyuge así adquirido, lo que la ley presume en el párrafo segundo del art. 1.355-2. También RODRÍGUEZ LÓPEZ («*Algunas cuestiones...*», *cit.*, pág. 1.323) observa, aunque desde la perspectiva de la legalidad anterior a 1981, que en los supuestos en los que el usufructo conjunto, en favor de ambos cónyuges, se constituye por reserva al enajenarse la nuda propiedad de bienes privativos, «*lo realmente pretendido es atribuir la titularidad no al otro cónyuge, sino más bien a la sociedad conyugal. El deseo no parece, pues, otro que el de ofrecer a dicha sociedad un título voluntario que refuerce el derecho legal al percibo de los frutos*».

(60) Así lo reconocen, LACRUZ, *loc. ult. cit.*; DE LOS MOZOS, *loc. ult. cit.*; RAMS ALBESA, «*La subrogación real en la sociedad de gananciales*», *RDN*, julio-diciembre, 1984, pág. 323; en contra, GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 154 y ss; MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 224-225.

(61) La DGRN se manifiesta reiteradamente en este en favor de esta posibilidad: RDGRN 25 septiembre 1990 (R.A. 7153) en la que se exige que el «*negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía pese a su conjunción con el negocio atributivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1.347-3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación en favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso a que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil, etc.*»; doctrina confirmada en RDGRN 21 enero 1991 (R.A. 521). A nivel doctrinal, por la afirmativa se

posibilidad, doctrina especializada en el tema esgrime consistentes argumentos en contra (62).

IV. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA GANANCIAL DEL USUFRUCTO

Si de lo expuesto hasta ahora puede convenirse en las vías de acceso del usufructo a las diferentes masas patrimoniales que origina el régimen económico matrimonial de gananciales, no obstante, el alcance que merezca esta adscripción del usufructo al patrimonio ganancial no es una cuestión pacífica en la doctrina. La razón de ello radica en las diferentes líneas interpretativas

pronuncian: LACRUZ, *Elementos...*, IV-1.º, *cit.*, pág. 408; CASTÁN y GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1987, pág. 413; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código...*, XVIII-2.º, *cit.*, págs. 187-188 y 228-229; MARTÍNEZ SANCHIZ, «Casos dudosos...», *cit.*, pág. 404; DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales...», *cit.*, págs. 429-431; GIMÉNEZ DUART quien en un primer momento se manifiesta en contra (vid. «Los bienes privativos...», *cit.*, pág. 121), aceptando posteriormente esta posibilidad en «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge...», *cit.*, págs. 294 y 298, en base a que «nada se opondrá, en sede de principios, a que uno pueda adquirir para su patrimonio con fondos de otro, ya que el principio de subrogación real no es algo fatal e inexorable, sino una previsión legal dictada en beneficio de terceros (legitimarios y acreedores). Luego bastará con reconocer a los terceros que aleguen perjuicio (lo que normalmente requerirá la gratuidad de la atribución) la facultad de desconocer la «privatización» contraria al principio de subrogación real, sin necesidad de iniciar procedimiento rescisorio alguno de una transmisión inter cónyuges que no ha tenido lugar», les bastará con estimar el bien como ganancial para resarcirse con él del perjuicio sufrido, siempre que la privatización haya sido gratuita; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, *cit.*, pág. 668, para quien será frecuente la constitución de derechos en favor de un cónyuge, citando expresamente el derecho de usufructo, de modo tal que, a pesar de la procedencia ganancial del precio o contraprestación, el derecho adquirido tendrá por acuerdo de los cónyuges carácter privativo; GUILARTE GUTIÉRREZ («La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *ADC*, julio-septiembre, 1992, pág. 919), partiendo de una configuración romanista de la comunidad ganancial estima que «la atribución por parte de un cónyuge para su sociedad de gananciales, de un bien anteriormente privativo, implica sencillamente la enajenación de la mitad de dicho bien pues la otra mitad le va a seguir perteneciendo. Tal transmisión será onerosa en función de que surja un derecho de reembolso ex art. 1358 o conste otro tipo de contraprestación. Y gratuita si no aparece tal contrapartida. Al contrario sucede con la declaración de privatividad de un bien que, conforme a las reglas del Código, hubiera de considerarse ganancial. En este caso, se produce la disolución de la comunidad proindiviso sobre ese concreto bien al concentrarse en un sólo propietario las cuotas que con anterioridad se encontraban diversificadas lo cual, a su vez, implica transmisión onerosa o gratuita de dicho bien por parte del cónyuge que en futuro permanecerá ajeno a la dominación del mismo.

(62) En este sentido destacan: RAMS ALBESA, «La subrogación real...», *RDN*, julio-diciembre, 1984, págs. 342 y ss.; GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *cit.*, págs. 87 y 127-134; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de familia*, Madrid, 1987, págs. 224-225 y 236-237; MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 388-389; POVEDA BERNAL, *op. cit.*, págs. 828 y ss.

que existen en torno a la transmisibilidad del derecho de usufructo. Por ello, al poner en contacto los preceptos del Código que delimitan la composición de cada una de las masas patrimoniales en la sociedad de gananciales y las normas reguladoras del usufructo, la resolución de un problema resulta previo a la calificación de este derecho como bien privativo o ganancial: el alcance que deba darse a la posibilidad de disposición del usufructo prevista en el artículo 480 del Código Civil y el posible juego de la norma que consagra la privatividad, en todo caso, de los derechos patrimoniales intransmisibles *inter vivos* (art. 1.346-5.º)

1. LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO COMO DETERMINANTE DE SU COMUNICACIÓN GANANCIAL

El artículo 1.346-5.º del Código Civil señala: «*Son privativos de cada uno de los cónyuges: 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos*». La intransmisibilidad, como expresión de la adherencia del bien a la persona de su titular, excluye su comunicación ganancial, aun cuando el mismo sea susceptible de valoración económica.

En esta misma sede, dedicada a lo que sean bienes privativos o comunes en la sociedad de gananciales, hay un precepto referido al usufructo, el artículo 1.349: «*El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales*»

La primera de estas normas remite, pues, al régimen jurídico de cada bien o derecho en cuanto a su disponibilidad. El derecho de usufructo, tradicionalmente, fue concebido como personalísimo de su titular, carácter que justificaba, en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico (Ley 24, Título 31, Partida 3), su intransmisibilidad, sólo se admitió la disposición de su ejercicio. En el mismo sentido, la Ley Hipotecaria de 1861 contemplaba como posible objeto de la hipoteca, no el derecho de usufructo en sí, sino «*el derecho a percibir los frutos en el usufructo*».

En la actualidad, y desde la promulgación del Código Civil, el régimen positivo de la disponibilidad del derecho de usufructo se encuentra en varios preceptos:

Artículo 480 del Código Civil: «*Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán*

al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola» (63).

Artículo 498 del C.C.: «*El usufructuario que enajenare o diere en arriendo su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya» (64).*

Artículo 107-1º de la Ley Hipotecaria: «*Podrán también hipotecarse: 1º. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad de usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin» (65).*

No obstante el tenor literal de tales preceptos («*enajenar, hipotecar el derecho de usufructo*»), sigue siendo hoy una cuestión abierta cuál sea el verdadero objeto de la transmisión: si *el derecho*, la titularidad jurídico real, o *su contenido*, las facultades singulares derivadas del usufructo, el mero ejercicio; cuestión que, como se ha indicado, no constituye «*sólo una discusión teórica. Determinar si se trata de cesión del derecho mismo o sólo de su ejercicio influye en la naturaleza jurídica del derecho que adquiere el cesionario, pudiendo ser en un caso real y en otro personal, lo que justificará*

(63) Rompe nuestro Código, al aludir a la enajenación del *derecho* de usufructo, la tradición anterior, siguiendo de cerca la orientación del artículo 595.1 del *Código Civil* francés: «*L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à bail à un autre, même vendre ou céder son droit à titre gratuit*». De distinto modo, se plantea la evolución de la cuestión en Italia. El *Codice* de 1865, recogiendo la tradición romanista, regulaba la cesión del solo ejercicio: «*L'usufruttuario può cedere per qualsivoglia titolo oneroso o gratuito l'esercizio del suo diritto*». La orientación cambia con el actual *Código Civil* de 1942, cuyo artículo 980 toma partido expresamente por la cesión del *propio derecho*: «*L'usufruttuario può cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non é vietato dal titolo costitutivo*». Da buena cuenta de esta evolución, PUGLIESE, *op. cit.*, págs. 375 y ss.

(64) No encuentra este precepto su homólogo en *Código Civil* francés, donde no se alude a la responsabilidad del usufructuario cedente. Algunos autores no se pronuncian sobre la cuestión: LARROUMET, *op. cit.*, págs. 272-273; otros en cambio estiman que por el hecho de la cesión el usufructuario primitivo no queda liberado de sus obligaciones hacia el nudo propietario, respondiendo del abuso cometido por el cesionario (vid. RIEG, *op. cit.*, pág. 11) o quedando como garante frente al nudo propietario de las indemnizaciones debidas por el cesionario (MAZEAUD Y CHABAS, *op. cit.*, pág. 403). El vigente *Código Civil* italiano (párrafo 2º del art. 980) condiciona la subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente a la notificación de la cesión al nudo propietario: «*La cessione dev'essere notificata al proprietario; finché non sia stata notificata, l'usufruttuario é solidamente obbligato con il cessionario verso il proprietario*».

(65) Precepto introducido por la reforma hipotecaria de 1909, y que se recoge sin alteración en su tenor literal en la Ley Hipotecaria de 1946.

una diversidad de trato jurídico» (66). Tanto una como otra posición cuentan con el beneplácito de autorizados valedores.

Es, sin duda, ROCA SASTRE (67) uno de los más destacados defensores de la intransmisibilidad del usufructo (68), en razón del carácter personalísimo del derecho. En su opinión, sólo cabe admitir la cesión del contenido económico de este derecho, del derecho a percibir los frutos: «*El usufructo "no es comunicable ni transmisible". El usufructuario podrá enajenar y hacer de su derecho lo que estime conveniente, pero la titularidad del usufructo siempre permanecerá atribuida a él*». Entre las razones que justifican su posición destacan:

1.º La subsistencia de la responsabilidad del usufructuario cedente en base al artículo 498: «*El hecho de que, a pesar de la enajenación, el usufructuario deba responder de la conducta del cesionario es prueba evidente de que no existe verdadera transmisión. Esta debe producir una subrogación perfecta de titularidad,*

(66) Así lo pone de manifiesto AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del Código Civil», *RDP*, 1992, pág. 326. Ha sido la doctrina italiana la que ha dedicado especial atención a las consecuencias que se derivan de la cesión del derecho por contraposición a la cesión del mero ejercicio, vid., en especial, VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, II, cit., págs. 666 y ss. y PUGLIESE, *op. cit.*, págs. 385 y ss.; PALERMO, *op. cit.*, págs. 126 y ss.; QUARANTA-PREDEN, *op. cit.*, págs. 336 y ss.; BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XI-1.º, dir. por CICU Y MESSINEO, Milano, 1979, págs. 148 y ss.

(67) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, VII. Barcelona, 1998, págs. 422-423.

(68) Esta es también la opinión de BELTRÁN DE HEREDIA («Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, págs. 299), quien, a propósito del artículo 480 escribe «*no se ve qué es lo que entienda este artículo cuando dice "enajenación del derecho", si no es otra cosa que el simple ejercicio del derecho, como se admitió tradicionalmente*». En consecuencia, se defiende que cuando la Ley Hipotecaria alude a la hipoteca del derecho de usufructo, lo único hipotecable es la facultad de disfrute. Coincidentemente, GARCÍA CANTERO (*Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. Art. 498, págs. 1327-1328) rechaza que la cesión del usufructo constituya al cesionario en usufructuario, «*sólo será usufructuario ante el cedente y no ante el nudo propietario; erga omnes titular del disfrute es el usufructuario primitivo, aunque "inter partes" el cesionario puede hacer valer ante el cedente su cualidad de usufructuario. Otra interpretación conduce a un injustificado reforzamiento de la posición jurídica del nudo propietario que podría exigir responsabilidad a dos sujetos diversos*». En fechas más recientes, ORTEGA CARRILLO de ALBORNOZ («La intransmisibilidad del usufructo en Derecho romano y el artículo 480 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor MENENDEZ*, IV. Madrid, 1996, págs. 5013) se adhiere a esta línea de interpretación del artículo 480. Después del análisis de los textos de los juristas romanos y de las Partidas, concluye afirmando el autor que «*la tradición romana y romanística sigue aún latente*», pues nuestro Código Civil, aun partiendo de la transmisión de la titularidad del derecho de usufructo, no llega en sus resultados prácticos más allá de los alcanzados por el Derecho romano, permitiendo sólo la cesión del ejercicio.

debiendo quedar completamente desligado el transmitente de los hechos posteriores que afecten al derecho cedido y, en cambio, es claro que el usufructuario no desaparece de la escena jurídica y no queda enteramente desligado del usufructo, en una palabra, que continúa siendo tal usufructuario, si bien con el usufructo vacío de contenido económico («commodum») (69). El precepto, además, con los términos en que se expresa, confirma que no se trata de una verdadera transmisión del derecho: en lugar del término *adquirente*, el legislador alude a *«la persona que sustituya al usufructuario»*.

2.º El carácter, en su opinión, esencialmente vitalicio del usufructo, que impide su transmisión hereditaria aunque se haya constituido por tiempo determinado o sujeto a condición (70).

3.º La continuidad de las garantías prestadas por el usufructuario: la fianza primitiva no se extingue a pesar de la cesión: *«si el usufructo fuera perfectamente transmisible, ¿qué se haría de la fianza constituida? Lo lógico sería cancelarla y que el nuevo usufructuario prestara nueva fianza, pero ninguna legislación ha llegado a permitir este cambio de caución, sino que la primitiva fianza continúa afecta a las responsabilidades que garantiza y que directamente asume el usufructuario que la constituyó»* (71).

La mayor parte de la doctrina, por el contrario, defiende la transmisibilidad del mismo derecho de usufructo (72), como lógica consecuencia de la

(69) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. et loc. ult. cit.*

(70) En el mismo sentido, CARRETERO GARCÍA, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de julio de 1975, cit.*, pág. 1453.

(71) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *ibidem*.

(72) Además de los autores que se citan en la nota siguiente, destacan: VALVERDE (*Tratado de Derecho Civil Español*, II. Madrid, 1910, pág. 432 y 442): *«El usufructo, después de publicado el Código Civil, no es un derecho personalísimo, como lo era por el derecho anterior, sino que es transmisible, pues el art. 480, permite la enajenación de aquél, con lo cual estimo, que ha hecho bien el Código, pues siendo el usufructo un derecho, es lo natural que sea transmisible, aunque es claro, que el que compre dicho usufructo, no ha de tenerle ni más tiempo, ni con más alcance que el que tenía el usufructuario, ya que nadie puede dar más que lo que tiene»*. SCAEVOLA (*Código Civil*, IX. Madrid. 1948, pág. 381): *«En la actualidad, la concesión o establecimiento de un usufructo crea un elemento patrimonial del usufructuario. Subsiste lo esencial, que es la personalización del derecho real y su definición en el tiempo, subordinado en su máxima subsistencia a la vida del favorecido; pero en tanto el derecho real viva, como tal patrimonio, se admite su librecomunicación, su amplio comercio en cualquiera de las formas de administración o disponibilidad restringida, reflejada en los contratos de arrendamiento, transmisión o gravamen»* (págs. 303-304). Más adelante en relación con la subsistencia de responsabilidad del usufructuario escribe: *«Dimana esto del carácter predominantemente personal que tiene la institución usufructuaria, en virtud de cuyo carácter se entiende que el derecho de disfrute se ha cedido, ya por presunción tácita de*

superación del carácter eminentemente familiar y alimentario que la institución tuvo en sus orígenes y de su progresiva patrimonialización. La réplica se suele realizar en los siguientes términos:

1.º La presencia del primitivo usufructuario en el ámbito de la responsabilidad responde a un reforzamiento de la posición del nudo propietario, que no interviene en ningún momento en la cesión (73).

la ley, tratándose del usufructo legal, o ya por motivos particulares, en vista de la persona del usufructuario». DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, I. Madrid, 1959, pág. 477. MADRIDEJOS SARASOLA («Los derechos personalísimos», *RDP*, 1962, págs. 281-282), niega el carácter personalísimo del derecho de usufructo, entre otras razones, por su transmisibilidad, sin que a ello se oponga la subsistencia de la responsabilidad del usufructuario que explica, como lo hace DE CASTRO, distinguiendo entre la relación usufructuaria y el derecho de usufructo: puede transmitirse éste y conservar aquélla. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, «El usufructo testamentario...», *cit.*, pág. 547. MANRESA (*Comentario al Código Civil español*, V, Madrid, 1972, pág. 510) admite la transmisibilidad del derecho de usufructo en base al art. 480, sin que la subsistencia de la responsabilidad del cedente le merezca mayor comentario. PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º. Barcelona, 1979, págs. 322-323) quien, a propósito del artículo 480 escribe: «No es insólito el caso de un derecho en el que se incluyen facultades que incluso desnaturalizan su propia razón de ser; lo decimos, no por la posibilidad de que el usufructuario enajene su derecho, sino por el hecho de que tenga reconocida la posibilidad de hacerlo a título gratuito». El autor justifica la subsistencia de la responsabilidad del usufructuario, tanto en el caso de la cesión de su derecho como del arrendamiento de la cosa usufructuada, por la necesidad de salvaguardar la «integridad de la «res corporalis»... Por ello, puesto que el nudo propietario se halla en situación expectante tanto en uno como en otro caso y porque la conservación de la cosa corporal objeto de su derecho tiene tan supremo interés que aconseja mantenerlo respaldado por la misma garantía, cualquiera que sea el negocio jurídico celebrado por el usufructuario, establece el Código, en el art. 498, la expresada regla...». CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II-2.º, Madrid, 1988, págs. 45-50. Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, III. Madrid. 1995, págs. 878-879. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, III. Barcelona, 1982, pág. 306-309. ALVAREZ CAPERUCHIPI, *Curso de Derecho reales*, II. Madrid, 1987, pág. 27. LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, III-2.º, Barcelona, 1991, pág. 36) entiende que «en la enajenación onerosa o gratuita del usufructo hay algo más que una cesión de su ejercicio: las obligaciones y los derechos nacen directamente en contra o a favor del cesionario, nuevo usufructuario,... y liquidará con el nudo propietario todos los daños, deterioros y reparaciones al acabar el (su) usufructo, siquiera sea con la responsabilidad adicional (subsidiaria) del cedente». O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, III. Madrid, 1997, págs. 264 y 270.

(73) Son varios los autores que se pronuncian en este sentido: ORTEGA PARDO («La hipoteca del usufructo y su extinción», *RDP*, 1946, págs. 824 y 825) quien a propósito de la subsistencia de responsabilidad del primer usufructuario señala: «esto no se hizo para demostrar la inalienabilidad del usufructo, que está, sin ningún género de duda, rechazada por el precepto legal (se refiere al art. 480), sino para favorecer a una persona que nada tiene que ver en esa enajenación, y que de no tomarse esas garantías podría verse lesionada en sus derechos. Lo personalísimo en el usufructo es, pues, la relación entre nudo propietario y usufructuario, no el derecho de usufructo en sí, que puede enajenarlo o cederlo el primer usufructuario a un tercero; pero como en la relación que

2.º El carácter vitalicio del usufructo, no es en nuestros días un atributo esencial, sino natural del usufructo. Es generalizada la opinión que considera admisible la no extinción del usufructo por muerte del usufructuario, si así se estableció por pacto expreso, explícito o implícito, señalando un plazo de duración del usufructo (74).

3.º En cuanto a la continuidad de la fianza prestada por el cedente se señala que *«no es un argumento apodíctico; entre otras razones, porque sólo sería aplicable a los usufructos en que no hubo*

surge no interviene el nudo propietario, no debe sufrir perjuicio en sus intereses derivado de ella, a la que es ajeno.... Es cierto que no es correcta la separación de responsabilidad y titularidad; pero más que criticar esto, debe la crítica dirigirse a lo que es causa de ese efecto, y no negar la consecuencia por el resultado, como se pretende, aunque sea todo lo paradójico que se quiera el resultado». DORAL (*Comentarios al Código Civil...*, VIII-1.º, cit, pág. 269), después de exponer los argumentos en contra de la transmisibilidad entiende que no son concluyentes: *«personalmente entiendo que el usufructo es transmisible con una transmisión limitada por el «título» mismo del usufructo... En los casos en que es intrasmisible se debe no a razones institucionales, sino a las circunstancias del título o, si se quiere, del titular».* No es razón contraria a la disponibilidad del derecho la persistencia de la responsabilidad pues *«el artículo 498 funda la responsabilidad no en una cualidad personal o basada en circunstancias subjetivas —fiducia—, sino en circunstancias objetivas. El centro hermenéutico es el daño. La especialidad estriba en el carácter solidario del abono de gastos, que enlaza al usufructuario y al adquirente o sustituto».* MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO (*«Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario»*, ADC, 1989, págs. 857 y ss.) defiende, apoyándose en las opiniones de SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN TOBEÑAS, la transmisión del derecho de usufructo, no simplemente de su ejercicio, sin que la subsistencia de responsabilidad prevista en el artículo 498 sea suficiente para negar esta consideración: *«una cosa es la libre disposición que del usufructo se otorga al usufructuario y otra distinta la subsistencia de la responsabilidad del mismo respecto del propietario».* Más adelante expone que la presencia del primitivo usufructuario en el ámbito de la responsabilidad *«tal vez se explique, además de por el doble plano real y obligacional del derecho de usufructo, por la intención de reforzar la posición del nudo propietario que, en definitiva, no contrató con el tercero».* PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (*«La enajenación del usufructo y el Código Civil»*, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II, Madrid, 1990), quien en esta línea de evitar perjuicio al nudo propietario, sigue el planteamiento de DE CASTRO Y ORTEGA PARDO en cuanto a la distinción entre relación usufructuaria y derecho de usufructo: *«El usufructuario responde porque, por la enajenación del derecho, no ha desaparecido de la relación usufructuaria que le une al nudo propietario».* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, op. cit., págs. 334-335, para quien la *«responsabilidad del artículo 498 es un refuerzo de la posición del propietario»*; precepto que puede quedar sin efecto (o bien ser ampliado o reducido su alcance) en función de lo dispuesto en el título constitutivo (artículo 470 C.C.). También en favor de la transmisibilidad y, en esta misma línea de explicación de la subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente, vid. CLEMENTE MEORO en *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. por LÓPEZ Y LÓPEZ Y MONTES PEÑAS, Valencia, 1994, págs. 463-464.

(74) Recientemente, GUTIÉRREZ JEREZ, *El legado de usufructo en el Derecho civil común*, cit., defiende, en base al art. 480 del C.C. la disposición del derecho de usufructo no sólo en actos «inter vivos», sino también «mortis causa».

dispensa de fianza, a menos de concluir que sólo son transmisibles los usufructos sin fianza, lo que parece ilógico» (75).

4.º Finalmente, en favor de la alienabilidad del derecho de usufructo, se alega la hipotecabilidad del mismo (art. 107.1 LH), en cuanto que: «1.º Generalmente en la ley va pareja la posibilidad de enajenar con la de gravar. 2.º El hipotecarlo es someter el usufructo a la eventualidad de ser enajenado (para con su precio hacerse pago el acreedor insatisfecho, cuyo crédito se garantizó con aquella hipoteca), razón por la que las cosas hipotecables han de ser enajenables» (76).

2. TRANSMISIBILIDAD DEL USUFRUCTO Y GANANCIALIDAD: SOLUCIONES PROPUESTAS

A la vista de ello, se hace necesaria una toma de posición al respecto pues, afirmado el carácter intransmisible del derecho de usufructo, éste entraría de lleno en el ámbito del artículo 1.346-5.º del Código Civil; por el contrario, ningún obstáculo habría para su comunicación ganancial de considerar disponible el derecho de usufructo en sí mismo considerado. De hecho, al analizar las relaciones entre usufructo y sociedad de gananciales, dos han sido las posiciones adoptadas, dependiendo del alcance que se le otorgue a la *cesión* del usufructo autorizada por el artículo 480.

2.1. *La privatividad ex artículo 1.346-5.º: la distinción entre titularidad y contenido económico.*

Desde la perspectiva de quienes consideran que sólo es posible la transmisión del mero ejercicio del usufructo, se ha distinguido entre titularidad del derecho de usufructo y su contenido económico. La primera, intransmisible, implica que la condición de usufructuario, por su carácter personalísimo e intransferible, sería siempre del cónyuge en cuyo favor se constituya el derecho, aun cuando lo haya sido a costa del caudal común (en el sentido amplio, de ser adquirido con cargo a los fondos comunes o por reserva al enajenar bienes gananciales), en base al artículo 1.346-5.º C.C.; el segundo, ganancial.

La privatividad queda reducida exclusivamente a la titularidad, incommunicable respecto de la masa ganancial. La intransmisibilidad del derecho implica que la condición de usufructuario, adquirida vigente el régimen económico de gananciales y aun a costa del caudal común, no se comunica al cónyuge

(75) Así se expresa DORAL GARCÍA, op. cit., pág. 269.

(76) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, III, cit., pág. 307, nota 4.

del usufructuario. Tal derecho es, por tanto, privativo del cónyuge adquirente. Bien entendido que esta privatividad no impide que el rendimiento económico resulte atraído a la masa consorcial, conforme al principio general de que los frutos o rentas de los bienes privativos son gananciales (art. 1.347-2.º C.C.); posición que resulta confirmada por lo dispuesto en el artículo 1.349 del Código Civil, el cual, en opinión de estos autores, explícitamente excluye de la comunicación ganancial al derecho de usufructo adquirido a título oneroso a costa del caudal común.

Esta ha sido la posición, antes de la reforma de régimen económico matrimonial de 1981, mantenida por VALLET DE GOYTISOLO (77) y CARRETERO GARCÍA (78). Después de esta fecha, y con la introducción del número 5º del artículo 1.346, GIMÉNEZ DUART (79) se manifiesta partidario de aplicar este precepto, pues si *«lo que el usufructuario puede transmitir es el derecho a percibir los frutos, más no el usufructo en sí, habremos de concluir que el usufructo será siempre privativo con independencia de la causa de su atribución, o común, si fue adquirido por ambos cónyuges, más no en régimen de comunidad germánica, sino en régimen de cousinguero (privativo-parafernial) con subsiguiente aplicación del artículo 521»*. Añade el autor que, *«de prevalecer, no obstante, la tesis favorable a la ganancialidad habrá que distinguir, como mínimo, en los supuestos en que el derecho adquirido por un cónyuge, entre la titularidad material (el valor económico), que será ganancial y la titularidad formal, que al corresponder al cónyuge adquirente determinará que el derecho se extinga con su muerte»* (80).

Del mismo modo, este autor, al comentar las Resoluciones de la DGRN de 21 de enero de 1991 y de 25 de febrero de 1993 (81) señala que *«tratándose de usufructo es totalmente indiferente su carácter ganancial o privativo; dicho en otros términos: las ideas de privatividad o ganancialidad no son predicables del usufructo dado su carácter personalísimo, tal como, para el*

(77) VALLET DE GOYTISOLO, *«Las ventas con reserva de usufructo...»*, cit., pág. 953; y, de manera más clara, en el recurso que autor interpone y motiva la Resolución de 15 de abril de 1980, cit., págs. 403-404 y 414-415, donde sostiene que el antiguo art. 1403.1º (que se corresponde en lo esencial con el actual art. 1349) constituye una clara excepción a la calificación como gananciales de los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, *«explicable por el carácter personalísimo, «intuitu personae»»*, del derecho de usufructo.

(78) *Comentario a la Resolución de 10 de julio de 1975*, cit., pág. 1546.

(79) *«Los bienes privativos y gananciales...»*, cit., págs. 126-127.

(80) Critica esta forma de proceder MARTÍNEZ SANCHIZ (*«Casos dudosos...»*, pág. 396-397): *«constituye una distinción bastante artificial entre titularidad privativa y contenido económico ganancial, que de forma casi mágica salva la comunidad, al incluir en ella el contenido y excluir la titularidad que no siendo ganancial, sin embargo, no queda sustraída por completo a la aplicación del régimen»*.

(81) GIMÉNEZ DUART, respectivamente, en *La Notaría. Boletín informativo del Colegio Notarial de Barcelona*, febrero 1991 y marzo 1993.

Derecho alemán han defendido GIERKE y KOHLER. Sólo en los casos excepcionales en que el usufructo se construye como temporal cabrá atribuirle uno u otro carácter» y, más adelante, indica: «conformémonos con pensar que el usufructo ganancial es una especie a extinguir a la vista del artículo 1.346-5.º C.C.».

También VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA (82), a propósito del artículo 1.349, realiza las siguientes consideraciones: *«las pensiones y los usufructos, qué duda cabe que integran el grupo de los llamados derechos personalísimos, de manera que si uno de los cónyuges es titular de alguna de estas especies no puede sino constituir un bien privativo tal y como la ley estatuye..., entendemos que la norma es aplicable para la situación de pre-nupcialidad, aunque nada impide su aplicación para el supuesto de que tales derechos fueren adquiridos por uno de los cónyuges constante matrimonio; también en este caso los bienes pasarían a integrar el grupo de los privativos, aunque en este caso el legislador ha aclarado que los frutos, pensiones, intereses devengados durante el matrimonio serán bienes gananciales».*

No obstante, así contempladas las cosas —privatividad del usufructo ex artículo 1.346-5.º—, los resultados a los que se llega, desde el mismo punto de partida, no son coincidentes. Puede observarse, al examinar las consecuencias que se hacen derivar de la privatividad del usufructo, lo que se ha dado en llamar una *privatividad plena* y una *privatividad «sólo a medias»* (83), debido al diferente tratamiento y alcance que se otorga, durante la vida del consorcio y a su disolución, al carácter ganancial del contenido económico del usufructo.

Esta segunda forma de comprensión de las relaciones entre usufructo y sociedad de gananciales es una articulación que recuerda la consagrada distinción doctrinal francesa entre el título y el *emolumentum*, ampliamente utilizada cuando se aborda el estudio de las participaciones sociales en sociedades de impronta personalista adquiridas por uno de los cónyuges. Conforme a esta construcción, como señala CADARSO PALAU (84), la armonización de los intereses en juego se realiza *«a base de una escisión que se opera en el bien mismo»*: es ganancial todo lo que de él es transmisible (en nuestro caso, el contenido económico del usufructo) y privativo lo que tiene de intransmisible (aquí, la condición de usufructuario).

a) Vigente la sociedad de gananciales. Desde la óptica de una privatividad estricta, el usufructo pertenecerá a uno sólo de los cónyuges o a ambos, sin que se produzcan interferencias por el hecho de que su titular

(82) *Régimen económico del matrimonio*, cit., págs. 205-206.

(83) Terminología utilizada por CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, cit., págs. 90 y 94.

(84) *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, cit., págs. 94-98 y 120.

o titulares tengan como régimen económico el de gananciales. El ingreso en la masa consorcial del *emolumentum* derivado del usufructo en nada desvirtúa la privatividad del derecho ni su caracterización como intransmisible, pues su ganancialidad deriva del artículo 1.347-2.º del Código, conforme al cual los frutos y rentas producidos por bienes privativos son gananciales. Por tanto, esta consorcialidad del rendimiento económico del usufructo tendrá lugar en tanto dure la comunidad conyugal, no después, ni en el estado de indivisión que se produce entre la disolución y liquidación. Consecuentemente, los actos de administración, la transmisión del ejercicio del derecho o la renuncia corresponden exclusivamente al cónyuge usufructuario; la reunión del usufructo y la nuda propiedad en la persona de uno de los cónyuges origina la extinción del derecho de usufructo por consolidación, aunque ésta se haya operado por adquisición onerosa, a costa del caudal común, del derecho real limitado que pesaba sobre una finca privativa de alguno de los cónyuges (85).

Separando claramente titularidad y contenido económico el planteamiento deja de ser tan diáfano. La incorporación a la masa común que en este caso se realiza del *emolumentum* desnaturaliza la concepción personalísima e *intuitu personae* que se mantiene del usufructo y la consiguiente independencia que, en cuanto a su gestión y disposición, comporta su titularidad privativa. Ha sido fundamentalmente VALLET DE GÖYTISOLO (86), quien llevando el carácter ganancial del *emolumentum* a sus últimas consecuencias en este momento realiza las siguientes precisiones en cuanto al régimen que deben seguir los actos de disposición y renuncia del usufructo:

- En cuanto a la disposición, puesto que se parte de que sólo es posible disponer (enajenar o gravar) el contenido económico o patrimonial del derecho, y dado que de éste es predicable el carácter ganancial, se requiere el consentimiento del cónyuge no usufructuario para realizar tales actos.
- La renuncia al derecho, en cambio, como acto de disposición que comporta no sólo desprenderse del contenido económico sino también de la titularidad, se entiende como una facultad personalísima del usufructuario, de ahí que su realización no requiera del consentimiento del cónyuge del usufructuario. Ahora bien, en el momento de liquidación de la sociedad conyugal, se puntualiza que deberá tenerse en cuenta la cuantía del contenido patrimonial inherente.

(85) GIMÉNEZ DUART, *La Notaría*, marzo, 1995, págs. 176 y 177; no se pronuncia el autor sobre la procedencia o no de reembolso a la masa común de los fondos empleados en la adquisición del usufructo.

(86) Así, VALLET, en la motivación del recurso que dió lugar a la Resolución de 15 de abril de 1980 (*ADC*, 1980, pág. 404)

b) En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, los efectos se contemplan desde la perspectiva de la disolución del consorcio por muerte de uno de los cónyuges.

- Si la disolución se opera por muerte del cónyuge titular privativo del usufructo, la extinción del usufructo impide su inclusión en la masa ganancial.
- Si la disolución tiene lugar por muerte del cónyuge no usufructuario o *inter vivos*, desde la óptica de la plena privatividad, no habrá lugar a atribución alguna del usufructo ni de su ejercicio (87), con independencia de que proceda hacer efectivo el reembolso del valor líquido actualizado si su adquisición se verificó a costa del patrimonio ganancial; desde la otra perspectiva de contemplación de la privatividad del usufructo, el carácter personalísimo de este derecho no impide, a juicio de VALLET, que como valor patrimonial perteneciente a la sociedad de gananciales sea liquidado con ella. Ahora bien, no se trata simplemente de colacionar un «valor» en la liquidación, permaneciendo el derecho y su ejercicio en el cónyuge usufructuario, sino de adjudicación del usufructo o, en términos más acordes y precisos con el carácter intransmisible del derecho de que se parte, de su ejercicio a los herederos. Así parece deducirse de lo que señala a continuación: «*la única particularidad que se dará es que la vida del viudo señalará el término final de duración de dicho derecho, y que frente al nudo propietario, la responsabilidad por razón del disfrute seguirá siendo del propio esposo vendedor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 498 del Código Civil*» (88).
- Tratándose de un usufructo conjunto, en favor del ambos cónyuges, adquirido a costa del caudal común o reservado con ocasión de la disposición de un bien ganancial, la trascendencia en orden a la liquidación del acrecimiento en favor del cónyuge supérstite *ex artícu-*

(87) Esta parece ser la opinión de GIMÉNEZ DUART («La Notaría», marzo, 1993, *cit.*), quien, comentando las resoluciones de la DGRN de 1975 y 1979, señala «*si el hecho del acrecimiento ex lege dispensaba de la adjudicación, previa liquidación de gananciales, más debía dispensar el hecho de «continuar siendo usufructuario» sin necesidad de acrecimiento, que es lo que sucede cuando el cónyuge sobre cuya vida se ha constituido el usufructo es el que sobrevive*». También la de VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *op. cit.*, pág. 206: «*El efecto notorio es que ni tales usufructos, ni tales pensiones, que son bienes privativos, entran jamás en la masa común para la atención de la cargas matrimoniales y el ulterior reparto de ganancias*».

(88) VALLET, «*Las ventas...*», *cit.*, pág. 956; solución ésta a la que se llega también desde la consideración ganancial del usufructo y su posible inclusión «*in natura*» en la liquidación, donde una eventual adjudicación a los herederos del cónyuge premuerto no alteraría la duración del derecho (art. 480 C.C.) ni eliminaría la responsabilidad del primitivo usufructuario (art. 498 C.C.).

lo 521 no concita una misma posición. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO, este acrecimiento no impide que *«el valor del contenido patrimonial del usufructo que acrece deba tenerse en cuenta, tanto a efectos del cómputo de los derechos legítimos que procedan como de su imputación a la cuota legal usufructuaria del cónyuge superviviente, en su caso, según resulte del testamento del premuerto y de la cuantía de su haber en relación al usufructo acrecido al superviviente»* (89). GIMÉNEZ DUART (90), por el contrario, entiende que *el usufructo vitalicio conjunto no es ganancial o privativo sino simplemente «común», con un destino que obvia por innecesaria la liquidación del mismo «en cualquiera de los casos», salvo, lógicamente, que no sea vitalicio... nos hallamos ante un cónyuge, el sobreviviente, que hace suyo todo el «caudal común». ¿Qué ocurre, por ejemplo, con los legítimos del cónyuge premuerto? La respuesta es sencilla: el usufructo acrecido al otro cónyuge no se computa para el cálculo de las legítimas, puesto que, respecto del premuerto, es un derecho que se ha extinguido»* (91).

2.2. La comunicación ganancial del usufructo: su alcance

Desde otra perspectiva, presupuesto el carácter disponible del derecho de usufructo en sí mismo considerado, la ganancialidad o privatividad serán predicables, según los casos, del derecho unitariamente considerado, con independencia de que los frutos o rendimientos económicos, como los de cualquier otro bien o derecho, sean gananciales (arts. 1.347-2.º y 1.349 C.C., precepto éste último interpretado ahora como una concreción o ejemplificación de las normas generales contenidas en los arts. 1.346 y 1.347, sin que contenga excepción alguna a lo establecido en ellas).

Este es, como hemos podido comprobar, el planteamiento, expreso en unos casos y presupuesto en otros, de la DGRN y también el de algunos autores que, con cita de alguno de estos pronunciamientos del Centro Directivo, concretamente, las Resoluciones de de 31 de enero de 1979 y 15 de abril de 1980,

(89) VALLET, *«Las ventas con reserva de usufructo...»*, referencia añadida cuando recoge este trabajo en *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid, 1980, pág. 452.

(90) *La Notaría*, febrero, 1991, cit.

(91) Sigue indicando el autor que *«esta solución es mucho más lógica de lo que a primera vista pudiera parecer, pues el negocio constitutivo del usufructo, en la relación entre cónyuges, es de carácter aleatorio y, por ello mismo, oneroso, no gratuito. El consorte premuerto ha hecho un mal negocio (aparte de morir), pero un negocio oneroso cuyo infeliz resultado afecta de lleno a sus legítimos»*.

afirman el carácter ganancial del usufructo adquirido a costa del caudal común cuando abordan el estudio de los artículos 1.346-5.º y 1.349 (92).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse tanto en relación con la disposición del derecho de usufructo, como en orden a su comunicación a la sociedad de gananciales, en sentencias relativamente recientes, afirmando, de manera más evidente en unas que en otras, la disponibilidad, incluso forzosa, y el carácter ganancial del mismo derecho de usufructo:

Sentencia de 20 de mayo de 1992 (R.A. 4916). Usufructo testamentario: con ocasión de precisar el momento en que se produce la consolidación del dominio en el nudo propietario, reconoce el Tribunal Supremo que tuvo lugar al fallecer la usufructuaria vitalicia quien, treinta y dos años antes de su muerte, había enajenado onerosamente su derecho de usufructo en favor de dos personas, *«que obviamente tenía forzosamente la limitación temporal a la vida de la usufructuaria instituida»*.

Sentencia de 13 de abril de 1993 (R.A. 3000). Usufructo constituido en favor, única y exclusivamente de la esposa por vía de reserva al vender la nuda propiedad de un inmueble ganancial. Se embarga por deudas de ambos cónyuges, ante lo cual la usufructuaria interpone tercera de dominio, entre otras razones, por considerar que el usufructo reservado le correspondía en exclusividad. El Tribunal Supremo rechaza el recurso porque a la reserva que la actora *«manifestó que hacía, en su favor, del usufructo exclusivo del chalet, no puede atribuírsele eficacia alguna, pues siendo ganancial dicho usufructo, la adjudicación del mismo a uno sólo de los cónyuges hubiera requerido la previa liquidación de la sociedad de gananciales, que no consta se haya practicado, aparte de que siendo ella también deudora, como ya se ha dicho, no se alcanza a comprender la razón por la que no podía serle embargado el usufructo, aunque le hubiese pertenecido en exclusividad»*.

Sentencia de 19 de mayo de 1997 (R.A. 3887). Se trataba de la constitución de un usufructo sobre una vivienda por vía de reserva en favor los padres, que enajenan la nuda propiedad a sus hijos. Embargado el inmueble por deudas de los usufructuarios, los nudo propietarios pretenden su alzamiento. La Audiencia lo estima res-

(92) Así, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, IV-1.º, pág. 409; Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, IV, cit., pág. 180; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pág. 642 y, anteriormente, en *Derecho de familia*, cit., pág. 229, nota 37. También, al hilo del comentario al art. 1349, PRETEL SERRANO, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pág. 651.

pecto de la nuda propiedad de la vivienda, pero en casación se pretende que se alce el embargo del usufructo, lo cual desestima el Tribunal por entender que *«el usufructo no es un derecho personalísimo sino transmisible, cuya transmisión no sólo puede ser voluntaria sino también forzosa, tal como se desprende del artículo 480 del Código Civil, sin perjuicio de la extinción que contempla el mismo artículo y el 513...»*

También nosotros vamos a partir de este posicionamiento: el usufructo es un derecho disponible con aptitud para su comunicación ganancial. Varias son las razones que, a nuestro juicio, excluyen del ámbito del artículo 1.346-5.º del Código Civil a este derecho:

- El carácter normalmente vitalicio del usufructo, lo que supone la extinción del mismo con la muerte de su titular (art. 513 C.C.) y la imposibilidad de su transmisión *mortis causa* a los herederos cuando del derecho es predicable este carácter, no lo convierte en uno de esos *«derechos patrimoniales inherentes a la persona»* (93). Aun cuando no hay que desconocer que, a diferencia de otros derechos reales en cosa ajena, la contemplación del elemento personal aquí es mucho más acusada, *«el elemento “vínculo o relación” entre el titular del derecho (usufructuario) y el titular del bien (nudo propietario) alcanza un relieve muy singular»* (94), no es el carácter personalísimo o inherencia a la persona de su titular el fundamento de esta contemplación de la vida del usufructuario en la duración del derecho, sino razones de política legislativa que tratan de evitar una prolongada dilación en la desmembración económica del dominio (95). De ahí que la posible transmisión *inter vivos* del derecho por su titular esté sujeta a ese mismo límite temporal, marcado por la vida del usufructuario en cuyo favor se constituyó. Como señala MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, el adquirente se convierte en usufructuario, lo que *«no significa que surja*

(93) Ya antes de la reforma del Código Civil de 1981, el profesor LACRUZ, al estudiar el tema de los derechos inherentes a la persona y derechos intransmisibles en el ámbito del derecho foral aragonés, señalaba en relación al usufructo lo siguiente: *«Hay otros supuestos en que la inherencia a la persona obedece directamente a la ley, pero, como en el anterior, sin que la personalidad del bien esté determinada por unas cualidades intrínsecas del mismo. Tal es el caso del usufructo: es derecho personal en muchas legislaciones, en cuanto intransmisible por negocio jurídico, pero indudablemente no es un derecho que forme parte de la esfera personal de su titular»*, en «Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés», *RDN*, julio-diciembre, 1956, pág. 140.

(94) BLANQUER UBEROS, «Reflexiones...», *RDN*, 1981, pág. 59

(95) Así se expresa, aunque en otro orden de cuestiones, JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 C.C.)*, Madrid, 1996, págs. 102 y 103.

un usufructo independiente ejercitado por persona distinta, ya que el usufructo prosigue vinculado al primitivo usufructuario, extinguiéndose, si es vitalicio, con el fallecimiento del mismo» (96). Lo esencial en el usufructo es la temporalidad, por ello la transmisión estará supeditada a tal carácter: se transfiere el derecho en la medida en que se ostenta (*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*). Esta contemplación legal (institucional) del usufructo no impide que, en determinados casos, el usufructo pueda configurarse «*intuitu personae*», no sólo personal, sino personalísimo, de manera que su titularidad resulte intransmisible.

- La subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente tampoco justifica, en nuestra opinión, suficientemente el propósito de incluir el usufructo entre los derechos patrimoniales «*no transmisibles inter vivos*». No creemos que sea ese predominante carácter personal que tiene este derecho real, por contraposición a otros derechos reales en cosa ajena, la única justificación de la permanencia del usufructuario cedente a efectos de responsabilidad; asumimos, con la doctrina mayoritaria, que es la situación expectante del nudo propietario y la protección de su derecho lo que ha motivado, en este caso, una atípica separación entre titularidad y responsabilidad (97); aspecto, que sin ser suficiente para negar la disponibilidad del derecho, pone de manifiesto una de las peculiaridades del usufructo en cuanto derecho real en cosa ajena que deja «*reducida la propiedad a una “nuda propietas”, es decir, despojada de una gran segmento del círculo dominical*» (98). Una vez admitido esto, lo controvertido será fijar el alcance de las responsabilidades frente al nudo propietario del cedente y cesionario, aunque no vamos a detenernos en este aspecto, respecto del que las opiniones de los autores oscilan entre la subsidiariedad del cedente o la solidaridad de ambos, cedente o cesionario (99).

(96) *Op. cit.*, pág. 861.

(97) O como lo califican, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, «*una limitación, impropia de un perfecto traspaso de derechos*» (traducción y comentario al *Tratado de Derecho Civil*, III-2º, de ENNECERUS, KIPP Y WOLF. Barcelona, 1937, pág. 98).

(98) ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V, *cit.*, pág. 452, nota 2.

(99) Mientras que, SCAEVOLA (*Código Civil*, IX-2º, *cit.*, 382) y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (*op. cit.*, pág. 865) mantienen su carácter solidario, la mayoría entiende subsidiaria la responsabilidad del cedente respecto del cesionario (ALBALADEJO, *Curso...*, III, *cit.*, pág. 309; DORAL GARCÍA (*op. cit.*, pág. 437); Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1998, pág. 401; LACRUZ, *Elementos...*, III-2º, pág. 36). PÉREZ DE VARGAS (*op. cit.*, pág. 1613, considera que el obligado principalmente frente al nudo propietario no es el cesionario sino el primer usufructuario, de forma que el dueño ha de dirigirse, en primer lugar, contra el usufructuario cedente y, sólo subsidiariamente, en

Descartado, a nuestro parecer, que el usufructo sea uno de esos derechos *intransmisibles inter vivos* que caen en la órbita del artículo 1.346.5.º, cegando toda posibilidad de comunicación ganancial, hemos de concluir que el establecimiento de este derecho real en favor de persona casada bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales origina un elemento de innegable naturaleza patrimonial de posible adscripción, sea a la masa ganancial, sea a la privativa. Pero aún admitido esto, las dudas y discrepancias no terminan ahí. Se discute cuál deba ser **el sentido y alcance de la ganancialidad del usufructo**.

Normalmente, el usufructo se constituirá personalmente, esto es, a favor de uno o de otro cónyuge, e incluso, con relativa frecuencia, en favor de ambos, bien de manera conjunta o sucesiva. De lo examinado en epígrafes anteriores, podemos afirmar que el hecho de que la adquisición se verifique en favor de uno, de otro o de ambos cónyuges no prejuzga el carácter ganancial del derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.347-3.º del Código Civil, y del mismo modo tampoco la ganancialidad del derecho se opone a que éste se constituya en favor de uno sólo de los cónyuges cuya vida marca el término temporal de vigencia del usufructo.

Ahora bien, admitida la ganancialidad del usufructo, **¿estaremos siempre ante un cusufructo, siendo indiferente que el mismo se haya constituido en favor de ambos o de uno sólo de los cónyuges?** ¿Supone la atribución de ganancialidad convertir en cusufructuario al cónyuge del adquirente?

Sin duda, el punto de conflicto surge en relación con la valoración de todos aquellos casos en que el usufructo se constituye en favor de uno solo de los cónyuges, mereciendo el derecho la calificación de ganancial. Es en tales supuestos donde afirmar la existencia de un cusufructo en razón de su ganancialidad implica hacer entrar en juego la especialidad en cuanto a la extinción de este derecho consagrada en el artículo 521 del Código Civil, conforme al cual *«el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviva»*, si la disolución de la sociedad de gananciales se produce por muerte de uno de los cónyuges (en concreto, la de aquél sobre cuya vida no se hizo depender la duración del usufructo). Además, si se mantiene la cotitularidad del derecho de usufructo adquirido por uno de los cónyuges constante matrimonio, la eventual atribución o adjudicación que se produzca con la liquidación de la sociedad de gananciales, si la disolución de ésta se realiza por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges, no podrá ser considerada como cesión del derecho en la medida en que ésta supone atribuir titularidad a quien previamente no lo era.

determinados casos contra el cesionario. Para un análisis más completo de la cuestión puede consultarse AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 335 y ss.

Pronto se descubre que la respuesta a las cuestiones planteadas hunde sus raíces en uno de los temas de mayor calado dogmático, profusamente estudiado, sometido a continua revisión y no exento de polémica: el sentido y alcance de la comunicación ganancial; las relaciones entre titularidad y ganancialidad de los bienes y derechos. En función de la posición que se adopte en torno a la controvertida naturaleza de la sociedad de gananciales, la respuesta al interrogante inicialmente planteado puede oscilar desde la cotitularidad actual hasta la absoluta incomunicación durante la vigencia del régimen. Y más aún, como señala RAMS ALBESA, incluso acogiendo el parecer más común que configura la masa ganancial como «conjunto de bienes y derechos sin personalidad jurídica distinta a la de sus "titulares" y organizados como comunidad en mano común sin especial atribución de cuotas», estas notas descriptivas «no facilitan, en el contexto actual, la clarificación sustancial que debería seguirse de tan infrecuente unanimidad respecto de la posición de los bienes y derechos que la componen y en cuanto a las líneas maestras de su administración y disposición, creándose tensiones formales, como mínimo, entre los conceptos de titularidad y ganancialidad» (100).

A) La ganancialidad como cotitularidad

Aun siendo dominante aquella opinión que considera la existencia de una comunidad sobre la totalidad de los bienes que integran el patrimonio ganancial, caracterizada por la inexistencia de cuotas, tanto respecto de la totalidad de los bienes que componen ese patrimonio como respecto de cada uno de ellos, y estima que tales bienes gananciales, en cuanto comunes, pertenecen a ambos cónyuges, siendo los mismos cotitulares con independencia de que el bien haya sido adquirido por uno u otro, son pocos los autores que han defendido la posición según la cual la ganancialidad del usufructo se resuelve en una cotitularidad actual, aunque indeterminada, del derecho de usufructo. Destacan especialmente, antes de la reforma de 1981:

COMÍN COMÍN quien defiende que el carácter ganancial del usufructo implica la existencia de un usufructo conjunto, aunque en el acto de enajenación de la nuda propiedad o en el acto adquisitivo intervenga sólo un cónyuge. Al ser conjunto opera el acrecimiento en favor del cónyuge viudo (art. 521) (101).

Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, el cual entiende que, aunque la vigencia temporal del usufructo se haga depender de la vida de uno solo de los cónyuges, la duración «no modifica su naturaleza ganancial y su pertenencia, por tanto, a los dos esposos», sin que pueda negarse la aplicación del efecto previsto en el

(100) RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales. cit.*, pág. 214.

(101) COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 335.

artículo 521 del Código Civil para el caso de que el usufructo esté constituido «*en provecho de varias personas*», si quien premuere es el cónyuge sobre cuya vida no estaba constituido el usufructo (102).

Las consecuencias que se derivan de estos planteamientos son:

- Todos los actos de disposición del usufructo que merezca la calificación de ganancial (enajenación, gravamen o renuncia) requerirán el consentimiento de ambos cónyuges.
- Las opiniones, en cambio, difieren en orden a la inclusión del usufructo en la fase de liquidación. Ninguna duda se plantea si la disolución de la sociedad se produce por muerte del cónyuge por la vida del cual se había constituido el usufructo: el derecho se extinguirá. Si la causa de disolución es el fallecimiento del otro cónyuge, o de cualquiera de ellos si el usufructo tenía como término de vigencia la vida de ambos, el acrecimiento en favor del supérstite que se produce, a juicio de COMÍN COMÍN, no impide la inclusión del derecho en la masa en liquidación, pero no podrá ser objeto de adjudicación *in natura*, sólo se tiene en cuenta su valor. Por el contrario, RODRÍGUEZ LÓPEZ considera que no es necesario que entre en las operaciones liquidatorias, pues el usufructo habrá de ser adjudicado siempre al cónyuge viudo, no sólo en virtud del artículo 521 del Código, sino además «*por ser un derecho de adjudicación predeterminada, habida cuenta de su intransmisibilidad mortis causa*».

B) La disociación entre titularidad y ganancialidad.

Bajo este epígrafe se comprenden toda una serie de formulaciones que, desde puntos de vista bien diferentes en cuanto a la naturaleza de la sociedad de gananciales (103), niegan que la calificación ganancial del usufructo convierta en cusufructuario al cónyuge de aquél en cuyo favor aparece constituido el derecho.

Así, bajo la óptica que puede considerarse mayoritaria de entender la sociedad de gananciales como una mancomunidad de tipo germánico, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS reconoce la influencia que el título de adquisición tiene en el régimen de ciertos bienes y derechos y, en concreto, alude al usufructo. Señala el autor que la atribución de ganancialidad, aún determinando una cotitularidad en sentido jurídico y no sólo económica, «*no afecta, en princi-*

(102) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «*Más acerca de la innecesidad...*», cit., pág. 361

(103) Para una visión de conjunto acerca de las diferentes teorías sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales, además de la posición propia del autor, vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, «*La naturaleza de la actual sociedad de gananciales*», cit., págs. 875 y ss.

pio, a los términos (sujetos, contenido) de la relación jurídica básica respectiva —que sigue influyendo en el régimen del bien—. Si esta relación jurídica quedó entablada sólo entre el tercero y el cónyuge adquirente, la atribución de ganancialidad no cambia, respecto de ese tercero, la persona del usufructuario» (104).

También AMORÓS GUARDIOLA, al comentar la resolución de 31 de enero de 1979, sin desconocer la cotitularidad que origina la ganancialidad, niega que el artículo 521 del Código Civil sea aplicable a todo usufructo que merezca esta calificación. El precepto *«trata del usufructo constituido en favor de varias personas, no de una que se comunica a otras. Allí la cotitularidad resulta del título constitutivo, de la voluntad de las personas adquirentes; aquí (usufructo ganancial en favor de uno sólo de los cónyuges), en cambio, la adquisición negocial se realiza por una sola persona, aunque las consecuencias de esa adquisición se traduzcan en una cotitularidad del derecho así adquirido. En un caso la comunidad se adquiere ex negotio, en el otro ex lege» (105).*

Desde la perspectiva de quienes consideran que la ganancialidad no implica necesariamente cotitularidad, el carácter ganancial del usufructo es compatible con su titularidad individual ostentada por uno de los cónyuges. Ganancialidad y titularidad son cosas diferentes: la calificación de ganancialidad no altera la titularidad entendida como atribución del derecho por razón de su adquisición, *«pero incide sobre la titularidad determinándola, aunque no la haga desaparecer..., pues determina el goce y ejercicio de las facultades y potestades que integran el derecho ostentado, así como la sujeción de éste a responsabilidades... Con ello el cónyuge no titular no se convierte en cotitular, ni participa de alguna manera en la titularidad misma, siquiera participe, en cuanto miembro de la relación de gananciales determinante, en el ejercicio de la facultades y potestades que integran el derecho o la relación determinada» (106).* En suma, la calificación ganancial de un bien, con-

(104) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil, cit.*, pág. 633 y, anteriormente, en *Derecho de familia, cit.*, pág. 219, nota 10.

(105) AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario a la resolución de la DGRN de 31 de enero de 1979, cit.*, pág. 1539.

(106) BLANQUER UBEROS, «Reflexiones sobre la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, págs. 25 y 26. Recogen estas palabras del autor lo que se ha dado en llamar, cuando se aborda la naturaleza de la sociedad de gananciales, teoría de la comunidad diferida, iniciada antes de la reforma de 1981 por YAGO ORTEGA («Acerca de la titularidad sobre los gananciales», *RDN*, 1979, págs. 386 y ss.) y acogida por un nutrido sector del notariado. Además de BLANQUER UBEROS, en el trabajo ya citado y en otro, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, 1982, págs. 43 y ss., defienden esta idea de comunidad en sentido económico (sobre las ganancias y beneficios que resulten de la liquidación, después de deducir las deudas) y no jurídico: GARRIDO

forme a las prescripciones del artículo 1.347, no supone la inclusión del mismo en una masa patrimonial concreta, sólo ciertas especialidades en el régimen de su administración, disposición y responsabilidad.

En concreto, refiriéndose al usufructo, señala BLANQUER UBEROS que «una cuestión es la titularidad del usufructuario y otra las consecuencias de la ganancialidad del usufructo. No se trata sólo de distinguir la titularidad del usufructo y el valor patrimonial, se trata de distinguir la esfera del derecho y relación de usufructo, de una parte, y la esfera de las relaciones entre el usufructuario y su cónyuge cuando del derecho es predicable la calificación de ganancial» (107).

Entre las formulaciones más recientes acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales, BENAVENTE MOREDA, con especial atención de aquellos supuestos en que uno sólo de los cónyuges aparece como parte de una relación jurídica o como adquirente exclusivo de un bien que merece la calificación de ganancial, conjuga dos ideas —mancomunidad y sociedad— para explicar las relaciones entre ganancialidad y titularidad. Considera necesario la autora distinguir dos ámbitos o esferas: el interno o interconyugal, caracterizado por la existencia de una auténtica mancomunidad, sin atribución de cuotas, ni facultad para pedir la división, y el externo o de tráfico, donde la sociedad de gananciales se manifiesta como una auténtica sociedad civil, sin personalidad jurídica, por lo que la atribución de titularidades ha de coincidir con las personas de los cónyuges. En particular, con relación a derechos gananciales como el usufructo adquirido por uno solo de los cónyuges, considera excesivo entender que, en base a la idea de mancomunidad, ambos cónyuges se conviertan en cusufructuarios, señala que si la «cotitularidad se sigue afirmando, cuando nos encontramos ante preceptos que pretenden ser protectores del tráfico y de las relaciones de los cónyuges con terceros, realmente lo que se consigue es, a nuestro entender el efecto contrario» (108).

En todas estas posiciones, aun desde encontradas concepciones en torno a la sociedad de gananciales, puede atisbarse un punto de encuentro: *externamente*, la ganancialidad del usufructo, considerado el derecho en su integridad, condición de usufructuario y contenido económico, no se resuelve irre-

CERDÁ, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *AAMN*, 1982, págs. 143 y ss.; CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 7 y ss.; ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, 1982, págs. 7 y ss.; «Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 394 y ss.; «La comunicación ganancial», *ASN*, 1988, págs. 115 y ss.; MARTÍNEZ SANCHEZ, «Casos dudosos...», cit., págs. 360 y ss.

(107) Vid. BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, págs. 59-60.

(108) BENAVENTE MOREDA, *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., págs. 445 y ss.

mediablemente en un usufructo. La comunicación ganancial no se manifiesta necesariamente en términos de cotitularidad del derecho de usufructo, sin perjuicio de que, según la mayoría los autores citados, suponga *internamente* atribución o pertenencia a la masa ganancial sin personalidad, a ambos cónyuges. El derecho de usufructo puede ser adquirido por uno o ambos cónyuges y, en cualquiera de los casos, la atribución o pertenencia a una de las masas patrimoniales existentes en el matrimonio dependerá de las reglas que configuran el activo del consorcio conyugal. En otros términos, el carácter ganancial del usufructo puede coexistir tanto con una cotitularidad como con una titularidad individual externa (109). En este segundo caso, cualquier pretensión del cónyuge del usufructuario de acceder a tal condición supondrá un cambio subjetivo frente al nudo propietario que no alterará la duración del usufructo constituido convirtiéndolo en un usufructo conjunto (art. 521 C.C.) si no es mediando el consentimiento de aquél.

Esta es, en nuestra opinión, la mejor manera de resolver la colisión de normas que puede producirse cuando las normas reguladoras de la relación jurídica que determina el nacimiento del usufructo entran en conflicto con aquellas propias del régimen económico matrimonial relativas a la atribución de titularidad y gestión de los bienes gananciales. Desde esta perspectiva, la condición de usufructuario vendrá dada por el título constitutivo del usufructo, con independencia de los bienes (en caso de constitución por reserva) o de los fondos (en el caso de constitución *directa*) empleados para su adquisición. Pero, como hace notar CADARSO PALAU aunque en relación con las participaciones sociales en el régimen de la sociedad de gananciales (110), así como la normativa de la sociedad de gananciales no puede disciplinar la condición de usufructuario, tampoco las normas propias de esta relación jurídica de usufructo pueden decidir la adscripción del usufructo a una u otra de las masas patrimoniales, porque esta cuestión es cometido del régimen de gananciales.

(109) RAMS ALBESA (*La sociedad de gananciales*, cit., pág. 218) habla de *cotitularidad real* y *titularidad fiduciaria*: «hay que admitir, como lo hace buena parte de la doctrina, que a ambos cónyuges corresponde una "cotitularidad real" inmediata y actual sobre los bienes y derechos comunes, pero no es menos cierto que, en muchos casos, viene ésta atribuida a uno solo de ellos a través de los que podemos denominar, conforme a la clasificación citada, una "titularidad fiduciaria", que permite a su nominal beneficiario ejercer todas las facultades ínsitas en el derecho como si estuviese investido de una "titularidad plena"». MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales y sociedad civil», ASN, 1989, pág. 329, desde una configuración societaria de la sociedad de gananciales, prefiere hablar de «una titularidad instrumental que cobija un derecho compartido con un punto de referencia subjetiva que es la sociedad de gananciales y a partir de la cual se publica la comunicación y adscripción del bien a la sociedad que, al carecer de personalidad jurídica, no admitiría una titularidad directa».

(110) CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, cit., pág. 129-130.

El carácter privativo del usufructo determinará, si fue constituido en favor de uno de los cónyuges, la competencia exclusiva de éste para ejercitar cuantas facultades se deriven de la relación jurídico-real, sólo limitadas por el artículo 1.320 en cuanto el inmueble objeto del derecho sea destinado a vivienda familiar habitual, en cuyo caso los actos de disposición del derecho (fundamentalmente, la transmisión y la renuncia) deberán verificarse con el consentimiento de su consorte; y de haberse establecido en favor de ambos cónyuges, serán aplicables, además de las previsiones contenidas en el negocio jurídico de constitución, las disposiciones especiales que en sede de usufructo se refieren a las situaciones de cotitularidad en este derecho (especialmente, el artículo 521) y las normas de la comunidad de bienes, con las debidas adaptaciones en razón del objeto (111).

Por el contrario, la plena inclusión del usufructo en la comunidad supondrá, se haya constituido en favor de uno o de ambos cónyuges, que:

1.º La gestión y disposición del usufructo, en principio, será conjunta, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.375 y siguientes del Código Civil, aunque, en virtud del artículo 1.384, si el usufructo está constituido en favor de uno sólo de los cónyuges, éste podrá realizar individualmente los actos de gestión.

Tratándose de usufructo en favor de ambos cónyuges, a diferencia de que lo que sucede en un cusufructo ordinario, donde cada usufructuario podrá disponer de su cuota (112), aquí, dada su condición ganancial, y la inexistencia de cuotas concretas sobre los bienes gananciales, ninguno de ellos podrá disponer de su hipotética participación en el derecho (113).

(111) Vid. REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, págs. 1.117 y ss. En contra, RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, págs. 1303-1304.

(112) Vid. REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, pág. 1119.

(113) Al menos, desde la óptica de la concepción germanista de la sociedad de gananciales propugnada por la RDGRN 2 febrero 1983 (R.A. 1088) donde se planteaba el acceso registral de la venta hecha en escritura pública por el marido a su mujer de la participación que como ganancial le pertenece en la finca vendida, no admitiendo su inscripción, ya que «*el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial*». Reconoce, no obstante, que tratándose de un bien concreto «*en efecto, la libertad de contratar entre cónyuges, sancionada, en el nuevo art. 1323 del C.C., autoriza el entender permitido como regla general la válida adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial, máxime cuando se acredita la naturaleza privativa de la contraprestación, o como en este caso concreto en donde haya un reconocimiento o afirmación de tal naturaleza no sólo por el cónyuge adquirente sino también por su consorte, ya que de un lado, el principio de subrogación real evita exista un perjuicio para la sociedad de gananciales*

2.º La extinción por consolidación sólo se producirá cuando se produzca una plena identidad subjetiva y patrimonial.

3.º Puede ser objeto de embargo por los acreedores de la comunidad

4.º En principio, debe formar parte del haber partible a la disolución de la sociedad por cualquier causa distinta a la muerte del cónyuge usufructuario. No obstante, puesto que en esta materia puede tener una influencia decisiva el distinto régimen de extinción del usufructo en función de su constitución en favor de uno sólo o de ambos cónyuges, dedicaremos el resto del trabajo al estudio de esta cuestión; aspecto al que se refieren la mayoría de la resoluciones de la DGRN que examinábamos más arriba.

V. EL REGIMEN DEL USUFRUCTO GANANCIAL A LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES.

Las principales cuestiones que suscita la calificación del usufructo se manifiestan en este momento, donde la división del consorcio conyugal que debe seguir a la disolución del mismo pone a prueba la vinculación del usufructo vitalicio a su titular. Las intenciones y propósitos que las partes pretenden conseguir constituyendo el usufructo (principalmente, en este ámbito, procurarse unos recursos de por vida, asegurándose un determinado estatus social) y los aspectos personales del derecho chocan con la dinámica liquidatoria de la sociedad de gananciales.

Nos centraremos en la disolución provocada por la muerte de uno de los cónyuges por ser esta causa de disolución del consorcio la que más directamente incide en el derecho de usufructo, normalmente vitalicio, sin perjuicio de que las conclusiones a las que lleguemos puedan ser referidas también,

al ocupar la contraprestación recibida —dinero— el lugar del bien transmitido, y de otro lado, no puede entenderse se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto del vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave en la doctrina de este Centro Directivo sobre esta materia como es la falta de contraposición o conflicto de intereses. Respecto de la misma cuestión, por el contrario, la STS 19 diciembre 1997 (R.A. 9110) parece sustentar otra posición al afirmar que: «con base, precisamente al voluntarismo inserto tanto en el artículo 1323 como 1324 del C.C., es hoy viable acceder a cuanto ha acontecido, es decir, que los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, sino también podrá referirse a posibles derechos inherentes en favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, expectante, de tal forma que, con total libertad, se le permite realizar los contratos que estimen conveniente, sin que, obvio es, quepa entender que ello sólo se permitiera a través de la compraventa o a la donación, ya que tanto, el reconocimiento o la cesión dederechos, son modalidades, dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrán utilizar».

aunque sólo parcialmente, a la disolución y liquidación *inter vivos* del patrimonio común.

Del mismo modo, conviene precisar desde ahora que, dado el diferente régimen extintivo del usufructo en función de que se haya constituido en favor de una sola persona o de varias, el análisis de esta materia debe necesariamente partir de este condicionante. Distinguiremos, pues, dentro del usufructo que merezca la calificación de ganancial, aquél constituido en favor de uno sólo de los cónyuges o de ambos conjunta o sucesivamente

1. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES

Ya hemos visto que a tal situación se puede llegar de distintas formas, por adquisición onerosa del derecho a costa del caudal común o sin justificar la procedencia privativa de los fondos empleados, por reserva al disponer de bienes gananciales, por atribución voluntaria de ganancialidad con ocasión de la adquisición o disposición de bienes privativos. En cualquiera de estos supuestos, la constitución en beneficio de uno sólo de los cónyuges no está reñida con la calificación ganancial del derecho, como anteriormente se ha advertido.

Pues bien, la incidencia que sobre el usufructo tenga la disolución de la comunidad conyugal dependerá de que la misma se opere por el fallecimiento del usufructuario o de su cónyuge.

— Si la disolución de la comunidad ganancial acontece por el óbito del cónyuge usufructuario, no hay cuestión respecto del usufructo vitalicio, éste se extingue. El único punto que puede plantearse es la entrada en juego de los resortes que el Ordenamiento concede a cualquiera de los cónyuges ante los actos irregulares del otro: bien las acciones de nulidad o anulabilidad del artículo 1.322 frente a actos de disposición no consentidos, bien las consecuencias que para los actos lesivos o fraudulentos disponen los artículos 1.390 (restitución del beneficio o lucro exclusivo o resarcimiento del daño dolosamente ocasionado a la sociedad) y 1.391 (rescisión del acto en caso de fraude si concurre mala fe en el adquirente); recursos cualquiera de ellos cuyo efectivo despliegue exigirá la concurrencia de sus presupuestos, sin que sea suficiente a estos efectos el hecho de haberse constituido el usufructo en favor solo del cónyuge fallecido (114).

— Si la disolución del consorcio conyugal tiene lugar por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges o por el fallecimiento del consorte de

(114) Señala GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 110: La reserva por la vida de uno de los cónyuges es un negocio válido y lícito, «aunque desde el punto de vista económico sea un mal negocio o pueda serlo».

quien aparece como usufructuario, esta disolución no obsta a la subsistencia del usufructo, el cual como vitalicio de uno de los cónyuges o, en su caso, del supérstite, subsistirá hasta su muerte.

2.1. *Ahora bien, en qué medida el carácter personal del usufructo vinculado a la vida del cónyuge viudo dificulta o restringe su vocación a la partición in natura.*

En otros términos, ¿puede ser adjudicado en favor de los herederos del cónyuge fallecido, aun cuando la duración del tal derecho venga determinada por la vida del cónyuge supérstite (usufructuario)? o, lo que deberá tenerse en cuenta, ¿no será el valor del derecho de usufructo comutándolo en la masa ganancial, pero sin incluirlo en los bienes a repartir?

Desde la perspectiva de quienes defienden la estricta privatividad del usufructo, queda excluida de antemano la posibilidad de que el cónyuge no usufructuario (si la disolución de la sociedad es *inter vivos*) o los herederos del cónyuge premuerto (si la disolución es *mortis causa*) accedan a la condición de usufructuarios, dado el carácter necesariamente privativo de esta titularidad. Lo procedente será el reembolso actualizado al fondo común de lo invertido en la adquisición (onerosa) del usufructo o, a lo sumo, la colación del valor del contenido patrimonial del derecho. Para quienes la ganancialidad del usufructo se resuelve en una cotitularidad actual con plenitud de efectos, el juego del artículo 521, aun cuando el usufructo estuviese constituido en favor sólo del cónyuge viudo, excluye su inclusión en la liquidación, en cuanto que la parte correspondiente al premuerto acrece al supérstite, «*habida cuenta de su intransmisibilidad mortis causa*» (115).

En nuestra opinión, como señalábamos, vigente la sociedad de gananciales, la condición ganancial del usufructo no atribuye al otro cónyuge la condición de cusufructuario, aunque el derecho esté adscrito a un régimen patrimonial de atribución conjunta a ambos cónyuges. Por tanto, si el derecho merece la calificación de ganancial, como cualquier otro bien ganancial existente en el momento de la disolución (art. 1.397-1.º C.C.), deberá entrar en la liquidación, tanto si ésta es consecuencia de la extinción del consorcio por causa *inter vivos*, como *mortis causa*. A esta consideración y, especialmente, a la eventual adjudicación que pueda producirse en favor de los herederos del cónyuge premuerto, no se opone, en nuestra opinión, el carácter personal, en el sentido de intransmisible *mortis causa*, del usufructo vitalicio, en razón de que lo que imposibilita esta connotación del usufructo es la no heredabilidad

(115) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «*Más acerca de la innecesidad...*», *cit.*, págs. 361-362.

del derecho por los herederos de la persona en cuyo favor de constituyó, lo que no sucede en ninguno de los casos.

Esta es, como vimos, la solución brindada por la Resolución de 31 de enero de 1979, que con motivo de la enajenación del derecho por el cónyuge superviviente, negó su legitimación individual hasta tanto no resulte de la división la adjudicación a su favor del derecho en pago de su haber. También, la de aquellos autores que admiten la calificación ganancial del usufructo (116).

Sin embargo, en este momento, la eventual adjudicación final del usufructo que pueda producirse en favor del consorte no usufructuario o de sus herederos, si aquél premurió, se traduce frente al nudo propietario, y con independencia de la trascendencia meramente especificativa o determinativa, y no constitutiva o traslativa que, jurisprudencia y doctrina, viene atribuyendo a la adjudicación derivada de la liquidación de gananciales (117), en un cambio de sujeto. De ahí, que compartamos las precisiones que realiza BLANQUER UBEROS (118), quien partiendo de la necesidad de distinguir, no la titularidad del usufructo y el valor patrimonial, sino la esfera del derecho y relación de usufructo, de una parte, y la esfera de las relaciones entre el usufructuario y su cónyuge cuando del derecho es predicable la calificación de ganancial, señala que en el supuesto que estamos contemplando, *«en la esfera de la relación de usufructo no se ha producido hecho alguno que le afecte; en la esfera de la sociedad de gananciales procede la liquidación. Si se adjudica al cónyuge usufructuario (sea o no por derecho de adjudicación preferente), no se produce efecto alguno en la relación de usufructo, ni se modifica el título a causa de adquirir el usufructo en su relación con el nudo propietario, ni se altera la titularidad real del usufructo. Si se adjudica a los herederos del cónyuge no usufructuario o a éste, si la liquidación es inter vivos, se produce un efecto diverso según la esfera que se contemple: en el ámbito de la sociedad de gananciales, una operación adjudicatoria; y en el ámbito del usufructo se produce un cambio de usufructuario que no anula el significado del usufructuario originario en la duración del derecho ni elimina su responsabilidad»*

(116) Así, AMORÓS GUARDIOLA y CHICO ORTIZ en sendos comentarios a la resolución de 31 de enero de 1979, RCDI, *cit.*, págs. 1538-1540 y ADC, *cit.*, pág. 509, respectivamente; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 110. Mas recientemente, GÓMEZ GÁLIGO (*Comentario a la RDGRN de 7 de febrero de 1995, cit.*), critica la solución ofrecida en favor de la consolidación en esta resolución pues, admitida la atribución de carácter ganancial al usufructo, en el momento de *«disolución de la sociedad de gananciales tendrá que ser objeto de adjudicación a uno u otro cónyuge, pudiendo adjudicarse al cónyuge no titular de la nuda propiedad»*.

(117) Es reiterada la afirmación de que se produce «una adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real»

(118) *«Reflexiones acerca de la influencia del régimen de ganancialidad en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge»*, *cit.*, págs. 59-60

2.2. *¿Cabe pensar, como insinúa el autor, en un derecho de atribución preferente a ejercitar y hacer valer por el cónyuge usufructuario conforme a lo dispuesto en los artículos 1406 y 1407 del Código?*

No creemos que haya dificultades para admitir la procedencia de ejercitar tal derecho cuando el usufructo ganancial recaiga sobre la explotación agrícola, comercial o industrial (art. 1.406-2.º) (119), sobre el local donde el cónyuge atributario hubiese venido ejerciendo su profesión (art. 1.406-3.º) (120) o sobre la vivienda donde tuviese la residencia habitual (1.406-4.º) (121), y

(119) Siempre que el cónyuge atributario, en cuanto usufructuario, sea titular del poder de gestión, lo que lo convierte en empresario. En este sentido se manifiesta GARRIDO DE PALMA, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y VÉLEZ BUENO, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid, 1985, pág. 77. Sobre las dificultades que plantea la construcción técnica del llamado *usufructo de empresa*, puede verse, en general, GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I. 7.ª Ed. Madrid, 1982, págs. 199-201; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I-1.º. Barcelona, 1991, págs. 228 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, págs. 124-125; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho mercantil*. Barcelona, 1990, págs. 78-79.

(120) En este sentido, GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución...*, cit., pág. 105, quienes señalan que en caso de que la disolución de la sociedad conyugal sea *inter vivos*, cabrá la atribución preferente, en función de quien sea el profesional, tanto en favor del cónyuge usufructuario como de su consorte, si bien en este último caso «*la duración del derecho vendrá limitada al tiempo de vida del titular*»; si la disolución se opera por la muerte del cónyuge del titular del usufructo, éste si fuera el profesional podrá ejercitar la atribución preferente. No parece ser ésta la opinión de RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», *RCDI*, 1985, págs. 727 y ss. y 927 y ss., quien, con referencia al supuesto en que el local profesional se encuentre arrendado, propugna una interpretación estricta del art. 1406-3.º: «*el que en él no se especifique el título al que se tiene el local profesional no quiere decir que la atribución se efectuará en favor del cónyuge usuario a cualquier título por el que se use, sino precisamente dando tan sólo cabida al derecho de propiedad*», aunque el propio autor manifiesta ser consciente de la debilidad del argumento, «*pues no hay inconveniente formal o material alguno para concluir que la interpretación restringida a lo que se refiere es a la creación de nuevos objetos de atribución, a extenderse a nuevos campos distintos a los previstos en la norma, pero no a que la norma desarrolle todas aquellas virtualidades que no han sido negadas en la misma*» (págs. 808-809). También se plantea la cuestión FONSECA GONZÁLEZ, «Las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil», I y II. *RDP*, 1986, págs. 8 y ss. y 107 y ss., pero sólo se detiene en el supuesto del local arrendado.

(121) Según GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pág. 150, en relación con la vivienda habitual no cabrá en ningún caso derecho de atribución preferente en favor de cónyuge supérstite pues, sólo pueden plantearse dos situaciones: usufructo ganancial adquirido por ambos cónyuges, en cuyo caso, fallecido uno de ellos se aplicará el artículo 521, y usufructo ganancial adquirido por uno sólo, en cuyo caso fallecido éste el derecho se extingue. En el mismo sentido, FONSECA GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 126 y 127. Se olvida, a nuestro parecer, el caso que aquí estamos planteando: usufructo ganancial en favor de uno sólo de los cónyuges, disolviéndose la sociedad por muerte del otro; es el supuesto en que entraría en juego el art. 1406-4.º en relación con el derecho de usufructo.

ello porque, aunque estos preceptos estén pensando en la pertenencia en propiedad de esos inmuebles a la masa ganancial, no vemos ninguna razón para negar su aplicación extensiva, si en el activo ganancial figura la existencia de un derecho real limitado sobre los mismos (122). Más difícil resulta conciliar esta atribución preferente respecto del derecho de usufructo ganancial que, constituido en favor de uno de los cónyuges o del supérstite recaiga sobre inmuebles que no tienen este destino específico, no habría, a nuestro juicio, razones para entenderlo aplicable por analogía (123), ni siquiera sobre la base de considerar que el usufructo como derecho personal del cónyuge usufructuario merece tal tratamiento, en razón de la naturaleza del mismo (124), y ello, porque como señalabámos anteriormente la causa de esa *inherencia personal* normalmente se limita al simple hecho de que la duración del derecho está

(122) En este sentido, GARCÍA URBANO (*Comentario del Código Civil*. II. Arts. 1.406 y 1.407. Madrid, 1993, pág. 800), considera aplicable el artículo 1.407, respecto de la opción que reconoce en materia de atribuciones preferentes en favor del cónyuge adjudicatario (solicitar la adjudicación en concepto de propiedad o en el de uso o habitación, aunque su valor exceda del haber del cónyuge adjudicatario), cuando la sociedad de gananciales no ostentaba sobre el local o la vivienda más que un derecho real limitativo, como el usufructo, *«supuesto en el que la facultad de pedir su adjudicación podría concentrarse únicamente en forma de uso»*.

(123) Aunque las adjudicaciones preferentes, en cuanto comportan una excepción al principio general de igualdad cualitativa de los lotes en sede particional (art. 1.061 C.C.), deben ser objeto de una interpretación estricta. Esta aplicación restrictiva, a juicio de quien se ha ocupado con detenimiento de la materia (RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes...», cit., pág. 753), *«no puede ni debe aplicarse ni a las personas reconocidas como potencialmente atributarias —salvo en muy determinados casos— ni a las cosas señaladas por la norma como atribuibles; la rigidez debe operar en otro campo más determinante de la finalidad de la institución, cual es la necesidad de un nexo de afección entre tributario y objeto atribuible»*. De modo que, en opinión del autor, *«la propia funcionalidad de la institución de la atribución preferente demanda... que los bienes atribuibles no sólo sean los específicamente previstos con carácter general en los apartados 1.º a 4.º del citado artículo, sino también aquellos otros que por su naturaleza o por su función juegan el mismo papel que los enumerados taxativamente en el desarrollo de la personalidad en sus dimensiones de intimidad y proyección profesional amenazadas en su continuidad por la partición del consorcio conyugal»*.

(124) En el sentido propuesto por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derecho de familia*, cit., págs. 308-309) quien reconoce, junto con los bienes que pueden ser objeto de atribución preferente en base al artículo 1.406, *«atribuciones preferentes impuestas por la naturaleza del bien»*, en las que el principio de buena fe puede exigir que el bien sea atribuido al cónyuge a cuyo nombre figuran. Considera como tales, *«determinados bienes gananciales (participaciones en una sociedad limitada, derecho de arrendamiento de local de negocio, etc.) que aparecen constituidos a nombre de uno de los cónyuges si a efectos de la otra parte de la relación jurídica (los demás socios, el arrendador, etc.) sólo podrían pasar al otro cónyuge con grave riesgo o detrimento (derecho de adquisición preferente, resolución, participación en el precio, etc.)*. La lista de los bienes será mayor si se entienden que pueden ser gananciales determinados bienes intransmisibles» (se refiere el autor a derechos de uso y habitación comprados con dinero ganancial y que pudieron configurarse como transmisibles, servidumbres personales configuradas como personalísimas, derecho de socio...).

supeditada a la vida de la persona en cuyo favor se constituyó, no obstaculizando que pueda ser objeto de tráfico jurídico.

Ahora bien, esta adjudicación preferente del usufructo constituido en favor de uno de los cónyuges será posible, al margen de las previsiones legales, si se conviene, con GARCÍA URBANO, que los cónyuges pueden acordar *«(en forma capitular o no, pues propiamente no estaremos ante una modificación del régimen económico-matrimonial) la extensión de esta facultad a bienes diferentes de los señalados en este artículo»* (125).

En cualquiera de los casos, conviene reseñar que, puesto que *«la atribución preferente sólo despliega su eficacia atributiva en la partición propiamente dicha»* (126), cualquier acto de administración y disposición del usufructo durante el periodo de indivisión y antes de división material, deberá realizarse con el consentimiento de los demás cotitulares de la comunidad postganancial.

2. USUFRUCTO GANANCIAL CONJUNTO

El establecimiento del usufructo en favor de ambos cónyuges, cuando el mismo merezca la calificación de ganancial, conforme a las determinaciones de los artículos 1.347 y siguientes del Código Civil, plantea varias cuestiones cuando la disolución de la comunidad conyugal se produce por la muerte de uno de los cónyuges (127).

(125) GARCÍA URBANO, *op. cit.*, pág. 798.

(126) De este aspecto se ocupa RAMS ALBESA (*«Las atribuciones preferentes...»*, *cit.*, págs. 987 y ss.), quien señala que del contexto en que se sitúan las atribuciones preferentes en nuestro ordenamiento no es posible entender que tienen *«fuerza vinculante y condicionan todas y cada una de las operaciones que siguen a la conclusión de la sociedad conyugal...»*, pues la presencia del derecho de atribución preferente no interfiere prácticamente en el curso de las operaciones liquidatorias de las deudas del consorcio para con los terceros ajenos al mismo; no se prevé en la norma la mínima imbricación exigible entre liquidación de reintegros y reembolsos y la atribución preferente, que, en todo caso, puede llegar a ser deducida del conjunto sistemático de la reforma de 1981; ni puede decirse que la atribución preferente debe anteceder al pago de deudas estrictamente personales entre los cónyuges, dada la posición sistemática del artículo 1.405. Todo ello inclina a que la atribución preferente antes de abrirse el procedimiento de partición propiamente dicho, sea tratada como una mera expectativa de derecho y sea sólo protegible por el ordenamiento en cuanto tal; su consideración como propio y verdadero derecho subjetivo no le alcanza sino desde el momento de proceder a la confección de los distintos lotes particionales, por lo que puede decirse que su naturaleza es estrictamente particional» (págs. 989 y 990).

(127) Si la disolución del consorcio tiene lugar *inter vivos*, y el usufructo recayese sobre un inmueble destinado a local comercial, GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pág. 105, prevén el posible ejercicio del derecho de atribución preferente en favor de aquel de los cónyuges que sea el profesional, si bien *«habrá de compensarse al otro cónyuge mediante el avalúo del derecho que se adjudicase al profesional»*.

- 2.1. *La primera es la relativa a los efectos que la muerte de uno de los cónyuges tiene en el derecho de usufructo. En otros términos, ¿es aplicable el artículo 521 del Código Civil al usufructo ganancial?*

De manera francamente aislada se ha mantenido en algún momento por nuestra doctrina la no aplicación de este precepto, consolidándose la nuda propiedad en la parte de usufructo extinguido por la muerte de uno de los cotitulares. Me refiero a CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA (128), para quienes en el usufructo simultáneo ganancial (constituido por adquisición onerosa o por reserva) no entra en juego el artículo 521, siendo aplicables las normas relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales: «*durante la vigencia de dicha "sociedad", existe entre los cónyuges una comunidad sin atribución de cuotas; pero al fallecimiento de cualquiera de ellos, esas cuotas se concretan, correspondiendo una mitad al sobreviviente y la otra a los herederos del premuerto. Como estos últimos no eran cotitulares del usufructo no podrán tener derecho al acrecimiento y, en consecuencia, el usufructo se extinguirá en la mitad del premuerto consolidándose con la nuda propiedad, quedando subsistente la mitad del supérstite*». El artículo 521 es, en opinión de estos autores, aplicable sólo cuando la adquisición del usufructo se realizó con dinero privativo de cada uno de ellos (se forma una comunidad ordinaria por cuotas).

Es común, por el contrario, entender que en el usufructo constituido simultáneamente en favor de ambos cónyuges, merezca la calificación de privativo o ganancial, la muerte de uno de los cónyuges no supone la extinción, ni siquiera parcial, del derecho, el cual subsistirá en su integridad hasta el fallecimiento del supérstite, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 521; precepto pensado para supuesto en el que el usufructo sea establecido en favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución y en el que la cotitularidad de derecho deriva del propio negocio de constitución del derecho, no del establecimiento en favor de una sola persona que, por disposición legal, se comunica a otras (129). Por tanto, el usufructo constituido en favor

(128) *Apuntes...*, II, cit., pág. 20. En un trabajo posterior, al citado y a la reforma del Código Civil de 1981, de CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, cit., págs. 109 y ss.) no aborda el autor la cuestión al ocuparse de la inscripción del derecho de usufructo.

(129) En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 31 de enero de 1979», cit., pág. 1539. En contra, RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Más acerca de la incesidad...», cit., pág. 361-362, para quien el efecto previsto en el artículo 521 es aplicable, en su caso, a todo supuesto de usufructo ganancial, con independencia de su constitución en favor de uno o de ambos cónyuges, en razón de que su condición ganancial supone la cotitularidad y pertenencia del derecho a ambos cónyuges.

de ambos cónyuges, deba calificarse como privativo o ganancial, como cualquier usufructo establecido en favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extingue hasta la muerte del último de los cónyuges.

Estamos, según la opinión más común, ante un efecto natural, por disposición legal, de todo usufructo simultáneo, cuya exclusión requiere previsión en contrario en el título de constitución del derecho.

2.2. *Por ello, la siguiente cuestión, admitida la aplicabilidad del artículo 521, será decidir qué significa en el momento de liquidación del consorcio, mereciendo el cónyuge la calificación de ganancial, el hecho de que el usufructo no se extinga hasta la muerte del cónyuge que sobreviva*, porque este precepto, reconocida la posible constitución del usufructo en favor de varias personas (art. 469 del C.C.), se limita a señalar los efectos que respecto del derecho real tiene esa constitución múltiple sin prejuzgar la incidencia que pueda tener su adscripción a la masa ganancial.

Como indica Tirso Carretero, admitida la aplicación del efecto previsto en el artículo 521 del Código, otra cosa será decidir si mereciendo el cónyuge la calificación de ganancial: *«el que no se extinga el usufructo hasta la muerte del cónyuge sobreviviente quiere decir que hay derecho de acrecer del supérstite que origina una titularidad privativa no sometida ni a la liquidación de sociedad conyugal ni a la herencia del premuerto o quiere decir simplemente que el usufructo pervive hasta el fallecimiento del supérstite, pero que a la muerte del primero hay que someterlo a liquidación y adjudicación, como otro bien cualquiera de la sociedad conyugal; porque la verdad es que con el texto literal del artículo 521 cabe mantener ambas cosas y hay que decidirlo con otros principios más»* (130).

En este punto, las opiniones sustentadas por la doctrina registral y científica, anterior y posterior a la reforma de 1981, pueden estructurarse del siguiente modo:

- A) Subsistencia íntegra del usufructo, sin perjuicio de su inclusión en la masa de liquidación

Es el resultado al que llega la Dirección General en sus pronunciamientos de 25 de febrero de 1993 y 8 de julio de 1998.

Del mismo modo, ha sido la forma más común de interpretar, antes de la reforma del régimen legal de gananciales en 1981, las repercusiones que el efecto previsto en el artículo 521 tiene en el momento de liquidación del

(130) TIRSO CARRETERO, *Comentario a la Resolución de 10 de julio de 1975*, cit., págs. 1.453-1.454.

consorcio conyugal, cuando del usufructo conjunto es predicable su carácter ganancial. La no extinción y subsistencia del usufructo hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite no altera, en modo alguno, su carácter ganancial y, en consecuencia, debe formar parte de la masa *dividenda*.

En gran medida, la razón que estaba en la base de esta forma de entender la condición ganancial del usufructo y la operatividad del artículo 521 en el momento de la liquidación obedecía a la inadmisibilidad de donaciones entre cónyuges derivada de su expresa prohibición legal (antiguo art. 1.334): el acrecimiento o incremento que se verifica en favor del cónyuge usufructuario supérstite a la muerte de su consorte, cotitular del usufructo, no supone «donación entre cónyuges, ni inter vivos, ni mortis causa», puesto que el usufructo del cónyuge sobreviviente será ganancial y, como tal, ha de incluirse entre los bienes objeto de liquidación (131).

Afirmado el carácter ganancial del usufructo del cónyuge supérstite y la necesidad de liquidarlo, lo que planteaba dudas a la doctrina era la cuestión relativa a la aptitud del usufructo para ingresar en la masa partible *in natura*.

Algunos autores optan claramente por la vocación a la partición *in natura* del usufructo, por lo que puede ser adjudicado al cónyuge supérstite o a los herederos del premuerto en pago de su parte en el haber ganancial (132); solución que, en opinión de algún otro autor resulta «insostenible, por cuanto pugna con la naturaleza personal y generalmente vitalicia del usufructo que se extingue por la muerte del usufructuario (art. 513 del Código Civil) y que no es transmisible mortis causa» (133). Por ello, a juicio de otros, en virtud del perjuicio que la exclusión del usufructo puede representar para acreedores del caudal común y legitimarios del cónyuge premuerto, lo procedente será colacionar el valor del usufructo por el cónyuge supérstite, permaneciendo éste como usufructuario (134).

(131) Así, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 91, nota 26, y pág. 96, y COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 336.

(132) Así, RUIZ ARTACHO, *op. cit.*, pág. 5; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 85.

(133) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1314.

(134) COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 335. RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1315) critica esta solución porque, en su opinión: «1.º No armoniza con el carácter del usufructo, que, al ser conjunto, vendría a hacer imposible la determinación de la cuantía a imputar. 2.º No encaja con la idea de la adquisición del cónyuge supérstite, que no procede de una atribución que el otro le realiza, ni de la obtención de un especial lucro particular a costa del caudal común, sino que deriva, según teorías, de un fenómeno especial de acrecimiento; de una adquisición «ex lege»; o de la absorción que es propia a todo derecho conjunto. 3.º No tiene, por último trascendencia registral alguna. Si el Registrador no puede exigir que, cuando el cónyuge viudo pretenda enajenar el usufructo ganancial, se le presente el documento en que conste la liquidación de la sociedad conyugal, mal puede comprobar si se ha imputado o no su valor en la referida liquidación...».

Después de la reforma del régimen económico matrimonial de 1981, a propósito de la Resolución de 21 de enero de 1991, donde se aborda expresamente la cuestión, AVILA NAVARRO (135) considera que la afirmación de la DGRN de que *«tal usufructo “quedará excluido de la liquidación de gananciales” quizá deba interpretarse en el sentido de que el usufructo así constituido quedará excluido de adjudicación en la liquidación de los gananciales, porque debe adjudicarse necesariamente al cónyuge sobreviviente; pero lo que no quedará excluido en la liquidación es el valor de ese usufructo»*.

B) *Subsistencia íntegra en favor del cónyuge supérstite quedando excluido de la liquidación*

Esta solución es la acogida, como veíamos en su momento, por la Resolución de 10 de julio de 1975, en base a la constancia registral de un pacto expreso de acrecimiento en favor del cónyuge supérstite y de lo previsto en los artículos 521 y 987 del Código; después de la reforma de 1981, la Resolución de 21 de enero de 1991, acoge la misma solución, si bien en ese momento la dispensa de liquidación la fundamenta el Centro Directivo, no propiamente en el carácter conjunto del usufructo constituido, sino en una voluntaria atribución de privatividad (art. 1.355, *a contrario*) deducida del término «sucesivo» que acompaña al de «conjunto»; y, resulta desconocida por completo, en el pronunciamiento de 25 de febrero de 1993.

Es también la opinión defendida por algunos de los autores que, después de 1981, se han ocupado de la materia, desde el momento en que la nueva legalidad vigente deroga la interdicción de las donaciones entre cónyuges, estableciendo expresamente la libertad de contratación entre los mismos (136).

Significativamente, es el profesor RIVERO HERNÁNDEZ, en su comentario a la Resolución de 21 de enero de 1991 (137), quien señala que *«en el usufructo conjunto de bienes gananciales a favor de ambos consortes y constituido en la forma que conocemos (reserva), entiendo que fallecido uno de los cónyuges su parte en el disfrute de aquéllos pasa al supérstite automáticamente, sin necesidad (ni posibilidad) de hacer liquidación de la sociedad de gananciales, ni tránsito «iure successionis» a los herederos del premuerto de su de-*

(135) *Cit.*, RJC, 1992-4, pág. 218.

(136) También RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1317), como ya hemos tenido oportunidad de indicar, siguiendo la doctrina contenida en la resolución de 1975, mantiene, antes de la reforma del régimen económico matrimonial, la dispensa de liquidación y adjudicación del derecho de usufructo constituido por reserva al enajenar bienes gananciales o por adquisición onerosa, aunque como veíamos por razones bien distintas.

(137) CCJC, n.º 26, 1991, págs. 377 y ss.

recho de usufructo como ganancial. Téngase en cuenta, para entenderlo mejor, que por ser usufructo vitalicio y, por tanto, personalísimo de sus titulares respectivos, fallecido uno de ellos nunca podrá ir ese usufructo a los herederos del premuerto ya que o se extingue como ius in re aliena (art. 513-1.º C.C.), consolidándose con la nuda propiedad, o pasa al conyuge sobreviviente ex artículo 521».

La justificación la encuentra el autor en que cuando ambos cónyuges recíprocamente disponen *«de su mitad ganancial en usufructo de bienes comunes en favor de su consorte de forma que pase a éste el usufructo de esa mitad a su fallecimiento, está sacando de su patrimonio en ese momento (si es por acto inter vivos, en el que estoy pensando por razones ya anticipadas) tal derecho, con lo cual ha dejado de ser ganancial y queda excluido de la liquidación de la sociedad de gananciales a su muerte...»*. Esta posibilidad, a juicio del autor, no plantea duda en la actualidad, en base al artículo 1.323 que consagra la libre contratación entre cónyuges, *«de la que es aplicación particular para un supuesto concreto el artículo 1.355»*. De ahí, *«el reconocimiento por la DGRN de la posibilidad de que los consortes de común acuerdo, provoquen desplazamientos patrimoniales y de bienes gananciales al patrimonio de uno de ellos»*, siempre que tal desplazamiento patrimonial aparezca causalizado. En tales supuestos el desplazamiento y causa que hubo en el acto de constitución del usufructo conjunto y vitalicio es *«una donación recíproca («inter vivos»), entre los cónyuges, del usufructo correspondiente, con eficacia aplazada (dato implícito en el tipo de usufructo designado) al fallecimiento de uno de ellos»* (138).

También LAPIEDRA FRÍAS defiende la exclusión de liquidación del usufructo que acrece al cónyuge sobreviviente, pero la justificación en este caso se encuentra, al margen de cualquier consideración a la existencia del régimen de gananciales, en la propia naturaleza del usufructo y en la previsión del artículo 521: *«si el usufructo es un derecho personal y vitalicio exige que persista “íntegramente” entre los cotitulares sobrevivientes, de tal modo que: 1. Ni se consolide en parte en favor del nudo propietario, pues debe subsistir hasta la muerte del último de los cónyuges sobrevivientes. 2. Ni pueda corresponder a los herederos del cotitular fallecido, por ser un derecho esen-*

(138) ALBIEZ DORHMANN, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 144-145, siguiendo al profesor RIVERO señala que una de las finalidades de la reserva de usufructo conjunta o sucesiva en favor de los cónyuges es que éste no entre a formar parte de la liquidación de la sociedad de gananciales. Entiende que *«desde luego, cuando la reserva de usufructo vitalicio es conjunta no hay razón para que entre a formar parte de la liquidación de la sociedad de gananciales teniendo en cuenta que la finalidad suya es que el cónyuge supérstite pueda seguir disfrutando de la totalidad del usufructo hasta su muerte. Cuando la reserva de usufructo es sucesiva, no procede la liquidación si se considera que no hay una verdadera sucesión en el derecho de usufructo»*.

cialmente personal. El acrecentamiento respecto de la cotitularidad vacante se producirá tanto si el usufructo es privativo, como si es ganancial; incluso en el caso del cousufructo ganancial con mayor facilidad y claridad. Si prescindimos del supuesto en que exista una voluntad contraria del constituyente del usufructo, el efecto de acrecentamiento sólo se excluirá cuando concurra alguno de los supuestos que, con arreglo al artículo 983 del C.C., impiden el ejercicio del derecho de acrecer. Es claro que sólo en el cousufructo privativo habrá cuotas y por lo tanto posibilidad de aplicar la norma del artículo citado. En el cousufructo ganancial, dada la especial naturaleza de la sociedad de gananciales en la que, por propia definición, mientras la sociedad subsiste, no hay cuota que pueda atribuirse a cada uno de los cónyuges, difícilmente podrán darse ninguno de los casos que excluyen la nota de conjunción y, por tanto, el efecto de acrecimiento. En consecuencia, si fallecido uno de los cónyuges cousufructuarios, su cuota acrece al sobreviviente, no hay que acudir a la liquidación de los gananciales y, en el caso plantado, el cónyuge sobreviviente podrá disponer con plena eficacia de la totalidad del usufructo» (139).

C) Nuestra opinión

Cuando el usufructo se constituye con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges (y lo mismo podría decirse del sucesivo) una cosa nos parece clara: el usufructo no se extingue hasta el fallecimiento del último de ellos, salvo previsión contraria en el título constitutivo y ello, con independencia de la calificación privativa o ganancial que merezca el cousufructo; efecto legal previsto en el artículo 521 que coincide con el propósito y finalidad que las partes persiguen: es voluntad de los cónyuges que, fallecido uno de ellos, el sobreviviente siga disfrutando de la totalidad del bien o bienes en el mismo concepto (*iure usufructus*).

Ahora bien, otra cosa será que, produciéndose este efecto, cualquiera que sea la calificación que merezca el cousufructo (privativa o ganancial), la previsión del artículo 521, por sí sola, tenga la virtualidad de alterar las normas determinantes de la adscripción del derecho al activo consorcial, originando en el cónyuge supérstite, que resulta favorecido por la ampliación o incremento del disfrute, una titularidad privativa excluida de todo reflejo en el momento de la liquidación (140). Dos pueden ser las interpretaciones po-

(139) LAPIEDRA FRÍAS, «Usufructo y sociedad de gananciales (Res. 25 de febrero de 1993)», cit., págs. 202-203.

(140) En cierto sentido, esta es la opinión manifestada por GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución...*, cit., pág. 105 y 150, quienes respecto del «usufructo constituido (sobre local comercial o vivienda habitual) en favor de ambos cónyuges, por cualquier

sibles que origina el efecto, no excluido por voluntad de las partes, previsto en el artículo 521, cuando el usufructo, conjunto y vitalicio en favor de ambos cónyuges, tenga la condición de ganancial en razón de su adquisición:

- Necesaria adjudicación del derecho en favor del cotitular supérstite. Es decir, en razón del título y forma conjunta de constitución del derecho y del régimen legal establecido por el artículo 521, y no excluido por las partes, lo que queda descartada es una inclusión *in natura* del derecho en la liquidación, porque ha de ser adjudicado al cónyuge viudo. Y ello, porque la norma contenida en el artículo 521 supone, no tanto una excepción a la regla de intransmisibilidad *mortis causa* del usufructo vitalicio, sino a la consolidación de la nuda propiedad (141). Por tanto, puesto que el usufructo tiene un destino o *iter* predeterminado legalmente, lo que habrá de tenerse en cuenta en ese momento, dada la condición ganancial del derecho, será su valor, objeto de colación por el cónyuge supérstite.
- Irrelevancia absoluta del usufructo en el momento de la liquidación. Conclusión a la que puede llegarse si se aprecia en la operación un desplazamiento patrimonial entre cónyuges, cuya causa será gratuita (donación). Antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, la prohibición de donaciones entre cónyuges constituía un serio obstáculo para conseguir este propósito. Después de esta fecha, la perspectiva cambia necesariamente en virtud del principio general de libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323). El planteamiento ahora, desde luego, no puede hacerse en base a la inadmisibilidad de relaciones contractuales entre quienes están unidos por un vínculo matrimonial, sino, precisamente, desde el marco general favorecedor de la más amplia libertad de contratación y transmisión de bienes entre cónyuges.

En concreto, respecto de esta segunda posibilidad, la exclusión del usufructo en el momento de liquidación sólo puede realizarse acudiendo a alguno de estos expedientes: voluntaria atribución de privatividad (art. 1.355, *a sensu contrario*) o, al amparo del artículo 1.323, liberalidad o donación entre cónyuges de un bien ganancial. En el primer caso, el acuerdo común de atribución de condición privativa tendría la virtualidad de producir directamente el ingreso del derecho de usufructo en los patrimonios privativos de los cónyuges.

título, con posterioridad al matrimonio, cuyo carácter privativo no conste», además de indicar que en este caso el usufructo subsistirá en favor del cónyuge viudo por aplicación del artículo 521, quien «no precisará el ejercicio de derechos de preferente atribución de ninguna especie porque es la propia Ley la que indica el iter del usufructo», señalan que esto conlleva el que no sea precisa valoración ni compensación alguna.

(141) En este sentido, DORAL, *Comentarios...*, VII-L.º, cit., pág. 574.

ges; en el segundo, el derecho ingresaría en el patrimonio común, aunque después, por contrato entre los cónyuges, deje de estar adscrito al mismo. Ambas posibilidades, aun admitidas claramente por la doctrina de la DGRN y el TS, no dejan de suscitar dudas a nivel doctrinal.

La desviación por acuerdo de los cónyuges hacia los patrimonios privativos de un bien que, de operar los preceptos generales debería ser común en razón de las circunstancias específicas de su adquisición, no es una posibilidad admitida claramente en nuestro Código Civil. A pesar de que bastantes autores, y reiteradamente la propia DGRN, han entendido admisible esta posible interpretación *a sensu contrario* del párrafo primero del artículo 1.355.1 en base al reconocimiento general de la libre contratación entre cónyuges, no son nada desdeñables las razones esgrimidas por otros autores que consideran insuficiente el principio recogido en el artículo 1.323 del Código, para considerar admitida la voluntaria atribución de privatividad (142).

(142) Sobre el estado de la cuestión, vid. *supra*, epígrafe III.4 y notas concordantes. Las razones que, según los autores que se han ocupado de la materia, fundamentan el rechazo de la operatividad *a sensu contrario* del art. 1.355 pueden, sustintamente, exponerse de la siguiente manera: GAVIDIA SÁNCHEZ (op. cit., págs. 127 y ss.): El precepto, fundado en el *favor iuris* a la masa ganancial, permite que los cónyuges determinen la masa patrimonial a la que va a quedar adscrito un bien que va a ingresar en la sociedad conyugal. No se trata de provocar la transmisión de bienes entre las masas patrimoniales que conforman la sociedad conyugal, de ahí que el acuerdo no tenga eficacia traslativa, sino de hacer que el bien entre en la sociedad con carácter ganancial. Si el fundamento del precepto se encontrase en el art. 1.323 y se admitiese que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a bienes que serían, conforme al articulado del C.C., gananciales, sería un precepto inútil y redundante, por cuanto nada añadiría al sentido del art. 1323. Lo que si es posible en base a este último precepto es que los cónyuges otorguen todo tipo de contratos que tengan por objeto bienes que pertenecían a la sociedad conyugal antes del otorgamiento de aquéllos. Pero ello no será fruto de un acuerdo de atribución sino de un contrato entre cónyuges. RAMS ALBESA («La subrogación real...», cit., págs. 342 y ss.) menciona como argumentos en contra los siguientes: 1º. «La apertura plena que hace a la autonomía de la voluntad el art. 1.323 no puede ni debe entenderse en desconexión con los arts. 1.315 y 1.316... Los cónyuges pueden autodotarse el régimen que estimen conveniente, y aun modificarlo si el que tuvieran no se ajustase a sus necesidades, pero no modificarlo por actos concretos de disposición referidos a un bien, sino por los cauces establecidos por la norma y con la forma especial "ad solemnitatem" (art. 1.327); por lo que las exigencias del régimen establecido y vigente para ellos suponen, en todo caso, un límite efectivo y real a su autonomía de la voluntad». 2º. Dada la naturaleza de comunidad germánica de la sociedad de gananciales, la conversión de un ganancial en privativo o la adquisición de un privativo con recursos gananciales puede reputarse como una liquidación anticipada, aunque sea con alcance parcial, con valor de auténtica capitulación matrimonial que requerirá de la observancia de sus solemnidades y tendrá alcance limitado frente a terceros acreedores y legitimarios. 3º. El artículo 1355 no es tanto un precepto que favorece la atribución en favor de la masa ganancial en detrimento de las privativas, sino una norma que promueve una excepción voluntarista al art. 1354. 4º. Aunque el precepto supone que una manifestación de voluntad puede desviar los naturales efectos de la subrogación, «tal voluntad por sí sola no es suficiente para operar tales

Por otra parte, el trasvase de bienes del patrimonio ganancial a los privativos de los cónyuges, mediante un contrato o negocio jurídico traslativo, especialmente, cuando éste es gratuito (donación), si bien resulta ser una posibilidad claramente admitida por la jurisprudencia y doctrina registral (143), a nivel doctrinal tampoco concita un parecer unívoco. Frente a quienes admiten esta posibilidad sin reservas, siendo aplicables los resortes generales que el ordenamiento concede cuando se lesionan intereses de terceros (simulación, rescisión, en caso de fraude de acreedores, y reducción de donaciones inoficiosas por los legitimarios) (144). Otro sector doctrinal, dado el riesgo de que por la vía indirecta de la contratación entre cónyuges se altere el régimen económico matrimonial sin observar los requisitos de forma y fondo requeridos para tal modificación, lo considera inadmisibile, si no es liquidando, aunque sea parcialmente, el régimen económico matrimonial (145).

efectos sin el concurso de la norma». Concluye el autor señalando que «la libertad de contratación entre cónyuges permite la transmisión de bienes y derechos por cualquier título de una masa privativa a otra, sin ningún límite —la dinámica del fraude es específica (la rescisión) y no genérica y preventiva—, pero la disciplina de la masa ganancial es reglada: la que impone el régimen de gananciales, que hoy no se puede cambiar por voluntad de los cónyuges expresada en forma “ad solemnitatem”, pero no relativizar por una afirmación exagerada de la “neonata” autonomía de la voluntad entre cónyuges, que tiene un claro sentido en otra dirección».

(143) Vid., en este sentido, SSTs 13 marzo 1989 (R.A. 2039); 19 diciembre 1997 (R.A. 9110) y RDGRN 2 febrero 1983 (R.A. 1088); 10 marzo 1989 (R.A. 2468), 14 abril 1989 (R.A. 3404), 7 y 26 octubre 1992 (R.A. 8302 y 8582), 28 mayo 1996 (R.A. 4012) y 16 octubre 1998 (R.A. 7227)..

(144) Así, Díez PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Art. 1323. Madrid, 1984, págs. 1510-1512; CABANILLAS SÁNCHEZ («La contratación entre cónyuges», *ADC*, 1985, especialmente, págs. 554 a 563) se muestra favorable a la compra o donación de bienes gananciales por o al patrimonio privativo, sin ser precisa la liquidación de la sociedad de gananciales dada la autonomía de que goza el patrimonio ganancial frente a los privativos de cada cónyuge. No puede hablarse de autocontrato no permitido al ostentar un esposo el doble concepto de vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave que es la contraposición o conflicto de intereses: ambos cónyuges controlan los resultados del contrato, aunque uno de ellos haga de dos partes, pues en definitiva sin el consentimiento de ambos no cabe compraventa del concreto bien ganancial; GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 129; HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil*. Art. 1323. Madrid, 1993, pág. 597; en el mismo sentido, aunque desde otra óptica de contemplación del concepto de *comunidad* en la sociedad de gananciales, CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales...», pág. 30 y ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, n.º 116, 1982, pág. 33; «Los contratos entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Vallat de Goytisolo*, I. Madrid, 1988, págs. 217 y ss.; SOLCHAGA LOITEGUI, «Negocios jurídicos entre cónyuges», en *Régimen económico matrimonial y la protección de los acreedores*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 143 y ss.; POVEDA BERNAL, «Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación...”», *cit.*, págs. 846 y ss.

(145) Esta es la opinión de AVILA ALVAREZ («El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *RCDI*, 1981, n.º 547, pág. 1387). ALVAREZ CAPEROCHIPI,

Como se comprenderá, no es propósito de este trabajo pronunciarse sobre la operatividad a *sensu contrario* del artículo 1.355, cuestión, como ha indicado RAMS ALBESA (146), «*irresuelta y hoy por hoy opinable*», ni acerca de en qué medida la libertad de contratación entre los cónyuges encuentra límites en función del régimen económico matrimonial existente entre los mismos; cuestiones, por otra parte, en las que la aportación científica es nutrida. Lo que desde la perspectiva del estudio que hemos trazado nos parece interesante, quizás sea la respuesta al siguiente interrogante: ¿siempre que el usufructo se constituye con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges, mereciendo el mismo la calificación de ganancial, estaremos ante una voluntaria atribución de privatividad, que convierte directamente el cusufructo en privativo de ambos cónyuges, o ante una donación entre cónyuges, de manera que en el momento de la liquidación no sólo quede excluida su entrada *in natura*, sino que ni siquiera pueda procederse a computar su valor? En otros términos, puesto que, de la mera constitución del usufructo con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges, se sigue que fallecido uno de los cónyuges el disfrute pase íntegro al otro, sin consolidarse con la nuda propiedad, ¿la no exclusión voluntaria de este efecto previsto en el artículo 521, podría ser equiparada a una voluntaria atribución de privatividad (gratuita) o a una donación entre cónyuges?

En nuestra opinión, de la simple constitución del usufructo en favor de ambos cónyuges, sea por reserva al enajenar bienes gananciales o por adquisición onerosa a costa del caudal común, no creemos que pueda apreciarse ni una voluntaria atribución de privatividad, ni una donación de bien ganancial en favor de los patrimonios privativos de los cónyuges. Desde luego, cuando el usufructo se adquiere conjuntamente, sin atribución de cuotas y a título oneroso por ambos cónyuges, la presunción legal es la contraria: el párrafo segundo del artículo 1.355 presume la voluntad favo-

Curso de Derecho de familia, Madrid, 1987, págs. 224-225 y 236-237, para quien, las normas de responsabilidad son de orden público: no cabe atribuir carácter privativo a un bien ganancial si no es liquidando previamente la sociedad de gananciales, pues es en esta sede donde se encuentran las normas protectoras de los acreedores. Si bien la contratación es libre en el ámbito de los patrimonios privativos, tampoco parece que puedan privativar entre sí sobre bienes gananciales si no es previa liquidación. Es más sustraer bienes de la masa ganancial es modificar el régimen económico del matrimonio, que exige escritura pública e inscripción en el Registro civil y contradeciría el régimen restrictivo de la confesión de privatividad. Los cónyuges no pueden comprar para un patrimonio privativo bienes gananciales y mucho menos donarse bienes gananciales si no es mediante liquidación de la masa ganancial. GIMÉNEZ DUART («La adquisición y disposición...», *cit.*, pág. 300) considera admitidas las liberalidades de bienes gananciales entre cónyuges pero deben quedar sometidas a especiales cautelas, preguntándose hasta qué punto no estamos ante una modificación cuantitativa o liquidación parcial del régimen que exige escritura e inscripción registral.

(146) *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 191.

nable al carácter ganancial de los bienes; es una presunción *iuris tantum*, cuya destrucción requerirá prueba cumplida de la voluntad contraria que resultará difícil si no hay un pacto expreso en contrario. Lo mismo sucede en el caso de que entre en juego lo previsto en el artículo 1.353 respecto del usufructo donado o constituido testamentariamente en favor de ambos cónyuges: si la liberalidad es aceptada por ambos y el donante o testador no hubiera dispuesto lo contrario. Pero, tampoco, a nuestro parecer, la constitución del usufructo en favor de ambos cónyuges por reserva al enajenar bienes gananciales implica una atribución o transmisión del patrimonio ganancial a los privativos de los cónyuges. Así, como es posible valorar la existencia de una donación entre cónyuges, cuando alguno de ellos constituye, a costa de su patrimonio privativo o por reserva al enajenar bienes propios, el usufructo, no sólo a su favor, sino también en el de su cónyuge; esta valoración no resulta tan fácil hacerla, si el usufructo se constituye directa (por adquisición) o indirectamente (por reserva) sobre bienes gananciales en favor de ambos cónyuges.

Sin duda, influye en esta valoración la explicación acerca de cuál sea el mecanismo jurídico que justifique el que, al fallecimiento de uno de los cónyuges, los que sobreviven amplíen el contenido de sus derechos. Varias son las explicaciones que se han dado:

— Derecho de acrecer especialísimo. En este sentido, la RDGRN 1 de diciembre de 1960 (Ar. 4054) y STS 24 de abril de 1976 (Ar.1924) y autores como DÍAZ CRUZ (147), BELTRÁN DE HEREDIA (148), ROCA SASTRE (149).

— Adquisición *inter vivos* «*ex lege*». Así lo entiende GARCÍA-BERNARDO LANDETA, quien señala «*la voluntad del disponente es decisiva en la celebración del negocio jurídico inter vivos o mortis causa, que causa el título, la cotitularidad en nuestro caso; extenderla también a decidir el destino de la cotitularidad extinguida, nos parece muy fuerte*». Por ello, sigue indicando el autor, «*la expansión del derecho del cónyuge en el supuesto de hecho del artículo 521 del C.C. participa de la naturaleza de la titularidad privativa, ganancial, común del derecho del cónyuge supérstite*» (150).

— Para RODRÍGUEZ LÓPEZ es la ley unida «*al singular carácter que define los derechos conjuntos*», en los que puede apreciarse la solidaridad o conjunción, sin asignación de cuotas indivisas. De modo que «*si el efecto absorción se produce, lo hayan previsto o no los cónyuges, a virtud de que tal efecto*

(147) *Los legados*. Madrid, 1951, págs. 254 y ss.

(148) *El derecho de acrecer*, cit., especialmente, págs. 160-162 y 175.

(149) «El llamado derecho de acrecer...», cit., pág. 253.

(150) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, op. cit., págs. 96 y ss.

es consustancial con el usufructo simultáneo o conjunto que aquellos se reservaron en actos inter vivos, no cabe encuadrarlo en la institución de la donación mortis causa» (151).

— Según REVERTE NAVARRO, se trata de una expansión derivada de la cotitularidad del derecho, *«que no supone para los demás usufructuarios la adquisición de un derecho nuevo, ni una mayor extensión del respectivo y propio, por que el derecho conserva idénticas facultades, aunque representa una modificación en la organización de la comunidad al alterarse la proporción o cuota» (152).*

— Valor presuntivo del llamamiento conjunto, en el sentido de que si no consta la voluntad contraria del constituyente o de las partes, se presume la voluntad favorable *«al pase a los que sobreviven de la parte correspondiente al premuerto» (153).*

Pues bien, a nuestro entender, aun cuando la fuente del efecto previsto en el artículo 521 sea la voluntad del constituyente o de las partes (pues, de acogerse otras explicaciones no cabría plantearse la existencia de una atribución gratuita entre cónyuges), esa voluntad parece ir dirigida a excluir lo que sería el efecto normal de la muerte de uno de los cusufructuarios, la consolidación en la nuda propiedad, y a su concentración en favor de los demás, pero por sí sola no creemos que sea suficiente para cambiar la condición o calificación ganancial o privativa que merece el derecho por razón de su adquisición. Por ello, a nuestro modo de ver, no puede ser valorada como atribución de privatividad o donación entre cónyuges, aunque sí como favorecedora de que el derecho continúe en cabeza del cónyuge supérstite, excluyendo su inclusión *in natura* en la masa a dividir, pero sin alterar su condición ganancial.

De ahí, el afán de la RDGRN de 21 de enero de 1991, en dotar de sentido a la mención del término *sucesivo* detrás de *conjunto*, para llegar a la conclusión de que, *«a pesar de estar constituido sobre bienes gananciales, el usufructo pasará en su día al cónyuge supérstite y quedará excluido de la liquidación de gananciales»*. Lo que añade el término *sucesivo* a la constitución

(151) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, págs. 1299 y ss. y, especialmente, 1327 y ss.

(152) REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, págs. 1.121-1.122.

(153) DORAL, *Comentarios al Código Civil...*, VII-1.º, *cit.*, págs. 577-578. En este sentido, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, III, *cit.*, pág. 310, para quien, salvo que conste otra, se presume la voluntad del (o de los) constituyente en favor del acrecimiento. Ambos autores reconocen que, si bien este acrecimiento nada tiene que ver con el sucesorio, dado que en ambos casos se produce el mismo resultado (aumento) y encuentran su origen en la misma fuente (colalidad de quererlo o no) puede percibirse entre los artículos 981-987 y 521 una razón de analogía para encontrar en ellos el espíritu legal aplicable al otro.

del usufructo conjuntamente en favor de ambos cónyuges es, en opinión de la DGRN, la existencia de una liberalidad entre cónyuges, que no puede ser apreciada netamente por la sola constitución conjunta del derecho sobre bienes gananciales, puesto que del propio carácter de conjunto lo que se deriva es la no consolidación del usufructo, ni en todo ni en parte, al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges. Otra cosa será discrepar, apreciada esta liberalidad entre cónyuges, acerca de la clara y correcta plasmación de la misma con el término *sucesivo* pues, por el diferente desenvolvimiento y naturaleza del usufructo conjunto y del sucesivo, entre ellos existe una relativa incompatibilidad (154). Y, en el mismo sentido, creemos, debe interpretarse la referencia que la Resolución de 8 de julio de 1998 hace al hecho de que, por no haberse modalizado «*con ningún pacto especial*», el usufructo constituido por reserva al enajenar bienes gananciales, es ganancial.

La irrelevancia total del usufructo en el momento de la liquidación solo podrá apreciarse, presupuesta la admisibilidad del juego *a sensu contrario* del artículo 1.355 o las donaciones de bienes gananciales en favor de los patrimonios privativos de los cónyuges, si concurren ciertos requisitos: en caso de atribución de privatividad, cuando menos, acuerdo expreso de los cónyuges, aun sin necesidad de revestir forma especial alguna, para surtir efectos *inter partes* (155), negocio conyugal atributivo que, aun cuando se haga constar en el mismo título adquisitivo o constitutivo del usufructo, tendrá propia autonomía y sustantividad y, desde la óptica de la doctrina registral que admite claramente esta posibilidad, la constancia en el título inscribible de «*una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real*» (156); en caso de donación, su validez, afectando el usufructo a bienes inmuebles, requerirá, además de la concurrencia de voluntades de ambos esposos y ciertos requisitos de capacidad, escritura pública (art. 633 C.C.).

3. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UN CÓNYUGE Y SUCESIVAMENTE EN FAVOR DE OTRO.

En este caso, la dinámica es distinta: el usufructo se constituye en favor de uno de los cónyuges y, a su muerte, pasa al supérstite. La muerte de uno de los cónyuges que provoca la disolución de la sociedad conyugal, tiene

(154) Así, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 90, nota 26; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1317 y RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 383.

(155) Vid., aunque refiriéndose a la atribución de ganancialidad y negando la posibilidad inversa, GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 122.

(156) En tal sentido, vid. la resolución de 25 de septiembre de 1990 (R.A. 7153).

efectos diferentes sobre el derecho de usufructo, en función de quien sea el cónyuge premuerto: si lo es el cónyuge que iba a entrar sucesivamente en el disfrute, puesto que el nacimiento del derecho en su cabeza se hace depender de su supervivencia (*conditio iuris*), el usufructo subsiste, si es vitalicio, hasta el fallecimiento del viudo; si quien premuere es el primer titular, nace un nuevo usufructo en favor del otro. ¿Qué ocurre, en cualquiera de estos casos, si el mismo merece la condición de ganancial?; **¿debe o no incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales?**

En el primero de los supuestos (muerte del cónyuge llamado sucesivamente), creemos que la solución será la misma que la que hemos visto *supra*, al examinar el usufructo ganancial constituido en favor de uno sólo de los cónyuges; por el contrario, caso de que quien sobreviva sea el cónyuge que debe entrar sucesivamente en el disfrute, será aplicable, como se entiende comúnmente, el artículo 521 (al quedar constituido en favor de personas vivas al tiempo de su constitución): el usufructo no se extinguirá hasta su fallecimiento. Se reproducen aquí, en cuanto a la incidencia que la aplicación de la norma contenida en el 521 tiene en el momento de la liquidación de la sociedad ganancial, las distintas posiciones doctrinales reseñadas en relación con el usufructo conjunto, en cuanto a la dispensa o no de liquidación del derecho del cónyuge viudo, a las que, algún autor añade, que «*cuando la reserva de usufructo es sucesiva, no procede la liquidación si se considera que no hay una verdadera sucesión en el derecho de usufructo*» (157).

Por nuestra parte, entendemos aplicables las consideraciones que hemos formulado respecto del usufructo conjunto al analizar el alcance que el artículo 521 tiene en el momento de liquidación de la sociedad conyugal, sin que, a nuestro entender, pueda considerarse que, en la constitución sucesiva, la irrelevancia en el momento de liquidación del usufructo que surge al fallecimiento del primer cónyuge designado derive de la inexistencia de «*una verdadera sucesión en el derecho de usufructo*». Ciertamente, puede considerarse que surge un derecho de usufructo distinto, sin que exista sucesión, pero no hay que olvidar que ese nuevo derecho «*deriva directamente de la causa, del negocio jurídico constitutivo*» (158). Por tanto, su condición (ganancial o privativa) vendrá determinada por el negocio generador o título constitutivo.

(157) ALBIEZ DORHMANN, *op. cit.*, pág. 143.

(158) Así, DORAL, *op. cit.*, págs. 65-66; REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, pág. 1128; MORENO QUESADA, *op. cit.*

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALBACAR y CAVANILLAS, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, II. Madrid, 1991.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, III. Barcelona, 1982.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VIII-2.º, Madrid, 1986.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIII-2.º. Madrid, 1981.
- *Comentario del Código Civil*. Art. 620. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- «Donación *mortis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1473 del Código Civil», *RDP*, junio, 1997, págs. 486-510.
- ALBIEZ DORHMANN, *Negocios atributivos post mortem*. Barcelona, 1998.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho reales*, II. Madrid, 1987.
- *Curso de Derecho de familia*, Madrid, 1987.
- *Curso de Derecho hereditario*. Madrid, 1990.
- AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la Resolución DGRN de 31 de enero de 1979», *RCDI*, 1979, n.º 547, págs. 1531-1540.
- «Usufructo ganancial conjunto y sucesivo», *Boletín del Colegio de Registradores*, 1995, n.º 4 (2ª Época), págs. 1095-1096.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del Código Civil», *RDP*, 1992, págs. 319-350.
- AVILA ALVAREZ, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *RCDI*, 1981, n.º 547, págs. 27-45.
- AVILA NAVARRO, «Comentario a la Resolución DGRN de 25 de febrero de 1992», *RJC*, 1992 —4—, págs. 1105-1.106.
- BARABÉ-BOUCHARD, *Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 14 de enero de 1997*, *Sem. Jur.*, 1997, págs. 607-609.
- BELTRÁN DE HEREDIA, P., *El derecho de acrecer*. Madrid, 1956.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Madrid. 1954.
- «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, págs. 225-240 y 293-303.
- BENAVENTE MOREDA, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.
- BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XI-1.º, dir. por CICU y MESSINEO, Milano, 1979.
- BLANQUER UBEROS, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, págs. 7-71.
- «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, 1982, págs. 43-142.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación entre cónyuges», *ADC*, 1985, págs. 505-584.
- CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, 1993.
- CÁMARA ALVAREZ (DE LA), «La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad», *ADC*, 1986, págs. 339-535.
- «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Valler*, II. Madrid, 1988, págs. 103-232.
- CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la Resolución DGRN de 10 de julio de 1975», *RCDI*, n.º 511, 1975, págs. 1452-1458.

- CASASUS HOMET, «Actos dispositivos, con reserva de usufructo, que favorece al cónyuge del disponente», *RDN*, enero-marzo, 1966, págs. 185-193.
- CASTÁN TOBENAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II-2.º, Madrid, 1988.
- CASTÁN y GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1987.
- CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 7-47.
- CLEMENTE MEORO, *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. por LÓPEZ y LÓPEZ y MONTES PENADES. Valencia, 1994.
- COMÍN COMÍN, «Notas sobre el usufructo a favor de ambos cónyuges simultánea o sucesivamente», *RDN*, julio-diciembre, 1967, págs. 333-340.
- CUENA CASAS, *Comentario a la sentencia del TS de 25 de julio de 1996*, CCJC, enero-marzo, 1997, n.º 43, ref. 1157.
- CHICO y ORTIZ, «Comentario a la Resolución DGRN de 10 de julio de 1975», *ADC*, 1977, págs. 916-918.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 31 de enero de 1979», *ADC*, 1982, págs. 502-510.
- *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II. Madrid, 1982.
- «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», *RCDI*, enero-febrero, 1993, n.º 614, págs. 219-234.
- CHICO y ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, II. Madrid, 1968.
- DÍAZ CRUZ, *Los legados*. Madrid, 1951.
- DIEGO (DE), *Instituciones de Derecho Civil*, I. Madrid, 1959.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III. Madrid, 1998.
- *Sistema de Derecho civil*, IV. Madrid, 1995.
- DÍEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II. Art. 1.323. Madrid, 1984.
- *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, III. Madrid, 1995.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VII-1.º Madrid, 1992.
- D'ORS y BONET CORREA, «El problema de la división del usufructo», *ADC*, 1952, págs. 62-124.
- ECHIVARRÍA ECHIVARRÍA, Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias, *RDN*, n.º 116, 1982, págs. 7-36.
- «Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 341-398.
- «La comunicación ganancial», *ASN*, 1988, págs. 115 y ss.
- «Los contratos entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a VALLET DE GOTISOLO*, I. Madrid, 1988, págs. 217 y ss.
- FERNÁNDEZ COSTALES, *El usufructo voluntario de herencia*. Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ OSSORIO, *La gestión de los bienes gananciales*. Madrid, 1997.
- FONSECA GONZÁLEZ, «Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», I y II. *RDP*, 1986, págs. 8-46 y 107-131.
- FUENMAYOR CHAMPÍN (DE), «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil», *ADC*, 1951, págs. 1082 y ss.

- G. D., «Comentario a la sentencia del TS de 7 de junio de 1960», *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1960, págs. 523-526.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo», *RDN*, enero-marzo, 1967, págs. 61-111.
- GARCÍA CANTERO, *Comentario del Código Civil*. I. Art. 498. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- GARCÍA URBANO, *Comentario del Código Civil*. II. Arts. 1.406 y 1.407. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- GARRIDO CERDÁ, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *AAMN*, 1982, págs. 87-122.
- GARRIDO DE PALMA, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y VÉLEZ BUENO, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid, 1985.
- GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I. 7.ª ed. Madrid, 1982.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*. Madrid, 1986.
- GIMÉNEZ DUART, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1982, n.º 584, págs. 117-144.
- «La adquisición y disposición de gananciales por un sólo cónyuge (Ensayo contra el artículo 1.322)», *AAMN*, XXVIII, 1987, págs. 233-364.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 21 de enero de 1991», *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona*, *La Notaría*, febrero, 1991.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 25 de febrero de 1993», *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona*, *La Notaría*, marzo, 1993.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 7 de febrero de 1995», *Boletín del Colegio Notarial de Barcelona*, *La Notaría*, marzo, 1995, págs. 173-177.
- GINER GARGALLO, «Donación de una finca por el titular registral a su hijo, reservándose el donante el usufructo para sí y para su esposa», *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 24, págs. 911-913.
- GÓMEZ CORRALIZA, «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, incluidos los onerosos», *RDP*, 1991, págs. 827-862.
- GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario a la Resolución DGRN de 7 de febrero de 1995», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, n.º 62, abril-mayo, 1995, págs. 37-39.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario a la sentencia del TS de 13 de junio de 1995», *CCJC*, sep-dic, 1994, n.º 36, ref. 975.
- GRIMALDI, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de abril de 1983», *Dalloz*, 1986, I, págs. 31-34.
- GUILLARTE GUTIÉRREZ, «La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *ADC*, julio-septiembre, 1992, págs. 875-928.
- GUTIÉRREZ JEREZ, *El legado de usufructo en el Derecho civil común*. Valencia, 1999.
- HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil*. II. Art. 1.323. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho mercantil*. Barcelona, 1990.
- JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 C.C.)*, Madrid, 1996.

- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III-2.º, Barcelona, 1991.
— *Elementos de Derecho civil*, IV-1.º, Barcelona, 1990.
— *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.
- LAPIEDRA FRÍAS, «Usufructo y sociedad de gananciales (Res. 25 de febrero de 1993)», *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre, 1993, págs. 194 a 203.
- LARROUMET, *Droit Civil. Les biens*, II. París, 1985.
- LUCINI CASALES, «El derecho de acrecer en los negocios jurídicos *inter vivos*». *Estudios en homenaje al prof. Federico DE CASTRO*, II. Madrid, 1976, págs. 239-272.
- MADRIDEJOS SARASOLA, «Los derechos personalísimos», *RDP*, 1962, págs. 270-285.
- MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *ASN*, 1989, págs. 301-331.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, V, Madrid, 1972.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario», *ADC*, 1989, págs. 813-868.
- MARNIERRE, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de abril de 1983», *Sem. Jur.*, II. 1984, 20257.
- MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, «El usufructo *ex testamentis* en su regulación positiva», *RDN*, 1968, págs. 273 y ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, XXVI, 1985, págs. 357-404.
- MAZEAUD Y CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, II-2.º, París, 1994.
- MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «La transmisión de bienes con reserva de usufructo a favor del transmitente y de su cónyuge», *RDN*, julio-diciembre, 1966, págs. 269-286.
— «Más sobre el usufructo a favor del cónyuge del donante y otras cosas», *RDN*, julio-diciembre, 1967, págs. 375-391.
- MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1965, págs. 494-558.
- MORENO QUESADA, *Comentario del Código Civil*. Art. 521. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- MOZOS (DE LOS), «*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*», XVIII-2.º, dir. por ALBALADEJO, XVIII-2.º, Madrid, 1984.
- NUÑEZ IGLESIAS, «La donación de inmueble encubierta como compraventa», *RCDI*, 1991, pág. 1826.
— *Comunidad e indivisibilidad*. Madrid, 1995.
- ORTEGA PARDO, «La hipoteca del usufructo y su extinción», *RDP*, 1946, págs. 822-838.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, «La intransmisibilidad del usufructo en Derecho romano y el artículo 480 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor MENÉNDEZ*, IV. Madrid, 1996, págs. 5013-5029.
- O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, III. Madrid, 1997.
- PALERMO, «Usufrutto, uso e abitazione», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*. Torino, 1966.

- PARRA JIMÉNEZ, «De nuevo sobre la donación *mortis causa* y el Código Civil», *RCDI*, 1952, págs. 185 y ss.
- PATARIN, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de abril de 1983», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1984, págs. 349-350.
- «Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 4 de abril de 1991», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1992, págs. 165-166 y 598-599.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1989.
- *Comentario del Código Civil*. Arts. 1.344 a 1.347 y 1.355. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La enajenación del usufructo y el Código Civil», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II. Madrid, 1990, págs. 1593-1616.
- PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, traducción y comentario al *Tratado de Derecho Civil*, III-2.º, de ENNECERUS, KIPP y WOLF. Barcelona, 1937.
- PORRAS IBÁÑEZ, «Donaciones y disposiciones testamentarias», *RCDI*, 1964, págs. 764 y ss.
- POVEDA BERNAL, «Consideraciones en torno al llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *RCDI*, mayo-junio, 1997, págs. 799-888.
- PRETEL SERRANO, *Comentario del Código Civil*. Art. 1.349 y 1.353. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1956.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º, Barcelona, 1979.
- *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º, Barcelona, 1963.
- «Anotaciones a BOEHMER», *El Derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, págs. 219 y ss.;
- QUARANTA-PREDEN, *Usufrutto*, en *Commentario al Codice civile*, III, dir. por DE MARTINO. Roma, 1972.
- RAMS ALBESA, «La subrogación real en la sociedad de gananciales», *RDN*, julio-diciembre, 1984, págs. 297-351.
- «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», *RCDI*, 1985, págs. 727-836 y 927-1.069.
- *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1992.
- REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», *RDP*, 1979, págs. 1115 a 1130.
- RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil», *RCDI*, n.º 559, 1983, págs. 1413-1434.
- RIEG, voz *Usufruit*, Rep. Dalloz de Droit civil, VII. París, 1980.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Comentario a la resolución DGRN de 21 de enero de 1991, *CCJC*, 1991, ref. 677, págs. 375 a 386.
- ROCA SASTRE, «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1948, págs. 217-257.
- «Donaciones *mortis causa*», en *Estudios de Derecho Privado*, II, *cit.*, págs. 571 y ss.
- *Derecho Hipotecario*, II. Madrid, 1954.
- ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V. Barcelona, 1997.

- *Derecho Hipotecario*, VII. Barcelona, 1998.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, III. Barcelona, 1994.
- RODRIGUEZ ADRADOS, «Disposición onerosa de inmuebles gananciales», *RDN*, julio-dic, 1958, págs. 129-228.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades. La Comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges», *RCDI*, n.º 535, 1979, págs. 1269-1324.
- «Más acerca de la innecesidad de que el usufructo ganancial requiera, en su caso, ser incluido en la liquidación de la sociedad conyugal», *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 157, 1980, págs. 360-362.
- RUIZ ARTACHO, «La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos», *RCDI*, n.º 284, 1952, págs. 1-19.
- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991.
- SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, I, Madrid, 1958.
- SCAEVOLA, *Código Civil*, IX. Madrid. 1948
- *Código Civil*, XI-2.º, Madrid, 1943.
- *Código Civil*, XXII. Madrid, 1967, revisado por REYES MONTERREAL.
- SOLCHAGA LOITEGUI, «Negocios jurídicos entre cónyuges», en *Régimen económico matrimonial y la protección de los acreedores*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 121-156.
- TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II. Arts. 1.346, 1.353 y 1.355. Madrid. 1984.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, II. Madrid, 1910
- VALLET DE GOYTISOLO, «Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores». *RDP*, 1946, págs. 943-958; trabajo recogido posteriormente en *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid, 1980, págs. 408-452.
- VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*. Madrid, 1982.
- VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*. I y II. Madrid, 1928, traducida por Atard y anotada por CASTÁN TOBEÑAS.
- VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I-1.º, Barcelona, 1991.
- VIDAL FRANCÉS, *Comentario a la resolución DGRN de 7 de febrero de 1995*, *RCDI*, n.º 630, 1995, págs. 1850-1862.
- YAGO ORTEGA, «Acerca de la titularidad sobre los gananciales», *RDN*, 1979, págs. 373-394.
- ZENATI, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 14 de enero de 1997», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, avr-juin, 1998, págs. 414-416.
- «Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 2 de diciembre de 1997», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, oct-déc., 1998, págs. 937-939.

ROSA GARCÍA PÉREZ

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil
de la Universidad de Granada.

El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información

SUMARIO: 1. CONDICIONAMIENTOS PREVIOS Y ALTERNATIVAS. RIESGOS DE DESNATURALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN. LA PROTECCIÓN DE DATOS.—2. ANTECEDENTES IUSFILOSÓFICOS E HISTÓRICOS. ARTÍCULOS 607 DE LA LR Y 221 DEL RH.—3. PUBLICIDAD REGISTRAL Y REALIDADES SOCIALES. UTILIZACIÓN EXTRARREGISTRAL DE LA INFORMACIÓN.—4. NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: «CALIFICACIÓN DEL INTERÉS CONOCIDO». EJEMPLOS PRÁCTICOS.—5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: LIMITACIÓN DEL ÁMBITO. MODERNIDAD: APERTURA DEL «SANTUARIO REGISTRAL». HOJAS MÓVILES, «IDENTIDAD DE MANIFESTANTES», «PUBLICIDAD DE ENCARGO». (INSTRUCCIÓN DE 12-6-1985).—6. NUEVAS REALIDADES PRÁCTICAS Y LEGISLATIVAS: DINÁMICA Y «CONSUMISMO REGISTRAL». PROTECCIÓN JURÍDICO-PATRIMONIAL ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES.—7. LA PUBLICIDAD REGISTRAL FORMAL CONTRAPUNTO AL DERECHO A LA INTIMIDAD. LEY DE 5 DE MAYO DE 1982.—8. EXPERIENCIAS PRÁCTICAS. JURISPRUDENCIA. EL «AUTOCONTROL INFORMATIVO». SECRETO, INTIMIDAD, PRIVACIDAD Y TRANSPARENCIA.—9. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS DE 22-2-1991: RIESGOS DE RETRAIMIENTO O DESESTIMULACIÓN REGISTRAL.—10. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y REGLAMENTARIOS. PROPORCIONALIDAD, ADECUACIÓN Y DETERMINACIÓN. LAS MODIFICACIONES, ETC., DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 1998, AL REGLAMENTO HIPOTECARIO: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y ARTÍCULO NUEVO 332. GLOSA.—11. CONSIDERACIONES FINALES.

1. CONDICIONAMIENTOS PREVIOS Y ALTERNATIVAS

En las primeras líneas de este trabajo —recuerdo y homenaje a don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL— no puedo sustraerme unos datos —algunos personales— que pueden ambientar, inicialmente, este estudio, especialmente en lo

que han tenido de condicionamientos sociológicos, que, en el fondo, a su vez son alternativas:

Don Antonio —como ya en la Facultad le llamábamos los profesores ayudantes o adjuntos— estuvo en el Tribunal —de lujo— de mi tesis doctoral, «Teoría del Registro de la Propiedad como servicio», junto a VALENZUELA SOLER, GONZÁLEZ OLIVEROS, LUNA y don FEDERICO DE CASTRO. Pero fue HERNÁNDEZ GIL quien me hizo un largo interrogatorio, muy preciso. Era mi primera relación registral con el maestro, quien me marcó la pauta en algunos de los puntos de aquella tesis para su publicación (1) por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Esto valdría para la parte más personal de esta aportación. Quiero añadir otra relación —además de la amistad, acrecida a lo largo de los años—: la visión que tuvo respecto a la inclusión en los textos normativos de una serie de principios básicos, que normalmente pululan fueran de la normativa fundamental, o —directamente positiva— de la Constitución (2).

Este aspecto iusfilosófico —que ya se daba en la propia tesis doctoral— se reencuentra de nuevo al estudiar, en convergencia, el derecho a la información que emana de los libros del Registro, y la tarea del Registrador en un más allá de su función calificadora. (Lo reitero. También, porque ese gran papel de penetración y sentido iusnaturalista de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, como presidente del Congreso, en la etapa de elaboración de la Constitución, ha sido frecuentemente silenciada en los recuerdos históricos o conmemorativos.)

En esta especie de introducción me voy a extender un poco en este último aspecto. Lo hemos reflejado, hace algún tiempo (3), al advertir una tendencia —a veces externa, a veces interna— a llevar al Registro funciones, competencias, objetivos, en ocasiones a pretexto de que lo puede absorber, y en otras,

(1) 1.^a edición, diciembre de 1958 (a través de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*); 2.^a edición especial, septiembre de 1959, y 3.^a, reimpresa en 1991.

(2) Fue en un encuentro en el Valle de los Caídos, poco después de la Constitución, en una reunión convocada, entre otros, por HERNÁNDEZ GIL y SÁNCHEZ AGESTA. He hecho alusión, a veces extensa, a esa visión de principios normativos en la Constitución, y en valores, en diversos trabajos míos, de interpretación pragmática constitucional en el mundo de la educación e hipotecario. Entre ellos, «Constitucionalismo y Derecho Hipotecario», CNR, 1996. «Preconstitucionalidad en la ejecución hipotecaria», 1998. «El contencioso normativo y constitucional Iglesia-Estado en la enseñanza religiosa», «Poder Judicial», 1986. «Libertad religiosa y libertad de enseñanza como mandatos constitucionales para su ejecución», «Poder Judicial», 1997. «El principio de seguridad jurídica en la Constitución. Su aplicabilidad al Derecho Privado», 1988. Vid. también GARCÍA ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1984, y AYUSO, «Principios generales, Derecho natural y Constitución», en el volumen *Los principios generales del Derecho*, 1993, pág. 103 y sigs., y LUCAS VERDÚ, *Dimensión axiológica de la Constitución*, Anales R. A. Ciencias Morales y Políticas, núm. 74, Madrid, 1997.

(3) En *Filosofía de la institución registral y cambio social*. Congreso Mundial Registral 1984.

solapadamente con el argumento pragmático de una «huida hacia adelante» (4). No nos damos cuenta, de que cuando un órgano —incluso del cuerpo humano— está «supliendo» la función de otro —por las circunstancias que fuesen, como le pasa al hígado respecto al estómago, o la vesícula respecto al hígado, o los pulmones respecto a los bronquios... o a los jueces, suplidos por los «políticos» o a la inversa, etc.— el riesgo que se corre es la desfiguración o desnaturalización de la función, como ya anticipamos. Esto hay que preverlo (5).

Otra reflexión está —y la cuestión en principio puede observarse como colateral, pero no ajena— en el despliegue desorbitado, inmenso, de los datos, su informatización y su proyección —en una sociedad más informativa— que obliga a su Protección. Tuve ocasión de asistir a la presentación del Documento «XX CONFERENCIA INTERNACIONAL DE AUTORIDADES DE PROTECCION DE DATOS. 1998» (6). Sin acabar de resolver el problema —incluso como definición en cuanto inciden los datos en derechos humanos (sentencia TC, 13 enero de 1998)— y sin disponer de una Ley Orgánica global, la voracidad de la información registral, «su necesidad», su uso y abuso, pueden desbordar los propios cauces previstos o utilizables legalmente.

(4) No es lugar para un *desmenuzar el problema*, que hasta la fecha es casuístico. Notificaciones procesales en la ejecución hipotecaria, legalizaciones del libro de actas, registro de datos, registro de condiciones, documentos empresariales o fiscales en los mercantiles, administralización catastral, legislación antológica de consumidores... Se impone una autorreflexión. Invito a ver el trabajo de CHICO ORTIZ con su gran esfuerzo bibliográfico, *Publicaciones del Centro de Estudios Hipotecarios-BCNR*, núm. 312, junio 1994.

(5) Vid. en *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Nota a la III Edición reimpressa-1991, pág. 6, la referencia al Curso de Verano de El Escorial —RETUERTO, ESCARTÍN, LASO, MINGARRO, POVEDA—, acerca de la autocrítica desde dentro del sistema y la desviación institucional hacia otros fines burocrático-administrativos, que comporta la erosión de otros riesgos y responsabilidades. En el tema —hoy de actualidad— de Registro y Catastro, es interesante la cita que CÉSAR ALBIÑANA, en *El Catastro inmobiliario y el Registro de la Propiedad (RAF y H. Público, 1991)* hace de FEDERICO SILVA MUÑOZ, en 1958, como exposición problemática e intento de abrir nuevos caminos. Salvando siempre la naturaleza propia de ambas instituciones, acercándolas, no yuxtaponiéndolas.

(6) «Agencia de Protección de Datos». Madrid, 1999. Asistieron, presididos por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, expertos, políticos y juristas para exponer la problemática —especialmente por MIGUEL ANGEL DAVARA y FERNÁNDEZ LÓPEZ— los riesgos, las alternativas y las necesidades de equilibrio, sobre todo para que la invasión tecnológica no suponga un efecto perturbador en el humanismo y en la privacidad. Dicho documento es, de por sí, importante, también a los efectos del Registro, porque puede llegar un momento —como está ocurriendo en algunos Registros modernos latino-americanos— en los que la tecnificación del dato —incluso encomendado a «empresas informáticas»— desfigure totalmente la raíz esencial jurídico-calificadora del Registrador como pieza clave del sistema.

Finalmente, se da como fenómeno de nuestro tiempo, una intensidad a agrandar o expandir como derecho humano, constitución, la libertad de expresión, la cual, puede suponer —muchas veces— una fuente de información. Y aquí —adelantamos— vendrá el contrapunto del derecho a la intimidad —cuestión suscitada ya por nosotros— a contrapelo de la realidad —en una experiencia registral específica, 1985-1995— y que adelanté (7) en alguna de mis publicaciones. La creciente jurisprudencia constitucional y la mayor o menor réplica en los límites de la información registral hacen difícil un seguro pronunciamiento.

2. ANTECEDENTES IUSFILOSOFICOS E HISTORICOS. ARTICULOS 607 DEL C.C. Y 221 DE LA L.H.

El artículo 18.1 de la Constitución Española establece que: «**1. Se garantiza el derecho al honor y a la propia intimidad personal y familiar...**» Y a su vez el Título VII de la Ley Hipotecaria, «De la publicidad de los Registros», se inicia con el artículo 221, que textualmente dice: *Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos*. Los posteriores artículos de la LH —222 a 237— así como los que lo desarrollan en el RH —también Título VIII, «De la publicidad registral», art. 332 a 335— son preceptos instrumentales para llevar a cabo el principio general de la publicidad *formal* —no la material— registral. Constituyen un *todo*, y acaso facilitan una interpretación de aquel artículo 221, el cual parecía obsoleto, perdido, consagrado, connatural, «sabido».

No obstante, como consecuencia de la moderna y dinámica situación de la sociedad española —fundamentalmente— y de una serie de actitudes y comportamientos —personales y colectivos—, aquel precepto estuvo llamado a revestir un mayor protagonismo, cuando no a hacer recaer sobre él problemas o cuestiones, en principio, ajenas a su naturaleza estrictamente hipotecaria. Goza ya, hoy, de una literatura jurídica creciente, y se ha dado alguna resolución importante. Como iusfilósofo, en un primer momento, remontémosnos hasta las tranquilas aguas de la «filosofía» en las que idealidad y realidad encuentran su equilibrio. Por ahí va mi reflexión, no obsesionado por el progresismo o clasismo con que, con frecuencia, suelen enmarcarse algunos estudios ante problemas «emergentes» o «nuevos», de signo conflictivo, patológicos —también, aunque menos, en el mundo registral—, o cambiante.

(7) *Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica*, 1995. Este seguirá siendo básico para nuestra posición.

Ha habido varios trabajos. Uno desde el ámbito hipotecario, muy preciso, de PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA (8).

Con una apostilla a lo que era discurso académico, aunque corta, de CÉSAR GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, el cual, por cierto, ya alude a la *manipulabilidad de los datos que pudieran obtenerse en el Registro*. Trataremos de ir más allá de la problemática acuciante, o del dogmatismo formal, sin buscar contrapuntos. También apelaré a mi propia experiencia, ceñida en casos concretos y vividos. Y acaso por eso mismo ofrezca la primicia de mis propios interrogantes a los demás, porque comprendo que el tema se ha ensanchado —y no sólo en las interconexiones jurídicas— especialmente en la *práctica y uso de la utilización informatizada* de datos registrales. A veces, sin grado y sin medida. En ocasiones hurtando, a conciencia, el sentido de la pretensión o petición informativa. Filosofía y praxis quisiera poner para un acercamiento a una problemática que no está cerrada, ni mucho menos. Claro que *hay que abrir las ventanas registrales a los nuevos aires sociales, pero sin que se nos lleven los visillos, o las persianas, y sobre todo, que no nos arranquen los marcos mismos que enhebran las ventanas*. Hago esta afirmación de equilibrio, inicial, porque, pese a tanto *cambio, los fines y sentido social y público* de la institución registral, en años de larga corriente desinscribitoria, siguen para mí, vivos y operantes (9).

Ante el artículo 221 de la LH, es bueno volver a recordar, y sobre todo, a valorar, lo que fue una *buena técnica legislativa*, realizada con serenidad, rigor, sin prisas. Es algo que se ha dicho abiertamente del *Código Civil*, pero que se puede también aplicar a las *Leyes Hipotecarias*. Estas —pensamiento de ALONSO MARTÍNEZ (10)— nacieron anticipadamente, por razones múltiples, y en atención a una seguridad de tráfico, gravámenes ocultos, fiscalidad, iniciación del crédito, etc. A la Ley Hipotecaria de 1861, le había precedido la normativa sobre las *Oficinas y Contadurías de Hipotecas*, y unos intentos de Catastro, preocupaciones ambas de Carlos III, el cual, llega a España en 1759. Ese artículo 221 de la Ley Hipotecaria no es un «intento» o *descubrimiento* del legislador de 1944. Ni sobre él pudo formular reparos FERNÁNDEZ

(8) *La publicidad registral y el derecho a la intimidad*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, 1991. El comentario a ese trabajo del Magistrado T. S. GIMENO SENDRA, al que luego aludiremos, es en una Conferencia en 1997, aunque no se aluda al nuestro, anteriormente citado, de 1995. Cito el texto del *Discurso Académico*, aunque posteriormente se publicó en *RCDI*, 1992.

(9) Vid. en *Principios*, ob. cit., pág. 213 y sigs. A mi juicio, puede ser inicio de un error histórico el Decreto-ley de la Jefatura del Estado (6/1999, de 16 de abril de 1999, sobre *Medidas urgentes de liberación e incremento de la competencia*. Vid. también, no obstante, nuestro trabajo, *Ley Hipotecaria y Ley moral: Ética y responsabilidad profesional de los Registradores*.

(10) Vid. «Alonso Martínez en el proceso codificador, civil e hipotecario», en *RCDI*, 1992.

CUESTA (11), como defensor del Proyecto de Ley en las Cortes. Así pasó al texto articulado de 1946, con todas las bendiciones del Consejo de Estado, que informó sabiamente sobre la refunción, con los expertos máximos de entonces. *Venía de la Ley Hipotecaria de 1861*, como *artículo 279*, pero su redacción es idéntica. Ante la urgencia y necesidad de una legislación hipotecaria, el *Código Civil* de 1889 tuvo que hacerse esperar. Pero, cuando se aprueba —aún con esa dualidad normativa sobre la que abiertamente hablaron en las sesiones parlamentarias, BRAVO MURILLO, ARRAZOLA, OLIVER, PERMAN-YER— se podía haber optado, por economía normativa, por *no hacer alusión* a este tema de la publicidad registral. Sin embargo —y *esto es significativo*— en el Libro II, Título VIII, quiere dedicar, con la rúbrica «Del Registro de la Propiedad», cuatro artículos, del 605 al 608 del Código Civil. En uno de ellos vuelve a reproducir, con un pequeño matiz, idéntico principio, y textualmente dice: «Artículo 607. «El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos»». La única diferencia está en haber añadido aquí «*anotados*», y no los solamente «*inscritos*». Como el 608 se remite a la Ley Hipotecaria, no hay ninguna contraindicación, sino *explicitación*. (Aun así la *subordinación* de estos preceptos, el 1537, por ejemplo, es admitida por la doctrina y por la sentencia del TS de 20 de octubre de 1928.)

¿Cómo ha podido servir de norma básica tal precepto 221 de la LH desde 1861, al Código Civil 1889, a la Ley Hipotecaria 1909, y sobre todo a las Leyes vigentes 1944-46, para orientar toda la publicidad formal registral, sin ninguna modificación, pese a tantos cambios y situaciones en los sistemas políticos, sociales, humanos, crediticios, jurídicos?

Lo primero, pues, que hay que afirmar —antes de postular, por emergencias, a veces coyunturales, una modificación o interpretación desmesurada del precepto— es la *buena técnica, el rigor, la moderación* en la formulación del principio. Y en segundo lugar, nos debe hacer pensar que tal *persistencia legislativa*, más que centenaria —parecida fórmula existió para el Registro Mercantil— obedeció a razones técnico-jurídicas, no de pereza legislativa, ni de inoportunidad. Aunque no por eso mismo se quiera desconocer la realidad. Es más, obliga a profundizar en ella para comprobarla en sus justos términos y límites, e incluso para ver *cómo y de qué* manera se la puede comprender mejor, tanto por la dinámica interna registral como por las nuevas dimensiones de la información misma y las medidas de seguridad, no meramente recogidas en nuestra Ley Orgánica al respecto de 1992 (12). Una buena

(11) Vid. nuestro trababajo, «Fernández Cuesta, jurista, reformista hipotecario. Ministro de Justicia y Académico», en *RCDI*, diciembre de 1964.

(12) Vid. Hansjürgen Garistko de Berlín en «Medidas de seguridad para bases de datos: régimen reglamentario», en la ob. cit., *XX Conferencia Internacional*, pág. 235 y sigs.

«relectura» —como suele decirse ahora— nos llevará a una mera reconsideración, sino ratificación creadora, pasado el sarampión de la informatización «desmedida».

3. PUBLICIDAD REGISTRAL Y REALIDADES SOCIALES. UTILIZACION EXTRARREGISTRAL DE LA INFORMACION

Hay que afirmar, pues, que hasta el momento, desde el plano de la doctrina —ROCA SASTRE, CHICO, DE LA RICA, GARCÍA Y GARCÍA, AMORÓS— no se han encontrado razones técnicas o jurídicas para una *modificación* de tal precepto (13). Su grandeza era servir, *desde su propia naturaleza y esencia*, a los que tengan «interés conocido».

La «servidumbre» consiste en verse sometida a interpretaciones múltiples, las cuales no podían venir de su planteamiento y configuración técnica, sino de los «tipos sujetos» que se acercan al *Registro*, «los» que *tengan...* y de los diferentes «supuestos» de *interés*. Y en parte, también de la respuesta y «calificación» —también *actitud*— responsable del Registrador. Como ocurre en el resto de nuestra función (14).

Es un precepto que, hasta la fecha, no ha tenido grandes controversias, ni doctrinales ni jurisprudenciales, salvo las que aludiremos a continuación. Aunque sea cierto que, por la coyuntura de la sociedad española, constituye, en la práctica, una cuestión, a veces cotidiana, a veces excepcional: *el margen de utilización del Registro para fines extrarregistrables, su grado y medida*. Entraremos en esa materia más adelante. Pero quiero adelantar esta reflexión: no deben ser por sí, los «condicionamientos sociales del cambio», los que desde ellos mismos erosionen excesivamente el *ámbito natural de las instituciones jurídicas*.

El cambio deviene por el propio crecimiento y arraigo de la institución como *fruto de ella misma*. Los factores externos deben ser contemplados, desde luego, pero sin llegar a *desbordar, y sobre todo a infrautilizar* sus propias raíces, porque se puede poner en riesgo el sistema civil-hipotecario. A veces, cuando más sobrecogedor sea el «cambio» —¡cuántos «crímenes» jurídicos se han cometido en tu «nombre»!—, más asentados han de *estar los*

(13) Por excepcional está el trabajo citado de PRADA ALVAREZ BUYLLA, que lo comentará SENDRA GIMENO. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre *Condiciones generales de contratación*, por su Disposición Adicional segunda modifica el 222, el 253 y el 258, pero respeta y mantiene el 221, dentro de la nueva Sección 1.ª, Información registral.

(14) Hay casi siempre una cuestión de actitud en muchos planteamientos jurídicos, como en un plano general expusimos en «Actitudes ante la filosofía social», Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Vid. nuestra obra, *Propiedad Inmobiliaria...*, pág. 133 y sigs., sobre la auténtica naturaleza de la función institucional registral.

fundamentos. Cuanto más alta velocidad de un tren se exija, más potentes han de ser los puentes, los raíles y las vías. No debemos ponernos frenéticos hasta el punto de mover —al tiempo— aquellos puentes y las vías, para que así sea más rápida la marcha. (Si vuelve el «canto gregoriano» es porque —sin negar el «cambio»— quiso ser «gregoriano»). Por lo menos habrá de medirse, con prudencia, para ver qué es lo *esencial* (un ejemplo contemporáneo: cuando en virtud de la transición política hubo de «descubrirse» la titularidad patrimonial de las Organizaciones Sindicales preexistentes a 1936, no se conoció mejor instrumento jurídico que el Registro de la Propiedad, el cual permaneció *fiel* al «interés conocido» del vetusto artículo 279 de la LH, luego 221. No han hecho falta normas, ni interpretaciones, para poder ofrecer una información seria y responsable (15).

Me parece importante esta llamada a la prudencia y a la serenidad, para no agolpar, excesivamente, funciones y cometidos que no nos son propios —como «huidas hacia adelante»— que pueden poner a prueba la competencia y la disponibilidad funcional —como puede ocurrir en materias de orden registral-mercantil—; *certificación* y no legalización de libros de actas de comunidades; utilización de telefax para asientos de presentación, o «manifestaciones», etc., pero que se pueden desviar de lo que es función propia: *calificar y certificar con la responsabilidad* singular en todo el proceso registral. Pudiera ser una salida «en falso», incluso inaplicable en la realidad, o que cayera pronto en desuso, sobre todo cuando se puede confundir, función con *instrumentos-fines*, con medios. Por ejemplo, la prioridad no la debiera dar, sin más, un fax (16), porque tendería a erosionar el carácter de *aproximación* y de *cercanía* que la presentación del documento siempre lleva consigo. (Sería casi preferible el «buzón» electrónico que, situado ante el Registro Central de Viena, nos marca la hora y minuto de la presentación.)

He apuntado estos ejemplos reales, vivos, porque me parece que hacer algo es necesario. Desde luego, no cruzamos de brazos. Pero tampoco calificar, sin más, de «progresistas», las actitudes de «abrir» los registros al mejor postor, en razón de las circunstancias «cambiantes» —aunque sean turbulentas, acaso sean pasajeras—. En último término, nos pueden detectar «fracasos» o *fallos de otras instituciones* ante las que el Registro quiera ser o se le presente como panacea o como pararrayos. Ese es el riesgo. Incluso, el criterio en la II Asamblea de Barcelona de 1988, quizá voluntarioso, y desde luego asambleario, ha sido calificado por PRADA —dentro de la animosidad con que se tomó— como una forma de «servir» a los dos señores de la

(15) Vid. nuestro trabajo, «Propiedad...», cap. V, *Naturaleza del patrimonio sindical*, pág. 87 y sigs.

(16) Vid. Artículo 296 y sigs. de la Ley Procesal.

publicidad y la intimidad personal con un lavado de manos a la manera de un Pilatos hipotecario (17).

La fórmula contemporalizadora, quizá inspirada en la legislación alemana y austríaca, y que incluso ha podido servir de fórmula «práctica», podría ser: *Cuando el titular registral lo solicite —una vez informado al respecto— el Registrador le notificará durante un plazo limitado, los datos de las personas que piden informaciones de su finca, al efecto de que pueda ejercer contra ella las acciones de que se crea asistido en orden a la defensa de la intimidad, protegida por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982.*

Es aconsejable, por tanto, y mientras no haya un cambio normativo sustancial, volver a las fuentes, para desde allí contemplar, no sólo la realidad social, como tal —pues el Registro, por naturaleza, sin ventanilla y sin estrado, está abierto a la sociedad— y acercarnos a la *problemática legal*, referente a las incidencias de la Informática, a la de los consumidores, a la libertad de información y al derecho a la intimidad. Salvo mandato judicial, o acatamiento a una legalidad extrahipotecaria.

4. NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Al apelar a la Historia, habíamos llegado a una significativa conclusión: que el artículo 221 de la actual LH emana de una trayectoria literal, de la «vetusta» Ley de 1861 (art. 279) y sobre todo, subrayar que idéntico precepto pasó al *Código Civil*, y se mantiene en él, con el artículo 607, pese a tantas y tantas modificaciones, algunas de ellas en verdadero torrente hasta el presente.

Conexión con la publicidad material. No puede decirse —también lo apuntábamos— que no concurrieran eventos políticos importantes y desarrollos rústicos y urbanos de gran complejidad: la popularización del crédito, la ordenación rural o concentración parcelaria, ordenación de costas, la multipropiedad... Sin embargo, el *precepto* se ha mantenido, sin grandes confrontaciones o resoluciones, ni siquiera *instrucciones* —salvo las que luego aludiremos ya en los últimos años—. Cabía aquí preguntarnos: ¿es que entonces no había «usuarios» —o también «usureros»—, ni había prensa libre, no había afectaciones a la intimidad o al honor de las personas? ¿Por qué a estas cuestiones no alcanzan abundantes resoluciones o recursos de queja, o proyectos de modificación? ¿Es que los Registradores, en todo ese tramo centenario, eran excesivamente abiertos o generosos, y los «terceros», menos celosos de sus «in-

(17) Vid. *La publicidad registral...*, ob. cit., pág. 4. Y sobre una de las soluciones prácticas a las que se alude a continuación, puede ver nuestra obra, *Modernas orientaciones sobre la institución registral* al hacerse referencia al sistema austriaco.

tereses conocidos»? Hay que volver, pues, a las fuentes, y lo primero afirmar que la «publicidad guarda íntima conexión con la publicidad material» (18).

El efecto sustancial-material de la inserción pública de los actos y negocios jurídicos está instrumentado por la *publicidad formal*, para quienes «tengan interés conocido». Pero aquélla —la *material*— no puede desnaturalizarse por la *formal-instrumental*, sino que las circunstancias, sucesos, e incluso las otras esferas radiantes de derechos públicos, no pueden «alterar» su ámbito y *naturaleza* inicial. Es evidente que su raíz es *civil-privada*, y desde ella —lo advertiría JERÓNIMO GONZÁLEZ— *se cumplen fines sociales y públicos*. No es una fuerza exógena, sino endógena. Parte de que, *desde su esfera esencial*, desde su médula, al *irradiarse*, penetra, realiza, favorece, estimula comportamientos y actitudes, y produce *efectos sociales y públicos*. No a la inversa. De ahí, que la publicidad formal, que sirve a la publicidad material-sustantiva, ha de verse concebida dentro de *la naturaleza de aquélla*, eso sí, instrumentada coherentemente, y si se quiere «fácilmente», «cómodamente», y a *menor costo*, y con rapidez mayor.

A los hipotecaristas clásicos —«progresistas» también en su tiempo— no se les pasó desapercibido el problema, y la cuestión. Indagaron, incluso en las *exposiciones de motivos* para poder interpretar el ámbito y extensión de esa *información*, o «noticia» de datos registrales. (En la de 1861 se decía... «*que (el registro) se franquee todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y para decirlo de una vez al que tenga interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes*». A renglón seguido, los comentaristas o historiadores —el propio ROCA SASTRE (19)— llegan a la conclusión de que el sistema adoptado el criterio de publicidad formal no es absoluto, *en el sentido de que no «cualquiera», y por «doquier»* razón, sin interés serio, capricho, pueda consultar los libros. Es publicidad limitada para los que *tengan interés legítimo, apreciado por el Registrador*.

CALIFICACIÓN DEL INTERÉS CONOCIDO EN LAS FORMAS DE PUBLICIDAD

Si hay un campo habitual y normal de la función del Registrador, con su responsabilidad, que es la *calificación*, en esta otra apreciación del «interés

(18) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV. Barcelona, 1948, págs. 713 y sigs. En la edición actual no se ha alterado significativamente el criterio. Es significativo que la STC de 20-3-97, sobre *La Ley del Suelo de 1992*, declarase inconstitucionales numerosos artículos, y sin embargo se respetasen, sin fisuras, todos los preceptos referentes a la publicidad registral (vid. CORRAL DUEÑAS, *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 25, abril 97, págs. 999 a 1079).

(19) *Derecho Hipotecario*, T. I. Barcelona, 1945. *Evolución de la publicidad*, págs. 36 y sigs.

legítimo» —no furtivo, ni manipulable— encontramos otra gran fuente competencial, también responsable de *calificación*. Así se ha venido cumpliendo, y acaso, por esa misma *dación de confianza* del legislador —en la apreciación del *interés conocido-legítimo*— haya estado el secreto de que el principio de publicidad formal haya ido *desenvolviéndose con gran normalidad* hasta nuestros días. El derecho privado *se manifiesta, se publica, se anuncia*, se «desgarra» de su intimidad estructural o protocolizada, para *darse* y abrirse al público, pero no para algo vanal —en principio— más allá del *propio juego de la relación jurídico-patrimonial-informada*.

No vamos a hacer aquí un análisis de los preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, ya citados, al regularse las formas —sea exhibición, *notas informativas, certificaciones*, u otras. Hay que advertir que opera una coherencia total para la apreciación del *interés conocido* por el Registrador ante una u otra fórmula, con mayor o menor precisión. Incluso, con un requisito explícito para las *certificaciones*, solicitadas por instancia, por quien «tenga interés conocido», *expreso o tácito*. Y siempre con el *potestativo*, «...podrá... —334 RH— *exhibir, redactar nota, o certificar*... Aquel profesional habrá de ceñirse a lo que soliciten. No es una biblioteca pública, o una hemeroteca, a elección. Ni tampoco un *arsenal de «información acumulada»*, sino que el «servicio» de *información* incluso, además, está sometido a las necesidades del *funcionamiento* del Registro. Esa ha sido la línea regular y normal. Y así se aceptaba en los Registros respecto a lo que, en otros tiempos, llamábamos los «*manifestantes*».

Recuerdo y cito, dos experiencias gráfico-materiales:

En el Registro de la Propiedad de Reus —1976-81— había a la entrada una gran mesa redonda, tras la cual se encontraban los estantes de libros no utilizados por el funcionariado. Casi diariamente venía una persona, contratada por el Ayuntamiento, quien era el primero en acudir, y que daba regularmente notas a su Corporación a efectos fiscales. El mismo buscaba los tomos, indagaba los asientos, etc., y hasta, por su experiencia, hacía de «auxiliar» a otras personas menos prácticas. Desde el pupitre del funcionario —el que llevaba el asiento de presentación— se prestaba el asesoramiento o vigilancia precisos, en su caso. La mesa redonda de *manifestantes* —visionada además desde los despachos del Registrador y del sustituto— estaba plenamente ocupada. Eran tiempos de transición política, económica y social: no se hizo uso distinto de lo que era una «información», cada uno estaba en su sitio y si surgió alguna duda, se aclaró. (Aquel «manifestante» habitual era ya el primer «*amigo del Registro*».)

Otro caso: en los Registros de Zaragoza —años 1981-85— también había «*salas de manifestantes*»; y un funcionario era el que llevaba y traía los libros, vigilaba y orientaba. Los gestores y agentes —con más habitualidad que en

Reus— eran «clásicos» y conocidos. Las peticiones de información notarial no planteaban ninguna duda. Es posible que hubiera algún curioso, o «veterano» de las salas, pero que se quedaba para su propia intimidad y sin exteriorización.

Es cierto que, después, ha habido un aluvión de «información», pero sobre todo una explosión, a borbotones, susceptible de desviarse de la natural *aceptación de presunción del interés conocido*, y de lo que eran sus propios fines. Fundamentalmente cuando ya operan los elementos técnicos —fotocopiadoras, ordenadores— y cuando una «patología» social o «pública» no encuentra siempre cauces normales —en la Justicia, en la Administración, etc.— en los sistemas propios de solución y que irrumpen en los Registros de la Propiedad para su «utilización» y hasta su «manipulación».

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Todo cuanto anteriormente se ha dicho, incluso ese *incremento en el interés registral*, es positivo. Y es buena toda reflexión, referida, ya ahora, a la posible —y escasa— criteriología jurisprudencial, o por la vía de resoluciones de la Dirección General. Lo primero que hemos de señalar es que esos artículos —221 y siguientes de la LH y los correspondientes del RH (20)— no han tenido grandes definiciones o conclusiones dogmáticas, ni aun siquiera la que luego comentaremos más en extenso, de 1991. Como ya apuntamos, se confirma por la Dirección General el carácter *no absoluto de la publicidad registral*. Se ha partido de un *interés conocido* —presumiblemente *legítimo*— no sólo en lo que hay de *exhibición o manifestación*, sino también en «certificaciones». Y para éstas, incluso, se marca claramente el principio de *responsabilidad del Registrador*, artículo 226 LH. Junto a esos dos criterios se perfila claramente la amplitud de la decisión del Registrador para la «calificación-enjuiciamiento» del «interés», acorde con el principio —coherente con el párrafo tercero del art. 1 LH— de que si «los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales», también esas «decisiones» sobre *interés conocido* ante la información, *están* —en forma de recurso de queja— bajo la autoridad judicial.

LIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA PUBLICIDAD

Esa *excepcionalidad* y escasez de *criterios* se presentan, pues, casi como anecdóticas. A veces se ocupan de los *medios instrumentales*, o de las *certi-*

(20) Incluso en la nueva redacción dada al artículo 332 por el Real Decreto 1967/1998, de 4 de septiembre, al modificar determinados preceptos. Lo comentaremos luego.

ficaciones (RO de 6 de enero de 1883); o sobre *negativas* de aquéllas a petición de actuaciones *fiscales* (Orden y Circular de la Dirección General de Registros de 28 de diciembre de 1892). Más problemática —en su tiempo— fue la sentencia del TS de 16 de abril de 1918, en la que, junto al principio clásico de que «la publicidad formal del Registro se halla limitada por razón de su finalidad al objeto de comprobar la situación de libertad o gravamen de bienes determinados» venía a apuntar —en aquel caso concreto— que «no podía utilizarse con el propósito de procurarse pruebas susceptibles de demostrar la comisión de delitos». (Naturalmente, al margen de la vía judicial.)

Lo que han existido son criterios acerca de la *imperatividad* de las decisiones judiciales o administrativas sobre información o publicidad, llegándose a sostener, con razón, que *«los Registradores no pueden calificar el interés de las certificaciones reclamadas por los tribunales con mandamiento (Res. 20 de abril de 1878), o por las autoridades administrativas o fiscales»*, o militares con jurisdicción (Res. 23 de abril de 1874, 16 de noviembre de 1896). (Com. 18 de marzo de 1899, OC de 15 de octubre de 1926), o de los Gobernadores Civiles a efectos de expropiación —«sin perjuicio de cobrar en su día los honorarios», se decía (RO 28 de diciembre de 1894, y Res. 11 de mayo de 1888). Históricamente ha habido algún caso, curioso, que dio lugar a la RO de 6 de enero de 1883, como consecuencia de un recurso de queja de un Registrador en defensa de lo que sería «su fuero registral», por el rechazo de haberse constituido el Juez, acompañado del Actuario y dos Procuradores, para sacar testimonio de asientos en libros: «S.M. el Rey (Q.D.G.) de acuerdo con el dictamen emitido por la Sala de Gobierno del Tribunal, aceptando la propuesta de la Dirección General, se ha servido declarar que sólo los Registradores de la Propiedad tienen facultades para expedir certificaciones...»

Hay algunas otras Resoluciones —como la de 19 de enero de 1872, seguida por otras ulteriores— en las que suele advertirse, que «demostrado que sea ese interés en consultar los libros del Registro» se dan orientaciones o criterios prácticos, en el doble sentido: obligaciones acerca de la *claridad o precisión* por parte de los peticionarios, o indicaciones a los Registradores para que se atengan a los *términos de la propia petición*.

Buena parte de las Resoluciones se refieren al campo de las *certificaciones* en las que igualmente ha de darse el «interés conocido», y con una *cualificación* singular: que la expedición de certificación opera —por *efectos del art. 353*— como *factor de oficio* para la *cancelación, de cargas o «purificación»* registral. Por tanto, aunque sea un grado más explícito —el de las certificaciones— se resalta así la generalidad de una *publicidad registral limitada*, cuando incluso tenga que producir semejantes efectos «liberadores» o «cancelatorios». Es todo un síntoma, aunque no operase así, tan automáticamente, en la *mera información*.

Como se apunta por GARCÍA GARCÍA (21) en sus notas a los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecarios, la línea general o criterios directivos han estado siempre tamizados por el «interés conocido». Con una suprema *decisión del Registrador*, susceptible de queja ante los Tribunales y con el ámbito de *información* «en lo que fuere necesario» (22).

MODERNIDAD: APERTURA DEL «SANTUARIO REGISTRAL»

Hay un paréntesis hasta la *modernidad* que conviene anotar y admitir: el *populismo* del Registro se ha ido haciendo, poco a poco, por sus propios méritos (nosotros mismos, por los años cincuenta, inquietos, hasta habíamos apelado a una «publicidad-propaganda *registral*», dentro de un horizonte distinto que el que ahora lleva al Colegio de Registradores a editar, dignamente: «Cómo comprar una vivienda en España, paso a paso», 1994 —folleto al que nosotros le hubiéramos quitado el subtítulo y alguna insinuación—. O, «La seguridad del consumidor» en la adquisición del inmueble. Acaso por circunstancias inesperadas, ya durante la revolución de Asturias, 1934, la reconstrucción de los Registros destruidos —y hemos conocido, en varios de ellos, alguno de esos efectos— provocaron, instintivamente una revalorización de los Libros del Registro. Pese a que la inscripción era voluntaria, surgió aquella serpiente *demagógica-revolucionaria* de que «quien no tuviera inscrita su finca, se quedaba sin propiedad». (Y en algunos casos hubo sus «listillos».) La información registral en los Registros destruidos, en todo o en parte, pero también para los no afectados, fue creciendo. Y no sólo en Asturias, sino en toda España, se iba tomando conciencia más precisa del «valor» de los libros-asientos del Re-

(21) *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 1986, págs. 85 y 332 y sigs.

(22) Ha existido, además, un *respeto* y una *valoración* de los libros del Registro, y una estima tal que, si no como «inalcanzable», sí algo que, al *abrirlos* —sistema clásico de exhibición— imponía «consideración» o «veneración». (Recuerdo de niño, a mi padre, en Daroca —Zaragoza—, administrador de fincas de una familia y amigo del Registrador de la Propiedad de Daroca —auditor del Ejército y Notario, don MIGUEL CASTELL, copartícipe con aquél de la Adoración Nocturna— como me contaba, con verdadera unión, sus visitas *al Registro* para conocer el estado de ciertas fincas.

Le parecía un *santuario*, como si los datos obtenidos —incluso asesorado por el señor Registrador— debieran pertenecer a lo que después, doctrinalmente, he podido leer en Albaladejo: una «intimidad civil». Y en general, la publicidad, si bien era *abierta*, nadie podía imaginarse que llegase a poco más allá del tráfico jurídico o de las garantías a efectos de créditos y cargas. Ni el «curioso», ni el manipulador podrían ser creíbles (otra cosa, entonces, hubiera supuesto un descrédito, un desestímulo para la inscripción, y hasta su rechazo).

gistro. Y por tanto, surgió una información creciente, generosa y abierta, dentro del «santuario reverencial-registral» (23).

Toda la legislación urbanística que se inicia en los años cincuenta —la de viviendas, la de concentración y ordenación rural, más el crecimiento del crédito— permiten reflexionar más el «interés conocido». Puede parecer que se pierde el tono «sacral» de «conocer», lo que los libros del Registro dicen (y no por mero capricho). Pero, a su vez, había que medir el tono de «protección» para que no desapareciesen libros o algunas de sus hojas foliadas, pulcramente editadas en páginas interlineadas, con su floresta en los márgenes, excelente papel casi apergaminado.

HOJAS MÓVILES E IDENTIDAD DE LOS «MANIFESTANTES», «PUBLICIDAD DE ENCARGO»

La modernidad llama a las puertas del Registro por la mecanización, y los libros con las hojas intercambiables. Con lo cual la *exhibición* —como acto «ritual»— se puede sustituir por *fotocopia* de las hojas móviles (Res. 4 de abril de 1979). Pero los principios estaban ahí. La Resolución de 8 de abril de 1983, en pleno auge del desarrollo económico, urbanístico y local, ya establece dos criterios orientados: uno es la posibilidad —cuando las circunstancias lo aconsejen— de establecer algún tipo de control sobre la *identidad* de los manifestantes, quedando en la oficina una información de los solicitantes. Y la otra medida son «precauciones» (adoptadas) «para que la facilidad del conocimiento del contenido de los asientos del Registro por los legítimamente interesados no se utilice por personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficina de publicidad inmobiliaria paralelas al Registro, con finalidad de lucro, originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y por ello rechazable,

(23) Un caso especial merece recordarse: En la contienda civil —1936-1939— se dictaron disposiciones y resoluciones especiales que encajaban siempre con las previstas en el propio Reglamento Hipotecario, como una medida «normal» previsora. Y, por último, otro caso espectacular de apertura al «interés conocido» y de populismo registral, estuvo en la reconstrucción de la ciudad de Santander, cuando su incendio en los años cuarenta, estando de Gobernador Civil un Registrador, JESÚS REGUERA. Aquí el efecto fue a la inversa: había que partir casi de cero en la realidad física de las fincas destruidas, prácticamente toda la zona del puerto, y la primera interior —paseo de Pereda, etc.—. En cambio los libros del Registro no fueron objeto de destrucción. Partiendo de sus datos y *abriéndolos a todos* los que tuvieron «interés conocido», es como —se escribió un libro sobre la reconstrucción registral de Santander— pudo hacerse una operación perfecta entre la *realidad física*, la realidad *jurídico-registral* y el sentido *proyector de futuro*. No sólo en cuanto a *indemnizaciones*, sino en cuanto a *créditos* para la construcción. La fisonomía urbanística de Santander, desde la Plaza de la Porticada hasta la Avenida Reina Victoria con Puerto Chico, en buena parte se debe a haber hecho una «utilización correcta del Registro» y sin pleitos.

por ser el Registro el instrumento de publicidad que debe ser rectamente utilizado». Y aún se añade en dicha Resolución de 1983: *en consecuencia, cuando el que solicita la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello por quien lo es, deberá acreditar, a satisfacción del Registrador, dicho «encargo».*

Este criterio de 1983 —que no es el de *un ayer*, por ejemplo, el de un 1930 cuando se dio una Resolución de 4 de julio, declarando improcedente que los *secretarios judiciales testimonien en asientos* por sí y ante sí— cercena, o *encauza* el derecho a la información, en cuanto a la «identidad» del solicitante, y en cuanto a la utilización no directa, por vía de *gestión*, procuradurías, etc. Dando amplias facultades de *apreciación* al Registrador, en cuanto al «interés», a las «circunstancias», y a lo que «en cuanto *fuere necesario y no más*».

La siguiente Instrucción —todavía no «aprietan» las normas y exigencias de la Protección de Datos— de dicha Dirección General de 12 de junio de 1985 (BOE núm. 146, de 19 de junio), decía lo siguiente:

«El aumento de las operaciones de manifestación de los libros del Registro de la Propiedad y Mercantil, debido al arraigo de la institución registral y a su trascendencia en la seguridad del tráfico, ha supuesto, de una parte, un serio aumento en el riesgo de deterioro o manipulación de los libros exhibidos, y, de otra, como ya indicó este Centro Directivo en la Resolución de 8 de abril de 1983, la aparición de personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficinas de publicidad inmobiliaria, paralelas al Registro, con finalidad de lucro, y originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y por ello rechazable, por ser el Registro el instrumento de publicidad que debe ser directamente utilizado. A todo ello se une la necesidad de salvaguardar la integridad de la información contenida en los libros y que dicha información sea puesta *sólo a disposición de quien tenga interés legítimo en su conocimiento con la máxima exactitud y rapidez*. Para la consecución de tales fines, y en virtud de las facultades (con corrección de errores, BOE núm. 160, de 5 de julio) que a este Centro Directivo atribuyen los artículos 259 y 260 de la LH y concordantes de su Reglamento, esta Dirección General ha acordado:

- 1.º La manifestación del contenido del Registro se llevará a cabo, preferentemente, *mediante nota simple informativa*. Dicha nota simple podrá consistir en fotocopia de los asientos a que se refiere la manifestación.
- 2.º La manifestación mediante *exhibición* de los libros se reducirá a aquellos casos en que concurren circunstancias excepcionales que la justifiquen.
- 3.º Los Registradores, cuando las circunstancias lo aconsejen, establecerán el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros del Registro, de manera que quede en la oficina la información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples del contenido de aquéllos.
- 4.º Conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y

222 de la LH se manifestará el contenido del Registro *sólo a quien tenga interés conocido a juicio del Registrador*. Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar a satisfacción del Registrador dicho encargo. Podrá dispensarse de la justificación del encargo a profesionales del Derecho, oficinas públicas y entidades financieras cuando la información que directamente soliciten se refiera a personas o fincas concretas relacionadas con la legítima actividad de tales profesionales, oficinas o entidades. 5.º Se considerarán *carentes de interés* legítimo a aquéllos que, a juicio del Registrador, pretenden acceder a la información contenida en los libros del Registro con la finalidad de comercializar por cualquier procedimiento la propia información obtenida. 6.º La manifestación, mediante nota simple informativa, se llevará a cabo, en el plazo más breve posible, atendidos los datos que se suministran al Registrador y el volumen de la información solicitada, sin que, en ningún caso, dicho plazo pueda exceder del establecido en el artículo 236 de la LH (24).

6. NUEVAS REALIDADES PRACTICAS Y LEGISLATIVAS

El seguimiento normativo y fáctico que hemos venido haciendo, nos marca un sentido de flexibilidad, de casi *presunción* de interés conocido, y de una facultad «calificadora» y «responsable» del Registrador. Todas las *resoluciones* de la Dirección General de Registros que anteriormente hemos examinado, van en aquel sentido, hasta llegar a la de 4 de abril de 1991 —que sienta una doctrina general— pues, efectivamente, se han producido realidades nuevas, tanto legislativas como sociales:

DINÁMICA Y «CONSUMISMO» REGISTRAL

Del lado del Registro, o afectándole, se ha dado un crecimiento de la titulación, del crédito y otros derechos reales, muy especialmente en la propiedad urbana, tanto por el desarrollismo económico como por las modalidades y variantes, sean la figura del *leasing*, sean las de la *multipropiedad*. El *consumismo* general, no se ha detenido también ante el *consumismo registral* —aunque nosotros discrepamos técnicamente de dicho término—. Han accedido a los libros, espacios, zonas y gentes *nuevas*. Las Leyes de reforma urbanística, no muy bien redactadas, han tenido sesgos «socializantes». En materia de crédito, con cláusulas múltiples, dispersas, con frecuencia usura-

(24) La *Instrucción* transcrita de 1985 y las «orientaciones» de la Dirección General y aun del Colegio de Registradores, necesitarían una decantación y sosiego, lo que con las modificaciones en el Reglamento Hipotecario aparecen, normativamente al menos, más nítidas. Lo comentaremos luego.

rias. Se ha llegado, en algunos casos, al fraude inmobiliario, fuertemente limitado por la firmeza del Registro, pese al carácter voluntario de la inscripción, y la no coordinación y fallos del Catastro (25). Tales realidades —y otras que sería largo enumerar—, a su vez, han tenido respuestas en la mecánica e informática registral. En esto también habrá que buscar cauces, límites, y evitar desbordamientos. Máxime si aquellas leyes urbanísticas —y las de las Comunidades Autónomas— no han tenido un *desarrollo reglamentario correcto*. La OM de 5 de mayo 1994, ha tenido que dar pauta sobre información en préstamos hipotecarios.

De otro lado, en una sociedad democrática, la información juega un papel importante en las pautas y valores jurídicos (26) y han tenido un incremento en el orden económico, social-educativo, político y jurídico. Incluso tras el Tratado de la Unión Europea (Maastricht), el efecto ha sido singular. Algunos de esos fenómenos —especialmente en las áreas mercantil y financiera— como la «corrupción», con vertientes múltiples, especialmente las penales, civiles, sociales y políticas, etc. (prácticamente en todo el mundo). El «cuarto poder», la prensa, radio; la competitividad editorial o profesional; el financiamiento opaco de estructuras o acciones político-sociales; la agresividad profesional de «despachos» o «agencias», o «estudios», o los malos entendidos de competitividad administralizada, etc., con frecuencia han utilizado o han «llamado» al menos, a las *puertas* de los Registros de la Propiedad. Podíamos preguntarnos si la modificación del artículo 3 del Código Civil, al incorporar la «realidad social» como fuente indirecta de interpretación, pudiera servirnos de una manera precisa para alterar los criterios que en el propio ámbito registral se han venido sosteniendo hasta el momento sobre la publicidad formal. Todo ello, sin perder de vista la fuerza constitucional de los Registros y el juego de valores y principios —legalidad, seguridad, etc..., que hemos analizado— (26).

Es todo un tema de reflexión que puede ayudar a orientar los criterios sobre la publicidad registral dentro de la modernización de la sociedad, su

(25) Hay que partir ya de la Ley 13/1996, y de la Orden de 23 de junio de 1996, sobre procedimiento para cumplimiento de aquélla, en orden al suministro de información —no se habla de «datos»— a la Dirección General del Catastro por notarios y registradores. El tema lo preveíamos en nuestra obra, *Propiedad Inmobiliaria...* Cap. XVII: *Catastro y Registro*, una glosa del Decreto 3-5-1980, en el que se inician las bases de conexión Registro-Catastro. Otra cosa es cómo se haya hecho.

(26) Vid. LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, MANUEL, *Derechos y libertades en la Europa comunitaria*, Madrid, 1992. Por nuestra parte, vid. «Constitucionalismo y privilegios del Banco Hipotecario», en el *Libro Homenaje a José María Chico*, 1996, como cuestión muy específica. Y sobre la incidencia general que puede ayudar a una sincronización de sistemas educativos y de formación profesional para juristas inmobiliarios. Vid. *Hacia un nuevo Derecho a la educación*. Discurso académico contestado por el numerario de la de Doctores, Fraga Iribarne. Madrid, 1995.

propia secularización —con problemas de «intimidad familiar», con lo que se quiso mover, por ejemplo, un recurso gubernativo a que luego aludiremos sobre la *no necesidad de acreditar el divorcio*—; con una «patología patrimonial, a veces legislativa, conflictos de interés, especulación, agiotaje, que parezcan temporales, indudablemente afectan el *populismo* registral, animado —a nuestro juicio, desconcertadamente— por los «telefax», que siendo «meros instrumentos» pudieran convertirse en «pseudo funcionales», marcando «prioridades automáticas». No se olvide, además, que los asientos no sólo dan «titulares», sino otros datos, cláusulas, fechas, estado civil, circunstancias familiares, etc. Sin contar, en el futuro, con los riesgos de «espionaje o epidemias informáticas» que, con los avances tecnológicos, puede llamar a las puertas de los Registros.

Como el número de supuestos pueden ser múltiples, y a ellos cada Registrador de la Propiedad ha de dar solución con su criterio y su responsabilidad personal, me voy a ceñir a los frentes o ámbitos que —para algunos— pueden representar una exigencia, hasta el punto de que se entienda hoy, como obsoleto, ese criterio de *información registral de los artículos 221 de la LH y 607 del Código Civil*. Para otros, llegando incluso a interpretarlos como *derogados o anticonstitucionales*, o ajenos al boom urbanístico registral.

PROTECCIÓN JURÍDICO-PATRIMONIAL ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

No cabe duda que los datos del Registro tienen un contenido *patrimonial* que afecta a la titulación, formas —notarios autorizantes, jueces concretos, acuerdos administrativos, etc.—. No es sólo, pues, «título y cargas». A veces, singularmente cuando se trata de decisiones complejas administrativas, por ejemplo, las *municipales*, y afectan a planes o *proyectos concretos* que han sido objeto de confrontación, informes técnicos, aprobaciones en Juntas de Compensación por mayorías, etc., parece aconsejable hacer en los asientos un «reflejo» sustancial, síntesis «histórica» de los acuerdos o documentos múltiples y «memorias», los cuales hayan podido llevar al Registrador, o le hayan servido, para una calificación concreta, como *circunstancias* que han sido objeto de atención. E incluso para que los *terceros de buena fe* puedan ser *instruidos del expediente* determinado, fuese un Proyecto de Reparcelación o de Compensación urbanística con sus características principales, trayectoria, etc.

Las técnicas de la *información*, superando la mera exhibición, realizadas por vía de la *nota-manifestación*, rompen un poco el esquema clásico de «informar en *lo necesario*», en lo que «fuese preciso». Existe el Registro Central de Datos por la acumulación de fichas que proceden de los Registros en concreto. *¿Siempre habrá de darse fotocopia de los asientos?* ¿Podría en algunos casos —los que el interés normal referente al tráfico jurídico inmo-

biliario apareciera en principio desbordante— hacerse una limitación de los datos, impidiendo que la *fotocopia* no pueda ser utilizada más allá —por ejemplo, como portada de revistas o encarte televisivo— de lo que es la información de un contenido patrimonial? A eso tienden las Instrucciones de la Dirección General y los preceptos reglamentarios nuevos.

Es un tema complejo, y como los riesgos han de perverse, quiero remitirme al sólido estudio, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», de ROMERO CASABÓN (27) que abarca una reflexión sobre la protección —también en vía penal— de procesos de datos obtenidos en vía administrativa casi siempre, y lo que el autor llama finalmente «agresiones en el soporte material informático». Esta pauta administrativa —aunque no sea de aplicación estricta al ámbito registral— es también estudiada por el profesor SARMIENTO ACOSTA (28). Resulta evidente que en el moderno Estado de Derecho, uno de los problemas fundamentales es articular unos mecanismos de control para el equilibrio ponderado «entre *potestades administrativas* y *derechos* del particular». Es decir, que la hinchazón de nuevas tecnologías, y el «pulpo» de lo «estatal» son dos sumandos que tienen que encontrar *límites* y *cauces* para distinguir lo instrumental de lo que es fundamental en derechos y libertades (29).

Aunque las citas y reflexiones han sido vistas desde el ángulo «administrativo», esto confirma la ponderación y la buena configuración de nuestros preceptos sobre la publicidad formal-registral que estamos analizando. A medida que se avance más en esas tecnologías, más exigente será el criterio constitucional (art. 18,4) sobre la eficacia de una ley que «limite 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».

EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

Algunos autores, como el propio PRADA ALVAREZ BUYLLA, y en parte MEZQUITA DEL CACHO o GARCÍA GARCÍA —entre otros— han hecho alusión a la aplicación de la Ley sobre *Defensa de los Consumidores y Usuarios* de 19 de julio de 1984, como motivación para el derecho a recibir *una información*

(27) En *Revista del Poder Judicial*, septiembre 1993, pág. 139 y sigs.

(28) En la misma *Revista del Poder Judicial*, en el trabajo «Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales», que aporta una buena fuente bibliográfica.

(29) Hay una literatura cada vez más insistente en prever los riesgos de la informatización (vid. *Congreso de Derecho Informático*, Zaragoza, 1989, y el trabajo interesante, aunque se refiera a la vía penal preferentemente, de HERRERO HERRERO, *Modelos peculiares de estafas por medio de ordenador*, Boletín de Información, Ministerio de Justicia, marzo, 1994, pág. 117 y sigs.

correcta. También se ha aludido a la afectación de las cláusulas «usuarias» de determinados *préstamos hipotecarios* (recuerdo la OM citada, de 1994, sobre información en materia de préstamos). Puede parecer que la aplicación de aquella Ley, dada la amplitud —y también vaguedad en algunos extremos— supone un *aldabonazo* para la alteración, modificación o interpretación de los artículos 221 de la LH y 607 del Código Civil. La idea y la realidad del «usuario» y «consumidor» del derecho inmobiliario fue «inventada» mucho antes que las figuras de la Ley de 1984, que responde en buena parte a sesgos *ideológicos* o virtuales que no se corresponden con la respuesta coherente y razonable de una Administración abierta, seria y eficiente.

El «tercero registral» era ya —y *es*— un «consumidor efectivo», un «usuario» plenamente protegido, y no en bagatelas. Mezclar el sesgo del interesado registral, *con el «usuario» de la Ley de 1984*, choca con el carácter no administrativo —aunque sea un servicio institucional— de la esfera registral, y distorsiona no sólo la filosofía sino también la *práctica* de la manera de llevar los Registros, y su función. En otro lugar hemos apuntado a esas tareas conexas —tanto en el Notariado, como en los Registradores— de *asesoramiento, orientación, asistencia, práctica*, de manera directa, sin ventanilla, sin «aranceles» por consulta, casi amigable, a veces paternal, sincera, «cuasiconfesional» (30). Es una práctica habitual. No podemos tratar al «usuario» como uno más de la Ley de 1984, sino que, ya desde 1861, se le sitúa *mejor*: como *titular de un derecho de información, no ya «correcta» sino veraz*, y que se ha realizado —como hemos visto— con flexibilidad y generosidad. Las «quejas» fueron prácticamente inexistentes, y la vía de resolución gubernativa —ante los Jueces o ante la Dirección General de los Registros— *excepcionales*. En el *Registrador* de la Propiedad se ha dado el «*mejor defensor del pueblo hipotecario*». Y cuando así no ha sido, no será porque el sistema de información hipotecario-civil-reglamentario, haya sido insuficiente, sino por las limitaciones o talantes humanos de quienes —Registrador y personal auxiliar— servimos en los Registros. Aunque los tiempos cambien, esa ha sido la tónica hasta el presente. (El control de los «honorarios» no es ninguna novedad en la historia registral. No es bueno un montaje de galería.)

Me suena un poco a retórica eso de que los usuarios buscan —PRADA ALVAREZ BUYLLA— «formar una opinión verdadera o construir un juicio propio y personal que le permita tomar una decisión acertada sobre la cuestión consultada o sobre el producto que debe ser consumido» (31), publicidad re-

(30) Vid. *El Notariado y los Registros*, Madrid, 1986 (en colaboración con MEZQUITA DEL CACHO).

(31) En *La publicidad registral*, ob. cit., pág. 10. CABELLO DE LOS COBOS (LUIS MARÍA), en «Tratamiento profesional de la publicidad registral». *Libro Homenaje a Rey Portolés*, Madrid, 1998 (págs. 635 y sigs.) no alude a esta problemática hipotecaria de fondo. Informa o motiva sobre las *Instrucciones* de 17-2-1998.

gistrar...» El tercero que se asoma o que acude al Registro no va a «consumir» un producto, ni una curiosidad, sino lo que es más importante, a *ejercitar*, primero, un *derecho* de información en términos y ámbito de los asientos registrales, y en segundo lugar, apoyarse —al *intervenir* en un negocio jurídico— en la propia publicidad registral para encontrar *seguridad jurídica*, y predisponerla —con la inscripción suya— *hacia los demás*. Por tanto, no se agota «su consumo», la información, ni siquiera al meramente informarse (32).

Las partes —en un juicio— son algo más que «consumidoras» de Justicia.

7. LA PUBLICIDAD REGISTRAL FORMAL, CONTRAPUNTO AL DERECHO A LA INTIMIDAD: LEY DE 5 DE MAYO DE 1982

Históricamente la problemática del 221 de la LH y 607 del Código Civil no se ha venido planteando con referencia —en un sentido u otro— al derecho a la intimidad o al honor. *Intimidad y honor* han existido siempre, y no se «inventa» ahora. La Constitución Española de 1978, en su artículo 18 —«se garantizará el derecho... a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»—. Y la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, lo proclaman ahora, pese a que ante una sociedad «desacralizada», o «secularizada», o «desmotivadora», puede parecer que se han podido romper los esquemas de esa propia intimidad, con mayor naturalidad (33). Se ha dado —ya lo anticipábamos—, ciertamente, lo que ALBALADEJO (34) llamaría una especie de *intimidad civil* como «poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado».

Sobre el derecho a la intimidad y la interferencia que sobre él mismo pesa a raíz del ejercicio de la libertad de información —del que nos ocuparemos luego—, a veces se ha querido tejer una doctrina y un pensamiento en *contrapunto con la publicidad registral*. En unos casos, para tratar de verter —utilizando la argumentación de la intimidad— sobre aquélla, una *fundamentación extrahipotecaria*, o una argumentación *socio-política* en el mundo del Derecho civil. (Esa fue —por ejemplo— inicialmente, la base del recurso gubernativo contra la calificación del Registrador JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, por el Notario PÉREZ MAINAR, cuando aquél había interpretado la exigencia —por parte del Registrador— de un documento probatorio —sentencia-libro

(32) Vid. no obstante, TORRES LANA, «La garantía en las ventas al consumidor», *Estudios de Derecho Civil*, Homenaje al profesor doctor LACRUZ BERDEJO, vol. 1, págs. 791 y sigs., en el cual para nada se hace referencia al tema registral-hipotecario.

(33) Vid. SARMIENTO, en *Poder judicial...*, ob. cit., 205 y sigs.

(34) En *Derecho Civil*, tomo I, vol. 2.º, 9.ª edición. Barcelona, 1985, pág. 65.

de familia, certificación del Registro Civil— del «divorciado». El Notario había sostenido en su recurso gubernativo, de fecha 2-3-1984, ante el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, entre otros argumentos, que al «*exigir la exhibición de la sentencia se encarece y dificulta innecesariamente el procedimiento administrativo y se viola la intimidad de las personas*, ya que en dicho documento se publican *hechos que pertenecen a la esfera más privada del individuo y que no deben ser divulgados más allá de los casos estrictamente necesarios*». Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de Registros de 20-2-1985, no entró ni aludió al tema de la intimidad «constitucional». Aceptó el criterio del Notario autorizante por razones distintas —la escritura, que se refería a un aparcamiento, había sido hecha en Cataluña—, etc., y dejaba al Registrador con facultades acerca de la *forma de redactar el asiento*. No entro en la cuestión, y únicamente anoto el caso como un supuesto excepcional, y quizá único, en que se haya querido utilizar el derecho a la *intimidad* —en aquel supuesto—, como si el Registrador, al leer la sentencia, o el libro de *familia*, «violase» o «descubriese» *una intimidad*. Por el contrario, en realidad, importaba exclusivamente la fehaciencia de esa situación «normal», dentro de la «patología» familiar —en la vía civil-hipotecaria—. (Parecía que citar, por ejemplo, la sentencia de divorcio o la referencia a la *certificación del RC* —*que era lo que pedía el Registrador*— y *reflejarla en los libros, fuera motivo de «curiosidad»*, quebrantando la intimidad.)

Siguiendo esa línea de distinción de *esferas* —*la intimidad* que emana de la *Constitución*, y la que *emana del campo civil hipotecario*— tendríamos que recordar que han abundado los civilistas que han prestado atención al tema de la *intimidad* referido a ese ámbito, como el propio ALBALADEJO, IGLESIAS CUBRÍA, FARIÑAS, LÓPEZ JACOISTE, LACRUZ, PUIG BRUTAU, etc., tratando de buscar el alcance de esa *intimidad personal y familiar*, incluso con respecto a la propia *imagen*. En un estudio muy completo de O'CALLAGHAN, catedrático de Derecho Civil y magistrado, «El Derecho a la intimidad» (35), se hace una aportación doctrinal y jurisprudencial, muy al día, de toda la cuestión, con un punto muy preciso sobre la «delimitación del derecho a la intimidad, sea por ley, usos sociales, interés cultural, etc.». Toda la larga cita de recientes sentencias del TC no hacen sino *detectar que no existe un catálogo o recetario minucioso, exhaustivo de la «intimidad»*. GIMENO SENDRA ha venido investigando sobre el particular, en buena parte en paralelo a nuestras propias reflexiones (36). Hay un punto —fruto de su experiencia como ma-

(35) En *Estudios de Derecho Civil*, Homenaje al profesor doctor JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, vol. I, págs. 645 y sigs. Barcelona, 1992.

(36) Vid. «La Ley...», junio 1997, *Boletín de los Registradores*, agosto 1997, y especialmente con su participación para nuestro *Libro-Homenaje*. Madrid, 1999, págs. 765 a 789. Es un trabajo del que se habrá de partir para ulteriores estudios.

gistrado del TC, titulado «El derecho a la intimidad: concepto y límites constitucionales», que se refiere a las dos esferas, la pública y la privada. Su conclusión es expresiva, aunque global, motivadora y exhortante: «El Registrador de la Propiedad es el guardián de la seguridad jurídica de los legítimos intereses de los terceros y de los derechos fundamentales de los particulares a la intimidad y a recibir información veraz».

A los efectos que interesan a nosotros, no hemos encontrado ningún criterio doctrinal ni jurisprudencial referido a la *publicidad registral formal*, sino a otros campos. Quizá sea curioso —y es el supuesto de mayor aproximación— citar, por analogía, la sentencia de 29 de enero de 1990, sobre inscripciones marginales *referidas a filiación extramatrimonial*. Al final del fundamento 2, se puede leer lo siguiente: «Los derechos del titular de inscripciones del Registro Civil deben de cohonestarse con las que pudieran corresponder a terceros lo que explica que el principio de publicidad formal instaurado en los artículos 6 y 17 de la Ley y Reglamento sobre el Registro Civil respectivamente venga sometido a determinadas limitaciones o restricciones» (esto, pues, es claro en el Registro Civil).

Nosotros lo que hemos querido subrayar es que *no se puede extrapolar*, en un sentido u otro, el tema de la intimidad. Tanto para argumentar sobre una posición cerrada o dogmática sobre la no publicidad registral o «deslegitimar» el interés conocido por el tercero, como para sostener que, dado el carácter *no absoluto* de ese derecho o del de la propia imagen, pudiera *abrirse el Registro sin discriminación*. Son dos esferas distintas que tienen tratamientos distintos. Y por todo ello hemos argumentado que, hasta la fecha, a los comentaristas constitucionalistas o analistas, cualificar el tema de la *intimidad* con el de la *publicidad formal registral*. Cada cosa y cada institución en su sitio. Aunque, como indica el citado GIMENO SENDRA (37), los límites constitucionales deben ser pauta.

8. EXPERIENCIAS PRACTICAS. JURISPRUDENCIA. EL «AUTOCONTROL» INFORMATIVO

El artículo 20 de la Constitución Española reconoce y protege el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Este derecho a la información es el que se ha destacado por algunos como principio operativo para *forzar una interpretación más plena* —ya CAMY hablaba, incluso en su tiempo, de *situación «anacrónica»* lo del artículo 221 y siguientes de la LH para *instar su modificación o derogación*.

(37) En *Registro de la Propiedad*, ob. cit., págs. 776 y sigs.

No podemos negar la realidad, pero tampoco abandonarnos al torbellino. Y, sobre todo, hemos de ser cuidadosos al advertir cómo en nuestra sociedad democrática formal, a veces el *fallo de otras instituciones propias* pueden hacer bascular hacia la del Registro cuestiones que no le son propias, en principio. Los fallos de los partidos políticos, de la propia Administración, la lentitud de la «Justicia», la ausencia de seguimientos directos parlamentarios, el sectarismo político, la falta de credibilidad, la proliferación de «tertulias de opinión», los intereses competitivos y económicos de la información..., los métodos de ingeniería financiero-delictiva, la corrupción como síntoma de degradación moral, la falta de credibilidad, la tergiversación de estructuras y comisiones financieras, la utilización de medios públicos para fines personales, incluso en lo que pudieran tener de reservados... han producido un volcar hacia el Registro una buena parte de la información patrimonial (ya no digamos en materia mercantil-registral). Es fenómeno que *no existe parangón* en toda la legislación hipotecaria europea, ni siquiera en la patología política italiana de los últimos años. Posiblemente aquí se haya dado una *falta de cauce de las otras vías* —Ministerio Fiscal, Tribunales de Cuentas, Tribunales de Competencia, Registros Patrimoniales Parlamentarios, Defensor del Pueblo, etc. La petición de información, en torrente, no ha venido siempre por los caminos de la Administración de Justicia, o de la propia Administración, o de otros órganos institucionales, sino por la vía de la información o investigación «especializada». ¿Hasta dónde, a quiénes, de qué manera, puede «interesar», o puede darse tal información? Cada profesional del Derecho Hipotecario puede ofrecer su propia experiencia. Por nuestra parte, y en el distrito hipotecario de Majadahonda, con características especiales de habitabilidad de personas titulares de poder político o financiero cualificados, podría mostrar estos supuestos directos:

El primero fue, de alguna manera, compartido con el cotitular del Registro de Las Rozas, cuando la oficina estaba situada en el mismo local, y por tanto la *información* era servida indistintamente por personal de ambos Registros: era la «sorpresa», hacia 1987, de encontrarnos un asiento como portada de una revista de opinión importante con dos *fotocopias* de la inscripción de un chalet, cuya titularidad afectaba a determinada persona femenina relacionada con un personaje del Gobierno. La petición había venido por la vía de un gestor, con los datos de la finca, y sin que el funcionario pudiera detectar nada especial. Aquí, por las circunstancias del caso, se podría poner en entredicho forzar la intimidad personal-familiar-patrimonial del chalet, pero además se dio el uso, la «apropiación» de las *fotocopias* del Registro con los asientos *firmados*, como *ilustraciones* o *imagen*. Hubo reacciones para todos los gustos. Alguno, hasta se alegró ostentosamente de que el Registro sirviera para esos fines «informativo-políticos» que afectaban —en el texto— a la dignidad íntima de tal personaje público. Otros rechazaron la idea.

El segundo caso —hacia 1990— fue más nuestro, o más personal: vinieron unos periodistas de un rotativo de difusión nacional con una lista de nombres concretos para conocer su patrimonio. Entre ellos había algún ministro y otros personajes públicos. Mientras el sustituto les pedía —siguiendo mis consejos— información complementaria sobre la motivación del «interés» y les remitía a los artículos sobre publicidad registral, nosotros llamábamos al Colegio de Registradores para recibir cierta orientación. Sobre la marcha, se nos aconsejó acudir al *asesor de imagen*, el cual, a su vez, nos devolvía la pregunta para que la hiciera a un compañero de Sevilla que había tenido un caso —se me decía— parecido. Hice pasar al despacho a los periodistas —profesión por la que siento respeto, puesto que también la he practicado—; les mostré, no ya las dificultades, sino la *responsabilidad* que habríamos de «compartir»; les advertí del grado de información que pudieran obtener sobre los titulares registrales interesados, y les llevé al convencimiento de que *hiciera la petición, o el Director del periódico o el Presidente o Consejero delegado del rotativo, con sus datos personales, legalización de firmas y motivo más o menos genérico de la información solicitada, etc.* El resultado fue... que ya no llegó la petición normal. (Debieron desistir. La causa pudo estar en la reflexión sobre «su» responsabilidad.)

El tercer supuesto —1992— procedía de dos periodistas —de otro gran rotativo—. Venían bastante «lanzados» y con urgencia para obtener unas informaciones por vía registral... Se trataba, en concreto, de conseguir *fotocopias* de las fincas de varias personas, en aquel momento ministros del Gobierno —1992—. Nuestra primera medida fue llamar al Director del periódico —que había sido, por cierto, jefe del Gabinete de Prensa de un Ministro en el «antiguo régimen», y al que conocía. Como no le encontraba en el periódico, quise confirmar con el Subdirector, si la petición de información de los periodistas X e Y respondía a una necesidad mera y auténticamente informativa. Me respondió que sí. Entonces les exhibimos los libros, pudiendo tomar notas. Pero ellos insistían en las *fotocopias*. Les convencí, entonces, de que hicieran una instancia con todos los datos que necesitasen, y que al día siguiente viniesen. Se les dio la *nota informativa síntesis, o estricta, no las fotocopias*. Se discutió y habló mucho, y la periodista —que dijo haber estudiado Derecho— quedó convencida del papel del Registro, su función y su responsabilidad. Ahora bien: una vez que les dimos los datos, con sus honorarios de 500 pesetas por finca, después de las varias horas de diálogo y conversación, «practiqué» lo que en los sistemas germánicos de publicidad suele darse: *comunicar, al titular de la finca, la información facilitada a personas cuyo interés conocido —legítimo o no— pudiera verse como dudoso*. Y así la di a los jefes de las Secretarías particulares de los Ministros correspondientes sobre lo que se había interesado, y qué y a *quién* había facilitado la información. (Dos de las secretarías llamaron posteriormente, en

nombre de los ministros, para dar las gracias). Después, ya no he sabido si se publicó el reportaje periodístico...

Y la cuarta experiencia es más elemental, pero no menos significativa: se había dado como cierto, un incremento patrimonial acelerado de determinado político acusado de presunta corrupción. Se había difundido el dato de una finca rústica, sin más, cuando en realidad la adquisición había sido con condición suspensiva, en el fondo, opción de compra, que notarialmente ya se había ejercitado, aunque no había llegado al Registro.

He citado estos casos prácticos, y vivos, para que puedan, en su caso, servir a los demás. No sé si en los Registros Mercantiles esta prudencia ha podido ser eficaz. Pero de ello, apunto estas ideas básicas:

- a) *que el derecho a la información registral, como publicidad formal, tiene sus propias reglas, y la Constitución, con el derecho a la intimidad y su contrapunto al derecho a la información, no desautoriza los criterios anteriores, ni hay riesgo de inconstitucionalidad, sino que tienen su propio cauce, de queja o de revisión por los Tribunales.*
- b) *que el derecho a la información, aunque se presente a medios de comunicación, no obliga a dar las fotocopias, ni la autoriza para la ilustración gráfica de sus páginas.*
- c) *que el Registrador ha de calificar —como los demás actos y negocios jurídicos para la publicidad material— con arreglo a la legalidad, y por tanto se puede sostener hoy la suficiencia de esas normas sobre publicidad registral formal, mientras no se modifiquen o alteren las situaciones jurídicas.*

Se está viendo, cada vez más, en la doctrina y en la jurisprudencia, que es preciso *poner puertas al monte*. Especialmente cuando la cuestión, ni siquiera en la publicidad de los *Registros Administrativos*, es algo decidido. Con la penetración de la Administración en la vida privada, en unos casos, y en otros, con las exigencias *económicas o sociales*, es lo cierto que, con números, cifras, datos o censos, la «reserva» de lo que algunos llaman «autocontrol de la intimidad» se hace inviable. Me ha llamado la atención —y por eso lo cito con algún detalle— el trabajo de «La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa», de POMED SÁNCHEZ (38). (Ya es interesante que en ninguno de los tres tomos de

(38) En el Libro-Homenaje a GONZÁLEZ PÉREZ, *La protección jurídica al ciudadano*, Tomo I, págs. 753 y sigs. POVEDA DÍAZ en «Función del Registro y del Registrador en la sociedad actual», *Libro-Homenaje a Rey* (págs. 553-563), alude a la calificación y responsabilidad del profesional, aunque no entra en esta temática referida a la información, parece desprenderse un tono de apertura: *o estar delante de los cambios sociales, o quedarnos en institución obsoleta*. Nosotros creemos que hay una tercera vía: no des-

tal libro-homenaje con aquel temario específico, haya alusiones a la cuestión de la publicidad registral en ningún sentido, ni abierta, ni restringida.)

Aquel trabajo parte, en efecto, de una tensión entre el *secreto-intimidad*, *privacidad y transparencia*, como principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos. Analiza el artículo 105.b) de la Constitución, como principio de *transparencia*. Alude a supuestos comparados, como el de la Constitución portuguesa de 1976, sobre la toma de datos en *registros mecánográficos* y la finalidad de la información como vía de control de la administración —caso italiano por Ley de 1990, el derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TC—, *preferencias* de una y otra, *veracidad* y siempre, *justos límites*. En algún momento, POMEZ SÁNCHEZ (39) habla de que el TC ha tratado en determinados supuestos, el derecho a la intimidad como *un derecho blando*, escasamente resistente a la injerencia de terceros. Y ya, más adelante, va explicitando casos ante la Hacienda Pública, el secreto estadístico, confidencialidad de datos médicos y, finalmente, hace un análisis de la Ley Orgánica de 29 de octubre de 1992, sobre regulación del *tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, que desarrolla el derecho fundamental de *intimidad*. En la Exposición de Motivos, por un lado, y en el artículo 18-4 de aquella Ley, se lee que... «*la privacidad puede resultar menos cabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo*». Ello es así porque, hasta el presente, estaban defendidas por el espacio y el tiempo... los cuales operaban como salvaguarda de «lo privado» de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy...» (por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos).

Si esto sucede con los Registros Administrativos puros, ¿cómo no puede sostenerse que los artículos 221 de la LH y 607 del Código Civil, de por sí, representan una anticipada *previsión de autocontrol informativo registral*?

9. RESOLUCION DE 22 DE FEBRERO DE 1991

En el apartado anterior han sido expuestos los grandes temas que, en nuestro tiempo, inciden —desde la sociedad— hacia la institución registral. Los hemos sopesado y medido. Tanto la doctrina como la jurisprudencia del TC, han ido encauzando con cautela —y a veces con contradicción aparente, etc.— hasta *dónde llegan* la intimidad, la información y de qué manera una fenomenología, reflejo de «intereses», y con frecuencia, denunciadora de

naturalizar al Registro, especialmente en la publicidad formal registral, según textos vigentes. Hay retos y hay riesgos.

(39) *La protección...*, ob. cit., pág. 762.

«fracaso de otras instituciones», ha utilizado o pretendido utilizar, la publicidad registral formal sin límite (o con cierta comodidad).

La línea de interpretación de la Dirección General de Registros, la destacamos ahora para acercarnos a las pautas que la Constitución de 1978, y su desarrollo por leyes orgánicas, especialmente sobre los temas de intimidad-información, podrían darse. PRADA Y ALVAREZ BUYLLA, con una argumentación diáfana, pero en buena parte especulativa y voluntariosa, terminaba su discurso académico (40) con una apelación a argumentos *extrarregistrales, sociales y políticos*: «Crear ordenamientos jurídicos sin ficciones... (que) el interés social del conocimiento supera al interés privado del secreto... (que) la denuncia de posibles irregularidades en el uso del suelo tampoco es una acción individual, sino social... (que) el conocimiento de las situaciones patrimoniales de las personas no es un beneficio individual sino sobre todo social, lo mismo que el uso y destino de los fondos públicos es una exigencia pública más que privada, el conocimiento de los patrimonios en orden a una adecuada y justa distribución de las cargas sociales es interés público más que privado, el conocimiento de la distribución de los bienes inmuebles en orden a la planificación y ordenación es finalidad social más que privada, y de igual manera el conocimiento de las fortunas que ejerzan cargos públicos, en cuanto puede servir de medio para controlar el ejercicio del «poder»... (que) la grandeza del Registro ha consistido en adaptarse, sin modificar sus planteamientos, a las necesidades de cada tiempo histórico...»

Sin embargo, con posterioridad a la entrega de ese *Discurso* (41), PRADA Y ALVAREZ BUYLLA ha de verse obligado a citar un resumen de la de la Resolución de 22 de febrero de 1991. Se le escapa —no lo puede evitar— la contrariedad, porque reconoce que la tesis de la Resolución «difiere» sustancialmente de la de su *Discurso*... La cuestión sería importante si no fuera porque la persona cuya intimidad se trata de proteger era un vicepresidente del Gobierno y sobre todo si se considera que el órgano judicial que actuó en la primera instancia no tuvo el mismo parecer que la Administración y sostuvo una postura semejante a la que se defiende en este *Discurso*. Calificándola luego (en su nota 33) como «postura tradicional, regresiva y casi reaccionaria».

TESIS CENTRAL: CARÁCTER RELATIVO Y LIMITADO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

El lector podrá ver la argumentación de tal Resolución, cuya tesis que, en síntesis, es:

(40) *La publicidad registral*, ob. cit., págs. 35 y sigs.

(41) *La publicidad...*, ob. cit., págs. 3 y 32.

«no puede desconocerse el carácter relativo y limitado de la publicidad registral en correspondencia con los objetivos específicos de esta institución, cuales son la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial, lo que impone el necesario rechazo de todas aquellas pesquisas, encaminadas a la consecución de otros objetivos, pero ajenos al tráfico jurídico» (42).

Aquella Resolución de 1991 es ya posterior a toda la fenomenología de la temática de las técnicas informáticas, de la protección a los consumidores, de buena parte de las sentencias del TC sobre el derecho a la intimidad, y a la libertad de información, y también a los «predicamentos» del cambio social. Tiene, además, la relevancia de ser *clara y específica*, dentro de sus propios *términos hipotecario-registrales*.

Me excuso de adjetivaciones en el comentario, puesto que nuestra aportación es más amplia. El criterio de la Dirección General de los Registros puede ser interpretado con diferentes ópticas. Nuestra reflexión no ha ido por el camino de lo preconcebido, aunque de las conclusiones que figuran a continuación podrá verse que, hasta el momento normativo, esa es la *pauta* más segura. Lo que no es óbice para que en otros supuestos, cada Registrador —como nosotros mismos— haya adoptado una decisión específica sobre el alcance del «interés conocido», ese, ante el cual, nuestros funcionarios, discretamente, suelen indagar, y con frecuencia *convencer* ante el «curioso» o el «impertinente», o el «osado», y con fines ajenos (43).

RIESGOS DE RETRAIMIENTO O DESESTIMULACIÓN REGISTRAL

Hago una observación práctica: alguna regla y medida tiene que haber en la información registral. El que haya existido un «boom» inmobiliario —al que había de situársele en sus justos límites y temporalidad— no quiere decir que esa sea la tónica general. Pero anotaría algo más: de situar los datos registrales al «mejor postor», a todos los vientos, como mito de una información pública global, nos podríamos exponer a que el titular registral —salvo el que necesitase un crédito— se *retrajera* de acudir al Registro. De hecho,

(42) Vid. bibliografía de ORDEIG DRERO en «El derecho a comunicar libremente información veraz: sin límites», en *Poder Judicial*, 1993, págs. 269 y sigs.

(43) Aquí, en este punto, nuestro diligente personal de los Registros, en la primera brecha de la «información de mostrador», tendría mucho que decir. Y quizá, con una moraleja: es necesario, y así va ocurriendo, que la persona que atiende a la información sea cada vez de los más *competentes* de la oficina, por el crecimiento de tal servicio, y su interés e importancia complejas. Vid. nuestra ponencia para la Conferencia Internacional de Informática, 1994, sobre *Cómo cerrar la brecha entre lo que aportan los sistemas de información y lo que debieran aportar. Derecho*.

no pocas figuras de «sociedades anónimas familiares» han ido por ahí. Al titular registral, es decir, aquél que ha hecho uso *voluntario* del Registro, el que ha acudido con su escritura de compraventa o de *herencia* en principio, no se le puede pedir más. No es secreto, desde luego, no es algo protocolizado, «íntimo», pero tampoco es propio que se lleve más allá de la *intención normal del titular registral*, con una «manipulación», o con una «desviación de uso» —a ello tendía algunas de las *Instrucciones* de la Dirección General citadas— fuera del contexto hipotecario.

Es verdad que en esta problemática de la zona «fronteriza» del interés conocido se ha puesto más evidente en estos años de «hinchazón», o «investigación» informativa, en momentos —de un sesgo de «corrupción social»— además detectado por los propios moralizadores de la opinión pública. Posiblemente —como antes hemos anticipado— debido a la ausencia de otros mecanismos más acordes con un sistema democrático, como la voz de los intelectuales o juristas, los mecanismos parlamentarios, los instrumentos de indagación jurídica de oficio, y sobre todo la pérdida de valores morales y éticos, desde la educación a los comportamientos de interés. Al Registro se ha acudido, o se «le» ha utilizado, algunas veces cara a la galería, como ilustración fotográfica, quizá por los mismos que en otros momentos pusieron en entredicho su función. No se trata de reproche, sino de entender que esta situación ha *de encauzarse, y por tanto la información registral*, aunque cada vez tenga más relevancia, hay que limarla de todas las impurezas o de las *pretensiones espúreas*, y evitar, así, el retraimiento, la duda, el temor que vaya más lejos de aquella voluntad jurídica de situarse en la *publicidad del acto o negocio jurídico*, pero no cara al «progresismo» sino para el tercero protegible. En esta línea van nuestras reflexiones, no exhaustivas, ni dogmáticamente anotadas. Más bien como resumen orientador de la reflexión que hemos venido haciendo. No dejándola intocable, porque, teoría y praxis tienen mucho que decir acerca de la publicidad registral formal.

10. LIMITES CONSTITUCIONALES Y REGLAMENTARIOS

De lo que hemos visto —ya como final— se puede afirmar que no hay una dicotomía, o no debiera haberla, entre el Derecho a la información registral —sobre cuya historia, antecedentes y práctica hemos querido ser exhaustivos y casi reiterativos— y el Derecho Constitucional de información. (Hubiera sido un camino inédito, pero interesante, si la Resolución de 1991 de la Dirección General de Registros hubiera tenido una impugnación o revisión por la vía de un recurso, fuese contencioso-administrativo, civil, o vía TC. Nosotros creemos que la doctrina, ya agotada ahí, es la correcta. Es más, me atrevo a entender —a la vista en especial de la reiterada posición, fijada en

1997-1999 de GIMENO SENDRA, que la doctrina constitucional sobre la libertad de información ayuda a entender —como luego veremos— la vigencia del artículo 221 de la LH y 607 del Código Civil (y de los reformados 332 y 334 del RH en su redacción vigente). En efecto:

Hay, evidente, un signo de ponderación, siempre que las «libertades estén en conflicto». En realidad la misma redacción del artículo 221 es de suyo prudente, aunque serena y flexible. Pero no se podrá entender nunca derogada o erosionada porque se hayan abierto con mayor claridad las libertades de expresión o de información. Concretamente —dice GIMENO SENDRA (44)— ha de haber una aplicación del principio de proporcionalidad al conflicto entre la libertad de información —en nuestro caso por vía registral— y los derechos de la personalidad, en el supuesto de titular protegido registral. No sólo con referencia a los «datos», sino al propio negocio jurídico y sus características, si de lo que se tratase fuese una información al margen de la finalidad esencial —el tráfico jurídico— salvo que se ordenase por mandamiento judicial. Ese margen —no le llamaríamos de «conflicto» sino de competencia informativa—, ha de verse en todo caso con ojos de proporcionalidad, adecuación y determinación, que nunca será matemática, porque la dignidad, el «interés», la igualdad (STC 214/1991), así lo aconsejan. Y cuando se trata del derecho a la intimidad, honor y propia imagen —y a ello va la Ley Orgánica de 1982—, el miramiento debe ser superior, aunque dicha Ley —LORTAD— no sea aplicable a los Registros de la Propiedad por su naturaleza de «ficheros automatizados de utilidad pública» (45).

El riesgo puede estar sobredimensionado por el mecanismo de «certificaciones» o notas simples con «información continuada». Lo que obliga a medir más —y así se va advirtiendo en sucesivas instrucciones de la Dirección General— el ámbito y condicionamiento de la información registral, en buena parte, también, por las propias exigencias constitucionales que hemos visto.

Para nosotros, en este momento, ya no queda duda. Precisamente porque, después de todo el proceso constitucional y jurisprudencial, en la propia Exposición de Motivos —persuasiva, doctrinaria y aún «instructiva»— del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, al modificarse determinados artículos del Reglamento Hipotecario —hay una larga y meditada reflexión como explicación legitimadora—. Allí subyace esta preocupación. Con deseos de «acertar» entre lo «antiguo» y lo nuevo-antiguo, transcribo estos párrafos, de aquella Exposición de Motivos, ya en septiembre de 1998:

(44) En *Registro de la Propiedad*, Libro-Homenaje..., págs. 678 y sigs.

(45) Vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La protección inmobiliaria del consumidor en la CE, 1993*, y «El tratamiento profesional», ya citado, *Libro Homenaje a Rey Portolés*, 1998 (vid. la Exposición de Motivos de la LORTAD).

«La reforma de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de Contratación —un factor más problemático y delicado y aún discutido, añadimos nosotros— exige un cambio de redacción de los preceptos reglamentarios relativos a la publicidad formal, información registral y asesoramiento (arts. 332 a 334 y 335), para adecuarlos a aquella, a la normativa de protección del consumidor y a la legislación de protección de datos de carácter personal».

«La regulación de publicidad formal se hace bajo la premisa de que no puede existir tal publicidad sin el control profesional del Registrador, conforme a lo establecido en el artículo 222 de la Ley Hipotecaria. Al mismo tiempo se ordenan, aclaran y sistematizan las normas vigentes sobre aquella materia»...

«Se potencia la utilización de las más avanzadas técnicas de comunicación, pero respetando los principios inspiradores de la legislación de protección de datos de carácter personal y la norma general contenida en el artículo 4.2 de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Se ha tenido así en cuenta el Protocolo de la Agencia de Protección de Datos en materia registral de 3 de noviembre de 1994, y la Directiva 95.46 CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de datos personales y su libre circulación. En este sentido, la reforma del Reglamento Hipotecario y el 12 del Mercantil, se realiza de plena conformidad con la Agencia de Protección de Datos».

No puede ser más explícita la motivación de la reforma, casi con exceso detallada, o como necesitada de presentación pedagógica. Aparentemente —de otro lado— como no muy convencido el reformista de la propia firmeza del 221 de la LH —al que ni siquiera hace referencia, o a la 607 del Código Civil. Parece más preocupado por la «Protección de Datos», que será exigencia, pero no causa directa de la modificación registral. Aunque lo que importa es la explicación del tema, que en su aspecto reglamentario queda recogido literalmente así:

ARTICULO (NUEVO) 332 del RH.

«1. Los Registradores pondrán de manifiesto en la parte necesaria el contenido de los libros del Registro, en cuanto al estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos, a las personas que, a su juicio, ten-gan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación.

2. Se prohíbe el acceso directo, por cualquier medio, a los libros, ficheros o al núcleo central de la base de datos del archivo del Registrador, que responderá de su custodia, integridad y conservación, así como su incorporación a la base de datos para su comercialización o reventa. Todo ello sin perjuicio de la plena libertad del interesado de consultar y comunicarse con el Registrador por cualquier medio, sea físico o telemático, siempre que se evite, mediante la ruptura del nexo de comunicación, la manipulación o televaciado del contenido del archivo.

3. Quien desee obtener información de los asientos deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo en ello. Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar a satisfacción del Registrador el encargo recibido y la identificación de la persona o entidad en cuyo nombre actúa. Se presumen acreditadas las personas o entidades que desempeñen una actividad profesional o empresarial relacionada con el tráfico jurídico de bienes inmuebles, tales como entidades financieras, abogados, procuradores, graduados sociales, auditores de cuentas, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria y demás profesionales que desempeñen actividades similares, así como las Entidades y Organismos públicos y los detectives, siempre que expresen la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro.

4. La manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa, o por certificación mediante el tratamiento profesional de los mismos, de modo que haga efectiva su publicidad directa al interesado, asegurando, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. En cada tipo de manifestación se hará constar su valor jurídico. La información continuada no alterará la naturaleza de la forma de manifestación elegida, según su respectivo valor jurídico.

5. La nota simple informativa consistirá tan sólo en un extracto sucinto del contenido de los asientos vigentes relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos.

La nota simple deberá reflejar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse más allá de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante y podrá referirse a determinados extremos solicitados por el interesado, si a juicio del Registrador, con independencia de quien sea éste, se justifica suficientemente el interés legítimo, según la finalidad de la información requerida. Dicho interés se presumirá en el supuesto de que la información se solicite a efectos tributarios, de valoraciones inmobiliarias o con finalidad de otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria, con inserción literal si lo requiere el solicitante.

Dicha nota tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos.

6. Los Registradores deberán exigir el cumplimiento de las normas vigentes sobre protección de datos de carácter personal y no atenderán las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada.

La obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal implica que la publicidad se exprese con claridad y sencillez, y sólo incluirá los datos previstos en el inciso primero del apartado 5, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales de la parte necesaria del contenido del Registro, a instancia de autoridad judicial o administrativa o de cualquier persona que tenga interés legítimo

en ello. También podrá solicitarse que la publicidad se extienda a extremos concretos.

7. Los Registradores, en el ejercicio profesional de su función pública, están obligados a colaborar entre sí, y para atender solicitudes de publicidad formal, en los términos previstos por la Ley y este Reglamento, estarán intercomunicados por fax, correo electrónico o cualquier otro medio técnico, siempre que garantice la protección e integridad de la base de datos.

8. A través de una red de intercomunicación, los Registradores podrán recibir solicitudes de notas simples cursadas ante otros Registradores de la Propiedad y Mercantiles. En estos casos, el Registrador ante quien se curse la solicitud apreciará si existe interés en la obtención de la información, archivará los datos de identidad del solicitante y remitirá la petición al Registrador que deba proporcionarla. Este, al recibir la solicitud, apreciará su competencia territorial, comprobará la conformidad de los datos remitidos con los registrales, en particular la coincidencia de los nombres y apellidos y documento oficial de identidad de la persona respecto de la cual se solicita información, calificará los asientos del Registro y enviará la información al remitente en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los plazos legales para la emisión de publicidad. El Registrador que envió la petición, una vez atendida, dará la información como remitida por el Registrador responsable.

9. Los Registradores deberán estar comunicados directamente con el Índice General Informatizado de fincas y derechos a que se refiere el artículo 398.c) de este Reglamento, para la obtención de la información de su contenido, dejando constancia en sus archivos de la identidad del solicitante y del motivo de la solicitud.»

Una breve glosa:

Se mantiene el principio de la información registral —«los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro, en cuanto al estado de los bienes inmuebles— a las personas que, al juicio del Registrador, tengan interés de consultarlos. A la vez hay un eco generalizador —o «constitucionalista», gráficamente, diría yo, aunque el término no es exacto— sobre la «plena libertad del interesado de consultar y comunicarse con el Registrador». La realidad es que tiene un carácter instrumental, porque lo que preocupa es la no ruptura del nexo de comunicación, o la manipulación o el televaciado, que son cosas distintas, de una auténtica información registral. (Punto 1 y 2 del nuevo art. 332.)

La reafirmación —sin decirlo— del 221 de la LH está en el punto 3 en la parte primera: «quien desee tener información... deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo para ello». A continuación se advierte la otra preocupación del reformista hipotecario para cuando no sea directamente el interesado, al cual, se le puede oír preguntar, responder —sobre el «interés conocido» (sin los «pequeños juicios verbales» o «actas», del sistema austriaco). Para las entidades o personas en cuya representación actual se exigen unos

requisitos especiales para «las entidades», que —siempre— habrán de estar relacionadas con el «tráfico jurídico inmobiliario» (luego se da a entender que se excluiría la información para otros fines). Y lo ratifica de una manera contundente: «siempre que expresen la causa de la consulta, y que ésta sea acorde con la finalidad del Registro». Previamente se había puntualizado que es al Registrador al que incumbe calificar el encargo recibido y la identificación.

En el punto 5 del nuevo artículo 332, al detallar las circunstancias de la nota simple, se reitera la advertencia de no extenderse en la información más allá de lo necesario. Lo que está exigiendo es una finura o límites-materiales de la información registral. Habla, incluso, de satisfacer el «legítimo interés del solicitante»... a «juicio del Registrador»... (que) al que justifica suficientemente el interés legítimo... según la finalidad de la información (y poner algunos ejemplos que habrán de entenderse no exhaustivos, valoraciones inmobiliarias, etc.).

Por si fuese poco, en el punto 6 se recuerda a los Registradores, las obligaciones de «Protección de datos». Lo hace de manera reiterativa o pedagógica, explicable, por un lado, por la apertura de la información a las autoridades administrativas y judiciales (art. 1.º párrafo final de la LH), insiste sobre quienes «cualquier personal» —no personas— que tenga «interés legítimo en ello». En el punto 7 es reiterativo con la «garantía de la protección e integridad de la base de datos». (Es una verdadera obsesión del reformista, ya que sobre ello se podía haber hecho una referencia común.)

Incluso en el punto 8, acerca de la red de intercomunicación, el Registrador ante el que la solicite, previamente puede apreciar «si existe interés... y que la facilite la remitirá por el Registrador responsable». Terminaríamos diciendo que parece se pretende limar un «remordimiento» de haber pasado de un Registro excesivamente abierto a la sociedad —«Asamblea de Barcelona»—, acaso aceleradamente como actitud «edificante» de «progresistas»; a un desbordamiento no previsto que «manipuló» excesivamente la información registral, desnaturalizando su función con riesgos que no se previeron, siendo así que existían fuentes normativas serias, tanto las Constituciones como las civiles registrales. Por eso, ante la normativa de «Bases de datos», las modificaciones reglamentarias se han visto como más obligadas por esa coyuntura extrarregistral, mejor que en la propia naturaleza de la información registral y sus fuentes jurídicas fundamentales y propias. (Como una vuelta de una huida hacia adelante precipitada.)

11. CONSIDERACIONES FINALES

1. Históricamente, el artículo 221 de la LH actual, recoge el 279 de la LH de 1861, y pasó sin dificultades al Código Civil, en el artículo 607, uno

de los pocos preceptos hipotecarios incorporados a aquél, por lo que tiene una doble valoración normativa. Los cambios y vicisitudes políticas, sociales, económicas, técnicas, desde 1861 a 1944-46, con la nueva Ley Hipotecaria, fueron lo suficientemente importantes como para tener que afirmar lo perenne —dentro de sus términos— de la formulación de la publicidad formal registral en aquel artículo 221.

2. La doctrina jurídica ha venido entendiendo el *carácter no absoluto*, ni omnímodo de la publicidad registral, sino siempre referida a un «interés conocido», de alguna manera *lícito* o *legítimo* —presumible en principio— que en términos generales ha de referirse a una información para el tráfico jurídico inmobiliario.

3. No se pueden separar, radicalmente, desde el terreno de los principios, la publicidad *registral material o sustantiva* —con su *naturaleza civil-hipotecaria esencial*— de la formal o *adjetivo-instrumental*, y de ahí que haya de practicarse en los «términos justos» o «necesarios».

4. El Registrador de la Propiedad que tiene *amplias facultades* para la *calificación* de documentos, dispone de ellas también —dentro de su saber y competencia— para su decisión, respeto a la *publicidad formal* que se le interesa, sea por vía de *exhibición, notas-manifestación o certificaciones*, y en éstas de manera especial, tal como se señala en el desarrollo reglamentario de los artículos 221 y 222 de la LH.

5. Las *Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado* en esta materia son muy escasas, y de ellas —en su cronología— puede destacarse la *soberanía registral* frente a injerencias de la Administración o de la propia Justicia para el acto de *exhibición* de libros, etc. Pero, sobre todo, no confirman la soberana *capacidad resolutive* del Registrador para decidir en qué supuestos o peticiones, los datos de los libros han de sacarse del «santuario registral» —como parte de una intimidad civil que deja de serlo— cuando «civilmente» se desarrolla o crece, en tanto en cuanto puedan servir a los fines sociales y públicos que *desde su propia naturaleza y función aparezcan*.

6. El *populismo o difusión registral* es un hecho cierto en la sociedad española, y ello se ha producido sin grandes traumas, tanto restrictivos como desorbitados, asumiendo siempre el titular registral la responsabilidad de su información, y en todo caso siendo objeto de revisión *por queja* ante la Autoridad Judicial o la propia Dirección General de Registros.

7. **Fenómenos nuevos** —dentro de lo que, con sentido más o menos «mítico» se llama «cambio»— como la importancia de la *informática* por la puesta más en evidencia de los derechos de los *consumidores*, la protección de los datos y sus garantías, el efecto de la *intimidad* como derecho constitucional dentro de una libertad de información, también declarada constitucional, podrían servir de pauta, de atención o de criterio para la decisión sobre

la *aplicación específica del artículo 221*, y las formas de desenvolverse el 222, con su plasmación en el artículo —entre otros— el 332.

8. Hay que advertir que en aquella «calificación» sobre un «interés conocido», también debe primar el principio de *legalidad*, y no meramente el de la *realidad*, supuestamente cambiante. Por lo tanto, el artículo 221 es plenamente constitucional, y ninguna zona fronteriza puede existir con aquellos fenómenos o derechos. Otra cosa es que, en casos concretos, pueda darse *controversia* sobre la apreciación del *interés* conocido. La reforma de 1998, ni siquiera alude a ello y lo da por hecho.

9. Quienes inscriben su derecho, con arreglo a Registro, además de la garantía de la publicidad material a la que antes hemos hecho referencia, tienen —en cuanto a la publicidad formal— la *tutela judicial* efectiva, a que se refiere el artículo 24 de la Constitución. Lo cual, recíprocamente, quiere decir que también la *publicidad formal está a salvaguardia de los Tribunales*. En tal sentido, no sólo se fundamentan los recursos de queja *por presuntas negativas*, sino que —correspondientemente— las decisiones del Registrador *están sujetas a los mandamientos judiciales o administrativo-legales*, en sus correspondientes vías, sean civiles, penales o administrativas —(como las parlamentarias, Ministerio Fiscal, Tribunales de Cuentas, Organos de la Administración, Seguridad Social o Agencias Tributarias, etc.)—. Unas y otras pueden ordenar de la manera y en la forma que dicten las *Leyes Procesales* o *Especiales*, y con los requisitos de la Ley y Reglamento Hipotecario, la información registral que precisen, «en lo que fuere necesario y en sus propios términos». Sin olvidar que la publicidad, a nivel de *certificaciones*, produce —art. 353 de RH—, tanto en su antigua redacción como en la actual por la reforma de 1998, *efectos cancelatorios de menciones* y cargas, en interés del propio titular registral, a veces no peticionario de la certificación. (Esto es otro tema.)

10. *El uso desmedido* de la publicidad registral para fines agiotistas —informaciones o «agencias» paralelas— o de otro carácter manipulador —sea político o social— puede ser contraproducente, o pudiera *retraer* la inscripción a terceros. En todo caso, debe limitarse o prohibirse el *uso indebido*, o publicitario en medios de comunicación de las *fotocopias literales* de los asientos de los libros del Registro cuando pudiera detectarse o temerse una extralimitación en el uso de los datos registrales, los cuales, en tales supuestos, pudieran darse como *nota sucinta*. *El llamado «espionaje informático», cuando la tecnología siga en aumento, es un riesgo a considerar en el desarrollo de la informatización en los Registros para encontrar su verdadero «puesto»*. Y en esa preocupación ha ido por la presión especial de las garantías de «datos» a nivel no sólo español sino europeo.

11. La aplicación de la *Resolución de 22 de febrero de 1991*, al resolver un recurso de queja del Registrador por la interpretación que se había dado

por la Autoridad Judicial a la negativa sobre información registral por un Registrador, sigue teniendo virtualidad. No obstante, partiendo del hecho del interés cada vez más evidente, y del papel que representa ante la sociedad, dentro de la soberanía del Registrador para calificar el «interés conocido», sí que sería aconsejable alguna instrucción o práctica para que, cuando aquél advirtiera que pudiera producirse una *extralimitación* en la petición de información, el Registrador pudiera *notificar o dar cuenta —de oficio, o en la forma que estime conveniente— al titular registral afectado*, de que se ha facilitado una información por *quien y con qué interés confesado*, y poderle prevenir de las acciones, obligaciones o derechos que una tutela *judicial efectiva* le proporcione como titular registral. (Es una sugerencia para el desarrollo, puesta a punto y clarificación de las últimas Instrucciones de la Dirección General de Registros.)

12. La doctrina del TC en materia de información, mantiene siempre una tónica de equilibrio, más que dialéctica, respecto a otros derechos constitucionales, y es evidente que el derecho a la intimidad es uno de ellos. La reforma reglamentaria en los términos ampliamente expuestos, posterior, como es evidente, no sólo a la Constitución, sino a la doctrina y jurisprudencia, confirman la vigencia plena del artículo 221 de la LH y 607 del Código Civil, tampoco modificado en las sucesivas reformas.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

El ámbito de las relaciones de vecindad

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS RELACIONES DE VECINDAD.—II. EVOLUCION HISTORICA DE LAS RELACIONES DE VECINDAD: 1. EL DERECHO ROMANO. 2. LA EDAD MEDIA. 3. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL. 4. EL SIGLO XIX: LAS CODIFICACIONES LIBERALES Y EL PANDECTISMO ALEMÁN. 5. EL SIGLO XX: LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA SEGUNDA GENERACIÓN Y LA SITUACIÓN ACTUAL .—III. CONFIGURACION DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. CRÍTICAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. CONCLUSIONES PERSONALES: 1. CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LAS RELACIONES DE VECINDAD COMO LÍMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR RAZONES DE INTERÉS PRIVADO. DIFERENCIAS ENTRE RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES. 2. SUPERACIÓN DEL PLANTEAMIENTO TRADICIONAL: LAS RELACIONES DE VECINDAD COMO CONJUNTO DE FACULTADES Y LÍMITES AL EJERCICIO DE CUALQUIER DERECHO DE USO Y DISFRUTE SOBRE BIENES INMUEBLES CONTIGUOS O PRÓXIMOS: 2.1. *La vecindad entre fincas*. 2.2. *La cualidad de vecino*. 2.3. *El aspecto relacional: interacciones entre los vecinos como consecuencia del ejercicio de sus respectivos derechos sobre las fincas*. 2.4. *Descripción aproximativa de las relaciones de vecindad*.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS RELACIONES DE VECINDAD

Las relaciones de vecindad constituyen una categoría doctrinal con la que se trata de sistematizar una serie de normas, dispersas en nuestro ordenamiento jurídico (1), conectadas por la finalidad de regular conflictos surgidos en situaciones de vecindad de fincas.

Este bienintencionado propósito de organizar las relaciones de vecindad resulta bastante complicado, a causa de los siguientes rasgos que las caracterizan:

(1) Inicialmente, en el Código Civil, al que se han ido añadiendo otras disposiciones, tanto de Derecho privado como de Derecho público, con lo que la dispersión se ha ampliado al resto del ordenamiento.

1) Un marcado casuismo. Los múltiples conflictos que nacen en situaciones de vecindad son de lo más variado; tanto que muchas veces sólo tienen en común eso: el producirse en situaciones de vecindad. Es fácil imaginar la multitud de problemas, más o menos graves, que, con mayor o menor frecuencia, se producen entre vecinos: el goteo de la ropa tendida, el humo y los malos olores procedentes de un restaurante, el ruido de una discoteca, la privación de vistas por una construcción, los ladridos de un perro, los ruidos, humos, cenizas y demás molestias procedentes de una fábrica, etc. (2).

2) La concurrencia de presupuestos o factores sociales, jurídicos, científicos y tecnológicos. El factor social es la convivencia; los derechos de uso y disfrute que poseen los implicados en las riñas vecinales componen el jurídico; y los factores científicos y tecnológicos, por fin, comprenden los avances en la ciencia y en los procedimientos industriales, que, sobre todo en tema de inmisiones, influyen considerablemente (3).

(2) En este sentido, ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *A.D.C.*, 1983, p. 362, nota 12, destaca «la dificultad de elevar a categoría de principios y doctrina general un casuismo jurisprudencial tan rico, variado y, a menudo, cualitativamente distinto». Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1978, p. 114, en cambio, opina que la razón de la falta de perfiles claros en este tema es la relativa modernidad de la teoría de las relaciones de vecindad.

(3) GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., «Las relaciones de vecindad en la propiedad horizontal», *R.D.J.*, 1966, pp. 59-60, afirma que existen dos presupuestos determinantes del contenido empírico de las relaciones de vecindad: la industria y la vida en vecindad, de la que destaca, como manifestaciones más relevantes en lo que toca a nuestra materia, «esa nueva forma de la propiedad de casas por pisos» y «esos nuevos modelos de construcción de casas, que la exigencia de las grandes aglomeraciones urbanas imponen, del tipo llamado "colmenas", que con su gran número de viviendas suponen grandes concentraciones de vecinos».

HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas*, t. 4, Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 92, por su parte, a quien siguen SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 31, y ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pp. 4 y 12, defiende la existencia de dos presupuestos básicos de las relaciones de vecindad: uno de orden social, constituido por la convivencia; otro de orden jurídico, representado por el derecho de propiedad. Ambos presupuestos —dice— se condicionan recíprocamente. Este autor no hace referencia a los factores técnicos, porque los considera integrados en el presupuesto social. La idea viene a ser la misma que la apuntada en el texto, aunque con una diferencia relevante: para mí, las relaciones de vecindad se dan entre titulares de derechos de disfrute sobre bienes inmuebles, y no sólo entre propietarios.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el derecho civil común y foral», *Cuad. D.J.*, 1994, p. 118, por último, apunta como factores determinantes de las relaciones de vecindad, e influyentes en su evolución, la revolución industrial y tecnológica (factor de índole socioeconómica) y la concepción del derecho de propiedad (factor de carácter jurídico).

3) La permanencia en el tiempo, acompañada de una constante evolución. Las relaciones de vecindad nacen con las primeras agrupaciones humanas, y desde entonces hasta hoy, han estado presentes en todas las épocas; pero no siempre con las mismas características ni planteando iguales problemas, sino transformándose continuamente, merced a la evolución de los que he señalado como sus presupuestos.

4) La participación de derechos e intereses de diverso tipo. En los conflictos vecinales, resultan afectados intereses económicos, personales y jurídicos. Pensemos en un lago en cuyo entorno conviven un grupo de pescadores, un industrial que vierte allí los residuos contaminantes de su empresa, una urbanización y un balneario turístico (4): la actividad industrial lesiona los intereses económicos del propietario del balneario, puesto que, probablemente, la presencia de la fábrica disminuirá el número de visitantes; afecta a la tranquilidad y bienestar personal de quienes habitan en la urbanización y quienes tratan de relajarse en el balneario, y puede incluso lesionar el derecho a la salud de estas personas; los pescadores se ven asimismo perjudicados, porque los vertidos causan la muerte de los peces del lago; sin olvidar la lesión a nuestro castigado medio ambiente. Si, para evitar todos estos daños, se ordena el cierre de la fábrica, se ocasionará entonces un grave perjuicio económico al empresario, a sus trabajadores, que quedarán sin empleo, y como consecuencia, a la economía nacional.

En estas condiciones, determinar el contenido de las relaciones de vecindad es muy difícil; unificar criterios y dictar normas que regulen la variedad de supuestos que pueden darse, poco menos que imposible. No caben, desde luego, fórmulas exactas, sino que las soluciones dependen, en gran medida, de las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en conflicto. No obstante, es posible, y ciertamente necesario, delimitar, siquiera sea de forma aproximada, el ámbito de las relaciones de vecindad.

A ese propósito se dedica el presente trabajo, en el que intentaré poner de relieve la progresiva ampliación que han experimentado las relaciones de vecindad con el transcurso del tiempo, hasta el punto que hay quien asegura que, hoy, todos somos vecinos de todos (5). Para ello, comenzaré recordando la evolución de las relaciones de vecindad. A continuación, atenderé a la concepción de esta figura en el Código Civil español, así como en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país. Y, finalmente, expondré mis propias conclusiones al respecto.

(4) Ejemplo tomado de GALLO, P., «Immissioni, usi incompatibili e problemi di allocazione di risorse scarse», *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 663.

(5) ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 360.

II. EVOLUCION HISTORICA DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

Acaso ésta sea una de las materias en las que más claramente se percibe cómo el Derecho evoluciona de acuerdo con las transformaciones de la realidad que pretende regular. La evolución de las relaciones de vecindad, en efecto, está sin duda condicionada por sus presupuestos. En lo que se refiere a la convivencia, factor clave de su metamorfosis ha sido la formación de las grandes ciudades, la implantación de edificios divididos en pisos y locales y los planes de desarrollo urbanístico, que han provocado un aumento continuo de las interacciones de todo orden (6). En cuanto al presupuesto jurídico, la pauta viene marcada por el progresivo cambio de concepción del derecho de propiedad. Y respecto de la técnica, hay que destacar la industrialización, que constituye una fuente potentísima de molestias y perjuicios.

Se imponen dos observaciones previas al relato histórico. La primera es una obviedad: la narración del desarrollo de los diversos modelos de organización social, del derecho de propiedad y de los progresos científicos no puede ser exhaustivo, sino que se reducirá a una exposición escueta, y por fuerza muy general, de los hechos fundamentales que afectan a nuestra materia; de igual forma, la referencia a las distintas teorías que se han formado a lo largo de la historia para proponer un fundamento y un criterio de solución para los problemas derivados de la vecindad no pasará de una simple mención (7). La segunda observación tiene que ver con el presupuesto jurídico, que, a mi juicio, comprende, no sólo el derecho de propiedad, sino cualquier derecho de uso y disfrute sobre bienes inmuebles; no obstante, dado que la propiedad es el derecho sobre el que siempre ha girado la regulación de las relaciones de vecindad y al que se ha asociado la investigación sobre las mismas, a ella se concretará la referencia en este apartado; sin perjuicio de trasladar las conclusiones a las que se llegue, en lo que toca a la facultad de uso y disfrute, a los demás derechos que la contienen (8).

(6) GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «Las relaciones de vecindad en la propiedad horizontal», cit., pp. 59-60, alude a la aparición de los edificios divididos en pisos y locales: «en la edificación unifamiliar de los tiempos antiguos —observa este autor—, las cuestiones vecinales se ofrecen tan sólo entre medianeros y colindantes, pero en el momento en que habita ocupando cada familiar un plano entre los varios superpuestos en un mismo edificio, las ocasiones se multiplican en función a las cuatro dimensiones». En efecto, en los actuales edificios sometidos a régimen de propiedad horizontal, se intensifican las relaciones de vecindad y aumentan las ocasiones de conflicto entre los vecinos. Ello explica que tanto la L.P.H. como la L.A.U. contemplen expresamente la regulación de las relaciones de vecindad en este ámbito.

(7) Un análisis detallado de estas teorías puede encontrarse en HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, pp. 101 y ss.; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 327 y ss.; NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Las intrusiones y molestias medioambientales*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 47 y ss.

(8) Una opinión similar es la de MAS BADÍA, M. D., *El nuevo régimen jurídico de*

1. EL DERECHO ROMANO

En el Derecho romano clásico, la propiedad se concebía como *plena in re potestas*; o sea, como un poder absoluto y exclusivo sobre la cosa, que permitía al titular proceder a su arbitrio con respecto de ella y repeler cualquier perturbación procedente de terceros (9). Sus limitaciones sólo podían ser admitidas en casos excepcionales —cuando fueran necesarias para consentir a otros sujetos el ejercicio de iguales derechos, dice RUBINO— y siempre habían de ser taxativamente determinadas; se trataba, pues, de limitaciones contingentes y meramente externas al derecho de propiedad (10).

Se ha dicho que esta concepción del dominio obedecía, además de al espíritu individualista de los romanos, a otra circunstancia: la situación de los fundos (11). Se observa, a este respecto, que las fincas rústicas, circundadas

las aguas (Intereses privados en la Ley de aguas), Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 170, si bien esta autora limita la extensión de los resultados de las disquisiciones doctrinales sobre los límites y las limitaciones del derecho de propiedad a los derechos reales en general, sin hacer referencia a los derechos personales.

(9) IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed., revisada con la colaboración de IGLESIAS-REDONDO, J., Ariel, Barcelona, 1993, p. 228; DE LOS MOZOS, J. L., «La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil», *R.C.D.I.*, 1992, p. 591. SCALFI, G., *Manuale di Diritto Privato*, t. II, 2.ª ed., Utet, Milán, 1991, p. 13, en la misma línea, destaca que el *dominium* en el derecho clásico era ilimitado (en el espacio, en la forma de goce y en la exclusión de cualquier injerencia de terceros) y exclusivo, en el sentido de que no se toleraba, por regla general, la concurrencia de derechos de terceros sobre el bien objeto de la propiedad.

(10) RUBINO, D., «Modernas tendencias sobre los límites del Derecho de propiedad en Italia», *R.D.P.*, 1948, p. 188. En términos parecidos, PERTICONE, G., *La proprietà e i suoi limiti*, Atheneum, Roma, 1930, p. 16 y DE LOS MOZOS, «La formación del concepto de propiedad...», cit., pp. 591-592, quien afirma que las limitaciones de la propiedad se consideraban como perjuicios de procedencia externa contra un poder dominical fundamentalmente libre. De ahí derivaban, en opinión de este autor, consecuencias importantes: a) Las limitaciones de la propiedad, no su libertad, eran las que debían probarse (presunción de libertad del dominio); b) En tanto los gravámenes que pesaran sobre la propiedad lo permitieran, el propietario no estaba cohibido por ellos, y tan pronto desaparecían, la propiedad recobraba automáticamente su integridad (contenido flexible del dominio); c) Al propietario no podía corresponder sobre su cosa otro derecho real que su propiedad.

Para PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 1, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, pp. 133-134, sin embargo, el carácter absoluto del dominio romano no consistía en que careciera de límites, sino en que estaba adscrito a un individuo frente a todo el mundo. No se trataba, por tanto, de que el propietario pudiera ejercitar toda clase de facultades sobre un objeto, sin restricción alguna; existían ciertos límites, aunque el autor reconoce que se trataba de límites muy amplios, ya que se reducían a los estrictamente necesarios.

(11) FAIRÉN MARTÍNEZ, M., «El abuso del derecho. Apuntes para una construcción», *R. D. N.*, 1960, p. 273; MARTÍN BERNAL, J. M., *El abuso del derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 28; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 34.

del *limes*, y las urbanas, rodeadas por el *ambitus* (12), aislaban las propiedades y no hicieron sentir la necesidad de límites recíprocos, como ocurre cuando existe una situación de proximidad, de la que se derivan molestias entre los propietarios vecinos (13). Hay quien sostiene, sin embargo, que esta separación entre los inmuebles no eliminaba la relación natural de conexión y recíproca dependencia, toda vez que «[e]s prácticamente imposible usar del fundo aisladamente: la naturaleza impone una relación de mutuo servicio y tolerancia que hace imposible la aplicación del aislamiento de hecho y de derecho» (14).

Es difícil imaginar, en efecto, la inexistencia de todo tipo de relación entre fundos, y de hecho, en Roma existieron injerencias del *dominus* en la esfera de la propiedad contigua (15); ahora bien, no puede negarse que cuanto mayor sea la separación entre las fincas, menores serán las relaciones entre ellas. Por ello, así como por la circunstancia de que no había, en aquella época, actividades industriales generadoras de inmisiones como las que ahora padecemos, cabe concluir que el número de molestias entre los romanos, que sin duda las hubo, tuvo que ser reducido y, por regla general, de poca gravedad.

En cualquier caso, la propiedad tenía un contenido amplísimo en esta época, pero no ilimitado (16): las facultades de este derecho llegaron a comprender, no sólo el poder de usar, sino el de abusar de las cosas, en el sentido de poder usarlas incluso para los fines más anormales, siempre que del uso así realizado no se derivase lesión para otro específico derecho ajeno (17). Se prohibía la inmisión en el fundo vecino, entendiendo por tal toda actividad que, ejercitándose en el fundo propio, llevara consigo una injerencia en los confines del ajeno, realizada mediante la propagación de sustancias corpóreas o sin entidad corpórea aprehensible, pero sí constatable (18); lo importante,

(12) El *limes* era un espacio de dos pies y medio de anchura que debía dejar cada propietario sin arar y cultivar; el *ambitus*, era un espacio de igual medida que debía dejarse entre una *aedes* y otra para el paso.

(13) YOCAS, M. C. P., *Les troubles de voisinage*, París, 1966, p. 7.

(14) GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Teoría de la immissio (Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma)*, Departamento de Derecho romano y Ciencias histórico jurídicas, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1975, p. 8.

(15) Como observa ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 367, «las relaciones de vecindad se presentaron, desde la época de las XII Tablas, como excepción testimonial a la creencia en una propiedad sin fronteras».

(16) Apunta MORENO FLÓREZ, R. M., «Relaciones de vecindad y medio ambiente», en *Derecho y Medio Ambiente* (coord. por RODRÍGUEZ RAMOS, L.), M.O.P.U., Madrid, 1981, pp. 198-199, que, aunque el absolutismo jurídico existió en el pueblo romano, no alcanzó límites tan exagerados como pueda parecer a primera vista, puesto que siempre tuvo minoraciones, más o menos intensas.

(17) RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 188.

(18) ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 367; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 34; GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría de la immissio*, cit., p. 55.

para la existencia de una inmisión, era el resultado dañoso del acto, con independencia de la intención del autor, de donde se desprende que eran lícitos los que hoy se consideran actos de emulación (que no coinciden con los así denominados en las fuentes romanas) (19).

De modo unánime, se afirma que este principio general de prohibición de toda *immissio* en fundo ajeno viene establecido en un texto de ULPIANO, D. 8, 5, 8, 5, concretamente en una frase: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immitat* (20). El supuesto era el siguiente: una persona (parece que un tal Cerelius Vitalis) concertó el arrendamiento de una fábrica de elaboración de quesos (*taberna casearia*) con el municipio de Minturno y, como consecuencia inevitable de dicha actividad, comenzaron a llegar inmisiones de humo a los pisos superiores del edificio. El texto, en el que ULPIANO recoge las opiniones de dos juristas de épocas anteriores (ALFENO y ARISTÓN) como apoyo a la solución que ofrece, viene a decir que, salvo que exista una servidumbre constituida, no son lícitas la inmisiones de sólidos (se habla, en concreto, de piedras), líquidos (se alude al agua), o gases (se cita

(19) Así lo afirman RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 188; HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 102; IGLESIAS, *Derecho romano...*, cit., p. 230; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 35.

El significado que actualmente se atribuye a los actos de emulación se debe a la interpretación, equivocada, de algunos textos del Derecho romano justinianeo por los glosadores. En especial, a la particular lectura de CINO DE PISTOIA del texto D. 50, 10, 3 pr. Este autor estimó que del citado fragmento se derivaba que la libertad de hacer en el propio fundo estaba limitada si la elevación de lo edificado tenía por objeto descubrir los secretos de los monjes de los monasterios vecinos. Pero en realidad, el texto en cuestión contenía una norma que prohibía a los particulares construir obras en una ciudad cuando se hiciera por emulación con otra ciudad, diera lugar a una sedición, o la obra fuera un circo, un teatro o un anfiteatro. El término *aemulatio* que aparece en este fragmento significaba competición, rivalidad, esfuerzo por superar a otro. La finalidad de la disposición no era en absoluto la prohibición de los actos de emulación, tal y como hoy se entienden; se trataba, por el contrario, de una norma de derecho administrativo, tendente a evitar la rivalidad entre las ciudades, a fin de prevenir numerosas discordias.

La opinión de CINO DE PISTOIA fue seguida por comentaristas posteriores, a través de los cuales se impuso la concepción de *aemulatio* como la intención de quien realiza actos, que normalmente estarían comprendidos en el ejercicio del derecho, sin utilidad propia o con utilidad mínima, con el fin de dañar o molestar a otros. Desde principios del siglo XV, se acogió y repitió sin reparos este concepto, así como la idea de la ilicitud de los actos cometidos con ánimo de dañar, de modo que paulatinamente se impuso la doctrina de que cada uno podía hacer en su cosa lo que quisiera, con tal de que no lo hiciera con intención de causar un daño a otro.

(20) «Es lícito hacer cualquier cosa en fundo propio, mientras no se inmita nada en fundo ajeno». Este fue el principio inspirador de las soluciones romanas en tema de inmisiones, y no, según BONFANTE, P., «Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza», *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 538, y NAPPI, F., *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, E.S.I., Nápoles, 1986, p. 48, la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, que, como señala el primero de los autores citados, «no es más romana que china, por ejemplo, porque es un principio de lógica de cualquier ordenamientos».

el humo) (21). Ahora bien, sólo la inmisión grave (*fumus gravis*, dice el texto de ULPIANO) puede ser reprimida; la leve ha de ser tolerada por el vecino. Ya los romanos, por tanto, fueron conscientes de que las relaciones de vecindad no podían ser resueltas con soluciones radicales, que prohibieran absolutamente las inmisiones o absolutamente las permitieran, sino que la solución debía pasar por el sacrificio parcial de cada uno de los derechos en conflicto.

Asimismo, se prohibió el *facere in alienum*; es decir, las injerencias directas en el fundo ajeno (22). El fundamento era el mismo que el de la *immissio in alienum*: no es lícito penetrar en la esfera interna de la propiedad ajena; pero conceptualmente son términos distintos, en la medida en que aquélla es consecuencia de un *facere in suo*. Se ha dicho que el pasaje donde más claro aparece reflejado este principio es un *responsum* de SABINO y CASSIO (D. 39, 3, 1, 11), en el que ambos jurisconsultos declaran que a cualquiera le es lícito retener el agua de lluvia en su fundo o conducir la que le sobre al vecino hasta el propio fundo, con tal de que no se realice un *opus in alieno* (23).

En el Derecho post-clásico, aumentaron las restricciones al dominio, por tres razones fundamentales: la aproximación de los fundos, la influencia del cristianismo (24) y la acentuación del poder del Estado en la reglamentación de las relaciones sociales.

2. LA EDAD MEDIA

En esta época, tuvo lugar un proceso de desintegración del concepto unitario de propiedad instaurado por los romanos. Merced al régimen feudal, la propiedad territorial se desmembraba entre el señor y el vasallo; aunque el primero seguía siendo propietario, la perpetuidad del derecho de disfrute otor-

(21) El término *immissio* aparece en otros textos, con referencia a supuestos variados. Así, inmisiones de agua, de humos, de luces, problemas de cloacas, intromisión de las raíces de los árboles, etc. V., para una información más detallada, GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría de la immissio*, cit., pp. 16 y ss.

(22) Aunque el primer criterio directivo en la regulación de los problemas de vecindad —señala GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría de la immissio*, cit., p. 91— fue el de la prohibición de todo tipo de *immissioni in alienum*, «existe otro vocablo que responde a análoga regulación y hace relación a un caso extremo de invasión de los confines de la propiedad ajena: nadie puede desarrollar actividad directa alguna dentro de los confines del fundo vecino».

(23) GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría de la immissio*, cit., p. 91.

(24) Sobre la influencia del cristianismo en la evolución de la propiedad, V. DE YANGUAS Y MESSÍA, J., «Concepto cristiano de la propiedad», en *Derecho civil. Folletos varios*, Madrid, 1916, pp. 5 y ss. En general, acerca del tema de los cambios ocurridos en la concepción romana de este derecho a lo largo de sus diversas épocas, puede verse KASER, M., «El concepto romano de la propiedad» (trad. esp. por MIGUEL GONZÁLEZ, J.), A.A.M.N., 1968, pp. 5 y ss.

gado al segundo hizo que a éste también se le llegara a considerar como tal (al derecho del señor se le llamó dominio directo, mientras que la propiedad del vasallo se denominó dominio útil) (25). En cuanto a la organización social, no existían grandes concentraciones de población: los señores vivían en castillos fortificados, muy bien protegidos, alrededor de los cuales se extendían los pastos comunales y las tierras de labranza y habitaban los vasallos, formando pequeños núcleos de población. Se trataba de una sociedad poco desarrollada, dedicada a la agricultura y el artesanado. No había una actividad económica a gran escala, y por tanto, no era necesario un uso intenso de los fundos ni una aglomeración ingente de personas en un mismo espacio. En estas circunstancias, no había lugar para la producción de molestias entre los vecinos derivadas de la normal actividad de los mismos; en cambio, se daba el caldo de cultivo perfecto para la envidia y el odio, dados los escasos recursos y las grandes diferencias de clase (26). «Apareció entonces —sostiene BONFANTE— la teoría de los actos de emulación como el ins-

(25) ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. II, 7.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pp. 87-88.

(26) BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad* (trad. esp., prólogo, concordancias y apéndice por GARCÍA VALDECASAS, A.), Reus, Madrid, 1932, p. 24, expresa de una manera muy clara esta idea. «En este régimen —afirma—, por tanto, el uso extraordinario no podía ser consecuencia de una necesidad económica, sino de una hostilidad deliberada, que arrostra, no sólo la falta de utilidad propia, sino a veces también el propio daño. Además, la Edad Media, era clásica de la doctrina, es también la era de las mayores desigualdades sociales «entre aquellos que sólo un muro y una zanja separan». Frente a estas desigualdades, nuestras luchas de clases son torneos pacíficos: era una época de contiendas pequeñas y grandes, de odios mortales entre vecinos nacidos de una causa cualquiera, pero perpetuados de generación en generación con tal violencia de sentimientos que ni siquiera el piadoso Dante se libra de ella: a él mismo le desgarran y le hace llorar la muerte violenta de aquel pariente, que sus compañeros de vergüenza no habían sabido vengar aún. En toda la historia de la Humanidad jamás sacudió tan profundamente los ánimos el espíritu de emulación, ni jamás suscitó tan grande energía obras tan valiosas e imperecederas, ni luchas tan atroces y mezquinas».

En el mismo sentido, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Las conferencias del Dr. Ferrara. Relaciones de vecindad y prohibición de los actos de emulación», *R.C.D.I.*, 1928, p. 683, destaca que «[e]n tiempo de turbulencias civiles, de odios entre familia y familia, de partidismos políticos, de luchas entre el Estado y la Iglesia, de envidias y de venganzas, la vecindad fomentaba las disputas entre los vecinos, por lo cual el propietario ejercitaba su derecho, no tanto por utilidad propia como por causar daño y despecho al vecino».

Además de las envidias y los odios ancestrales entre las familias, hubo otro motivo de disputas entre vecinos, apuntado por SALVI, C., *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 5-8: la determinación de los confines de los fundos. Observa este autor que el aislamiento de las viviendas rurales, la identidad de los procedimientos de utilización agraria del suelo y la inexistencia de la industria en el sentido moderno, reducían el ámbito de las posibles controversias entre fincas vecinas a la definición de los confines. Los instrumentos de regulación de las relaciones de vecindad eran, por tanto, aquéllos dirigidos a determinar el ámbito espacial de los diversos fundos y a resolver los conflictos que puedan surgir en relación con los confines.

trumento más adecuado para reprimir aquello que, dadas las condiciones económicas, no podía ser otra cosa que expresión del puro despecho y que era cosa más que frecuente, normal en aquellas condiciones sociales» (27).

Se consideraban emulativos aquellos actos que normalmente estarían comprendidos en el ejercicio de un derecho, pero que dejaban de estarlo por realizarse sin utilidad propia y con el fin de dañar al vecino. Esta teoría introdujo un elemento subjetivo, la intencionalidad del autor del acto molesto para el vecino, que no estaba presente en Derecho romano y que planteaba la dificultad, para quien había sido perjudicado, de probar el *animus nocendi*. Al objeto de evitar este problema y dotar de mayor eficacia a la doctrina, se propugnó la inversión de la carga de la prueba, de forma que, presumiéndose la intención de dañar, fuera el propietario que causaba el perjuicio quien hubiera de probar su ausencia (28).

3. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Pese a las modificaciones de la doctrina de los actos de emulación, el comienzo de la industrialización, con la consiguiente elevación de los casos de inmisiones, supuso su abandono, pues resultaba insuficiente. En efecto, como destaca algún autor, «[m]ultiplicadas por mil a partir de la era industrial las inmisiones tradicionales, no hay tiempo de detectar si, por ejemplo, el establecimiento de fábricas que despiden olores fétidos, o la instalación de máquinas que producen ruidos ensordecedores, se hacen con o sin intención malévola. Importa simplemente valorar si la molestia excede el límite tolerable al inmischirse en la propiedad ajena y causar a los vecinos un daño no permitido por la necesidad social» (29).

Otra circunstancia contribuyó al desprestigio de la teoría de los actos de emulación: la revalorización de la propiedad como derecho absoluto que, especialmente en la segunda mitad del siglo XVIII, promovió la Escuela racionalista del Derecho natural (30). Uno de los rasgos característicos del citado

(27) BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 24-25. En la misma línea, ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 372; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 36-37; y ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 339.

(28) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, vol. III, t. 1, 3ª ed., reimp., Bosch, Barcelona, 1990, p. 333; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 260; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 36.

(29) ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 374. Coinciden con este autor LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., vol. III, t. 1, p. 333 y SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 37.

(30) ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 373; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 36, nota 2.

siglo fue la concepción de la propiedad como derecho tendencialmente ilimitado de la persona, reconocido en defensa de su personalidad, y que sólo de forma excepcional podía sufrir limitaciones o prohibiciones (31); el otro fue el principio sobre el que se basa el liberalismo económico, o sea, la libertad de iniciativa privada, que asimismo favorecía la idea de la ilimitabilidad de la propiedad (32). El triunfo de la Revolución francesa, con la conquista del poder político y económico por la burguesía, implicó la supresión de las cargas feudales que gravaban la tierra y la inserción de los bienes en la dinámica de la producción y el comercio. Surgió tímidamente la actividad industrial y, como consecuencia de ella, las primeras emigraciones del campo a la ciudad, que aumentaron las molestias entre vecinos; no obstante, durante un período de tiempo bastante dilatado, las relaciones intervecinales se siguieron desarrollaron en un ámbito predial y agrícola, en un marco de economía básicamente agraria, planteando concretos supuestos de conflictos de intereses.

4. EL SIGLO XIX: LAS CODIFICACIONES LIBERALES Y EL PANDECTISMO ALEMÁN

Llegamos al siglo XIX, en el que la concepción del derecho de propiedad como derecho subjetivo individual, libre, absoluto e ilimitado en esencia, alcanza su máxima expresión. Este período representa, asimismo, el punto culminante del desarrollo industrial iniciado poco tiempo antes. Los métodos de producción a gran escala sustituyen a las técnicas artesanales, lo que obliga a disponer de buenas vías de comunicación para comercializar los productos; ello supone un progresivo perfeccionamiento de los medios de locomoción que, junto con la industria, serán fuente productora de continuas inmisiones. La revolución industrial trae consigo, además, el comienzo de profundos cambios sociales y de proliferación de las concentraciones de población. La

Pese a todo, la prohibición de la *aemulatio* fue consagrada en el *Allgemeines Landrecht* de los Estados Prusianos de 1794: en I. 8 & 27, se prohibía hacer un mal uso de la propiedad de cada uno con ofensa o daño para otro; y en I. 8 & 28 se explicaba que, por mal uso, había que entender «un uso tal de la propiedad que, por su naturaleza, sólo puede tener como designio el agravio de otra persona». También en los §§ 255 y 432 del Proyecto Martini o *Westgalizisches Gesetzbuch* —afirma ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 373—, que fue vertido en gran medida en el C.C. austríaco de 1811, se recogió esta prohibición.

(31) Resultado de la Revolución francesa fue, efectivamente, la vuelta a la concepción romana de la propiedad, con la defensa a ultranza de su carácter individual y absoluto. Prueba de ello es la proclamación del derecho de propiedad, en el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como «inviolable y sagrado», así como la definición que del mismo ofrecerá posteriormente el art. 544 del *Code*: es el derecho a usar y disfrutar de las cosas «de la manera más absoluta», sin más limitaciones que la de no hacer un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.

(32) SCALFI, *Manuale...*, cit., t. II, pp. 15-16.

gente se traslada masivamente a las ciudades en busca de trabajo, lo que provoca el crecimiento rápido y desordenado de las mismas, y da lugar a condiciones de vida insalubres para los trabajadores. La necesidad de aprovechar el espacio hace surgir el régimen de propiedad horizontal, en el que la mayor proximidad de los ocupantes de los pisos y locales intensifica las molestias entre ellos.

En este contexto, tienen lugar las codificaciones liberales del siglo pasado. El codificador francés se había propuesto dos objetivos: unificar los dos sistemas jurídicos vigentes en la Francia del siglo anterior (el escrito, inspirado en la concepción romanista de la propiedad y basado en algunos principios generales, y el consuetudinario, fundado en reglas minuciosas dirigidas, sobre todo, en lo que a las relaciones de vecindad se refiere, a regular las distancias) (33) y atribuir a la ley una situación de absoluta preeminencia como fuente del derecho, reduciendo al mínimo la función decisoria del juez.

(33) En efecto, durante el Antiguo Régimen, el Reino francés estaba dividido en dos tipos de regiones: las de Derecho escrito (*pays de Droit écrit*), situadas al sur de una línea que se suele fijar en el Loire (aunque algunos autores proponen otra frontera), en las que el Derecho romano era el régimen común y general; y las de Derecho consuetudinario (*pays de Coutumes*), que serían las que estaban al norte de aquella línea, y que se regían principalmente por las costumbres generales y locales formadas a través de los años; sin perjuicio de la existencia de zonas de Derecho escrito en las regiones consuetudinarias y al revés. En el siglo XV, Carlos VII decretó la redacción de las costumbres (*Ordonnance de Montil-lès-Tours* de 1453), que no se llevó a cabo, sin embargo, hasta el siglo XVI (destacan la *Coutume* de Normandía, escrita en 1503 y reformada en 1583; y la de París, redactada en 1510 y reformada en 1580). A partir de este momento (o quizá siempre —apunta BONNECASE, J., *Elementos de Derecho civil*, t. I (trad. esp. por CAJICA JR., J. M.), Cajica, México, 1945, p. 82—, porque el Derecho consuetudinario era redactado por escrito y consignado en libros y en las sentencias judiciales mucho antes de la redacción de las costumbres), la distinción entre Derecho escrito y consuetudinario deja de ser exacta; pero ha seguido utilizándose a través de los años y se mantiene en la actualidad.

Estos dos regímenes jurídicos coexistían, además, con otros: el Derecho canónico, que regulaba ciertas materias de Derecho privado (el matrimonio, la filiación, los testamentos); y las ordenanzas reales, emanadas del poder legislativo del rey o del príncipe, y aplicables en todo el Reino, a condición de que el Parlamento de cada provincia las registrase.

La Revolución francesa inició el camino para acabar con esta diversidad legislativa, que constituye una de las características principales del Derecho anterior a la Revolución francesa (*Ancient Droit*). Por una parte, erigió a la ley como la fuente suprema de Derecho; por otra, logró la unificación política —mediante la supresión de las provincias— y la judicial —a través de la eliminación de los Parlamentos y la creación de los tribunales—.

El Código Civil francés de 1804 materializó el ideal unificador revolucionario. Así, el art. 7 de la Ley del 30 ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), ley que reunió en un cuerpo único las 36 leyes promulgadas entre 1800 y 1804 para la elaboración del *Code civil*, contenía una disposición general derogadora del Derecho antiguo respecto de las materias reguladas por el Código: «*A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des*

Animado por este propósito de limitar la arbitrariedad judicial, el legislador se decidió finalmente por preferir, en las relaciones de vecindad, el sistema consuetudinario (34), como reflejó el art. 544 del *Code civil* de 1804, según el cual «[l]a propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos». Este precepto instauró el «derecho de propiedad privada» como categoría unívoca (35), caracterizada por el individualismo, la privaticidad y la absolutividad. El individualismo supone que sobre cada bien existe una única situación jurídica fundamental, que se refiere a un solo sujeto (una persona física) (36), y de ella deriva el poder del propietario de excluir cualquier injerencia ajena en su esfera de poder; la privaticidad lleva a la distinción entre poderes públicos y privados sobre el bien; el carácter absoluto, en fin, supone la vocación de libertad del derecho de propiedad, en la que los límites representan la excepción (37); y además,

dités lois composant le présent Code». En cuanto al Derecho intermedio (o sea, el elaborado entre 1789 y 1804), fue abrogado tácitamente en lo que contradijera las disposiciones del Código.

(34) Durante la elaboración del Código Napoleón, la oposición tradicional entre el Derecho escrito y el consuetudinario estuvo presente, ya que NAPOLEÓN escogió como redactores a dos practicantes del primero (PORTALIS y MALEVILLE) y a dos del segundo (TRONCHET y BIGOT DE PRÉAMENEU). Cuenta JUGLART, M., en la 4.ª ed. del t. I de MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./MAZEAUD, J., *Leçons du droit civil*, t. I, Montchrestien, París, 1965, p. 63, que TRONCHET hizo triunfar el punto de vista consuetudinario, especialmente el de la costumbre de París, a pesar de la elocuencia de PORTALIS y de la terquedad de MALEVILLE; aunque también se incluyeron en el Código Civil disposiciones procedentes del Derecho escrito, del canónico y de las ordenanzas reales.

(35) Hasta entonces, no había en el Derecho vigente en Europa una forma única de propiedad, sino diversas situaciones jurídicas que tenían como objeto el bien y que estaban construidas como un conjunto de relaciones de diverso contenido y entre varios sujetos. Frente a ello, la propiedad codificada es unívoca: hay un solo tipo de dominio, que se corresponde con una sola categoría de personas, como observa MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, p. 68. Ello no quiere decir —apunta el citado autor— que la propiedad no sea susceptible de diversos contenidos, en función de la variedad de las desmembraciones o derechos reales limitados que puede soportar. Pero no son variantes institucionales —añade—, sino variantes en concreto, que no niegan el tipo único.

(36) Lo señalado no quiere decir que no existiese la copropiedad, pero desde luego el Código Civil francés trataba de evitarla en lo posible, como se desprende de lo dispuesto en el art. 1.686: si una cosa común a muchos no puede dividirse cómodamente y sin pérdida, o si en una partición de bienes comunes hecha amigablemente hubiese algunos que ningún comunero pueda o quiera aceptar, se procederá a su venta en subasta y su precio se dividirá entre los copropietarios.

(37) El derecho de propiedad —observa HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, p. 43— se concebía como una especie de espacio en blanco. Se resaltaba, ante todo, la idea de poder, como máxima expresión de la libertad del hombre. Este poder estaba sujeto a ciertos límites, por supuesto, ya que los derechos subjetivos no podían coexistir sin ciertas restricciones, pero se trataba de límites excepcionales y cuantitativamente escasos.

se trata en todo caso de restricciones que no provocan ninguna «erosión interna», sino que afectan sólo externamente al dominio (38).

La imposición de estos límites, que, en virtud del art. 544, sólo puede llevarla a cabo la ley positiva, se hizo a través de las denominadas, por el legislador, servidumbres legales. Dado su carácter de *ius in re aliena*, esta categoría permitía equilibrar las notas generales de la estructura propietaria como derecho individual y «atomístico» con la necesidad de regular legalmente las relaciones interpropietarias. De este modo, las relaciones de vecindad se recondujeron, en su totalidad, a las relaciones entre propietarios: el vecino será, a partir del *Code*, en el aspecto jurídico, exclusivamente el *propietario* vecino (39). El principio básico, en las relaciones interpropietarias, era el de igualdad formal entre las propiedades, que pretendía desterrar definitivamente los esquemas feudales de prevalencia de un fundo sobre otro y garantizar que todas las propiedades fueran libres e iguales en derecho.

El sistema instaurado por el C.C. francés tenía, sin embargo, una contradicción interna, que ha sido denunciada por la doctrina: el principio de exclusividad connatural al derecho de propiedad implica la ilicitud de las inmisio-

(38) DE VITA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Giuffrè, Milán, 1969, p. 48. En el mismo sentido, MONTÉS PENADÉS, *La propiedad privada...*, cit., p. 78, afirma que los límites, excepcionales, no afectan al contenido de la propiedad, conformándolo, sino que se consideran como meros accidentes externos. Así, el dominio se concibe como un derecho elástico, en el doble sentido de que no dejará de ser tal aunque las facultades de goce o de disposición se vean accidentalmente constreñidas por la detracción o por la concurrencia de otros derechos de terceros, y de que posee virtualidad o potencia expansiva para recuperar las facultades que le han sido detraídas en cuanto cese la causa de la detracción o se extinga el derecho concurrente que producía la contracción del poder dominical.

(39) SALVI, *Le immissioni industriali...*, cit., p. 32 (el subrayado es del autor). Este autor destaca (en la p. 31 de la obra citada) que el legislador de 1804 se separó, en la materia de las relaciones de vecindad, tanto de DOMAT como de POTHIER, a quien sin embargo siguió fielmente en gran parte del libro II del Código napoleónico. DOMAT, J., *Le leggi civili esposte nel loro naturale ordine* (trad. it. por PADOVANI, A.), Pavía, 1825, pp. 385-386, asumió, como regla general para las relaciones de vecindad, la procedente del derecho romano según la cual «el propietario puede hacer en su fundo lo que le plazca, siempre que no dañe al vecino o le prive de la libertad de gozar de la cosa propia». En cuanto a POTHIER, construyó las relaciones de vecindad como obligaciones *ex lege*; las concebía como un cuasicontrato, del que surgen, aparte de las obligaciones definidas en la ley, otras obligaciones recíprocas de no causar molestias excesivas y de soportar las que no sobrepasen la medida de los inconvenientes normales de vecindad; esta concepción resultaba imposible para el codificador, puesto que habría supuesto una contradicción con los caracteres de absolutividad, exclusividad e individualismo que componían el esquema propietario consagrado en el art. 544 del *Code*.

De ahí el recurso a la categoría de la servidumbre legal, en la que se incluyeron las servidumbres forzosas, que son verdaderamente servidumbres, junto con los límites derivados de las relaciones de vecindad, que no lo son. V., sobre este punto, *infra*: «Configuración de las relaciones de vecindad en el Código Civil español. Críticas doctrinales y jurisprudenciales. Conclusiones personales».

nes, en cuanto que injerencias en la esfera jurídica del propietario afectado; pero la exclusión del efecto inmisivo, comoquiera que envuelve la actividad que lo causa, que constituye, a su vez, ejercicio del propio derecho por parte del vecino, incide en la absolutividad del poder de goce de éste, sin que exista norma legal alguna que prohíba aquella clase de actividad (40).

La jurisprudencia francesa, al margen de esta regulación, afirmaba la existencia de un límite general del derecho de propiedad, aparte de los específicos límites legales. Para fundamentarlo, se formaron dos teorías: la del abuso del derecho y la de las obligaciones ordinarias de vecindad, que fueron acogidas muy favorablemente por la doctrina. Podría mencionarse además la teoría de la pre-ocupación, de origen doctrinal, aunque tuvo pocos seguidores (41).

Influenciados por la filosofía del *Code*, se promulgaron el Código Civil italiano de 1865 y el nuestro de 1889. La concepción del derecho de propiedad de estos textos legales es la misma que la del C.C. francés y, como en él, la materia de las relaciones de vecindad aparece contemplada en sede de servidumbres legales. El art. 348 del C.C. español, de todos es sabido, establece que «[l]a propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (42); y el art. 590, inserto entre las normas destinadas a regular las denominadas servidumbres legales,

(40) SALVI, *Le immissioni industriali...*, cit., pp. 62-63; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Nápoles, 1984, pp. 27-28; NAPPI, *Le regole proprietarie...*, cit., pp. 55-56.

(41) La doctrina del abuso del derecho comprendía dos concepciones: una subjetiva, según la cual el abuso del derecho es el ejercicio del derecho con intención de dañar o sin un fin serio y legítimo; y otra objetiva, para la que el ejercicio del derecho es abusivo cuando es contrario a sus fines económicos o sociales. También hubo quien defendió la conciliación de ambos criterios, el psicológico y el funcional.

En cuanto a la teoría de las obligaciones ordinarias de vecindad (también conocida como de los inconvenientes anormales de la vecindad), apareció por primera vez, según la doctrina, en la S. de la Corte de Casación francesa de 27 de noviembre de 1844, *D.P.*, 1845, 1, p. 13, que, al resolver un problema de vecindad entre una casa de salud y unas minas que generaban gran cantidad de ruidos molestos, estableció como principio que no puede responsabilizarse a quien disfruta de un inmueble (propietario o titular de otro derecho de disfrute) por cualquier molestia que cause a sus vecinos, pues ello imposibilitaría la vida en común; por tanto, sólo se es responsable de las perturbaciones que excedan la *mesure des obligations ordinaires du voisinage*.

Por último, la teoría de la pre-ocupación, cuyo iniciador fue DEMOLOMBE, postula que cuando en una zona se instala determinada actividad como ordinaria, los vecinos posteriores saben a qué se exponen al establecerse allí, y por lo tanto, o han sido imprudentes, o han aceptado, al menos tácitamente, las molestias; y, por consiguiente, han de soportarlas.

(42) Este precepto, casi idéntico al art. 544 del *Code* (se diferencia de él en que omite la referencia al goce y disfrute «de la manera más absoluta»), refleja, desde luego, igual caracterización del derecho de propiedad como absoluto y excepcionalmente limitado. En cuanto al art. 436 C.C. italiano de 1865, disponía que «[l]a proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti».

contiene una norma relativa a distancias legales, mediante la que se pretende prevenir conflictos de vecindad (43).

La pandectística alemana del siglo XIX introduce un cambio fundamental. La propiedad adquiere un significado predominantemente económico, y se convierte en una categoría abstracta y general que confiere a su titular un valor absoluto sobre la cosa concreta que recae, que no puede ser más que una cosa corporal. En esta línea, WINDSCHEID defendía que la propiedad no es la suma de singulares facultades, sino la plenitud del derecho sobre la cosa, y las facultades son manifestaciones exteriores de la misma. La propiedad como tal es ilimitada, pero admite «restricciones», que consisten en que, mediante un «especial hecho jurídico», se sustraen una o varias de la totalidad de relaciones que la forman (44).

El límite desempeña una función distinta a la de doctrinas anteriores. En primer lugar, asume un carácter plenamente iuspositivo, en el sentido de que es el efecto de una norma, y no de las características naturales de la cosa (45); en segundo lugar, puede considerarse excepcional y específico sólo en el sentido de que no es susceptible de aplicación analógica; porque el límite «en general», o sea, la existencia de un régimen jurídico que sustrae algunas facultades al contenido del derecho de propiedad, es la regla, el modo de ser típico de la propiedad en el ordenamiento (46).

En el campo de las relaciones de vecindad, el modelo de propiedad limitada determina dos consecuencias relevantes: la primera, que el límite sustituye a la servidumbre legal como instrumento técnico de composición de los conflictos interpropietarios; la segunda, que se reconducen a la categoría general de límite todas las restricciones del poder del propietario, cualquiera que sea su naturaleza, función y estructura (47).

(43) Respecto del C.C. italiano de 1865, hay que hacer referencia a los arts. 558 y 574, que, con el régimen de las distancias legales, trataban de conseguir la indemnidad de las propiedades, mediante la separación física de las esferas propietarias (PRADI, A., «Immissioni», *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 593).

(44) WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette* (trad. it. por FADDA, C./BENSA, P. E.), vol. I, parte 2, Utet, Turín, 1902, p. 112.

(45) En esta línea, afirma DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid, 1993, p. 61, que la existencia de los *iura in re aliena* sólo se explica por la disposición de la ley, de donde deriva la tipicidad legal, propia de los sistemas de *numerus clausus* que han sido acogidos por numerosos Códigos civiles modernos.

(46) También el modelo liberal de propiedad —destaca SALVI, *Le immissioni industriali...*, cit., pp. 41-42— conoce y utiliza el instrumento del límite; pero en él tiene esencialmente una naturaleza física y tiende a coincidir con los confines del fundo. Cuando la elaboración pandectística depura la noción de límite de cualquier elemento naturalístico, y la construye exclusivamente como efecto de un hecho jurídico, desaparece también la coincidencia entre el lindero físico del inmueble y el contenido del derecho.

(47) Lo que, en opinión de SALVI, *Le immissioni industriali...*, cit., p. 43, es discutible en el caso de las relaciones de vecindad, porque, en ellas, la norma instaura una

La disciplina de las relaciones de vecindad se funda en la regla general según la cual la relación entre el propietario y los demás sujetos privados interesados se define sobre la base del poder del primero de excluir a los segundos del goce del bien. El *ius excludendi* se sustancia en una específica forma de tutela, caracterizada por el poder de prohibir los comportamientos y de obtener la cesación de las situaciones de hecho, que se concretan en una injerencia en el bien objeto de atribución (48). Para determinar qué injerencias puede conseguir que sean prohibidas el propietario, la doctrina alemana propuso el criterio del uso normal (cuyo promotor más destacado fue IHERING), según el cual deben soportarse aquellas molestias que sean consecuencia de un uso normal del fundo que las ocasiona, mientras que pueden impedirse aquellas que provengan de una actividad extraordinaria. Con este criterio, se trataba de proteger a los propietarios de las amenazas de la incipiente industria, que, en esa época, aún era considerada una actividad anormal o extraordinaria. El paso del tiempo, sin embargo, dió lugar al resultado opuesto que se pretendía, ya que, generalizada la producción industrial como actividad normal, el criterio se convirtió en un elemento favorecedor de la misma.

5. EL SIGLO XX: LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA SEGUNDA GENERACIÓN Y LA SITUACIÓN ACTUAL

El B.G.B. plasmó, en su § 903, la concepción de WINDSCHEID del derecho de propiedad, al disponer que el propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la Ley y a los derechos de un tercero, proceder con ella a su libre arbitrio y sustraerla a la acción de los demás; y en el § 906, acogió, por influencia de IHERING, el criterio del uso normal como regulador de las inmisiones (49).

verdadera relación intersubjetiva de Derecho privado, y no se limita a sustraer algunas facultades al contenido del derecho.

(48) Dicha tutela —subraya SALVI, *Le immissioni industriali...*, cit., pp. 49-50— se diferencia tanto del derecho a obtener el reconocimiento de la situación jurídica como del derecho al resarcimiento del daño. En el mismo sentido, DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno...*, cit., p. 61.

(49) ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 38, llama la atención sobre la diferencia de planteamiento de este Código, en relación con el dominio, respecto de los textos anteriores (Código napoleónico de 1804, C.C. italiano de 1865, C.C. español de 1889): el § 903 B.G.B. omite toda referencia al carácter absoluto del derecho de propiedad y afronta el dominio desde una consideración subjetiva, en el sentido de que no se hace referencia a la propiedad, sino a las facultades del propietario, con expresa mención de que en uso de esas facultades no se oponga a la ley o al derecho de un tercero.

El § 906, por su parte, en su redacción originaria (modificada en 1956 y en 1994) disponía que el propietario de una finca no podía impedir la penetración de gases, vapores, emanaciones, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e injerencias semejantes pro-

La jurisprudencia italiana utilizó este principio, junto con otros, durante la vigencia del C.C. italiano de 1865; también algunos autores defendieron su aplicación e incluso se acogió en el Proyecto del Código Civil de 1942; pero en el texto definitivo se abandonó por el criterio de la normal tolerabilidad. En cualquier caso, este Código tiene en común con el B.G.B., que, a diferencia de los demás Códigos modernos, incluye una regulación específica de las inmisiones, y que, en ella, se refleja la necesidad de compaginar el tranquilo disfrute de los bienes inmuebles con el progreso económico.

Como señala SALVI, cuando el proceso de industrialización determina la extensión de las consecuencias de determinados tipos de inmisiones en la comunidad social ligada a un concreto ambiente, el esquema propietario se revela insuficiente para contemplar todos los intereses afectados. Los elementos estructurales de la propiedad son entonces cuestionados: la exclusividad, porque el propietario viene obligado, por ley, a tolerar en su finca injerencias cualificadas por un título autónomo («no puede impedir», afirman el § 906 B.G.B. y el art. 844 C.C. italiano); la absolutividad, porque el ámbito y la existencia misma del límite al poder de exclusión no procede de una norma específica y excepcional, sino que queda al arbitrio del juez; la privaticidad, en cuanto que el interés que justifica el límite no puede reconducirse directamente al Estado, y calificarlo en consecuencia como público, sino que va unido al ejercicio de una actividad privada; y, en tiempos más recientes, el individualismo, en la medida en que las normas constitucionales imponen que en la solución de los conflictos conexos a la producción de inmisiones industriales, sean considerados intereses de tipo colectivo, no reconducibles ni a relaciones interindividuales, ni a la relación particular-autoridad pública (50).

Ciertamente, la concepción liberal del derecho de propiedad, en la que lo esencial era la titularidad (que implica señorío o libre actuación), ha dado paso a una concepción que descansa sobre la actividad como fundamento de aquélla. El acento se pone, pues, sobre el ejercicio del derecho de propiedad, más que sobre su titularidad. Esta circunstancia es relevante respecto de las relaciones de vecindad porque, como ha señalado algún autor, si cuenta la utilización de las cosas, es claro que los derechos, ya reales ya personales, que confieren uso y disfrute, pueden quedar afectados por el Derecho de vecindad ampliamente entendido (51).

Otra característica importantísima del derecho de propiedad, en la nueva concepción, es que su contenido viene modelado por el criterio de la función

cedentes de otra finca, si la inmisión no entorpecía de manera esencial el aprovechamiento de la suya, o si era producida por un uso del fundo emitente que, según las circunstancias del lugar, fuese habitual en fincas de esta situación. Este precepto prohibía, además, sin excepciones, la invasión por un conducto especial.

(50) SALVI, *Le immissioni industriali...*, cit., pp. 33-34.

(51) HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 94.

social, consagrado por el art. 33. 2. de la Constitución española, y en virtud del cual se incorpora la perspectiva del deber al concepto de propiedad, en función de valores sociales (52). En otras palabras, la propiedad ya no se presenta sólo como «derecho», es decir, integrado sólo por una situación de poder, sino que, sin dejar de ser un derecho subjetivo y albergar, por consiguiente, una faceta de poder, aparece como una posición compleja, en la que, junto a ese componente, se definen «deberes». Y ello porque, además del interés del titular, está presente el de la colectividad (53).

Es importante aclarar que la función social representa un criterio de solución de los conflictos entre el interés egoísta del propietario y el colectivo, que no guarda relación —se dice— con los principios que regulan las colisiones interindividuales, como los que tratan de reglamentar las relaciones de vecindad (54).

En otro orden de cosas, es preciso destacar que la valoración de la actividad causante de las inmisiones tiende a proponerse en términos, no de ejercicio del derecho de propiedad sobre fundos, sino de desarrollo de la libertad de iniciativa económica. Planteada la cuestión de esta manera, ya no vale el principio de igualdad formal de las propiedades, toda vez que el conflicto surge entre actividades económicas incompatibles entre sí; la experiencia de los diversos ordenamientos muestra una elección en favor de uno de los intereses contrapuestos, que se traduce en la tutela preferencial de algunas formas de utilización de los bienes.

La situación en el momento actual es el resultado de la agravación de los problemas surgidos con la industrialización y las transformaciones sociales y urbanísticas a ella unidas. El desarrollo urbanístico, estructurado mediante planes que deciden la disposición territorial de las fincas y condicionan sus formas de utilización, priva de sentido a la abstracta igualdad de contenido jurídico entre las distintas propiedades (55). El desarrollo industrial, impar-

(52) LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 69.

(53) MONTES PENADÉS, *La propiedad privada...*, cit., pp. 87 y 103. En la misma línea, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, 1991, p. 1267.

Es significativo, en este sentido, el epígrafe de la Sección 2ª, Capítulo II, Título I de la C.E., en la que está ubicado el art. 33: «De los derechos y deberes de los ciudadanos».

(54) Así lo afirman MONTES PENADÉS, *La propiedad privada...*, cit., p. 93; y LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional...*, cit., p. 71.

(55) Este aspecto guarda estrecha relación con el intervencionismo estatal y con el criterio de la función social. En efecto, según pone de relieve Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Algunas reflexiones...», cit., pp. 1259-1260, la creciente intervención del Estado en la actividad económica, que se desarrolló en Europa después de la primera guerra mundial, tanto en los países que continuaban teniendo vestidura liberal como en los Estados fascistas, dió lugar a la doctrina de la pluralidad de propiedades o de los estatutos

ble, ha originado más inmisiones, tanto en número como en clases, más graves y con una zona de influencia mayor.

Los cambios provocados han sido tan notables que la doctrina apunta la conveniencia de deslindar un Derecho de vecindad clásico o romanista, de un Derecho vecinal moderno o industrial (56), en el que cobra gran importancia la creciente preocupación por la salud de la persona y el medio ambiente.

de propiedad. En la misma línea, la relevante S.T.C. 37/87, de 26 de marzo, *Jur. C.*, 1987, t. XVII, pp. 405 y ss., que resolvió el recurso de inconstitucionalidad 685/84 contra la ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria, del Parlamento andaluz, destacó que «*la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisdiccional la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae...*». Así, junto a la «propiedad» del Código Civil, han surgido la «propiedad» del suelo urbano, la «propiedad» agraria, la «propiedad» de las aguas, la «propiedad» del patrimonio cultural, etc., como estatutos diversos y sometidos a regímenes distintos, que se resisten a una unificación conceptual. Se trata del denominado pluralismo de la propiedad, que, como pacíficamente se admite, constituye un rasgo característico de la nueva concepción de este derecho y que ha llevado a varios autores a plantearse si, hoy por hoy, cabe hablar de propiedad o de propiedades. V., sobre éste y los demás elementos definitorios de la propiedad actual: PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milán, 1954; MONTES PENADÉS, *La propiedad privada...*, cit., pp. 91 y ss.; ALPA, G./BESSONE, M., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Cedam, Padua, 1980; LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional...*, cit., pp. 53 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, pp. 42 y ss.

(56) «Frente a unas normas —afirma ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., pp. 359-360— que trataban de impedir el *immittere* entre fundos contiguos, alejar la propagación de pequeños humos, trepidaciones, ruidos, etc., propios de un mundo agrícola y artesano, el desarrollo de la técnica y de la gran industria en nuestros días, la peligrosa, por omnímoda, inmisión del Estado en la Economía moderna, ha traído consigo una afluencia ilimitada de relaciones vecinales —en el mundo intercomunicado de nuestros días todos somos ya vecinos— generadoras de constantes y graves inmisiones traídas por la electricidad, las grandes empresas multinacionales, los gases contaminantes del medio ambiente, la energía termonuclear, el deterioro químico de la Naturaleza, etc., etc. Detrás de todo este mundo prometeico, se esconde el «daimon» de la Cibernética que, cual Diablo Cojuelo de nuestros días, es capaz de penetrar, ahora ya sin necesidad de levantar «los techos de los edificios», en lo más profundo de la intimidad humana». Destacan el acierto de las afirmaciones de este autor CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento», *R.E.S.*, 1988, p. 8; FERNÁNDEZ URZATQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., p. 118; y ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 29.

III. CONFIGURACION DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. CRITICAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. CONCLUSIONES PERSONALES

El Código Civil español entiende las relaciones de vecindad, según se ha anticipado, como servidumbres legales. La razón es, también se ha dicho, que nuestro legislador siguió al Código napoleónico, cuyos redactores vieron esta solución como la única viable para limitar *de facto* el derecho de propiedad sin chocar con la rotunda declaración de la absolutividad del mismo contenida en el art. 544 de este texto legal.

Pero las relaciones de vecindad no son servidumbres, como advirtieron ya, en su día, algunos autores franceses. En este sentido, AUBRY y RAU sostenían que *les rapports du voisinage* son restricciones recíprocas impuestas a los propietarios vecinos en protección de sus respectivos intereses, que no implican idea alguna de fundo dominante y fundo sirviente; estas disposiciones no tienen otro objetivo —añaden estos autores— que el de «determinar los límites en los que debe tener lugar el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar, en una especie de transacción, los intereses opuestos de los propietarios vecinos» (57).

En realidad, en la categoría de las «servidumbres legales», a la que el C.C. español dedica el Capítulo II del Título VII del Libro II (arts. 549 a 593), se recogen dos figuras distintas: de una parte, las servidumbres forzosas, que son verdaderas servidumbres, y que se llaman así porque los propietarios que se encuentran en determinada situación están facultados para exigir su constitución, en su propio y particular interés, y el propietario del fundo gravado viene «forzado» a aceptarla (58). De otra, una serie de límites al derecho de

(57) AUBRY, C./RAU, C., *Cours de Droit civil français*, vol. 2, París, 1869, p. 195. En la misma línea, COLIN, A./CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, vol. 2 (trad. esp. con notas de DE BUEN, D.), Madrid, 1961, p. 153, hacen notar que algunas de las pretendidas servidumbres reguladas en el C.C. francés no son tales, porque no suponen una derogación al orden normal de las cosas, que es la libertad del fundo, sino que constituyen «el derecho común de la propiedad en Francia, la situación jurídica normal creada por la ley para todos los fundos que se encuentran colocados en determinadas condiciones».

(58) Un grupo de autores estima más acertada esta denominación que la de servidumbre legal. En este sentido, ROCA JUAN, J., «Comentario a los arts. 549 a 551 del C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por ALBALADEJO GARCÍA, M.), t. VII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1978, p. 111; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. III, vol. 2, 6ª ed., revisada por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Bosch, Barcelona, 1989; MAS BADÍA, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., pp. 196-197. Otros, en cambio, aceptan la expresión del Código Civil para referirse a las servidumbres forzosas. Así, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. 2, 13ª ed., revisada y puesta al día por MARÍN PÉREZ, P., Reus, Madrid, 1983; HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, pp. 97 y ss.; ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., «Comentario a los arts. 549 a 551», en *Comentario*

propiedad: algunos debidos a razones de interés público; otros, a la protección de intereses privados.

La doctrina española más autorizada resalta esta distinción (59). Así, se estima mayoritariamente que las relaciones de vecindad son límites del derecho de propiedad debidos a razones de interés privado. Yo creo, sin embargo, que ha de adoptarse una visión más amplia y entenderlas como conjunto de facultades y límites de cualquier derecho de uso y disfrute sobre bienes inmuebles. Veámoslo.

1. CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LAS RELACIONES DE VECINDAD COMO LÍMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR RAZONES DE INTERÉS PRIVADO. DIFERENCIAS ENTRE RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES

Frente a la antigua concepción del dominio como absoluto, carente de límites, hoy nadie duda que este derecho está sujeto a determinadas restric-

del Código Civil, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1429 y ss. Cabe hablar, por último, de aquellos autores que distinguen entre servidumbres legales y forzosas, como Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1993, p. 455. Según ellos, una servidumbre es legal cuando la ley la declara establecida dado un determinado estado de hecho, como ocurre, a su juicio, en el art. 552; y es forzosa cuando la ley faculta para exigir su constitución, momento hasta el cual no existía jurídicamente (citan, en este sentido, el art. 564). En páginas anteriores, sin embargo (concretamente, en la p. 166), estos autores afirman que el art. 552 C.C. contempla una limitación del dominio, que no tiene naturaleza de servidumbre; de modo que no se sabe a ciencia cierta si piensan que lo que denominan servidumbres legales, como diversas de las forzosas, son verdaderas servidumbres o límites derivados de las relaciones de vecindad, como estima la mayoría de la doctrina.

(59) VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Valladolid, 1925, p. 85; DE BUEN, D., *Derecho civil español común*, vol. 1, 2ª ed., Reus, Madrid, 1931, p. 179; GONZÁLEZ-ALLEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967, pp. 67 y ss.; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. II, Nauta, Barcelona, 1966, pp. 129-130; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, IEAL, Madrid, 1973, p. 34; ROCA JUAN, «Comentario a los arts. 549 a 551 del C.C.», cit., p. 111; ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 365; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., vol. II, p. 117; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, cit., t. II, vol. 1, 12ª ed. puesta al día por GARCÍA CANTERO, G., Reus, Madrid, 1987, p. 228; HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, pp. 99-100; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. III, p. 166; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 260; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno...*, cit., p. 285; MAS BADÍA, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., p. 178; ARECHEDERRA ARANZADI, «Comentario a los arts. 549 a 551», cit., pp. 1427-1428; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 43-44; FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., pp. 138-139. De igual modo, algunas sentencias sostienen la equivocación del legislador al considerar «como servidumbre legal las limitaciones que en orden a las construcciones fija en provecho recíproco de los propietarios de fincas colindantes» (S.T.S. de 19 de diciembre de 1963, *J. C.*, 1963, t. 124, n. 1017, pp. 569 y ss.; S.A.T. de Barcelona de 26 de febrero de 1987, *R.G.D.*, 1988, n. 513, pp. 3416 y ss.).

ciones que, lejos de ser una excepción a la plenitud de potestades contenidas en él, constituyen uno de sus elementos configuradores (60). Se distingue, así, en el contenido de la propiedad, un aspecto negativo, manifestado en una serie de restricciones impuestas a este derecho, y uno positivo, que se concre-

(60) «La definición del derecho de propiedad —observa PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., t. III, vol. 1, p. 246— siempre ha incluido una referencia a sus límites; pero, de ser considerados éstos una excepción a la plenitud de potestades contenidas en el dominio, han pasado a ser el principal elemento configurador del derecho». De forma similar, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, pp. 225-227, destaca la evolución del derecho de propiedad desde la concepción antigua y romanista del mismo, que lo consideraba por naturaleza absoluto y, por tanto, sus limitaciones como «anomalías raras, insólitas», hasta la concepción moderna, que, con base en que la propiedad tiene un fin racional, subordina el reconocimiento de la propiedad privada a los fines individuales, familiares y sociales y, en definitiva, al interés público. Y es que, como apunta SCALERA, I., «Nota Cass., 5 de mayo de 1960», *Giur. agr. it.*, 1961, II, p. 172, «una proprietà illimitata non è neppure concettualmente possibile, perchè negherebbe se stessa nel medesimo momento della sua affermazione. Non è possibile cioè che i componenti di una comunità godano ognuno della cosa propria senza che da ciascuno di essi sia rispettata la limitazione essenziale di goderne in un modo da non impedire agli altri di fare altrettanto. Può variare storicamente l'entità della limitazione, a seconda del diverso atteggiarsi, in senso individualistico o collettivistico, della coscienza sociale nei diversi momenti e si avrà allora una minore o maggiore compressione della proprietà: certo è, però, ripetesi, che una misura, un limite deve pur esservi». El diverso significado que asumen los límites del derecho de propiedad en las distintas épocas históricas, especialmente la diferencia entre la etapa codificadora y la actualidad, es estudiado por MONTÉS PENADÉS, *La propiedad privada...*, cit., y RODOTÀ, *El terrible derecho...*, cit., entre otros.

También la jurisprudencia pone de relieve el carácter limitado del derecho de propiedad. Así, en sentencias como la de 22 de enero de 1914, *J. C.*, 1914, t. 129, n. 35, pp. 195 y ss., y la de 3 de abril de 1984, *R.Ar.* 1924, que se refieren precisamente a los límites derivados de las relaciones de vecindad (citadas por O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., revisada y puesta al día, Edersa, Madrid, 1988, p. 92).

Pero la auténtica quiebra de la concepción absoluta de la propiedad, a la que no obsta la existencia de limitaciones en favor de terceros privados o del interés general llegó con la consagración, en el art. 33 C.E., de la función social de la propiedad (V. *supra*, epígrafe II, apartado 2.5: «El siglo XX: los Códigos civiles de la segunda generación y la situación actual»). Así lo destacó expresamente la S.T.C. 37/87, de 26 de marzo, sobre reforma agraria en Andalucía, *Jur. C.*, 1987, t. XVII, pp. 405 y ss.: «la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe

ta en el poder que cabe ejercitar sobre el objeto de la propiedad con tal de que no sean traspasados sus límites. Para delimitar el contenido positivo, se ha de partir del negativo; en otras palabras: «el contenido normal del derecho de propiedad debe marcarse, no positivamente, mediante la enumeración de facultades que encierra, sino negativamente, mediante la indicación de aquello a que no alcanza», es decir, mediante la fijación de sus límites (61).

Los límites integran el contenido normal del derecho, el régimen ordinario de restricciones que afectan de modo general a todas las titularidades dominicales que versan sobre una misma categoría de objetos. De los límites se distinguen las limitaciones, que son reducciones del poder del propietario en casos singulares y afectan precisamente al llamado contenido normal; es decir, el fijado por los límites. Los límites son internos, en tanto que las limitaciones son externas, ya que vienen a recortar desde fuera el contenido del derecho (62).

Características de los límites son la generalidad y la igualdad: se imponen por igual a todos los que se hallen en la misma situación por obra de la ley, y por tanto no precisan un acto especial para establecerlos sobre cada objeto en particular, ni prueba de su existencia (basta con invocar la norma que los establece y demostrar la concurrencia de las circunstancias de hecho que determinan su aplicación); no suponen relación de dependencia de un fundo a otro, ni se extinguen por el no uso. Las limitaciones, en cambio, han de establecerse por un acto especial, relativo a la cosa de cuya propiedad se trata y, como son excepcionales, han de ser probadas, pues en otro caso la propiedad se presume libre de ellas (63).

incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

(61) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil español*, t. III, Bosch, Barcelona, 1987, p. 165; reitera esta afirmación en *Compendio de Derecho civil*, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 337. En el mismo sentido: MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial* (trad. esp. por SENTIS MELENDO, S.), t. III, EJEA, Buenos Aires, 1971, pp. 256 y 264; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., vol. II, p. 104; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio...*, cit., t. III, p. 91; y MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 115.

(62) GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 29-30; ALBALADEJO GARCÍA, *Curso...*, cit., t. III, pp. 165-166; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., vol. III, t. 1, p. 324; MONTÉS PENADÉS, *La propiedad privada...*, cit., p. 252; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 256; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio...*, cit., t. III, p. 91; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 16.

(63) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., vol. III, t. 1, p. 324; ALBALADEJO GARCÍA, *Curso...*, cit., t. III, p. 167; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derechos reales...*, cit., pp. 256-257. Añade este autor que las limitaciones, sea cual sea su origen, deberán ser objeto de indemnización en todo caso (afirmación que, a mi juicio, es excesivamente tajante; no estoy tan segura de que la indemnización proceda cuando las limitaciones tienen origen voluntario). En la misma línea, MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada...*, cit., pp. 117-118.

Hay diversas clasificaciones de los límites y las limitaciones, que, aunque básicamente coincidentes, presentan alguna diferencia, tanto en contenido como en terminología (64); incluso hay quien duda de que la distinción exista

(64) Según una primera clasificación, son limitaciones los derechos reales (salvo los establecidos directamente por la ley, como los retractos legales), las servidumbres administrativas y las prohibiciones de disponer. En cuanto a los límites, los hay por causa de interés público o por razones de interés privado. El núcleo principal de los segundos está constituido por las relaciones de vecindad, a las que hay que añadir los derechos reales de adquisición (ALBALADEJO GARCÍA, *Compendio...*, cit., p. 338; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 257). O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio...*, cit., t. III, p. 93, que comparte esta distinción, añade una categoría más en los límites: la de los institucionales o derivados de la propia naturaleza del derecho de propiedad, que pueden ser de carácter positivo (abuso del derecho y actos de emulación) o negativo (*ius usus inoqui*).

Otros autores prefieren hablar de limitaciones. Así, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, pp. 228-229, que diferencia entre limitaciones institucionales o genéricas, que nacen del concepto y naturaleza del derecho de propiedad, y limitaciones específicas. Las segundas se dividen, en función de su causa, en legales y voluntarias; las legales, según su fin, pueden ser debidas a interés público (de carácter predominantemente administrativo) o a interés privado (de carácter civil, entre ellas las resultantes de la vecindad). En cuanto a las limitaciones institucionales, distingue entre las de naturaleza positiva, que afectan al ejercicio del dominio (prohibición del abuso del derecho y los actos de emulación), y las de naturaleza negativa, que afectan a la facultad de excluir (estado de necesidad: *ius usus inoqui*). PUIG PEÑA, *Compendio...*, cit., t. II, p. 130, y BALLESTER GINER, E., *Derechos reales*, Bello, Valencia, 1989, en la misma línea, agrupan las limitaciones del dominio en institucionales (de carácter positivo y negativo), legales (por razones de utilidad pública o privada) y voluntarias.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., t. III, vol. 1, pp. 252, 258 y 264, utiliza el término «límites» para los que resultan de la misma naturaleza del derecho, «limitaciones» para designar las que derivan de negocios jurídicos creadores de derechos subjetivos contrapuestos a las normales facultades dominicales y «límites» y «limitaciones» para los que nacen de disposiciones legales, tanto en interés público como privado. Partiendo de ahí, ofrece una clasificación muy parecida a la de CASTÁN: los límites institucionales o derivados de la naturaleza del derecho pueden afectar al ejercicio del derecho y tienen por ello carácter positivo (prohibición del abuso del derecho y los actos de emulación) o bien a la facultad de exclusión y entonces tienen carácter negativo (estado de necesidad: *ius usus inoqui*). Luego habla de limitaciones del dominio en sentido vertical (art. 350 C.C.) y de límites o limitaciones legales, tanto de utilidad pública como de utilidad privada, entre las que destacan las debidas a la vecindad.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil (teoría y práctica)*, t. II, Edersa, Madrid, 1973, p. 124, prefiere una clasificación más amplia; a su modo de ver, la posición del propietario se ve limitada: a) Cuando no existe un interés protegible del titular en la realización de sus derechos; b) Cuando predominan los intereses de los terceros que actúan en el ámbito de la propiedad; y c) Cuando, según la clases y volumen de las limitaciones, éstas afectan a todos los propietarios que se hallen en la misma situación.

Una distinción particular es la de HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, pp. 95 a 97, que diferencia límites, limitaciones y gravámenes. El límite es la conformación normal del contenido del derecho de propiedad. Todo derecho subjetivo es el resultado de combinar la libertad o la potestad con el límite. Los límites son, por tanto, normales e internos; y su función es, más que limitativa, delimitativa del contenido normal del derecho. La limitación ocupa una posición intermedia entre el límite y el gravamen. Al igual que el primero, concurre internamente a determinar el contenido del derecho, con

en realidad (65) (66). Pero la opinión es unánime en un punto: las relaciones de vecindad son restricciones (llámense límites o limitaciones) internas del derecho de propiedad, específicamente de la propiedad inmobiliaria, que obo-

el consiguiente reflejo en el ejercicio del mismo, pero no con carácter general, sino ante determinadas situaciones en las que interviene directamente el ordenamiento jurídico para prevenir y resolver conflictos de intereses, bien con el fin de subordinar el interés privado al público o bien con el de conciliar los propios intereses privados. Las limitaciones son, pues, normales como los límites, pero carecen del grado de generalidad de éstos. El gravamen o derecho real limitado es, al tiempo que limitado, limitativo de la propiedad de la cual se nutren. Las relaciones de vecindad son, a juicio de este autor, limitaciones legales de la propiedad.

(65) Hay autores, en efecto, que hablan indistintamente de límites o limitaciones. Así, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. III, pp. 164 a 171, apuntan que los límites al dominio tienen su fuente en la función social. Después, en un apartado llamado «Las limitaciones de la propiedad», se refieren a las fuentes de estos «límites» (parece que usan los términos indistintamente) y los clasifican en límites o limitaciones legales (art. 348 C.C.) que, en todo caso, habrán de respetar el contenido esencial de este derecho (art. 53.1 C.E.), y límites genéricos. Entre los primeros, están los derivados de las relaciones de vecindad; los segundos, se concretan en la prohibición del abuso del derecho y el ejercicio de mala fe. Estudian también, dentro de este apartado, aunque sin clasificarlos, el *ius usus inocui* y a la responsabilidad por razón del dominio. De forma parecida, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., vol. II, pp. 108 y 116, distingue entre las limitaciones genéricas, que proceden de la propia naturaleza de la propiedad y constituyen límites intrínsecos de este derecho, y las específicas de la propiedad inmueble, impuestas por el objeto sobre el que recae el derecho y representativas de los límites extrínsecos de la misma. Los límites genéricos son la prohibición del abuso del derecho y la obligación de soportar la lesión a la propiedad de uno que otro pueda realizar impulsado por un estado de necesidad, aunque respondiendo del daño al propietario. Entre los límites específicos del derecho de propiedad, incluye las relaciones de vecindad, debidas al interés privado.

Parece que, para estos autores, la distinción entre límites y limitaciones no tiene sentido. Al menos para Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, que expresamente la rechaza. «Es claro —observa este autor en «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *R.D.U.*, 1971, pp. 21-22— que si el contenido del dominio resulta fijado sólo negativamente, la distinción entre límites y limitaciones se desdibuja completamente. La distinción sólo sería posible si un contenido previo del derecho estuviera fijado positivamente. En tal caso, cualquier reducción de dicho previo contenido positivo sería una limitación. Por otra parte, hay que destacar que tanto la distinción como el concepto de «límites-confines» y de «limitaciones-reducciones» se coloca sobre el criterio de la «normalidad». Se habla de un «contenido normal del derecho de propiedad» o de un «punto normal hasta donde llega el poder del dueño» (...) Resulta sumamente difícil comprender de entrada esta idea. Si normal es aquello que se produce de acuerdo con una norma, es evidente que cualquier posible contenido del derecho de propiedad es «normal». Si lo normal se toma en un sentido vulgar como lo frecuente, lo probable o lo admisible, tanto desde un punto de vista legislativo como desde un punto de vista de técnica jurídica, se está diciendo muy poco. En el fondo se está haciendo una vaga alusión a un ideal de vida, encuadrable tan sólo dentro de categorías abstractas como los principios generales del derecho, la naturaleza de las cosas u otras análogas. En alguna medida, podría existir un atisbo de la distinción en la contraposición entre los regímenes jurídicos genéricos y los regímenes jurídicos específicos singulares. Ahora bien, el régimen jurídico genérico no podrá ser nunca el que corresponde a un abstracto y químicamente puro derecho de

decen a razones de interés privado (67); las servidumbres, por el contrario, son restricciones externas del dominio.

Los autores ponen de relieve las siguientes diferencias entre las relaciones de vecindad y las servidumbres:

1) Las relaciones de vecindad son una limitación normal del dominio: contribuyen a configurar el contenido de este derecho, al contrario que las servidumbres, que suponen una derogación al régimen general de la propiedad (68).

Consecuencia de este rasgo de las relaciones de vecindad es que las normas civiles sobre la materia no tienen carácter excepcional y, por tanto, pue-

propiedad, sino la normativa general que regula los derechos de propiedad que recaigan sobre bienes de un determinado tipo (v. gr., la tierra, las aguas, las minas, los bienes inmateriales). Un régimen jurídico singular (*ius singulae*) existiría tan sólo cuando concretos e individualizados bienes se apartaran de la regulación general del tipo. Por ejemplo, los yacimientos de hidrocarburos de la legislación general de minas o pozos practicados en Canarias en la legislación general de aguas subterráneas. En la situación actual, sin embargo, en nuestra legislación, en nuestra doctrina, una diferencia entre límites y limitaciones no parece que posea ningún sentido especial».

(66) Interesa hacer una precisión respecto de los llamados límites genéricos del derecho de propiedad, ya apuntada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 125. La prohibición del abuso del derecho y el *ius usus inocui* son, efectivamente, límites aplicables al derecho de propiedad, pero lo son en cuanto límites generales de cualquier derecho, no en cuanto derivados de la naturaleza misma del dominio, a pesar de que así lo afirmen prestigiosos autores. En este sentido, la S.A.P. de Segovia de 13 de diciembre de 1991, A.C., 1992-4, @ 550, declaró que «la propiedad, como todo derecho subjetivo, tiene unos límites genéricos (los que prohíben el abuso del derecho y la mala fe, artículo 7 C.C.)...» (el subrayado es mío).

(67) La S.T.S. (Civil) de 17 de febrero de 1968, R.Ar. 1111, afirmó, en esta línea, que las relaciones de vecindad imponen limitaciones al derecho de propiedad, distintas de las servidumbres, en aras de una buena y armónica convivencia vecinal, con carácter permanente de reciprocidad. Asimismo, la S.A.P. de Segovia de 28 de mayo de 1993, Ar.C., 1993, ref. 957, declaró que «la vecindad o continuidad de los predios impone a sus titulares una serie de limitaciones para hacer posible el ejercicio pacífico del derecho de propiedad de los vecinos. La regulación de las relaciones de vecindad representa la más antigua manifestación del carácter limitado de la propiedad, constituyendo un límite privado, impuesto en interés particular, que se integra en el régimen normal del derecho de propiedad, y que se funda en la necesidad de compatibilizar el derecho de propiedad limitado con el derecho de propiedad igual o paralelo que ostentan los titulares de fundos próximos o colindantes».

También la función social de la propiedad es un límite intrínseco de este derecho. En palabras de LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional...*, cit., p. 71, este criterio tiene una «eficacia delimitadora del contenido normal de este derecho»; ahora bien, como también advierte este autor, esta delimitación obedece a razones de interés general, a diferencia de los límites derivados de las relaciones de vecindad, que resultan de razones de coordinación de los intereses privados de los vecinos.

(68) V., en este sentido, S.A.P. de Segovia de 13 de diciembre de 1991, A. C., 1992-4, @ 550.

den ser interpretadas analógicamente. De otra parte, constituyendo las relaciones de vecindad el derecho común de la propiedad, pueden ser modificadas por voluntad de las partes en ellas afectadas. Cabe, por consiguiente, la renuncia a la exigibilidad del deber procedente de las mismas. Ahora bien, conviene puntualizar dos cosas:

a) Será así siempre que se trate de intereses privados en sentido estricto, no cuando se protejan intereses públicos; en este caso, la norma sobre relación de vecindad es imperativa y no es posible la derogación del régimen legal (69).

b) El convenio entre vecinos puede dar lugar a una nueva ordenación de sus relaciones o al nacimiento de una servidumbre: en el primer caso, las limitaciones convenidas sustituyen a las legales, pero se mantienen en el ámbito de la «normal» ordenación de la propiedad inmobiliaria, mientras que en el segundo derogan este régimen legal (70). La derogación de toda limitación derivada de la vecindad lleva consigo la creación de una servidumbre, y la supresión de una servidumbre reintegra el dominio a su contenido normal (71).

2) Las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad colocan a las fincas en una posición de igualdad y establecen derechos y deberes recíprocos

(69) HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, pp. 99-100; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno...*, cit., p. 285; MAS BADÍA, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., p. 182; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 24.

(70) FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., p. 134. La diferencia entre ambas hipótesis está, como señala este autor, en la conservación de la reciprocidad de las limitaciones en el primer caso y en su ruptura en el segundo, al establecer una relación de subordinación entre los predios. En esta línea, la S.T.S. (Civil) de 30 de diciembre de 1995, *R. Ar.* 9661, en un supuesto de demanda de derribo de ciertas construcciones realizadas sin respetar la distancia legal, afirmó que «*los colindantes son libres de regular su colindancia por su voluntad, y sólo en defecto de pactos entran en juego las relaciones de vecindad legales*».

(71) Así lo cree GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 79, quien afirma que «esta regulación voluntaria de las «relaciones de vecindad» en cuanto rectifica aquella posición normal que el dominio de las cosas ha de tener cuando en su ejercicio entran en juego intereses vecinales que al ordenamiento jurídico toca reglamentar, si no le da contenido recíproco dará lugar a una servidumbre y ello porque en un sentido o en otro, tal supondrá una ampliación de las facultades dominicales de un vecino con respecto al otro que le vendrá a representar una restricción de aquella primitiva recíproca posición en la que estaba». En términos parecidos, CARAVELLA, R., *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano*, Roma, 1971, p. 13, y FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., p. 134. La S.A.T. de Madrid de 9 de diciembre de 1988, *R.G.D.*, 1989, n. 534, pp. 1401 y ss., apunta esta idea cuando afirma que el art. 586 C.C. obliga al propietario de un edificio a construir sus tejados o cubiertas de manera que no dañen al predio contiguo, y que «[p]ara eximirle de esta obligación necesita ostentar un derecho real de servidumbre que obligue al predio sirviente a soportar la recepción de dichas aguas...».

o bilaterales; así cada propietario compensa el sacrificio del propio derecho con la ventaja que deriva del sacrificio correlativo del derecho del vecino. Las servidumbres, en cambio, aunque sean forzosas, colocan a una de las fincas en una posición de subordinación respecto de la otra (72).

La bilateralidad o reciprocidad de los derechos de vecindad no implica su interdependencia, sino que cada propietario puede exigir el respeto del suyo aun cuando por su parte no haga lo propio con el del vecino (73).

3) Como consecuencia de las dos diferencias anteriores, surge una tercera. Los límites derivados de las relaciones de vecindad no hacen nacer un derecho a ser indemnizado en el vecino que sufre la restricción ni un deber de indemnizarle en el vecino que se beneficia de ella (salvo cuando hay una transgresión de los límites). Esto es lógico, ya que las relaciones de vecindad, en la medida en que son límites normales al derecho de propiedad, no suponen una merma de sus facultades, sino que configuran su contenido normal; también la reciprocidad justifica la ausencia de indemnización, puesto que, siendo el sacrificio de ambos fundos recíproco, el de uno se compensa con el del otro. En las servidumbres, por el contrario, es preciso indemnizar al propietario de la finca que ocupa una posición subordinada, como justa compensación a la reducción del contenido normal de su derecho de propiedad en beneficio del fundo dominante.

(72) En este sentido, la S.A.T. de Palma de Mallorca de 6 de abril de 1984, *R.G.D.*, n. 487, 1985, p. 1172, estimó que la limitación convencional, establecida en un contrato de compraventa de un solar, de no realizar edificaciones que obstaculizasen las vistas al mar de las fincas vecinas, era una limitación «que afectando por igual a todas las fincas que vendidas por el actor se hallan en la calle ... sitúa a ésta en un plano de igualdad y reciprocidad generador de correlativos derechos y obligaciones para sus propietarios los cuales igual que no pueden, por expresa prohibición contractual, realizar obras que obstaculicen las vistas de los demás titulares vecinos, tienen, pues la expresada reciprocidad les asiste, el derecho de pedir que no se ejecuten las que contraríen tal limitación y, caso contrario, de solicitar que se retire lo levantado al objeto de que el ejercicio dominical se acomode a las transcritas limitaciones existentes». Posteriormente, la S.A.P. de Pontevedra de 8 de julio de 1991, *R.G.D.*, n. 573, 1992, p. 6052, distinguió entre una limitación del dominio, «en la que no hay fundo dominante y sirviente y que afecta por igual a todas las fincas colindantes» y una servidumbre, en la que, por lógica, ocurre lo contrario. Cabe citar, asimismo, la S.A.P. de Segovia de 13 de diciembre de 1991, *A.C.*, 1992-4, @ 550, y la S.A.P. de Asturias de 27 de octubre de 1992, *Ar.C.*, 1992, ref. 1508, que afirmó que «las relaciones de vecindad en su más amplia significación suponen entre los vecinos a que hacen referencia, manifestaciones de respeto, recíproco reconocimiento o de armonización en su convivencia, de autolimitaciones mutuas en el ejercicio de sus derechos subjetivos privados...». Las mismas consideraciones se encuentran, respecto de los arts. 591 y 592 C.C., en la S.A.P. de Cantabria de 28 de abril de 1998, *A.C.*, n. 15, 1-15 de agosto de 1998, @ 622.

(73) No se puede aplicar, como observa GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «Las relaciones de vecindad», *cit.*, p. 72, el principio *inadimplenti non est adimplendum*, que rige en materia contractual.

4) Los límites resultantes de las relaciones de vecindad son inherentes al dominio, de forma que no nacen separadamente de él, sino *uno actu*, por lo que no hay un específico título de adquisición del poder para exigir su cumplimiento por parte del vecino; ese título reside en el derecho mismo de propiedad. De ahí que no sea necesario un acto específico de constitución, pues estos límites surgen directamente de la ley. Las servidumbres, incluso las legales, no nacen directamente de la ley, sino que requieren un acto de constitución, a partir del cual existen (otra cosa es que, después de su nacimiento, la servidumbre sea inseparable del fundo al que grava).

5) Las límites derivados de las relaciones de vecindad son imprescriptibles, aunque prescriben las acciones derivadas de la no observancia de las obligaciones que de ellos emanan. Las servidumbres, en cambio, prescriben por el no uso durante el tiempo establecido por la ley.

Surge la duda, en este punto, acerca de si puede el propietario vecino adquirir por usucapión una servidumbre de contenido contrario a la relación de vecindad y excluyente de ésta, si persiste durante veinte años en la inobservancia de los deberes inherentes a la limitación impuesta por relaciones de vecindad. En caso afirmativo, sería una forma indirecta de prescripción de las relaciones de vecindad. Algunos autores opinan que sí, mientras que otros se inclinan por una respuesta negativa, porque «el uso invocable a los efectos de la usucapión sólo es el efecto reflejo del no uso, y si el no uso no produce la extinción, parece contradictorio que el uso (indebido) produzca la adquisición por usucapión de una servidumbre excluyente de la relación de vecindad. A lo sumo podría verse en el no uso una renuncia de concurrir los requisitos propios de ésta; pero entonces estaríamos ante la modificación del régimen legal por obra de la renuncia y no propiamente ante la adquisición por usucapión de una servidumbre» (74).

(74) HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 100. Coincide con él FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente urbano...*, cit., p. 61, que sostiene que «el transcurso del tiempo y la eventual tolerancia del sujeto pasivo no consolidan una situación de servidumbre, que, si es formalmente afirmada en perjuicio del que ha de soportar dicha situación, puede y debe ser destruída por los Tribunales ordinarios».

Entre quienes desfienden la opinión contraria están GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *R.C.D.I.*, 1992, p. 1596, y FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., p. 136. Respecto del derecho italiano, MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 284, y ALBANO, R., «Le limitazioni legali della proprietà», en *Trattato di Diritto Privato* (dir. por RESCIGNO, P.), vol. VII, 1, Utet, Turín, 1982, p. 567, para quienes es admisible la adquisición por usucapión, por parte del propietario vecino, de una servidumbre de contenido contrario al del derecho del vecino.

En la S.A.P. de Pontevedra de 8 de julio de 1991, *R.G.D.*, n. 573, 1992, pp. 6051 y ss., se planteó la posibilidad de usucapir una servidumbre contraria al límite establecido por el art. 591 C.C. Este precepto, como sabemos, prohíbe plantar árboles o arbustos cerca de un inmueble ajeno a menos distancia de la autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar, y, en su defecto, a menos de dos metros de la línea divisoria de las

6) Los límites derivados de las relaciones de vecindad no hay que probarlos, sino que basta con invocar, en su caso, la norma jurídica que los establece. En cambio las servidumbres no se presumen y han de probarse, porque la propiedad se considera, en principio, libre de gravámenes, y a quien los invoque a su favor corresponde la carga de la prueba cumplida de su existencia.

7) Las limitaciones vecinales protegen los intereses ligados a la buena convivencia y al uso tolerable de las fincas vecinas, pero no atribuyen un derecho real; en ellas existe un conglomerado de elementos reales y obligacionales. Las servidumbres, por contra, son derechos reales (75).

heredades vecinas, si se trata de árboles altos, y a menos de cincuenta centímetros si la plantación es de árboles bajos o arbustos. En el supuesto litigioso, la demandante pedía que se arrancase un pino, plantado en la finca de los demandados, a una distancia de un metro noventa centímetros de la línea divisoria con la finca de aquélla. El juez de primera instancia no estimó la demanda, sin embargo, porque consideró que los demandantes habían adquirido por usucapión un derecho de servidumbre; a lo que entendía el juez, comoquiera que el pino en cuestión tenía más de cuarenta años de antigüedad, había transcurrido de sobra el plazo de veinte años que el art. 537 exige para la usucapión de las servidumbres continuas y aparentes. La S.A.P. de Pontevedra se manifestó en contra de este entendimiento. En primer lugar, estimó que la conclusión de la sentencia apelada implicaba la consideración de la restricción dispuesta por el art. 591 C.C. como una servidumbre positiva, lo que no es correcto, pues, a su juicio, se trata de una servidumbre negativa; por tanto, según el art. 538 C.C., el plazo de prescripción debería haber empezado a contar desde que hubiera habido acto obstativo por parte del propietario del predio sirviente, circunstancia de la que no existía constancia. Por consiguiente, no se había producido la pretendida usucapión de la servidumbre. A la misma conclusión habría de llegarse —añadía la sentencia— si se estimase que lo dispuesto en el art. 591 C.C. no es una servidumbre, sino una «limitación del dominio interna y recíproca, en la que no hay fundo dominante y sirviente y que afecta por igual a todas las fincas colindantes, sin que quepa aplicar por lo tanto el régimen de las servidumbres ni de la prescripción».

(75) V., en relación con las diferencias expuestas entre relaciones de vecindad y servidumbres, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, p. 228; GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 67 y ss.; PUIG PEÑA, *Compendio...*, cit., t. II, pp. 129-130; GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría de la immissio*, cit., p. 11; ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 365; MORENO FLÓREZ, «Relaciones de vecindad...», cit., p. 207; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., vol. II, p. 117; HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, pp. 99-100; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. III, p. 166; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 260; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno...*, cit., p. 285; MAS BADÍA, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., pp. 179-180; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 43-44; FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., pp. 133-139; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 22 y ss. Y en la doctrina italiana, BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil* (trad. esp. y notas de GARCÍA DE HARO), Bosch, Barcelona, 1955, p. 29; FAVARA, E., «Servitù prediali e limitazioni legali della proprietà nascenti dai rapporti di vicinato», *Riv. giur. ed.*, 1960, I, p. 496; SCALERA, «Nota Cass., 5 de mayo de 1960», cit., pp. 170 y ss.; MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 284; BIONDI, B., *Las servidumbres* (trad. y anotaciones de Derecho español por GONZÁLEZ PORRAS, J. M.), Edersa, Madrid, 1978, p. 1320; ALBANO, «Le limitazioni legali de la proprietà», cit., p. 569.

Con base en las anteriores consideraciones, que comparto, se pueden señalar algunos supuestos que han sido incorrectamente insertados en sede de servidumbres, cuando en realidad son límites derivados de las relaciones de vecindad: la obligación de soportar la caída de las aguas que descienden naturalmente y sin obra del hombre por los predios superiores (art. 552); los límites respecto de luces y vistas (arts. 581 a 585) (76); los derivados del desagüe de edificios o vertiente de tejados (arts. 586 y 587) (77); las distancias y obras necesarias para ciertas construcciones y plantaciones (arts. 590 y 591) (78); el corte de ramas y raíces sobre propiedad ajena (art. 592) (79).

(76) La S.T.S. (Civil) de 17 de febrero de 1968, R. Ar. 1111, es clara en este sentido. El origen del recurso que resolvió fue el ejercicio de la acción negatoria por parte de un propietario contra su vecino, que había realizado una construcción con materiales trasladados que, según el actor, constituyan una servidumbre de luces encuadrable en los arts. 581 y 582 C.C. Frente a esta alegación del demandante-recurrente, el T.S. afirmó que el C.C. «no establece ninguna servidumbre legal de luces y vistas, y sí impone limitaciones al derecho de propiedad, reglamentando la posibilidad de tomar luces y poder ver entre predios vecinos cuando se trata de construcciones en límite con el predio ajeno, pues la relación de vecindad impone ciertas normas en aras de una buena y armónica convivencia vecinal, con un carácter absoluto, y permanente de reciprocidad». La reciente S.T.S. (Civil) de 16 de septiembre de 1997, R.Ar. 6406, abunda en esta idea. Según palabras textuales de la misma, «[l]os artículos expresados del Código Civil (se refiere a los arts. 580 y 581) regulan restricciones o limitaciones del derecho de propiedad para abrir huecos o ventanas en pared propia, (...). Se pretende, con estas limitaciones, contribuir al respeto de la privacidad, evitando una observación directa, por medio de la vista, de lo que sucede en el predio colindante. El derecho a abrir los huecos o ventanas de referencia no deriva de ninguna servidumbre legal sino del mismo derecho de propiedad, aunque limitado en su ejercicio por relaciones de vecindad. Tal derecho coexiste con el correlativo del fundo contiguo a edificar libremente, e incluso, en el caso del artículo 581, a cubrirlos levantando pared aneja a la que tenga el hueco o ventilación». En la misma línea, S.A.P. de Valladolid de 8 de marzo de 1994, Ar. C., 1994-I, ref. 550.

(77) Como observa la S.A.P. de Toledo de 21 de enero de 1992, Ar.C., 1992, ref. 62, la «norma contenida en el art. 586 C.C., más que contemplar un verdadero supuesto de servidumbre de vertiente de tejados, o desagüe de edificios, como es el caso de los arts. 587 y 588 del CC, establece una prohibición o restricción de orden legal respecto a la configuración de la cubierta o tejado de un edificio y a la facultad de dar libre salida a las aguas pluviales caídas sobre el propio suelo, por razones de vecindad y con un criterio de reciprocidad, participando de la misma naturaleza jurídica que las limitaciones legales al dominio, por más que se establezcan en beneficio o interés de un predio vecino, a fin de impedir intrusiones molestas o dañosas». En la misma línea, S.A.P. de la Coruña de 16 de enero de 1998, R. G. D., 1998, n. 644, p. 6885 y ss.

(78) La reciente S.A.P. de Cantabria de 28 de abril de 1998, A.C., n. 15, 1-15 de agosto de 1998, @ 622, afirma que las normas contenidas en los arts. 591 y 592 C.C. «consagran auténticas limitaciones de dominio y no específicas servidumbres negativas y limitadoras del derecho de plantación correspondiente al dueño del predio. Los límites al ejercicio de tal derecho derivados de las normas reseñadas no se asientan sobre la especial idea de sujeción de un fundo a otro (nota característica y definitiva de las servidumbres prediales), con el correlativo otorgamiento de utilidades o aprovechamientos específicos en favor de una finca con menoscabo de otra, que padece singularmente las restricciones sino que se fundamenta en la genérica idea de adecuada regulación de

El Derecho foral ha tenido mayor acierto en este punto. La Compilación de Derecho Civil de Aragón, por ejemplo, divide el Libro III, dedicado al «Derecho de bienes», en dos Títulos: el I se destina a las relaciones de vecindad y en él se regulan la «inmisión de ramas y raíces» en la finca vecina (art. 143) y el «régimen normal de luces y vistas» (art. 144); el II contiene las normas reguladores de las servidumbres, entre las que se incluye la de luces y vistas (art. 145), separada claramente del régimen normal.

La Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, merece asimismo un juicio favorable. Consta de cuatro capítulos, que son: Capítulo I. «De la acción negatoria y las inmisiones»; Capítulo II. «Servidumbres»; Capítulo III. «Medianería de carga»; y Capítulo IV. «Relaciones de vecindad». En este último, se regulan: la obligación de recibir las aguas pluviales que llegan naturalmente del predio superior (art. 37); los límites respecto de luces y vistas (art. 40); las distancias que deben respetarse para construir pozos (art. 39) o plantar arbustos o árboles cerca de un predio vecino (art. 41). Con ello, queda claro que el legislador

las relaciones de vecindad, imponiendo idénticas restricciones y limitaciones a todos los fundos que se encuentran en igual situación al supuesto de hecho legalmente previsto, carente, en consecuencia, de la concesión de una ventaja o utilidad concreta a uno de ellos en perjuicio de otro o los restantes».

(79) A estas hipótesis, que todos coinciden en estimar como relaciones de vecindad y no como servidumbres, algunos autores añaden otras; en especial, la obligación de consentir el paso necesario (temporal) de materiales o la colocación de andamios u otros objetos en la finca propia, cuando fuese necesario para construir o reparar algún edificio, prevista en el art. 569 C.C. (ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., vil. II, p. 120; ALBALADEJO GARCÍA, *Curso...*, cit., t. III, p. 172, que mantiene su opinión en *Compendio...*, cit., p. 339; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. III, p. 167; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., t. III, vol. I, p. 266; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 262; y ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 18. La razón es —afirma esta autora— el carácter meramente temporal de la relación, que determina la falta de la perpetua causa para la constitución de una servidumbre. Pienso, por el contrario, que si bien las servidumbres son generalmente permanentes, ello no es un requisito esencial de esta figura, como sí lo es el pago necesario de una indemnización al propietario del fundo sirviente, presente en la servidumbre temporal de paso). También se ha sostenido, en ocasiones, la inclusión de la medianería entre las relaciones de vecindad (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. I, p. 250; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 127; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. III, p. 167); pero, a mi juicio, la medianería ni es una servidumbre, ni es un límite de los que conforman las relaciones de vecindad; es una comunidad especial sobre un elemento (valla, seto, zanja, pared, etc.) que separa dos fincas y que pertenece a los propietarios de las mismas. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad...*, cit., p. 83, defiende, como supuesto de relaciones de vecindad, el de los límites impuestos a los predios ribereños en interés general de la navegación, flotación, pesca y salvamento; sin embargo, el hecho de obedecer a causa de interés público y general excluye, a mi modo de ver, su configuración como tales.

catalán considera estos supuestos, no como servidumbres, sino como límites a la propiedad inmobiliaria (80).

La Compilación del Derecho civil foral de Navarra advierte, en la Ley 394, que las servidumbres no deben confundirse con las que denomina «limitaciones legales por razón de vecindad». Sin embargo, sus criterios de distinción entre ambas categorías no coinciden del todo con los expuestos, ya que, si bien ubica correctamente ciertos supuestos en el Capítulo II, Título I, Libro II, destinado a las «limitaciones de la propiedad» (así, la inmisión de ramas y raíces, el cerramiento de fincas, la edificación en colindancia con eras), otros, como la apertura de huecos para luces, por mera tolerancia, los coloca entre las servidumbres (en el Cap. I, Título I, Libro III).

2. SUPERACIÓN DEL PLANTEAMIENTO TRADICIONAL: LAS RELACIONES DE VECINDAD COMO CONJUNTO DE FACULTADES Y LÍMITES AL EJERCICIO DE CUALQUIER DERECHO DE USO Y DISFRUTE SOBRE BIENES INMUEBLES CONTIGUOS O PRÓXIMOS

Indudablemente, las relaciones de vecindad constituyen un límite al ejercicio del derecho de propiedad; pero, a lo que entiendo, no son sólo eso, sino que su contenido es más rico que el que se desprende de la apuntada configuración. Este contenido se manifiesta en tres aspectos fundamentales: 1) Una situación de vecindad entre fincas; 2) La ocupación estable de dichas fincas por personas, físicas o jurídicas, que serán, por extensión, vecinos; 3) La realización de determinadas actividades por esas personas, en el ejercicio de sus derechos, que repercuten en las del vecino o en sus derechos; en otras palabras, la existencia de relación entre los respectivos derechos de los vecinos.

(80) Lo mismo cabe decir, según EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Barcelona, 1994, p. 98, del Capítulo I, cuyo art. 3, apartado segundo, que impone un límite a la propiedad, representado por la obligación que tiene todo propietario de tolerar las inmisiones de una finca vecina, si éstas son inocuas o causan perjuicios no sustanciales. Se trata de una restricción recíproca en las facultades de los dueños de las fincas vecinas, que determina el contenido normal de los derechos de propiedad de cada uno. En los apartados siguientes, sin embargo, comoquiera que establecen la obligación de soportar, en determinados supuestos, también inmisiones sustanciales, el citado autor estima que ya no hay un límite normal, inherente al contenido del derecho, sino una modificación de dicho contenido; es decir, limitaciones de la propiedad, que llevan aparejada la correspondiente indemnización. Estas limitaciones corresponden, a lo que cree este autor, a servidumbres forzosas, obedecen a interés público, representado en este caso por el «favor de la industria» (que no del industrial, pues en tal hipótesis, sería interés privado el protegido) y operan *ipso iure*, sin necesidad de un específico título de adquisición por el empresario para que pueda exigir la tolerabilidad del predio vecino.

2.1. *La vecindad entre fincas*

No es necesario, en principio, para hablar de vecindad, que las fincas sean colindantes; basta con que sean próximas (81). Digo en principio porque hay supuestos en los que sí es precisa la situación de contigüidad o colindancia entre los fundos, por la misma naturaleza de la hipótesis (por ejemplo, el desagüe de edificios, art. 586 C.C.); en otros casos, en cambio, es suficiente una mera proximidad o cercanía, como ocurre en el supuesto de las inmisiónes, dado que la propagación y penetración de humos, olores, etc., puede tener lugar sin necesidad de que las fincas sean limítrofes. En realidad, como señala cierto autor, la valoración de la proximidad es extraordinariamente variable y cambiante, ya que depende del grado de influencia que la utilización de un bien pueda ejercer sobre otros bienes. Y ese grado de influencia, a su vez, depende, no sólo del destino de un bien determinado, sino también del de aquellos otros bienes que resulten afectados, así como del tipo de inmisión de que se trate (82).

(81) Durante mucho tiempo, como resalta NICOLAS, M. F., «La protection du voisinage», *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 678, los conflictos vecinales se concebían sólo entre dos fundos que lindaban entre sí y en presencia de dos propietarios. Pero con el tiempo, se ha aceptado que la vecindad equivale a proximidad, que no es sinónimo de contigüidad. Evidentemente, cuanto más cercanos sean los fundos, mayor será la posibilidad de que se produzcan injerencias, pero eso no significa que sea necesaria la colindancia. En este sentido, WOLFF, M., en ENNECERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, t. III, vol. 1 (trad. esp. con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ, B./ALGUER, J.), 3ª ed. por PUIG BRUTAU, J., Bosch, Barcelona, 1971, p. 339; CABALLERO, F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, p. 202; MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, t. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 173; y ROBERT, A., *Les relations de voisinage*, Sirey, París, 1991, p. 108, que liga la extensión espacial de las injerencias de humos, olores, ruidos, etc., a los progresos técnicos.

La jurisprudencia francesa, incluso antes que la doctrina, ha defendido esta idea. Así, T.G.I. Niza, 9 de diciembre de 1964, *D.*, 1965, *Jur.*, nota DERRIDA, F.; *Cass.*, 8 de mayo de 1968, *D.*, 1968, *Jur.*, p. 610; *Cass.*, 17 de diciembre de 1974, *D.*, 1974, *Jur.*, p. 441, nota LARROUMET, C., en la que se afirmó que todos los habitantes de un barrio tienen legitimación activa para ejercitar una acción de resarcimiento, si demuestran haber sufrido un daño. La ampliación geográfica del ámbito de la vecindad en Francia es tal que ha dado lugar a la elaboración, por parte de la jurisprudencia, de un nuevo concepto, el de *trouble d'environnement*, ligado a la posibilidad de tutelar el medio ambiente a través del Derecho civil y, según GIROD, A., *La réparation du dommage écologique*, París, 1974, pp. 90 y ss., y CABALLERO, *Essai sur...*, *cit.*, pp. 90 y ss., llamado a sustituir al tradicional *trouble de voisinage*.

(82) HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, p. 92. Comparten la opinión de este autor AMAT LLARI, M. E., «La regulación de las inmisiónes en el Código Civil», en *Centenario del Código Civil* (Asociación de Profesores de Derecho Civil), t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 77; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 57; y EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria...*, *cit.*, p. 96. Para el último autor citado, la vecindad a los efectos de la aplicación de la ley catalana 13/1990 coincide con el ámbito o zona de influencia de los efectos de la actividad que se desarrolla; esta

2.2. *La cualidad de vecino*

La realidad material o física que es la finca o fundo constituye, como se ha visto, la base de las relaciones de vecindad; pero dado que se trata de una relación jurídica —afirma HERNÁNDEZ GIL—, no puede prescindirse de las personas, «pues en modo alguno cabe una relación expresada (y agotada) exclusivamente por los objetos. El derecho toma siempre en consideración, de modo directo o indirecto, la conducta humana. Los problemas que suscitan las relaciones de vecindad se dan principalmente en el plano del ejercicio de los derechos» (83).

circunstancia es todavía más patente —dice este autor— en el caso de inmisiones, dado que se trata de imponderables: «en materia de inmisiones la colindancia es sustituida por el requisito de la utilidad, bastará por ello que dos fincas se encuentren en una relación espacial tal que pueda explicarse la influencia de una sobre otra». ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar (Comentario a la S. Tribunal Supremo Federal alemán de 10 de diciembre de 1987)», *A. D. C.*, 1990, p. 1231, por su parte, habla de relación directa entre el fundo emisor y el fundo afectado por las inmisiones para expresar la misma idea de influencia de la actividad desarrollada en una finca sobre otra. Y FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», *cit.*, p. 131, por último, subraya que merecen la calificación de vecinas aquellas fincas que, por razón de su distancia, puedan verse sometidas en su normal utilización a mutuas y recíprocas interferencias.

Para GAMBARO, A., *Il diritto di proprietà*, vol. VIII, t. 2, del *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. por CICU, A. y MESSINEO, F. y continuado por MENGONI, L.), Giuffrè, Milán, 1995, pp. 497-498, el dato clave es establecer un nexo causal entre la emisión que procede de un fundo y la inmisión que sufre otro: vecino no significa contiguo, sino que la conducta subsiste en la misma medida en que subsiste el nexo de causalidad entre la conducta del inmitente y el hecho dañoso padecido por el inmitido.

(83) HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, *cit.*, t. 4, pp. 91-92. También GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, *cit.*, p. 9, con quien expresa su acuerdo MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada...*, *cit.*, p. 122, concibe las relaciones de vecindad reguladas por el Derecho como relaciones jurídicas. Observa este autor que no toda relación por motivos de vecindad tendrá la consideración de jurídica, y aún teniéndola, no será constitutiva de las que propiamente se deben configurar como «relaciones de vecindad». Sólo las que reúnan una triple cualidad podrán calificarse como tales y pertenecerán a la categoría de las relaciones jurídicas; estas tres cualidades son las siguientes: a) Ser relación jurídica, «es decir, que dados los intereses contrapuestos en juego, al derecho interesa regular»; b) Emanar de razones de vecindad, entendida ésta como la situación en la que se encuentran aquellas personas que viven en los distintos pisos, cuartos o viviendas de una misma casa, sean propietarios, inquilinos o meros ocupantes con cualquier título, o en viviendas que constituyendo edificaciones independientes, colindan o se hallan contiguas unas a otras, o relativamente próximas, y por traslación también las propias fincas contiguas unas a otras o próximas; y c) Afectar o hacer referencia al necesario mantenimiento de una buena y fecunda convivencia vecinal en aquellas actividades domésticas de las personas, como necesaria en un orden privado a la convivencia o coexistencia social.

En contra, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, *cit.*, vol. I, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, pp. 215-216, para quienes las llamadas «relaciones de vecindad» son meras relaciones de interconexión o de contacto interpersonal que el

Queda claro, pues, que es necesaria la actitud de las personas que ocupan las fincas próximas o contiguas. Estas personas no son sólo los propietarios, sino también los arrendatarios, los usufructuarios, y en general, cualquier titular de un derecho fructivo sobre un bien inmueble; todos ellos ven sujetos sus respectivos derechos a determinados límites por razones de vecindad; por tanto, más que un límite del derecho de propiedad, las relaciones de vecindad constituyen un límite general, por razones de proximidad, al ejercicio de todos los derechos de uso y disfrute de los bienes. Cuando el causante de la molestia sea el propietario de una finca vecina a otra, será límite al ejercicio del derecho de propiedad; cuando sea el usufructuario del bien, será límite al ejercicio del derecho de usufructo; etc. (84). En este sentido, la S.A.P. de

Derecho regula, y no relaciones jurídicas, ya que una relación sólo es jurídica cuando es cauce para la realización de funciones económicas o sociales.

Entiendo, con los autores citados en último lugar, que no basta con que el Derecho atribuya ciertos efectos jurídicos a una relación social o vital para que ésta constituya una relación jurídica, sino que ha de ser cauce idóneo para la realización de una función económica o social merecedora de tutela jurídica. Pero creo que las «relaciones de vecindad», en sentido jurídico, cumplen una función social, digna de protección jurídica, cual es la de ordenar la convivencia, por lo que cabe su consideración como relaciones jurídicas.

(84) GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho como principio informador de las relaciones de vecindad», *Revista de Derecho español y americano*, 1968, p. 41; también en *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 10, donde sostiene que el contenido de las relaciones de vecindad abarca, no sólo las derivadas entre personas propietarias de fundos colindantes o contiguos y por razón de esta continuidad, con repercusiones puramente patrimoniales, sino también las que tienen lugar exclusivamente entre personas, sean o no propietarias, por el simple hecho o circunstancia de ser vecinas, y en cuanto sus actos tengan repercusión, personal o patrimonial, de orden privado. En el mismo sentido, ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 363; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., vol. III, t. I, p. 332; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno...*, cit., p. 278; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio...*, cit., t. III, p. 101; MORENO FLÓREZ, «Relaciones de vecindad...», cit., p. 204; FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., p. 130; y ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 49, y «Comentario a la S.T.S. de 7 de abril de 1997», *C.C.J.C.*, n. 44, 1997, p. 848.

STARCK, B., «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, p. 486, de forma similar, afirma que el problema no se plantea entre propietarios, sino entre vecinos, cualquiera que sea su título de ocupación de los inmuebles. Hay un conflicto entre ciertas libertades de uno y ciertas libertades de otro, en el que la cualidad de propietario no tiene relevancia alguna. SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, París, 1951, p. 90, por su parte, afirma que las relaciones de vecindad «pueden nacer dentro del vagón de un ferrocarril, en las butacas de una sala de espectáculos, entre gentes que no pretenden ningún derecho de propiedad. Se presentan entre arrendatarios, entre usufructuarios, que habitan unos al lado de otros, tanto como entre propietarios. Pero hace falta reconocer que las dificultades de la vecindad se vuelven más duraderas y consecuentemente más agudas, por la posesión y uso de dos inmuebles vecinos».

Los casos que llegan a nuestros tribunales tienen como protagonistas, la mayor parte de las veces, a propietarios; pero no faltan los supuestos en los que demandante o demandado son titulares de otro derecho de uso y disfrute de los bienes inmuebles. En la S.T.S.

Asturias de 27 de octubre de 1992 (85) afirmó que las relaciones de vecindad son «*relaciones entre personas por motivo o a través de las cosas, que no han de quedar circunscritas a las derivadas entre propietarios de fundos colindantes y contiguos o de uso común como en este caso sucede, sino también a las que tienen lugar exclusivamente entre ellas sean o no propietarias, por el simple hecho de ser vecinas*».

Es posible, incluso, que el causante de las molestias ocupe el inmueble vecino sin ostentar ningún derecho (el conocido supuesto de los «okupas»); pero tal caso no es encuadrable en el régimen de las relaciones de vecindad, toda vez que no se trataría de derechos en conflicto, y por tanto, la solución no vendría dada por el sacrificio recíproco y parcial de ambos.

Partiendo de las consideraciones anteriores, se han distinguido dos grandes categorías de relaciones de vecindad: las estrictamente personales y las debidas a la propiedad de fundos contiguos. Las primeras se dan «cuando el solo hecho de la vecindad sea causa de relaciones entre vecinos motivadas de intereses en lucha, de intereses contrapuestos o en fricción, consecuencia de los derechos de uso y disfrute naturales de la vida ordinaria, doméstica o profesional de un vecino, con los derechos subjetivos en la esfera a la que afecte aquella conducta que protege o salvaguarda el ordenamiento jurídico en relación con aquellos derechos subjetivos del otro, y que en nada hacen referencia a la condición de propietarios o no propietarios de los fundos en que unos y otros desarrollan aquella actividad correspondiente a la vida ordinaria; sin que tampoco aquellos derechos de actuación o de protección hagan referencia al derecho dominical de dichos fundos aunque sí lo sean de orden privado». En las segundas, por el contrario, entra en juego «la cualidad o condición de propietario, el título de propiedad entre los vecinos, y los conflictos precisamente emanan por causa de dominio; se trata aquí justamente de reglamentar las propias facultades derivadas del dominio haciéndolas compatibles con una buena vecindad entre los propietarios, no en cuanto éstos sean vecinos, sino en cuanto lo son los fundos de los que son propietarios» (86).

Hay quien prefiere hablar de relaciones de vecindad con significado o eficacia obligacional y relaciones de vecindad con significado o eficacia real. Con la primera expresión se designan las que solamente dan lugar a la indemnización del daño producido, y en las que la figura de la relación de vecindad se desdibuja, aunque la vecindad sigue contando. En ellas, el interés protegido

(Civil) de 7 de abril de 1997, *R. Ar.* 2743, por ejemplo, la demanda origen de la misma fue interpuesta conjuntamente por propietarios, usufructuarios y aparceros de diversas fincas afectadas por las emanaciones tóxicas procedentes de una vecina fábrica de productos químicos.

(85) *Ar.C.*, 1992, ref. 1508.

(86) GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 12-13.

de modo más inmediato es la persona. Las relaciones de vecindad con significado o eficacia real, por contra, son aquellas en que la exclusión (como manifestación del derecho de propiedad), la tolerancia (como deber limitativo de su ejercicio) y, en todo caso, la conformación del contenido de la propiedad deriva de la concurrencia de derechos que presupone la existencia de fincas colindantes o vecinas. Estas relaciones —se afirma— «tienen un modo de ser específico, suponen una determinada conformación real y con eficacia real, generando, según dicen algunos autores, una acción negatoria dirigida a evitar la transgresión y, en su caso, a restablecer la situación en que deben de encontrarse los bienes afectados». Como efecto complementario de la tutela de la relación de vecindad real, cabe, según esta opinión, una pretensión indemnizatoria si se ha causado un daño, pero es un efecto secundario. El interés protegido, en este caso, es la propiedad misma (87).

Entre las relaciones de vecindad con eficacia real se incluye el art. 590 C.C. En las de significado obligacional, el art. 1908 del mismo texto legal. Así parece ser, desde luego, si pensamos en la consecuencia de la violación de estos preceptos: ejercicio de la acción negatoria en el primero e indemnización de daños en el segundo. Si atendemos, sin embargo, al interés protegido por estas normas, me asaltan ciertas dudas, porque ni las distancias y demás precauciones que impone el art. 590 tratan de proteger únicamente la propiedad, ni los daños indemnizables según el art. 1908 tienen por qué ser personales, puesto que expresamente habla el precepto de daños «a las personas o a las propiedades». Creo, por consiguiente, que ambos preceptos tratan de tutelar tanto a las personas como a las fincas vecinas. Además, en los dos casos, se ofrece protección contra las inmisiones, respecto de la cual, la condición de propietario es, a mi modo de ver, irrelevante. Lo que importa es la actividad desarrollada por quien habita la finca de la que proceden las inmisiones y el perjuicio que dicha actividad produce para quien ocupa la vecina; que el título por el que se posean los bienes inmuebles sea un derecho de propiedad o no, carece de trascendencia. Ha de existir un título, sí; pero lo mismo puede ser el dominio que cualquier otro derecho, real o personal, de uso y disfrute, con tal que instaure una relación estable de su titular con la finca. En definitiva, lo relevante es la situación de vecindad entre los fundos y la relación estable de sus titulares con ellos, lograda mediante la titularidad de derechos de uso y disfrute sobre los mismos.

(87) HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, pp. 126 y 166-167. Subrayan el acierto de la distinción realizada por este autor SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 44-45; GARRIDO MELERO, «Reflexiones...», cit., p. 1556; y FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., p. 126.

2.3. *El aspecto relacional: interacciones entre los vecinos como consecuencia del ejercicio de sus respectivos derechos sobre las fincas*

Tenemos dos fincas próximas y dos titulares de sendos derechos frutivos sobre las mismas. El ejercicio concurrente de estos derechos es lo que provoca el conflicto, al colisionar las esferas de poder que albergan. La regulación de las relaciones de vecindad no tiene sentido cuando de ejercicio aislado de un derecho se trata, sino cuando el ejercicio de un derecho de uso y disfrute sobre una finca se relaciona con otro de la misma naturaleza sobre un fundo distinto (me refiero, cuando hablo de la misma naturaleza, no a que se trate del mismo tipo de derecho, por ejemplo, dos derechos de propiedad, dos de usufructo, etc., sino a que ambos contengan facultades de uso y disfrute sobre un bien inmueble) y de esta relación resultan invasiones recíprocas en las esferas jurídicas de ambos (88), o bien lesiones a otros derechos de los sujetos titulares de aquéllos (89).

Quizá convenga precisar esta última idea. A lo que entiendo, las relaciones de vecindad presuponen la influencia recíproca entre las actividades desarrolladas por los titulares de derechos, reales o personales, de uso y disfrute sobre bienes inmuebles vecinos. Pero no es preciso que dicha influencia se deje sentir sobre estos derechos, sino que puede afectar a otros derechos o intereses legítimos de los vecinos, como la salud.

(88) Esta idea ha sido puesta de relieve por SALVI, *Le immissioni industriali...*, cit., pp. 51-52. Este autor diferencia entre los límites del derecho de propiedad por interés público y los límites por interés privado, entre los que incluye las relaciones de vecindad: El límite por interés público—afirma— individualiza el modo de ser jurídico del bien y el ámbito de poder de goce del propietario, pero además, y sobre todo, designa las formas consentidas de utilización del bien. El límite por interés privado, en cambio, concreta el ámbito del poder de exclusión del propietario respecto de hechos típicamente conexos a la titularidad de un derecho subjetivo sobre un fundo vecino, de modo que lo que resulta regulado es, no el modo de ser absoluto, sino la interacción de estas relaciones subjetivas. Si bien este autor se refiere sólo al derecho de propiedad, la idea sirve para cualquier derecho de uso y disfrute sobre bienes inmuebles: las restricciones que se imponen a los mismos por razón de vecindad, obedecen a la existencia de un nexo entre ellos, de modo que se limitan los derechos en sus conexiones con otros.

(89) MESSINEO, *Manual...* cit., p. 283, sostiene, en esta línea, que las limitaciones que operan sobre las relaciones de vecindad tratan de asegurar la armónica coexistencia y la posibilidad del simultáneo ejercicio de varios derechos de propietarios singulares sobre inmuebles colindantes o próximos; o asegurar, indirectamente, necesidades elementales de la vida, como de luz, aire y agua, y beneficios a la agricultura o a la industria; o bien tutelar la higiene de los edificios. Y ALBANO, «Le limitazioni legali della proprietà», cit., p. 566, de forma parecida, defiende que el criterio inspirador de las limitaciones legales de la propiedad derivadas de las relaciones de vecindad, aun cuando se trate de tutelar intereses de sujetos privados, es siempre un criterio social, fundado en la exigencia de hacer posible y operante la coexistencia de dos o más fundos, la mayoría de las veces contiguos, a veces sólo vecinos.

2.4. Descripción aproximativa de las relaciones de vecindad

Considerando de forma conjunta los tres aspectos analizados, resulta la siguiente descripción de las relaciones de vecindad: relaciones que instauran un conjunto de facultades de exclusión y obligaciones de tolerancia recíprocas a los titulares de cualquier derecho de uso y disfrute sobre bienes inmuebles vecinos, entendiendo por tales los que se encuentran lo bastante próximos como para influirse mutuamente. Se trata de una concepción amplia de relaciones de vecindad, tanto en lo que al ámbito espacial se refiere como en lo que respecta a la cualidad de vecino, que choca con las definiciones tradicionales, que, con base en la concepción de las relaciones de vecindad como límites del derecho de propiedad, otorgan la condición de vecino sólo a los propietarios (90).

(90) Así, MARTÍN MATEO, R., «La penetración pública en la propiedad urbana», *R.C.D.I.*, 1972, p. 1233, que define las relaciones de vecindad como «aquellas delimitaciones del dominio determinadas por la necesidad de compatibilizar varias relaciones dominicales confluyentes en el mismo espacio». También las definiciones de GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 14, y de HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 89, se mueven en esta línea. Para el primero, las relaciones de vecindad son «aquellas relaciones a que da lugar, en la actuación ordinaria de la vida práctica de las personas, el ejercicio de sus derechos o facultades subjetivas que por el hecho de su vecindad o la de los fundos de los que son propietarios produzcan mutuas y recíprocas invasiones de las esferas de interés personal o patrimonial jurídicamente protegidos o dignos de protección, que hace preciso limitar, mediante su regulación o reglamentación por parte de la Ley en orden al mantenimiento de una necesaria y buena convivencia vecinal, factor esencial, dentro del concierto social»; HERNÁNDEZ GIL, de forma más breve, entiende que la expresión relaciones de vecindad «es un enunciado teórico utilizado para catalogar y explicar ciertas situaciones y efectos que tienen por base la contigüidad o la proximidad en que pueden encontrarse determinados bienes inmuebles, lo que da lugar, como consecuencia, a limitaciones concernientes al contenido y al ejercicio del derecho de propiedad».

Soprenden estas definiciones, ya que GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO y HERNÁNDEZ GIL forman parte del sector que propugna la superación de la tradicional visión restrictiva de las relaciones de vecindad como límites del derecho de propiedad y defiende su consideración como límite al ejercicio de cualquier derecho de uso y disfrute sobre fincas.

Una descripción más en consonancia con la concepción amplia, y similar a la que aquí se defiende, es la de FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las relaciones de vecindad...», cit., p. 128. Según este autor, las relaciones de vecindad se traducen «en un conjunto de límites o limitaciones al contenido de la propiedad inmobiliaria que, por exigencias de una ordenada convivencia, se establecen en interés de las propiedades contiguas o próximas y de cuantos por cualquier título disfrutan de ellas, y que, en su generalidad, definen el estatuto normal y ordinario del dominio y el ámbito de las facultades que lo integran». Abundando en la misma idea, afirma, en la p. 130, que «los límites y limitaciones, más que a la titularidad del dominio, conciernen a su ejercicio, esto es, a la actuación de las facultades que integran su contenido, afectando en consecuencia a cuantos por cualquier título, real u obligacional, participan de ellas». La conclusión es la misma: los límites derivados de la vecindad afectan a cualquiera que tiene facultad de uso y disfrute, ya sea por título real, ya por título obligacional, de predios vecinos; pero, a mi modo de ver, no porque estas

Hay quien, en el concepto de relaciones de vecindad, engloba también las normas y principios que las regulan (91). Más clarificador me parece, sin embargo, distinguir entre el conflicto y su regulación, y llamar al primero relaciones de vecindad y a la segunda Derecho de vecindad. El objeto y fundamento de este Derecho será, por consiguiente, la regulación de los derechos de exclusión y deberes de tolerancia de los vecinos, a fin de permitir la coexistencia pacífica de sus respectivas esferas jurídicas, reales y personales (92).

RAQUEL EVANGELIO LLORCA
Doctora en Derecho

personas participen de las facultades que integran el dominio, sino porque sus derechos contienen facultades de igual naturaleza.

(91) DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. III, p. 167; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derechos reales...*, cit., p. 259.

(92) Tal es la opinión de HERNÁNDEZ GIL, *Dictámenes*, t. I, Madrid, 1968, p. 242, que, aunque de nuevo en contradicción con su concepción de vecindad, habla del «conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos» (en idénticos términos se pronuncia la S.A.T. de Burgos de 28 de febrero de 1981, *R.G.D.*, 1982, ns. 454-455, pp. 1147 y ss.). ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., pp. 362-363, de acuerdo con la concepción amplia, entiende por Derecho de vecindad «una parte del ordenamiento jurídico que trata de disciplinar la convivencia próxima del hombre con sus semejantes, en cuanto hace posible la fruición de los bienes, y en particular el derecho de propiedad, dentro de un marco de contigüidad con los demás». ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 53, por fin, define el Derecho de vecindad como «el conjunto de normas y principios que disciplinan aquellas relaciones que se producen entre las personas por razón de la proximidad o contigüidad de los inmuebles en que habitan o desarrollan sus actividades, a título de dominio o por cualquier otro título fructivo, con el fin de que en el ejercicio de sus facultades no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas».

La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento

SUMARIO: 1. LA DOBLE PERSPECTIVA DE LA LEY: REFORZAMIENTO DEL CREDITO Y DE LAS GARANTIAS DEL DEUDOR.—2. PROTECCION DEL CREDITO EMPRESARIAL: 2.1. UNIFICACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS. 2.2. AGILIZACIÓN DE PLAZOS. 2.3. MEDIDAS CAUTELARES. 2.4. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE EJECUCIÓN. 2.5. POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL. 2.6. LOCALIZACIÓN DE BIENES DEL DEUDOR. 2.7. REGULACIÓN DEL EVENTUAL DESALOJO DE LOS OCUPANTES DE INMUEBLES EJECUTADOS. 2.8. PROCESO MONITORIO. 2.9. JUICIO CAMBIARIO.—3. RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: 3.1. LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL COMO DOCUMENTO PÚBLICO EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 3.2. EJECUCIÓN ORDINARIA SOBRE INMUEBLES BASADA EN LOS ASIENTOS REGISTRALES.—4. INCORPORACION DE LAS ACCIONES REGISTRALES A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 4.1. LA ACCIÓN REAL REGISTRAL. 4.2. LA ACCIÓN REGISTRAL DE RECUPERACIÓN DERIVADA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.—5. ESPECIALIDADES DE LA EJECUCION SOBRE BIENES HIPOTECADOS: 5.1. CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO. 5.2. ESPECIALIDADES EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—6. FORMAS DE ENAJENACION FORZOSA.—7. TITULACION NECESARIA PARA LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO.—8. EL TITULO Y EL MODO EN LA EJECUCIÓN.—9. MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN DE CARGAS.—10. CANCELACION DE CARGAS EN LA EJECUCION HIPOTECARIA.—11. NO ACUMULACION A JUICIOS UNIVERSALES.—12. CALIFICACION REGISTRAL.—13. EN PARTICULAR LA CALIFICACION DE LA COBERTURA POR INTERESES.—14. CONCLUSION SOBRE LAS CARACTERISTICAS DE LA EJECUCION HIPOTECARIA.—15. CONCLUSION FINAL.

1. LA DOBLE PERSPECTIVA DE LA LEY: REFORZAMIENTO DEL CREDITO Y DE LA GARANTIAS DEL DEUDOR.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* 8 de enero 2000), que entrará en vigor el 8 de enero de 2001 (disposición final vigésima primera), va a reforzar el crédito hipotecario en España (1), sin merma de las garantías del deudor (2).

Se diría que nuestro Derecho pretende asegurar el libre consentimiento contractual del consumidor, pero al mismo tiempo introducir normas que aseguren el cumplimiento de los contratos, una vez celebrados.

Al primer objetivo (asegurar el libre consentimiento contractual) responden leyes como la Ley de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación, y la Ley de 19 de julio de 1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por aquélla, en las cuales se garantiza un auténtico equilibrio contractual, considerando nulas las condiciones generales de las que el contratante débil (incluidos los pequeños empresarios frente a los grandes) no haya tenido conocimiento, que sean ilegibles, oscuras, ambiguas o incomprensibles. También se declaran nulas las cláusulas abusivas impuestas a un consumidor. La ley española al respecto puede tacharse de rigurosa, en la medida que no se limita a hacer una definición general de lo que es cláusula abusiva, como cláusula contraria a la buena fe que produce un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, sino que contiene una lista imperativa y no exhaustiva de cláusulas consideradas abusivas y que no pueden considerarse válidas ni siquiera en una interpretación favorable al deudor.

Para combatir las cláusulas nulas se arbitran una serie de acciones colectivas, que, por cierto, la Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora a su texto (3).

(1) No es una mera opinión personal, sino que la propia Asociación Hipotecaria de España así lo ha reconocido, calculando que va a significar una sustancial reducción de la merma o depreciación del bien hipotecado, que todo proceso de ejecución conlleva.

(2) La Ley ha contado con el apoyo del Instituto Nacional de Consumo, que la ha defendido en las jornadas sobre la Ley celebradas en el Consejo Superior de Cámaras de Comercio.

(3) La disposición derogatoria única, en su apartado 15, aunque deroga los artículos 9.3, 14, 15, 18 y 20 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Pero la LEC recoge dentro de su ámbito las demandas relativas a condiciones generales, dentro del juicio ordinario (artículo 249). Además se regula la legitimación para la defensa de los derechos e intereses generales de consumidores y usuarios a través de sus asociaciones (artículo 11); los efectos de las sentencias dictadas en procesos promovidos por aquéllas, debiendo expresarse en ella si ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente (artículo 221); y —lo cual es una gran novedad— la ejecución de las sentencias obtenidas en una acción colectiva sin determinación individual de beneficiados, debiendo el Tribunal competente para la ejecución, previa audiencia del condenado, dictar auto en el que se resuelva si los solicitantes son beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución (artículo 519).

Pero también es necesario el segundo objetivo (asegurar el cumplimiento de los contratos). Son necesarias normas que fomenten el cumplimiento voluntario de sus obligaciones por el consumidor. Sólo de esta forma se garantiza un auténtico libre mercado, se fortalecen las empresas y crece la economía nacional. Incluso es beneficioso para el consumidor que cumple, en la medida que no repercutirá sobre él las consecuencias (en términos de elevación de la carestía del crédito) derivada del incumplimiento por parte del consumidor moroso.

El Banco Mundial, organizador de la Conferencia sobre Derechos de la propiedad en los países del Este (abril 1998), reflejó en su informe sobre el desarrollo mundial de 1997, cuáles son los factores esenciales para lograr un desarrollo sostenible capaz de reducir la pobreza y fomentar la inversión. Así, considera que los más importantes factores para lograr el fomento de la inversión, son:

a) La definición de los «property rights» o derechos de propiedad, ya que sin bases seguras que lo garanticen no existe crédito. La legislación de un Estado que quiera ofrecer un marco adecuado para el desarrollo económico, debe proteger los derechos reales de forma que no existan pleitos o litigios sobre la propiedad o al menos que no exista margen de imprevisibilidad en la eventual decisión que un juez pueda adoptar en un pleito.

b) Al mismo tiempo —insiste el Banco Mundial— esta legislación debe ofrecer bases seguras de recuperación de las garantías para el supuesto de impago de los créditos, a través de procedimientos ágiles basados en la protección de los derechos de crédito y de propiedad.

Una vez celebrado libremente el contrato, debe ser cumplido; no sólo por el aforismo clásico «pacta sunt servanda», sino por que un incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales se traduce en decrecimiento económico. Es decir, no sólo son razones jurídicas, sino económicas las que impulsan la seguridad jurídica (4). En concreto, la existencia de normas que garanticen la recuperación de las garantías va a determinar una consiguiente reducción de los tipos de interés (5).

(4) Es el propio sentido de la legislación hipotecaria, puesta de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases que dio lugar a la Ley de 1861: la inseguridad respecto de quien era el titular o de las cargas, determinaba el incremento del precio del crédito como consecuencia del riesgo asumido, lo que se traducía en usura y abandono del cultivo. Bastó la aprobación de la Ley para la reducción de los tipos de interés, como se aprecia hoy en día comparando los tipos de interés de los préstamos hipotecarios con los personales.

(5) «Nuestro sistema hipotecario no consagra de una manera absoluta el principio de publicidad, de manera que los derechos reales ocultos quitan casi toda su eficacia a los Registros y a las leyes que mandan registrar los contratos; se introduce la desconfianza en la contratación de los inmuebles y se embaraza por consiguiente su circulación y

Por eso es fundamental, siguiendo la orientación de la Unión Europea, que las normas garanticen el cumplimiento de sus obligaciones por el consumidor, tanto en beneficio de las empresas como de los demás consumidores.

El consumidor moroso genera una reacción empresarial frente al riesgo de impago, que repercute en todos los demás, en la medida que la provisión frente a riesgos va a implicar un encarecimiento del precio de los bienes y servicios. Por eso, deben incrementarse las medidas que protejan el crédito y agilicen los procedimientos de ejecución, bien simplificando los trámites y reduciendo los plazos de los procesos judiciales, como estableciendo procedimientos alternativos extrajudiciales.

A esta finalidad responden también leyes españolas recientes, como la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998 que adopta medidas para que el financiador tenga garantías de cobro de la deuda y que agiliza enormemente el procedimiento para ello, previendo incluso una subasta extrajudicial del bien financiado para el caso de que el deudor no pague pero voluntariamente hiciese entrega de los bienes adquiridos a plazos. Si no paga ni desampara se procede a su ejecución judicial, a través de un procedimiento muy sencillo y ágil, que —como luego veremos— se refuerza y mejora técnicamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo mismo ocurre (en un plano no estrictamente empresarial) con la Ley de 6 de abril de 1999 de reforma de la Ley sobre Propiedad Horizontal que introduce un procedimiento ágil y sencillo para el cobro de las deudas de comunidad y que también se incorpora a la LEC (6)

Y es también la finalidad de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil recientemente aprobada.

movimiento. Y cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo al que se exponen los prestamistas. Obligados los propietarios a pagar crecidos réditos por los fondos que emplean en la labranza, o se abstienen de mejorarla y extenderla o abandonan el cultivo y arriendan sus heredades, lo cual las pone en manos de quien no tiene interés en hacer en ellas ninguna mejora cuyo fruto no pueda recogerse en un breve período, o apremiados por la necesidad se someten a la ley del capitalista, se obligan a pagar intereses superiores al producto líquido de su industria y al cabo se arruinan devorados por la usura. El remedio de tan grandes males está en la reforma de la ley hipotecaria (...) Es menester dar publicidad a todos los derechos reales, que permaneciendo ocultos como hoy son un peligro constante y una dificultad insuperable para la seguridad del dominio y de los demás derechos que de él se desprenden. Sólo así podrán adquirirse y transmitirse con seguridad los derechos reales, que son la base y garantía del crédito territorial.

(6) Reconducido al monitorio (sin perjuicio del ordinario) en la disposición final primera, con las especialidades que en ella se recogen.

2. LA PROTECCION DEL CREDITO EMPRESARIAL

En orden a la protección del crédito empresarial, podemos destacar las siguientes medidas que adopta la LEC: la unificación y simplificación de procedimientos, la agilización de plazos, la adopción de medidas provisionales para el cumplimiento de las sentencias, el endurecimiento de las medidas cautelares y la potenciación de los sistemas alternativos a la ejecución judicial, admisión como medio de prueba de los documentos electrónicos, son aportaciones que hace la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, todas ellas positivas para el ámbito empresarial.

2.1. UNIFICACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Una de las novedades fundamentales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es la de reconducir a dos los procesos declarativos (el ordinario y el verbal con demanda sucinta) y la de incorporar a un sólo Código procesal todos los procedimientos de ejecución dispersos (7).

Basta ver las disposiciones finales y la derogatoria para apreciar el esfuerzo unificador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: leyes de propiedad horizontal, propiedad intelectual, sociedades anónimas, cooperativas, competencia desleal, condiciones generales, venta a plazos, arbitraje, hipotecaria, etc.

Así ocurre con relación a la venta a plazos y leasing, que pasan de su ley especial a la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero basándose en los mismos presupuestos —incluso potenciados— que en las leyes especiales aún vigentes.

En particular se configuran como (8):

a) Acciones sumarias, basadas en los asientos registrales. Por ello debe siempre acreditarse su inscripción, acompañando la correspondiente certificación.

b) Se tramitan a través del juicio verbal.

c) Tratándose de venta a plazos sin pacto de reserva de dominio el objeto de la demanda será obtener una sentencia condenatoria que permita dirigirse exclusivamente sobre el bien adquirido o financiado.

(7) Se pasa a dos, de los cuatro procesos declarativos actualmente existentes: mayor cuantía (para las demandas superiores a 160 millones de pesetas); menor cuantía (demandas superiores a 800.000 pesetas); cognición (más de 80.000 pesetas); verbal (demandas de menos de 80.000 pesetas).

(8) Véase artículo 250, apartados 10 y 11; 439, apartado 4; 441, 444, apartado 3, y disposición final séptima, apartado 4.

d) Tratándose de venta a plazos con reserva de dominio o de arrendamiento financiero el objeto de la acción es la inmediata recuperación del bien y su entrega al vendedor o financiador, o al arrendador.

e) Conllevan medidas cautelares inmediatas (embargo preventivo y depósito del bien en la venta a plazos; depósito del bien en caso de venta con reserva de dominio o leasing) sin necesidad de prestar caución.

f) Tienen limitadas causas de oposición.

g) No impiden acudir al proceso ordinario, al monitorio o al ejecutivo sobre el patrimonio del deudor, siempre en éste último caso que el contrato se haya formalizado en escritura notarial o póliza de Corredor de Comercio.

Y lo mismo ocurre con el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados, al que luego nos referiremos, que se integra en el proceso de ejecución general con las especialidades propias.

2.2. AGILIZACIÓN DE PLAZOS

Todo este proceso de simplificación de procesos conlleva una agilización de plazos, incentivados a su cumplimiento efectivo por las reglas de inmediatez, publicidad y oralidad que caracterizan la LEC. Y no debe olvidarse como la simplificación y agilización de procedimientos impiden o reducen al menos el deterioro o pérdida de valor que todo bien ejecutado sufre durante el proceso de ejecución.

Se establece también un nuevo sistema de notificación de los actos procesales. La razón del retraso de los procedimientos civiles no sólo está en la fijación de los plazos, sino en las dilaciones que se producen durante el proceso. Para resolver este problema la LEC establece un sistema dirigido a lograr la localización del demandado, facilitando su búsqueda y ha modificado el sistema a través del cual se realizan los actos de comunicación, dando una mayor participación a los procuradores y permitiendo utilizar para ello las modernas tecnologías.

Se regulan así los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares, siempre que garanticen la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y que conste fehacientemente su remisión, así como la constitución en el Ministerio de Justicia de un registro accesible electrónicamente de los medios y direcciones correspondientes a los organismos públicos (artículo 162).

Se sanciona igualmente la presentación de mandamientos de embargo desde el Tribunal al Registro de la Propiedad, por medio de fax (artículo 629).

2.3. MEDIDAS CAUTELARES

La protección del acreedor (del crédito en definitiva) se consigue también a través del endurecimiento de las medidas cautelares. A este respecto se establece un sistema basado en:

- a) El carácter abierto de las medidas cautelares previstas en la LEC, que no es una lista cerrada (artículos 726 y 727).
- b) Pueden solicitarse antes de comenzar el proceso, junto con la demanda, o ya pendiente el proceso (cfr. artículo 730).
- c) Se prevé el mantenimiento de las medidas cautelares dictadas en prevención, esto es, por tribunal que resulta ser incompetente (artículo 725.2);
- d) Posibilidad de adopción de medidas cautelares sin audiencia del demandado en casos de urgencia (artículo 733);
- e) Tramitación preferente del recurso de apelación contra denegación de medidas cautelares (artículo 736).

2.4. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE EJECUCIÓN

La LEC admite sistemas alternativos de ejecución. Así por ejemplo, se prevé:

a) La posibilidad de convenir entre ejecutante y ejecutado la realización del bien, sin necesidad de subasta judicial, siempre que no se perjudique a tercero (artículo 640); cuando el convenio se refiera a bienes inmuebles susceptibles de inscripción registral, será necesaria para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta (640 apartado 3).

b) La posibilidad de que a petición del ejecutante o ejecutado, siempre con el consentimiento de aquél, el bien se realice por entidades especializadas, lo cual requerirá si no la conformidad, al menos la previa audiencia de quienes pudieran estar interesados (artículo 641).

En este caso, al igual que en el anterior, el tribunal de la ejecución deberá aprobar la transmisión, rigiendo las normas propias de la ejecución judicial en cuanto a la subrogación en las cargas anteriores, distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas.

c) La posibilidad de pactar la venta extrajudicial del bien hipotecado.

En este sentido, el artículo 129 es modificado por la disposición final novena de la LEC, de manera que quedará redactado así:

«La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.»

Con ello se trata de superar la situación creada por la —a mi juicio criticable— Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, claramente contraria a lo que en este trabajo hemos denominado protección del crédito (9).

2.5. POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL

Se trata de una de las novedades más importantes de la LEC en cuanto la sentencia dictada en primera instancia será inmediatamente ejecutable, de manera que el acreedor podrá cobrar. Será el deudor que se oponga a la ejecución provisional el que tenga que prestar una garantía.

Así se prevé que quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia dictada en primera instancia, podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir su ejecución provisional (artículo 526). Tan sólo se prevé (artículo 525) unos supuestos excepcionales en que la ejecución provisional no es posible por la propia naturaleza de la acción o los efectos derivados que produciría la ejecución de una sentencia después revocada (procesos sobre

(9) El artículo 129 recoge el denominado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria ante Notario, desarrollado en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario. Aunque las Sentencias del Tribunal del orden contencioso-administrativo de 16 y 23 de octubre de 1995 habían admitido su validez, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1998 (que todavía no es doctrina legal ni vincula a otros jueces o Tribunales en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que consolide este criterio) considera sin embargo que el procedimiento de ejecución extrajudicial ante Notario regulado en el artículo 129 párrafo 2º de la Ley Hipotecaria ha quedado derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución española como contrario al principio de unidad de jurisdicción proclamado en el artículo 117.3 de la misma. Entiende que la función de ejecución es cometido propio de Jueces y Tribunales, sin que la función notarial pueda sustituir a la estrictamente jurisdiccional. Y critica además que en dicho proceso se limiten las causas de oposición como si se tratara del procedimiento judicial sumario. Rechaza que la ejecución hipotecaria constituya el ejercicio de un derecho privado, sino que está sometida a normas de orden público no derogables por la autonomía de la voluntad. Por el contrario, la validez del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y de la ejecución prendaria ante Notario a que se refiere el artículo 1872 del Código Civil, no las discute la Sentencia.

paternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación o divorcio, estado civil y derechos honoríficos, sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad, sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial).

También se prevé que mientras no sean firmes, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en los Registros Públicos (artículo 524 apartado 4) (10).

En los demás casos la sentencia es ejecutable, pudiendo sólo el ejecutado oponerse a la ejecución despachada si la sentencia fuera de condena no dineraria y resultara de imposible o extrema dificultad restaurar la situación anterior si la sentencia fuera revocada; o si siendo de condena dineraria, el ejecutado ofreciera medidas alternativas u ofreciera caución para responder de la demora en la ejecución (artículo 528). Si fuera condena a pagar una cantidad líquida, también podrá suspenderse la ejecución provisional cuando el ejecutado pusiere a disposición del juzgado, para su entrega al ejecutante, la cantidad a que hubiera sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas (artículo 531).

Tratándose de ejecución de sentencias que condenen al pago de cantidades debidas por incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles, la ejecución provisional significará la entrega directa al ejecutante, de manera que si éste lo solicita se le hará entrega inmediata del bien o bienes financiados o vendidos por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato (artículo 634).

2.6. LOCALIZACIÓN DE BIENES DEL DEUDOR

En caso de que deba procederse, en la ejecución forzosa, al embargo de bienes del deudor, se establece un sistema de localización de bienes, basado en los siguientes criterios (cfr. artículos 589 a 591):

a) El ejecutante podrá señalar los bienes embargables, cuyo embargo considere suficiente para el fin de la ejecución.

b) Si no fueran suficientes el tribunal requerirá de oficio al ejecutado para que manifieste sus bienes suficientes para cubrir la ejecución, con expresión de las cargas y gravámenes.

c) Se podrá sancionar por desobediencia grave si no lo presenta o incluye bienes que no son suyos o no desvele las cargas (ya que esto puede disminuir su valor).

(10) La misma solución se da respecto de las sentencias firmes, pero en las que no haya transcurrido aún el plazo para ejercitar la acción de rescisión dictada en rebeldía.

d) el ejecutante podrá pedir al tribunal que requiera a entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que faciliten bienes o derechos del ejecutado de que tengan constancia.

El tribunal no reclamará datos de organismos y registros públicos cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo o a través de su procurador.

2.7. REGULACIÓN DEL EVENTUAL DESALOJO DE LOS OCUPANTES

Esto potenciará el mercado de subasta y facilitará el cobro del crédito. Se prevé la posibilidad de instar el lanzamiento en una fase anterior y en una fase posterior, es decir, tanto antes de la subasta como después de la adjudicación derivada de la subasta.

La fase anterior consiste en el derecho que tiene el ejecutante a pedir que antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare, sin ulterior recurso, que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble, una vez que se haya enajenado en la ejecución. El tribunal lo declarará así cuando el ocupante pueda considerarse de mero hecho o sin título suficiente. En otro caso declarará, también sin ulterior recurso, que sí tiene derecho a ello, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para el desalojo.

La fase posterior, consiste en que si el inmueble ejecutado estuviere ocupado, el adquirente podrá pedir al tribunal el lanzamiento de los ocupantes dentro del plazo de un año siguiente a la adquisición por el rematante o adjudicatario, lo cual se decretará en todo caso si los ocupantes citados, no comparecieran sin justa causa. El juez resolverá por medio de auto sobre el lanzamiento de los ocupantes, sin perjuicio de los derechos de los interesados que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda (artículo 675) (11).

2.8. PROCESO MONITORIO

Junto a los procesos declarativos (ordinario y verbal) y el ejecutivo, la LEC no ha tenido más remedio que regular procesos que por sus características propias no admitían refundición con los generales: es el caso de los procesos de capacidad, filiación y matrimoniales; de división judicial de patrimonios; división judicial de la herencia; el juicio cambiario y el proceso monitorio.

(11) Hubiera sido conveniente que se hubieran regulado de una manera más concreta los supuestos en los que el juez debe proceder al lanzamiento (contratos locativos fraudulentos).

Este proceso tiene gran importancia desde el punto de vista empresarial, ya que (cfr. artículo 812 y siguientes):

a) Es un instrumento de protección rápida y eficaz del crédito dinerario, vencido y exigible por cuantía que no exceda de 5.000.000 de pesetas.

b) Se basa en actuaciones normalizadas (impreso que facilita el Juzgado).

c) No necesita la intervención de Abogado y Procurador para la presentación del escrito de iniciación.

d) Basta una apariencia jurídica de la deuda para que, si no hay oposición, se despache ejecución (a través de facturas, albaranes, certificaciones, telegramas, y demás documentos habituales en la práctica comercial).

e) Si el deudor se opone, su discrepancia se sustancia por los cauces procesales ordinarios según la cuantía reclamada (juicio verbal siempre que sea inferior a 500.000 pesetas) y ya con intervención de abogado y procurador.

Lo mismo ocurre en cuanto a la ejecución, que proseguirá conforme a lo dispuesto en las sentencias judiciales.

La LEC incorpora así un medio expedito para la protección del crédito de comprobada solvencia en países europeos.

2.9. JUICIO CAMBIARIO

El juicio cambiario también subsiste como proceso especial, si bien reforzado:

a) No se aplican las normas sobre sumisión expresa o tácita, siendo siempre competente el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado (artículo 820).

b) La inmediata ejecutividad de la letra no necesita reconocimiento judicial de firmas (disposición final décima modificando el artículo 66 de la Ley cambiaria y del cheque de 16 de julio de 1985);

c) Se manifiesta en la adopción inmediata de medidas cautelares, de manera que el juez, tras analizar por medio de auto la corrección formal del título cambiario, requerirá al deudor para que pague en diez días y ordenará el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses, gastos y costas (artículo 821);

d) Sólo podrá alzarse el embargo si se niega categóricamente la autenticidad de la firma o se alega falta absoluta de representación dentro de los cinco días siguientes al requerimiento de pago, pero no cuando el libramiento,

aceptación, aval o endoso haya sido intervenidos, con expresión de la fecha, por corredor de comercio o la firmas estuvieran legitimadas en la propia letra por notario; o cuando no se hubiera alegado tales circunstancias en el protesto o requerimiento notarial de pago (artículo 821);

3. RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL

Una de las consecuencias principales de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos de dominio y demás derechos reales relativos a bienes inmuebles, es la atribución a su contenido del efecto legitimador, que va a suponer una especial tutela o protección por parte del Ordenamiento Jurídico del derecho inscrito. Esto desde una perspectiva económica, facilita enormemente la toma de decisiones, facilita la inversión.

Esta especial tutela tiene múltiples manifestaciones:

1.º La salvaguarda judicial de los asientos (artículo 1º L.H.), que va a suponer la imposibilidad de alteración de su contenido si no es con el consentimiento del titular o en su defecto en virtud de demanda dirigida contra el mismo en procedimiento adecuado (cfr. artículo 82 y 40 párrafo último L.H.).

2.º La presunción de existencia y titularidad en favor del que inscribe su título, de manera que salvo prueba en contrario —también en procedimiento hábil— el Derecho proclama que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en los términos que resultan del Registro (cfr. artículo 38 párrafo primero inciso primero).

Consecuencia contraria es que una vez que se cancela un derecho inscrito (por pago, renuncia, o cualquier negocio extintivo del mismo) se presume extinguido el derecho al que el asiento se refiera (cfr. artículo 97 LH).

3.º El titular del derecho inscrito (sea de dominio o de un derecho real limitado) tiene la presunción de que goza de la posesión del mismo (cfr. artículo 38 párrafo primero inciso segundo). No se trata de que se presuma la posesión de hecho de la cosa inmueble objeto del derecho inscrito («ius possessionis»); sino de una presunción jurídica: se presume el ejercicio efectivo del derecho («ius possidendi»).

Esto a su vez tiene consecuencias colaterales, en orden a la prescripción:

a) Previene frente a la prescripción civil de un tercero: la consumación de la prescripción civil frente a titular inscrito está dificultada, en la medida que es preciso que concurren una serie de requisitos añadidos:

— Que el prescribiente sea también titular inscrito, ya que contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tiene lugar la prescrip-

ción ordinaria del dominio o derechos reales sino en virtud de otro igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo de la prescripción desde la inscripción del segundo (cfr. artículo 1949 C.C.).

- Que se demuestre que el adquirente conociera la posesión de hecho y a título de dueño del prescribiente o que la tolerase expresa o tácitamente durante el año siguiente a la adquisición (cfr. artículo 36 L.H.).

b) facilita la prescripción civil del propio adquirente inscrito, supuesto que el título no fuera determinante civilmente de la adquisición, de manera que a efectos de la prescripción adquisitiva del titular inscrito será justo título la adquisición y se presume que aquél ha poseído pública, pacíficamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes sea causahabiente (cfr. artículo 35 L.H.).

4.º Se atribuye al titular registral un poder dispositivo sobre el derecho inscrito. Es un poder de disposición del derecho derivado del propio asiento, en la medida que no se subordina a que el titular registral sea verdadero titular del derecho dispuesto. Esta legitimación dispositiva hace que el que adquiera de buena fe del titular registral, no le van a afectar las cargas u otros títulos de propiedad no inscritos (cfr. artículo 1473 C.C. y 32 L.H.) y que realmente será propietario del derecho adquirido aunque luego se resuelva el título del transferente por causas que no consten en el Registro, siempre que adquiera a título oneroso, de buena fe e inscriba su propio título (cfr. artículo 34 L.H.).

Estas manifestaciones sustantivas del efecto legitimador de la inscripción (principio de legitimación) hace —como señala PEÑA— que las declaraciones del Registro de la Propiedad tengan una eficacia «prima facie» similar a las sentencias: proclaman la verdad oficial y son en principio inenajenables.

Tienen, no obstante, dos diferencias:

a) Eficacia «erga omnes»: la inscripción (a diferencia de la sentencia, salvo que ésta a su vez se inscriba) produce efectos «erga omnes», frente a terceros, y no sólo entre partes.

En el ámbito registral, nuestro Ordenamiento Jurídico también insiste en la necesidad de que los terceros hubieran tenido conocimiento de la demanda, a través de su anotación preventiva, como única forma de quedar vinculada por ella (cfr. artículos 32, 37, 107-9 LH).

b) Eficacia de cosa juzgada: los pronunciamientos del Registro son en principio inenajenables; pero en juicio seguido contra titular Registral, una sentencia puede modificarlos. Es decir, que admiten prueba en contrario; son presunciones «iuris tantum», con la excepción de la protección al adquirente a título oneroso de buena fe de quien es titular registral (principio de fe pública registral del artículo 34 L.H.), el cual es una protección definitiva *iuris et de iure*. Pero incluso en este caso, cabe contender sobre si realmente

existió o no buena fe, lo cual nos lleva a que tampoco entraña la eficacia de cosa juzgada propia de la sentencia.

La inscripción es así una verdad oficial, en principio inenajenable, pero no siempre intocable (cfr. artículo 33 L.H.). Ahora bien, sólo se pueden modificar en procedimiento judicial adecuado dirigido contra titular registral, en la que se demuestre la insuficiencia del título inscrito o la mala fe del adquirente. Y además, como se ha dicho —y en esto supera a la propia sentencia— no se puede alegar desconocimiento del contenido del asiento: sus pronunciamientos vinculan a todos, a diferencia de la sentencia que sólo vincula a las partes del pleito y sus causahabientes.

Es decir, que el efecto legitimador propio de los asientos registrales, tiene que tener sus consecuencias en el ámbito procesal.

Los pronunciamientos registrales, en cuanto que contienen «prima facie» una verdad oficial, deben servir en caso de impago, de base para procedimientos ágiles de recuperación de los créditos garantizados; y de instrumento inmediato de protección de los derechos inscritos frente a perturbaciones en su ejercicio. Todo ello con limitadas posibilidades de contención por parte de quien contraría al titular registral.

a) Desde el punto de vista de legitimación activa, la inscripción demuestra la legitimación activa para el ejercicio de cualesquiera acciones reales, entre ellas la de deslinde, negatoria de servidumbre o la reivindicatoria. En particular para el ejercicio de la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio será suficiente demostrar su condición de titular registral en dominio, en virtud de una certificación registral. No en vano la Ley Hipotecaria atribuye al asiento un valor presuntivo superior al de la posesión, incluso presume que ésta corresponde al titular registral. Y basta, para demostrarlo frente a cualquiera, la expedición de una certificación (cfr. artículo 225 L.H.).

b) Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, el titular registral, por el mero hecho de serlo, podrá ser demandado basándose simplemente en la inscripción. No cabría una acción declarativa o reivindicatoria entablada al margen del titular registral; y al contrario, basta con que aparezca como titular registral para que pueda ser demandado como propietario del inmueble (por ejemplo a efectos de exigencia de responsabilidad como propietario del inmueble).

c) Por razón de coherencia del Ordenamiento Jurídico, si en un procedimiento judicial se discute algo que afecta al derecho inscrito, el actor debe pedir la corrección de los asientos registrales, para que no haya contradicción entre lo que proclama el Registro y la sentencia que en definitiva se dicte. En este sentido, el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la

inscripción correspondiente. En principio este requisito era considerado por la Jurisprudencia como determinante de la desestimación de la pretensión ejercitada, y era apreciable de oficio. La razón es que no cabe el éxito de acciones que hayan de derivar en el reconocimiento de un derecho inconciliable con una inscripción contradictoria (cfr. STS 22 septiembre de 1965).

Pero posteriormente la jurisprudencia ha ido suavizando esa exigencia formal, admitiendo que pueda ser solicitada en trámite de ejecución de sentencia y considerando embebida tal pretensión cuando se ejercita una acción contradictoria de la inscripción. En cualquier caso subsiste como manifestación de que no cabe la eficacia legitimadora simultánea de una sentencia y una inscripción que sean contradictorias: aquélla debe proceder a la rectificación de ésta, pues de lo contrario el Ordenamiento Jurídico no sería coherente.

d) otra manifestación procesal es la denominada tercería registral: el titular registral que no es la persona contra la que se ha dictado un embargo goza de la posibilidad de paralizar los procedimientos de apremio (sea civil, penal o administrativo) con sólo justificar con certificación del Registro de la Propiedad que los bienes figuran a su nombre, persona distinta de aquélla contra la que se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiera dirigido contra ella la acción en concepto de heredero del deudor (cfr. artículo 38.3 L.H.).

e) Finalmente, consecuencia procesal del principio de legitimación registral es la inversión de la carga de la prueba, de manera que quien discute la validez de los pronunciamientos registrales, tiene que combatirlos y demostrar su nulidad.

Salvo prueba en contrario, el titular registral debe ser considerado en cualquier momento y lugar como verdadero propietario; y quien fue titular según un asiento ya cancelado, debe presumirse que lo fue durante el tiempo de vigencia de dicho asiento y que ha dejado de serlo desde su cancelación. Si no se está de acuerdo con lo que publica el Registro de la Propiedad, el «onus probandi» recae en quien discute lo que publica el asiento registral.

Ahora bien, nuestro Derecho adopta las garantías necesarias para que esté basado en la realidad, para que la presunción legitimadora «erga omnes» sólo excepcionalmente sea contraria a la realidad sustantiva; para lo que es una presunción no sea sino concordancia con lo real. Porque no se sostendría derivar tan fuertes efectos de la inscripción, si los títulos que la motivan no fueran realmente válidos.

En este sentido, el Ordenamiento adopta una pluralidad de cautelas, entre las que podemos destacar:

a) La necesidad de que el título esté formalizado en escritura pública, documento administrativo o documento judicial (cfr. artículo 3.º L.H.). Lo cual excluye, mediante la inadmisión del documento privado, la posibilidad de títulos fraudulentos o engañosos.

b) La exigencia de tracto sucesivo, esto es, la necesidad de que el título adquisitivo del transferente del dominio o constituyente del derecho real limitado esté previamente inscrito (artículo 20 L.H.). Con ello se asegura que el Registro de la Propiedad publique una única cadena de titularidades: a todos los efectos legales sólo el último extremo de esa cadena concatenada de transmisiones tendrá a su favor la protección legitimadora de los asientos. El Registro de la Propiedad español proclama un único propietario —o copropietarios en caso de cotitularidad—.

c) La calificación registral, de manera que sólo los títulos que el Registrador considera válidos por ajustados al Ordenamiento Jurídico pueden ser objeto de inscripción. Este juicio de validez, tanto de forma como de fondo (cfr. artículo 18 LH) se realiza bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio de los recursos procedentes, en particular el gubernativo, en primera instancia ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en segunda instancia ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. También cuando los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia o la Dirección General de los Registros y del Notariado deciden en esta materia están calificando sobre cuestiones de Derecho Privado, de manera que no procede recurso contencioso administrativo contra su decisión, sino que tan sólo existe la posibilidad de impugnación de la resolución en vía judicial ordinaria, esto es, civil (cfr. artículo 131 RH).

Con estos tres filtros, como señala LACRUZ, se consigue que el Registro ofrezca una razonable seguridad de que sus manifestaciones son verdaderas y reales; es así «tendencialmente exacto». En cualquier caso, el adquirente, el que presta con hipoteca, en definitiva, el que inscribe puede tenerla por cierta siempre, ya que una vez que ha inscrito su compra o ha inscrito su préstamo hipotecario deviene dueño de la finca o titular activo de la garantía aunque la información sea inexacta.

Estas consecuencias sustantivas y procesales del principio de legitimación registral (salvaguarda judicial de los asientos, presunción de existencia y de titularidad del derecho inscrito, de posesión del mismo por parte del titular registral, legitimación dispositiva derivada del asiento, todo ello con eficacia *erga omnes*, legitimación activa para el ejercicio de acciones reales, legitimación pasiva para responder de las consecuencias derivadas de la propiedad, tercería registral frente a apremios dirigidos contra deudor no titular registral, inversión de la carga de la prueba, necesidad de demandar la rectificación de los asientos cuando se discuten judicialmente los derechos inscritos) se traducen en que mientras no se demuestre su inexactitud las garantías y pronunciamientos del Registro pueden hacerse efectivos a través de procedimientos expeditos, rápidos, basados en la preconstitución de la prueba, esto es, en la apariencia de validez de lo publicado.

No será así necesario probar los fundamentos del ejercicio de la acción; bastará lo publicado para desvirtuar, paralizar y hacer ineficaz las pretensiones que se opongan a los asientos a no ser que se demuestre la inexactitud registral.

A ello quedan reducidas las que podríamos denominar causas de oposición a las «acciones registrales»: a la prueba de que el Registro no se adecúa a la realidad civil.

3.1. LA CERTIFICACIÓN COMO DOCUMENTO PÚBLICO EN LA LEC

La LEC mantiene y potencia estas manifestaciones legitimadoras de los asientos registrales.

En principio, parte por sancionar definitivamente el carácter de documento público de las certificaciones registrales, cuestión que hasta ahora no era pacífica. El artículo 317 apartado 4º de la LEC establece que a efectos de prueba en el proceso, se considerarán documentos públicos:

«4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales».

Su carácter de documento público había sido reconocido por la Jurisprudencia, con ciertas dubitaciones.

Así la STS de 6 de marzo de 1978, afirma que las certificaciones del Registro de la Propiedad tienen el carácter de documentos públicos, haciendo fe con autenticidad jurídico procesal del hecho de la inscripción, aunque no en cuanto a la veracidad misma de las manifestaciones que en el título inscrito se hayan vertido. Lo cierto, es que ningún documento público —tampoco una escritura pública— tiene pleno valor probatorio de las declaraciones de los otorgantes, ya que aunque en principio hacen prueba contra ellos y sus causahabientes (cfr. artículo 1218 párrafo segundo C.C. que no se modifica) La veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre lo demás, vinculando al Juez sólo respecto de su contenido propio, que en el caso de la escritura es el hecho de su otorgamiento y su fecha (STS 24 de enero de 1995).

En el caso de la certificación registral su eficacia como documento público se extenderá al contenido de la inscripción. Pero en rigor no se limita a eso, el efecto de la certificación será superior, en cuanto que la inscripción a su vez producirá unos efectos propios legitimadores que ya hemos estudiado: presunción de existencia del derecho inscrito, de titularidad en favor del titular registral, de posesión, invirtiendo la carga de la prueba en contra de quien lo contradiga.

3.2. EJECUCIÓN ORDINARIA SOBRE INMUEBLES BASADA EN LOS ASIENTOS REGISTRALES

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha unificado la ejecución forzosa, si bien manteniendo —lógicamente— especialidades propias de la clase de título ejecutivo y el bien sobre el que recae, así como las derivadas de la ejecución hipotecaria.

Los títulos ejecutivos judiciales tienen sus propias causas de oposición, distintas de los títulos ejecutivos extrajudiciales. La subasta de los bienes inmuebles tiene especialidades dentro del régimen general de las subastas. Y la ejecución sobre bienes especialmente hipotecados, presenta especialidades propias dentro de la ejecución, caracterizándose por el paso directo a la fase de apremio.

Pero a pesar de todo se realiza un esfuerzo unificador y refundidor digno de loa, pues supone la «normalización» del Derecho hipotecario, dentro del Derecho procesal general. O dicho de otra forma; el Derecho procesal incorpora con normalidad dentro de su ámbito, las especialidades derivadas de los principios hipotecarios.

En materia de ejecución ordinaria sobre inmuebles la LEC ha sido plenamente respetuosa con las normas y los principios hipotecarios:

a) *La ejecución debe basarse en la certificación registral*

Antes de la subasta debe el tribunal librar mandamiento al Registrador, para que expida certificación de titularidad y cargas. El Registrador lo hará constar mediante nota marginal (artículo 656).

No será así posible, por principio, el embargo de bienes inscritos a nombre de persona distinta del deudor. La tercería registral está sancionada al disponerse que se ordenará alzar el embargo si el bien está inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, a menos que se siga contra el ejecutado como heredero de éste (artículo 658).

El hecho de que una persona hubiera adquirido bienes en documento privado no será suficiente para paralizar la ejecución; solo la escritura inscrita lo será, ya que se exige certificación registral. Excepcionalmente se admitirá el documento privado para el alzamiento de oficio del embargo, cuando lo embargado sea la vivienda familiar de un tercero y exista conformidad de las partes para no realizar el embargo (cfr. artículo 593.2 párrafo último).

Cualquier otro supuesto no goza de la paralización automática que la denominada tercería registral implica. Tratándose de bienes inmuebles no inscritos o inscritos a nombre del deudor aunque civilmente no le pertenezcan, el embargo será eficaz mientras el verdadero propietario no ejercite sus

derechos antes de la adjudicación a través de la correspondiente tercería. En efecto, la LEC considera eficaz el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado, de manera que si el verdadero titular no interpone tercería antes de la enajenación o adjudicación, el rematante o adjudicatario de buena fe adquiere el bien de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en las leyes sustantivas (artículo 594).

b) *La valoración de los bienes en la ejecución inmobiliaria se basa en las cargas según Registro*

Los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo el importe de las cargas y derechos anteriores al crédito por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas (artículo 666).

La Ley de Enjuiciamiento sigue, por tanto, un criterio estrictamente registral en la determinación del rango de las cargas inscritas, de manera que los gravámenes posteriores al que se ejecuta nunca serán objeto de deducción, por mucho que civilmente fueran créditos privilegiados.

No obstante, para obtener una información más actualizada de los créditos pendientes, se regula la petición a los titulares de cargas anteriores sobre la subsistencia y en su caso actual cuantía de las mismas (artículo 657). La LEC considera que esa información sobre cargas aminoradas que facilita el acreedor o acreedores anteriores, será vinculante en posteriores ejecuciones, ya que se hará constar por nota al margen del Registro, a cuyo efecto el tribunal remitirá mandamiento al Registrador (artículo 657.2).

Todo ello sin perjuicio de que en materia hipotecaria —como veremos— servirá de tipo para la subasta el de tasación señalado en la escritura e inscrito en el Registro (artículo 685), aunque nada impida al ejecutante acudir a la petición de cargas aminoradas o extinguidas a que se refiere el artículo 657.

c) *Comunicación registral a titulares de cargas posteriores*

El Registrador comunicará la ejecución a los titulares de derechos inscritos, posteriores al derecho del ejecutante, que aparezcan en la certificación de cargas, siempre que conste su domicilio en el Registro (artículo 659); los posteriormente inscritos podrán intervenir en el procedimiento, pero no se les notifica (la anotación y nota marginal de expedición opera como notificación).

Unos y otros podrán pagar el crédito, intereses y costas antes del remate, dentro del límite de responsabilidad que conste en el Registro, en cuyo caso

quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho, haciéndose constar la subrogación por nota marginal (artículo 659 que no es sino aplicación del 1210 del C.C.).

Esta función de notificación se extiende también —como veremos— al proceso de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados (cfr. artículo 689.2), de manera que aunque la notificación a terceros poseedores que al expedirse certificación de cargas resulte que no han sido requeridos de pago notarial o judicialmente, deberá seguir haciéndola el juez; tratándose de terceros titulares de cargas posteriores a la hipoteca que aparezcan en la certificación de cargas, la notificación la hará el Registrador (artículo 689.2 que se remite al 659) (12).

Las comunicaciones se harán en el domicilio que conste en el Registro, y en su defecto en el tablón de anuncios del Registro. La omisión de las comunicaciones no será obstáculo para la inscripción del derecho del adjudicatario (cfr. artículo 660) por lo que la LEC opta por considerar que tal comunicación no es acto procesal propiamente dicho, aunque sí es obstáculo, como veremos, en materia de ejecución hipotecaria (cfr. artículo 132.2 Ley Hipotecaria en la redacción dada al mismo por disposición final novena LEC).

d) *Suplencia de títulos*

Caso de que el deudor carezca de títulos, el tribunal podrá apremiar al ejecutado a que los aporte, pudiendo facultarse al Procurador del ejecutante para obtener copias de archivos y protocolos. Y cuando no tuvieran títulos de dominio inscritos podrá suplirse su falta por los medios de reanudación del tracto sucesivo interrumpido previstos en la ley hipotecaria, dentro (lo cual es una novedad importante, que simplificará mucho el procedimiento) del mismo proceso de ejecución cuando el tribunal de la ejecución sea competente para llevar a cabo tal reanudación, esto es, cuando el bien radique en su demarcación (artículo 664).

e) *Subrogación en cargas anteriores*

Los rematantes se subrogan automáticamente en la responsabilidad derivada de las cargas anteriores (668 y 669). Esta subrogación se produce en las demás formas de realización del bien, esto es, por convenio o por encargo a persona o entidad especializada (artículo 642.1).

(12) A partir de la entrada en vigor de la nueva ley, quedará claro que el registrador debe comunicar a titulares de cargas posteriores no sólo en la ejecución ordinaria, sino también en la ejecución sobre bienes especialmente hipotecados.

f) *Responsabilidad frente a terceros derivada de la anotación*

La LEC aclara (por tratarse de una cuestión no pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia) que en los procesos de ejecución ordinarios, el acreedor ejecutante que ha obtenido anotación preventiva de embargo, sólo puede exigir de terceros poseedores las cantidades que aparezcan en la anotación en la fecha en que aquéllos inscriban su adquisición.

Así lo dispone el artículo 613.3 LEC, a cuyo tenor «la responsabilidad de terceros poseedores que hubieran adquirido bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción de principal, intereses y costas, aparezcan consignados en la anotación en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición».

Es decir, que frente a un tercer adquirente, el anotante de embargo, en el proceso de ejecución, tan sólo podrá cobrar del precio del remate lo que cubra la cifra anotada en el Registro y no más. El exceso lo tendrá que cobrar en otro proceso haciendolo efectivo en otros bienes.

Ahora bien, la LEC ha circunscrito, sin embargo, las ventajas de esta limitación a la responsabilidad cubierta por la anotación preventiva, a los terceros poseedores que hubieran adquirido los bienes en otra ejecución, derivada lógicamente de una anotación posterior (13).

No gozarán de esta limitación, los compradores voluntarios (ni los acreedores hipotecarios), del deudor. Con ello se impide maniobras fraudulentas del deudor, de manera que lo pagado por el comprador al deudor que exceda de la responsabilidad según Registro, quedará también a disposición de la ejecución (14). Cuestión distinta es que se trate de un tercero que adquirió no voluntariamente, sino en virtud de otra ejecución, como consecuencia de un embargo anotado con posterioridad. En estos casos, está justificado que lo que se le pueda reclamar a él sea sólo la cifra de responsabilidad publicada por el Registro.

g) *Carácter definitivo de las cancelaciones registrales*

No cabe ejecución provisional, sino tan sólo anotación preventiva, de las sentencias no firmes que determinen la cancelación de los asientos registrales.

(13) Si la anotación fuera anterior, las cargas posteriores se hubieran cancelado, y frente al adjudicatario nada sería oponible.

(14) Sí, v.gr., lo reclamado son 15 millones de pesetas, y la anotación preventiva cubre tan sólo 10 millones; y el comprador paga en realidad por el bien 20 millones de pesetas, sabrá que el acreedor le puede reclamar no sólo 10, sino los 15 totales, de manera que se cuidará de ponerse en contacto con él. Si no fuera así, resultaría que al comprador sólo se le podría reclamar 10 millones, existiendo un enriquecimiento del deudor de otros 10 millones y el acreedor perdería 5 millones.

Frente al criterio general de que la sentencia de primera instancia sea ejecutable, sin necesidad de prestar caución, la LEC respeta que esto no sea posible en el ámbito registral, dadas las consecuencias imposibles de restablecer que supondría una casación de la sentencia de instancia, por virtud del principio de prioridad (las cargas posteriores pasarían a ser anteriores de forma definitiva siempre).

Por eso, el artículo 524.4 excluye de esta inmediata ejecutividad de las sentencias de primera instancia, cuando afecten a asientos registrales, en cuyo caso sólo será posible la anotación preventiva de la sentencia.

h) *Anotación de embargo sobre bienes gananciales*

La LEC regula la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales cuando la deuda ha sido contraída por uno sólo de los cónyuges o ante la insuficiencia de bienes privativos.

En estos casos, siguiendo el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la interpretación del principio de tracto sucesivo en el embargo de bienes gananciales, se admite que la demanda se haya dirigido contra el cónyuge deudor y que se notifique al otro cónyuge. Se supera la necesidad de demanda conjunta a ambos cónyuges, que exige el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario, y que la DGRN ya había interpretado en el sentido que ahora confirma la LEC en cuanto a la suficiencia de la notificación y no de la demanda (Resolución de 13 de julio de 1998).

El cónyuge no deudor, notificado de la demanda, podrá pedir la disolución de la sociedad de gananciales (artículo 541).

i) *Posibilidad de hipoteca del derecho de remate como forma de financiación de las subastas.*

La LEC fomenta la participación de los particulares en las subastas mediante el establecimiento de un sistema de garantía de las cantidades adelantadas para atender el precio del remate o del depósito para participar en la subasta en los procesos de ejecución sobre bienes inmuebles, mediante la hipoteca del propio derecho del rematante sobre los inmuebles subastados.

Se trata de un sistema común a todos los procedimientos de ejecución sobre inmuebles (no sólo al de ejecución hipotecaria), y facilitará que las entidades financieras presten a los particulares para participar en las subastas.

La forma de facilitarlo es la siguiente:

a) Estableciendo la posibilidad de que el licitador en las subastas realice el depósito con las cantidades recibidas en todo o en parte por un tercero, de manera que se haga constar así en el resguardo de depósito; si el licitador no es el mejor postor, y se aprueba el remate a favor de un tercero, la devolución del depósito sólo podrá hacerse a la persona designada, esto es, aquélla de quien se recibió el importe (artículos 647.1.3° y 652.2).

b) Si el rematante que recibió dinero para constituir el depósito es el mejor postor, podrá pagar la diferencia hasta el precio del remate con su dinero, o bien pidiendo crédito para ello.

Para fomentar el mercado de subastas, la Ley prevé que el mejor postor pueda hipotecar su derecho de remate. Así el acreedor tendrá una garantía de la devolución de esa cantidad. Lo lógico es que si se ha obtenido financiación para realizar el depósito, la cantidad restante para el pago del precio de remate se obtenga de la misma entidad o persona física que financió el depósito; pero lo cierto es que la ley no lo exige. Y en consecuencia podrá hipotecarse el derecho de remate en garantía de un préstamo para cubrir la diferencia del precio de remate, aunque el depósito lo haya financiado otra persona. Quizás la única forma de evitar esta situación sería haciendo constar el depositante, en el propio depósito, que no obtendrá financiación de otra entidad o persona física, para el pago de la diferencia (15).

En cualquier caso, la posibilidad que tiene el rematante de hipotecar su derecho, está sancionado en el nuevo apartado 12° del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, introducido por la disposición final novena de la nueva LEC, a cuyo tenor se podrá hipotecar:

«El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes hipotecados».

Independientemente de que la Ley exige un desarrollo del Reglamento Hipotecario, la propia LEC prevé la documentación precisa para la constitución de la hipoteca, estableciendo en el artículo 670.5 lo siguiente:

«Cuando se le reclame para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, el Secretario Judicial expedirá inmediatamente testimonio del auto de aprobación del remate, aún antes de haber pagado el precio, haciendo constar la finalidad para la que se

(15) La LEC no ha contemplado al final, la afección legal del inmueble adjudicado al pago del depósito, que el Proyecto preveía como garantía complementaria de la hipoteca del derecho del rematante.

expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio de remate (16), que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante».

De la misma manera, para que pueda verificarse la conversión de la hipoteca sobre el derecho al remate, en hipoteca sobre el propio bien, el testimonio del auto de adjudicación expresará que el rematante ha obtenido crédito para atender el precio del remate y en su caso del depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo (artículo 674.1).

c) Si deja transcurrir el plazo señalado para el pago del precio del remate sin efectuarlo, la persona designada para pedir la devolución del depósito podrá solicitar que el auto de aprobación del remate se dicte a su favor, consignando simultáneamente la diferencia entre lo depositado y el precio de remate (artículo 653.3).

4. INCORPORACION DE LAS ACCIONES REGISTRALES A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La LEC incorpora las acciones registrales típicas al contexto de la Ley Procesal, en particular el procedimiento judicial sumario (como modalidad específica de la ejecución) y la acción real registral, hasta ahora contenida en el artículo 41 de la LH.

Fruto del deseo de la LEC de constituir un Código procesal único, estas acciones se incorporan a su texto, sacándolas de su contexto tradicional que es la Ley Hipotecaria, si bien conservando —e incluso potenciando— sus especiales características como acciones registrales basadas en la fuerza legitimadora de los asientos: preconstitución de la prueba, desenvolvimiento inmediato, oposición en virtud de causas tasadas.

4.1. LA ACCIÓN REAL REGISTRAL

Señala el —aún vigente— artículo 41 de la L.H. que «las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquéllos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

(16) Son 10 días desde la aprobación del remate, en el caso de ejecución ordinaria (artículo 650.1) y 20 días en el caso de ejecución sobre bienes hipotecados (artículo 670.1).

Se trata por tanto de una típica acción registral, derivada del principio de legitimación que se ha analizado, en virtud del cual, a través de un breve procedimiento, el titular registral, simplemente acreditando su cualidad de tal (a través del único medio posible, que es la certificación del Registrador), obtiene la tutela inmediata de su derecho por parte del Ordenamiento Jurídico.

No se trata de una acción derivada del propio derecho real, ni es una acción posesoria o interdictal (en cuanto no necesariamente exige que haya habido un previo acto de despojo), sino una acción de carácter propio derivada —como señala LACRUZ— de la situación de apariencia que implica la titularidad inscrita.

En realidad se trata de ejecutar el contenido del asiento registral, como si de una ejecución de sentencia se tratara; como si se hubiera obtenido una sentencia favorable en una acción declarativa de dominio, reivindicatoria, negatoria, o cualesquiera otra acción real, y se pretendiera ejecutar la sentencia). Y como existe una preconstitución de la prueba, una presunción «prima facie» de validez del derecho inscrito, la tutela del titular registral se realizará a través de un procedimiento sumario, basado en los asientos registrales, sin más trámites que los necesarios para restablecer el derecho real inscrito perturbado.

Por razón de simplificación de los procedimientos esta acción real registral, es incorporada al propio Código procesal civil. Este carácter de la acción real registral como derivada del principio de legitimación, se pone de manifiesto en la disposición final novena apartado 1º de la LEC, que modifica el artículo 41 de la Ley Hipotecaria que definitivamente queda redactado así:

«Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquéllos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

La incorporación a la LEC se hace sin perder su naturaleza propia; las características propias de toda acción registral se mantienen:

a) Preconstitución de la prueba; Dado que se trata de un inmediato desenvolvimiento de la eficacia del derecho inscrito, sin tener que probar más que la condición de titular registral (y no la condición de verdadero propietario civil o sustantivamente), la Ley exige como requisito «sine qua non» la necesidad de acompañarse a la demanda «certificación literal del Registro de la Propiedad —documento público, como sabemos— que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante» (artículo 439.2.3º coincidente con el artículo 41 L.H.).

Es decir, la única contradicción que impide el ejercicio de la acción, es que de la certificación resulte que está anotada preventivamente la demanda de nulidad o rectificación de un asiento o la presentación de títulos en el Libro Diario que vayan a dejar sin contenido el derecho inscrito o la inscripción de un título que legitime para la ocupación del inmueble.

b) **Desenvolvimiento inmediato;** la acción se tramita como juicio verbal con demanda sucinta, cualquiera que sea la cuantía litigiosa. Así lo establece el artículo 250 párrafo 7º de la LEC:

«Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas ...7º. Las que instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o perturbación».

La LEC reitera que no basta para paralizar la inscripción tener título inscrito, sino que el único título que el contradictor puede oponer es un título inscrito que legitime la perturbación.

c) **Protección preventiva del derecho del actor.**

El tribunal tan pronto como admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia que recayere (artículo 441.3).

En la citación para la vista «se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para efectividad del derecho inscrito, hubiera solicitado el actor (17). También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma sentencia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor» (artículo 440.2 PRLEC).

La obligación de prestar caución si se opone el contradictor a la demanda supone una manifestación más del «onus probandi» derivado de la inversión de la carga de la prueba en favor del titular registral (si no fuera así, el que debería prestar caución sería el demandante). La protección «prima facie» del titular registral, no sólo se traduce en la necesidad por parte del contradictor de prestar caución sino en que el Tribunal, al mismo tiempo que admita la demanda, deberá adoptar las medidas solicitadas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

d) **Oposición en virtud de causas tasadas.**

La LEC mantiene las causas de oposición admitidas por el actual artículo 41 L.H., con alguna mejora técnica, a saber:

(17) V.gr. el lanzamiento del contradictor.

1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.

2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito.

3.º Que la finca o derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativo de la vigencia de la inscripción (inciso éste último incorporado por la LEC, dado que la única forma de acreditar la inscripción es una certificación; ni siquiera valdría la nota de inscripción al pie del título).

4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

En definitiva la LEC defiende plenamente la configuración de la acción real registral, arbitrando para su ejercicio un procedimiento sumario basado en la legitimación registral: demanda sucinta, ejercicio basado en la certificación del Registrador de la Propiedad, innecesidad de aportar el título adquisitivo para la protección del derecho inscrito (la LEC deroga de facto el criticable artículo 137 del Reglamento Hipotecario), protección provisional inmediata del actor mediante la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el actor, exigencia de caución al demandado y limitadas causas de oposición.

4.2. LA ACCIÓN REGISTRAL DE RECUPERACIÓN DERIVADA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

El texto de la LEC ha incorporado, mejorado técnicamente el procedimiento de apremio con relación a los créditos derivados de ventas a plazos de bienes muebles, y de leasings tanto mobiliarios como inmobiliarios.

Se regula así un procedimiento expedito, rápido, con excepciones tasadas, para que el vendedor o financiador en la venta a plazos y el arrendador en caso de arrendamiento financiero, puedan hacer efectiva de modo inmediato su garantía inscrita. Se trata de un procedimiento que sustituirá al previsto en el vigente artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

En concreto, el artículo 250, apartados 10º y 11º, prevé que la demanda pueda ejercitarse por la vía del juicio verbal con demanda sucinta en los dos siguientes casos:

a) Cuando se pretenda que el Tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos, formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia con-

denatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos a plazos.

b) cuando se pretenda que el Tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero inscrito o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que en ambos casos estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de la resolución de éste, en su caso.

Son dos acciones típicamente registrales, basadas en los asientos del Registro, una dirigida al apremio sobre los bienes financiados; otra (si se ha pactado reserva de dominio o si se trata de arrendamiento financiero, ya sea mobiliario o inmobiliario) dirigida a la inmediata recuperación del bien.

En ambos casos se requiere como toda acción registral, acompañar la certificación literal del Registro de la Propiedad acreditativo de la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante (cfr. artículo 439.4). Al mismo tiempo se exige acreditar el requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y no entrega del bien (ya que si hay entrega se adjudica al ejecutante por su valor de tasación).

El procedimiento es expedito en cuanto que:

a) El Tribunal al admitir la demanda ordenará la exhibición de los bienes, su embargo preventivo, que se asegurará con su depósito. Tratándose de contratos de venta a plazos con reserva de dominio, o de arrendamiento financiero, inscritos, no será necesario el embargo preventivo. Bastará con el depósito.

b) No se exigirá caución al demandante para la adopción de estas medidas cautelares, ni se admitirá oposición del deudor a las mismas. Tampoco se admitirá solicitudes de modificaciones o sustitución del depósito por otras medidas cautelares como la caución (artículo 441.4 LEC).

c) Tan sólo se admitirá como causas de oposición a la acción registral derivada del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles las siguientes excepciones:

- falta de jurisdicción o competencia.
- pago acreditado documentalmente.
- inexistencia o falta de validez de su consentimiento, incluida la falsedad de firma.
- falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato (artículo 444.3).

5. LAS ESPECIALIDADES DE LA EJECUCION DE BIENES HIPOTECADOS

La ejecución de bienes hipotecados en el PRLEC mantiene las características propias (privilegiadas, como hemos visto) propias de las acciones registrales.

5.1. CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

Veamos cuáles son las características del crédito hipotecario para analizar después cómo se respetan en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil:

1.º La hipoteca atribuye a su titular una facultad ejercitable *erga omnes*, frente a cualquier poseedor del inmueble (artículo 1876 C.C. y 104 L.H.).

No se trata de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de su prestación al deudor (artículo 1091 C.C.), sino que en caso de incumplimiento se va a poder resarcir con el importe obtenido en la venta en subasta pública del inmueble hipotecado, cualquiera que sea su poseedor (artículo 1858 C.C. —es de esencia de la hipoteca la enajenabilidad de los bienes hipotecados para poder satisfacer al acreedor—).

La hipoteca es así un derecho real de constitución registral, cuya función principal es la de posibilitar la realización de la garantía en caso de incumplimiento de la obligación.

Se dice así que el derecho real de hipoteca es un derecho de realización de valor, en cuanto que se garantiza al acreedor que en caso de incumplimiento por el deudor de la obligación, podrá provocar la venta forzosa del inmueble hipotecado, y satisfacerse con el producto así obtenido en cuanto a principal, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad estipulado (el resto deberá ponerse a disposición de acreedores posteriores, y en su defecto del propio deudor, cfr. artículo 131, párrafo 17, L.H.).

Como consecuencia de este carácter, tan sólo podrán ser hipotecados bienes inmuebles o derechos reales enajenables (artículo 106, párrafo 2.º, L.H.).

2.º No atribuye una mera preferencia o privilegio para el cobro, en caso de concurrencia con otros acreedores, sobre los bienes hipotecados (cfr. artículo 1923 C.C.), sino un verdadero derecho de realización del inmueble garantizado, protegido frente a cualquier otro derecho real posterior y frente a cualquier otro crédito anterior o posterior del deudor.

La ejecución hipotecaria va a implicar la cancelación de todo derecho real o de crédito publicado con posterioridad a la hipoteca, a través de un procedimiento expedito de ejecución hipotecaria (el procedimiento judicial sumario regulado en el artículo 131 L.H., que se incorpora a la LEC como proceso de ejecución sobre bienes hipotecados).

3.º Las peculiaridades de este procedimiento derivado de los asientos registrales no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, según el Tribunal Constitucional. El procedimiento judicial sumario (procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados en la nueva LEC) se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título inscrito y por la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, de manera que el deudor así como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución por pago, apenas tienen posibilidades de contención en los supuestos taxativamente previstos en el artículo 132 LH (STC 7/1/1991).

Tal es la fuerza ejecutiva del procedimiento, que una vez iniciado tan sólo podrá cancelarse por resolución judicial. Es decir, no es posible la cancelación de hipoteca en virtud de carta de pago otorgada por el acreedor mientras conste en el Registro por nota marginal que está pendiente un procedimiento de ejecución hipotecaria, dado el principio de seguridad jurídica, que exige garantizar los derechos de quien en la enajenación forzosa pudo adquirir el bien (RDGRN 16/9/1992), de manera que será necesaria la previa cancelación por mandamiento judicial de la nota marginal de expedición de cargas en el citado procedimiento.

4.º En este sentido, es independiente de las vicisitudes de la situación económica del deudor, y de las situaciones de insolvencia en que éste pueda incurrir.

Como señala LALAGUNA (18) la autonomía del crédito hipotecario se manifiesta en que el crédito hipotecario no padece el riesgo de las situaciones de insolvencia.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 dice expresamente: «el que presta con hipoteca, más bien que a la persona puede decirse que presta a la cosa; (...) Al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le interesa es que la finca baste en su día para reintegrarle de lo que dió. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeta a sus vicisitudes; lo que le importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño».

El procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados no regula un juicio declarativo, ni siquiera un ejecutivo, sino que constituye una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados, sin previa fase

(18) LALAGUNA, Enrique, op. Citado página 123.

de cognición, ni controversia, ni existencia de partes, que remite a los interesados para la defensa de sus derechos a la vía ordinaria.

5.º En su tramitación se reduce al máximo la intervención tanto del deudor como de terceros, limitando la suspensión del procedimiento a supuestos excepcionales, entre ellos, fundamentalmente el pago o la falsedad del título de ejecución.

Todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor como los terceros poseedores y demás interesados deben ventilarse en el juicio declarativo que corresponda (STS 12/11/1985). La aplicación del artículo 132 LH no vulnera el artículo 24 de la Constitución (STC 18/10/1993).

6.º Por todo lo dicho, la declaración de quiebra del deudor no debe bastar por sí sola para paralizar la ejecución hipotecaria, ni siquiera aunque esté la hipoteca comprendida dentro del período de retroacción, sino que se precisa una acción «ad hoc» en proceso declarativo, dado el principio de legitimación registral de los artículos 1º y 38 LH.

Esto no ha sido siempre entendido por jueces y tribunales, aunque se ha ido corrigiendo el criterio jurisprudencial interpretativo del artículo 878 C.Com. como un supuesto de nulidad radical, cuando los actos de administración o disposición del quebrado no son contrarios a la masa de la quiebra (STS 20/9/1993).

Ha colaborado también a la confusión la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando sancionó que la declaración de quiebra posterior a la hipoteca, cuando el período de retroacción afecta a ésta, no puede cancelarse como carga posterior (RDGRN 14/11/1990).

También la distinción hecha por el Tribunal Supremo según que la ejecución hipotecaria se haya iniciado antes o después de la suspensión de pagos. Así ha declarado que procede el sobreseimiento del procedimiento judicial sumario cuando ha sido inscrito el título constitutivo de la hipoteca con posterioridad a la suspensión de pagos (STS 2/4/1986).

El Auto de la AP de Asturias de 1/3/1994, por el contrario, confirma la no acumulación de los procedimientos judiciales sumarios a los juicios universales de quiebra, aún en el caso de que se hubieran iniciado con posterioridad a la quiebra, en base a la especialidad de los artículos 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 127, 132 y 135 de la Ley Hipotecaria, que suponen una excepción a la regla general, dado que los juicios pignoratícios ni los hipotecarios son acumulables entre sí, ni a otro proceso, ni tampoco a juicio universal, cuando sólo se persiguen los bienes hipotecados, disposición que se complementa con aquella específica sobre las causas de suspensión del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que expresamente excluye la declaración de quiebra de cualquiera de ellos. La LEC regula una única ejecución forzosa, si bien establece especialidades tratándose de bienes inmuebles. A su vez, la ejecución sobre bienes inmuebles especialmente hipo-

tecados, presenta particularidades propias, a las que nos referiremos posteriormente.

En materia de ejecución ordinaria sobre inmuebles se respetan todas las consecuencias derivadas del principio de legitimación registral antes analizado:

a) La ejecución debe basarse en la certificación registral, ya que antes de la subasta debe el tribunal librar mandamiento al Registrador, para que libre certificación de titularidad y cargas. El Registrador lo hará constar mediante nota marginal (artículo 656). No será así posible, por principio, el embargo de bienes inscritos a nombre de persona distinta del deudor.

Aún así, se arbitran medidas para evitar que el que adquiera de buena fe bienes inmuebles inscritos a nombre de persona distinta del deudor (en el caso improbable de que la certificación registral fuera negativa, erróneamente), pueda ser mantenido en su adquisición. En efecto, la LEC considera eficaz el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado, de manera que si el verdadero titular no interpone terceraía antes de la enajenación o adjudicación, el rematante o adjudicatario de buena fe adquiere el bien de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en las leyes sustantivas (artículo 594).

Esta referencia a las leyes sustantivas (19) implica que no afectará nunca a titular inscrito si el deudor designa como suyo sin serlo tal bien, ya que lo no inscrito o anotado no perjudica a tercero inscrito (artículo 32 y 69 L.H.). Es decir, parece estar limitada la legitimación dispositiva en subasta pública a bienes muebles o inmuebles no inscritos.

Por otra parte, lo que sí es plenamente eficaz es el embargo de bienes inscritos a nombre del deudor, aunque el titular civil sea otra persona. Es decir, tan sólo la llamada terceraía registral (20) puede conseguir el alzamiento de oficio del embargo, con relación a los bienes inscritos a nombre del deudor (cfr. artículo 593.2). El hecho de que una persona hubiera adquirido bienes en documento privado no será suficiente para paralizar la ejecución; solo la escritura inscrita lo será, ya que se exige certificación registral.

Excepcionalmente se admitirá el documento privado para el alzamiento de oficio del embargo, cuando lo embargado sea la vivienda familiar de un tercero y exista conformidad de las partes para no realizar el embargo (cfr. artículo 593.2 párrafo último). En otro caso, deberá acudirse a la terceraía.

b) La valoración de los bienes se basa en las cargas según Registro, de manera que en la ejecución los bienes inmuebles saldrán a subasta por

(19) Por tanto no sólo a las civiles, sino también a las hipotecarias. Nótese como frente a la expresión «leyes civiles» que utilizaba el Proyecto, el texto definitivo habla de «leyes sustantivas».

(20) Mal llamada terceraía registral, ya que es un verdadero supuesto de paralización automática y de oficio de la ejecución, de sobreseimiento sin necesidad de sentencia de terceraía.

el valor que resulte de deducir de su avalúo el importe de las cargas y derechos anteriores al crédito por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas (artículo 666).

No obstante, para obtener una información más actualizada de los créditos pendientes, se regula la petición a los titulares de cargas anteriores sobre la subsistencia y en su caso actual cuantía de las mismas (artículo 657). La LEC considera que esa información sobre cargas aminoradas que facilita el acreedor o acreedores anteriores, será vinculante en posteriores ejecuciones, ya que se hará constar por nota al margen del Registro, a cuyo efecto el tribunal remitirá mandamiento al Registrador (artículo 657.2).

Todo ello sin perjuicio de que en materia hipotecaria servirá de tipo para la subasta el de tasación señalado en la escritura e inscrito en el Registro (artículo 685), aunque nada impida al ejecutante acudir al petición de cargas aminoradas o extinguidas a que se refiere el artículo 657.

c) La tercería registral está sancionada al disponerse que se ordenará alzar el embargo si el bien está inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, a menos que se siga contra el ejecutado como heredero de éste (artículo 658).

d) El Registrador comunicará la ejecución a los titulares de derechos inscritos, posteriores al derecho del ejecutante, que aparezcan en la certificación de cargas, siempre que conste su domicilio en el Registro (artículo 659); los posteriormente inscritos podrán intervenir en el procedimiento, pero no se les notifica (la anotación y nota marginal de expedición opera como notificación).

Unos y otros podrán pagar el crédito, intereses y costas antes del remate, dentro del límite de responsabilidad que conste en el Registro, en cuyo caso quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho, haciéndose constar la subrogación por nota marginal (artículo 659 que no es sino aplicación del 1210 del C.C.).

e) Caso de que el deudor carezca de títulos, el tribunal podrá apremiar al ejecutado a que los aporte, pudiendo facultarse al Procurador del ejecutante para obtener copias de archivos y protocolos. Y cuando no tuvieren títulos de dominio inscritos podrá suplirse su falta por los medios de reanudación del tracto sucesivo interrumpido previstos en la ley hipotecaria, dentro (lo cual es una novedad importante, que simplificará mucho el procedimiento) del mismo proceso de ejecución.

7.º Otra consecuencia es que las tercerías de dominio en el procedimiento judicial sumario están admitidas muy restrictivamente (realmente exigirán que exista una doble inmatriculación, pues un título anterior no inscrito no debe paralizar la ejecución, por aplicación de los artículos 1473 C.C. y 32 L.H.).

La jurisprudencia, en efecto, afirma, que por su carácter de proceso de ejecución privilegiado es necesario extremar las precauciones sobre la admisión de tercerías, aunque se limiten a los bienes muebles a los que se extiende la hipoteca por pacto expreso (STS 4/2/1987).

8.º El crédito hipotecario atribuye a su titular una facultad o poder inmediato sobre la cosa hipotecada, como cualquier otro derecho real.

A este respecto, no es argumento en contra el hecho de que la hipoteca no implique desplazamiento posesorio en favor del acreedor hipotecario. En efecto, a diferencia de otros derechos afines que atribuyen una posesión física sobre la cosa (v.gr. La prenda, caracterizada por el desplazamiento posesorio en favor del acreedor), la finca hipotecada queda en poder del deudor.

Sin embargo, la falta de posesión física del inmueble hipotecado no significa que no sea un verdadero derecho real el crédito hipotecario.

No sólo por la razón de que existen otros derechos reales desprovistos desvinculados de la posesión física de la cosa objeto de los mismos (piénsese en la prenda sin desplazamiento de posesión regulada en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 16/12/1954, en los derechos de adquisición preferente como es el tanteo y el retracto convencional, el derecho de opción —cfr. artículo 14 R.H.—, las prohibiciones de disponer en títulos gratuitos —cfr. artículo 26 L.H.—, etc.) que demuestran que no es inherente al concepto de derecho real la noción de posesión directa o física sobre la cosa.

Sino por la razón de que la inmediatividad sobre la cosa que la hipoteca atribuye, se consigue a través de la inscripción en el Registro de la propiedad, que garantiza frente a cualquier adquirente del inmueble el ejercicio de las facultades del acreedor sobre el inmueble. No olvidemos, que la hipoteca es de inscripción constitutiva, de manera que sin tal publicidad registral, no es que la hipoteca no sea oponible frente a terceros inscritos (régimen general del artículo 606 C.C. y 32 L.H.) sino que la hipoteca no existe ni siquiera *inter partes* (cfr. artículo 1875 C.C.).

9.º La autonomía del crédito hipotecario se manifiesta en las facultades, ejercitables «erga omnes» que atribuye a su titular sobre el inmueble hipotecado.

Esta facultad no es sólo la de proceder a la realización del valor del inmueble mediante su enajenación en subasta pública (cfr. artículo 1858 C.C.) sino que atribuye otras de gran importancia antes y durante la fase de realización.

a) Antes de la realización de la hipoteca, durante la denominada «fase de seguridad» el crédito hipotecario atribuye a su titular medidas para la protección de su crédito. Así se le permite pedir la ampliación de la hipoteca para el caso de disminución del valor de los bienes hipotecados (Cfr. artículo 163 L.H. para las hipotecas legales, y artículo 115 L.H. para las hipotecas

voluntarias, si bien en éstas tan sólo para el pago de intereses no cubiertos en el período máximo estipulado no superior a cinco años).

También goza el acreedor de la acción de devastación prevista en el artículo 117 L.H., que le autoriza para acudir al juez para que adopte las medidas necesarias para evitar el deterioro del inmueble hipotecado, como pudiera ser la puesta en administración judicial de la finca.

Igualmente tiene el acreedor el derecho a recibir (como comprendidas dentro del crédito hipotecario y en virtud del mecanismo de la subrogación real) las indemnizaciones debidas al propietario por razón de los bienes inmuebles hipotecados, siempre que el hecho que las motivara tenga lugar después de la constitución de la hipoteca, cfr. artículo 110, párrafo 2.º, C.C.).

La fase de seguridad de la hipoteca es quizás tanto o más importante que la fase de ejecución, es la que precisamente distingue a la hipoteca del embargo (21) y la que demuestra la importancia de la hipoteca en el análisis económico del Derecho civil.

b) Durante la fase de realización, el poder real del acreedor se manifiesta (además de poder provocar la enajenación de la finca) en la posibilidad de tener la posesión y administración interina de la finca hipotecada, aunque en tal caso se precisa que se hubiera pactado así en el título constitutivo (cfr. artículo 131 párrafo 6º L.H.).

10. En consecuencia, también es sede de prescripción existen diferencias entre el crédito ordinario y el crédito hipotecario.

Frente al plazo general de prescripción de quince años de las acciones personales (apropiadas para hacer efectivas los créditos ordinarios), el plazo de prescripción de la acción hipotecaria es de veinte años (artículo 1964 C.C.).

Este plazo especial de prescripción de la acción hipotecaria, que no es el de las acciones personales (quince años), ni tampoco el de las acciones reales (treinta años si se trata de bienes inmuebles, artículo 1963 C.C.), demostraría la autonomía y especial singularidad del crédito hipotecario.

El ejercicio de la acción hipotecaria se puede realizar hoy en día a través del procedimiento judicial sumario, pero también a través del ejecutivo ordinario, el declarativo o el extrajudicial. En caso de que la obligación garantizada no esté inicialmente determinada no será aplicable el procedimiento extrajudicial (cfr. artículo 235 RH), y el procedimiento judicial sumario sólo lo será con las particularidades que señala el artículo 153 LH y 245 RH (cfr. RDGRN 16/2/1990, que lo generaliza para todo supuesto en que la entrega de la cantidad prestada se haga sólo mediante abono en la cuenta corriente del prestatario).

(21) Véase DORAL, *La fase de seguridad de la hipoteca*, Rialp

Lo importante es señalar que también cuando se persiguen bienes especialmente hipotecados a través del ejecutivo ordinario se está ejercitando la acción personal.

Además, como señala Lalaguna (22), en tanto subsista la hipoteca no se puede producir el ejercicio aislado e independiente de la acción personal contra el deudor sobre los bienes de su patrimonio (artículo 1911 C.C.), que deje intactos los bienes especialmente hipotecados en garantía del crédito. El ejercicio de la acción personal sólo procedería cuando se hubiera extinguido o realizado la acción hipotecaria y ésta fuera insuficiente (v.gr. por intereses no cubiertos).

Se produciría, por analogía con la acción cambiaria, lo dispuesto en el artículo 1.170, párrafo 3.º, CC., que «entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

5.2. ESPECIALIDADES DE LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES HIPOTECADOS EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El proceso de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados en la LEC mantiene las características del procedimiento judicial sumario, potenciándolo en su vertiente de acción registral, aunque manteniendo las debidas garantías del deudor.

El carácter de la ejecución hipotecaria como acción específicamente registral, se recoge en el nuevo artículo 130 de la LH tal como se establece en la disposición final novena apartado 5 de la LEC:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo».

Por tanto, aunque se pierda la denominación de procedimiento judicial sumario, y se configure en la LEC como una modalidad específica del proceso de ejecución, no por ello pierde sus características específicas como acción registral —acción registral por excelencia—.

Ante la falta de una previsión legal específica, habrá que entender que el proceso de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados que regula la LEC supone el ejercicio de la acción real, sin perjuicio de que en cualquier momento se pueda ejercer la acción personal a través del proceso de ejecución ordinario. De hecho, cuando le sea insuficiente el valor del bien hipotecado para cubrir el crédito, el actor puede proseguir la ejecución con arreglo

(22) Op. Citado página 177

a las reglas ordinarias (cfr. artículo 579) y lo mismo cuando se pretenda el cobro de cantidades superiores a la cifra de responsabilidad hipotecaria, lo cual es viable en el mismo proceso de ejecución, siempre que no existan terceros (cfr. artículo 692.1 inciso segundo).

La ejecución hipotecaria tiene en la LEC unas características propias, aunque supletoriamente le son aplicables algunas normas de la ejecución ordinaria, como son las siguientes: partes del proceso, sucesión en la situación procesal, representación y defensa, irrecurribilidad del auto despachando ejecución, nulidad de actuaciones, determinación de la cantidad reclamada en el caso de ejecución de crédito con intereses variables o saldos de cuentas, posibilidad de solicitar la ampliación de la ejecución por los nuevos vencimientos de principal o intereses sin necesidad de retrotraer el procedimiento, posibilidad de convenios de realización o ejecución por entidades especializadas, imposibilidad de cesión del remate salvo que sea el propio ejecutante (cfr. artículo 647 aplicable a toda ejecución, mobiliaria o inmobiliaria), posibilidad de constituir depósitos con financiación por terceros y reglas de las subastas previstas para los inmuebles.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 681 en relación con el 655.

Las características propias de la ejecución hipotecaria (extensibles a los bienes pignorados —cfr. artículo 681 y siguientes— y a los bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad similar a los inmuebles —cfr. artículo 655— son:

a) *Reducción de trámites: tasación y domicilio*

Lo característico del procedimiento de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados, es que se pasa directamente al apremio, sin que le sean aplicables las normas sobre avalúo y traba de embargo.

No son aplicables las normas sobre avalúo, en cuanto se fija un precio de tasación que sirve de tipo a la subasta. El ejecutante no necesita acudir al sistema de información sobre cargas extinguidas o aminoradas. Y no es necesaria la traba del embargo, salvo que se acuda a las normas de la ejecución ordinaria ante la insuficiencia del bien hipotecado para satisfacer el crédito del actor.

La localización del deudor también se simplifica, en cuanto que basta su notificación en el domicilio según Registro. Tasación y domicilio son así requisitos fundamentales en la escritura de constitución de hipoteca y para su inscripción.

La LEC procura una notificación efectiva al tercer adquirente.

El criterio tradicional en materia de ejecución hipotecaria es que el acreedor debe consentir el cambio del domicilio fijado por el deudor a efectos de

requerimientos y notificaciones, cuando tal domicilio se traslada a población distinta de la designada en la escritura, siempre que esté situada fuera del término donde radican las fincas y que determina la competencia del juez; o al menos ser notificado si el cambio de domicilio es dentro de la misma población o término (artículo 130 Ley Hipotecaria, aún vigente hasta la entrada en vigor de la nueva LEC).

Esto hace que en la práctica, cuando una persona compra una vivienda hipotecada, no es consciente de que va a ser notificado o requerido, en caso de ejecución, en el domicilio designado inicialmente por el deudor (23). Y pocas veces conocen y ejercen el derecho al cambio de domicilio, que además —caso de conocerlo— requiere contar con el consentimiento del acreedor.

La LEC trata de resolver los problemas de falta de conocimiento de la ejecución que este sistema está determinando (24). En este sentido, aunque se mantiene el mismo sistema (basado en el consentimiento o al menos conocimiento del acreedor) cuando se trata de cambio de domicilio por el mismo deudor, se modifica radicalmente cuando se trata de tercer poseedor, ya que en tal caso a efectos de notificaciones y requerimientos, el domicilio de terceros adquirentes será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. Es decir, bastará la inscripción de la escritura de compra, para que las notificaciones y requerimientos se tengan que hacer en el domicilio fijado en dicha escritura. El cambio de domicilio, es así automático, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor ni de notificárselo (25). Una vez inscrito, este domicilio podrá ser nuevamente cambiado, esta vez con arreglo al sistema general (cfr. artículo 683.3).

b) *Examen de oficio de la propia competencia territorial*

Las reglas sobre competencia territorial en materia de ejecución hipotecaria son apreciables de oficio (artículo 684).

c) *Demanda ejecutiva y documentos que deben acompañarse (artículo 685)*

La demanda se interpone contra el deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor. Debe acompañarse el título de crédito inscrito y en su defecto,

(23) Por ejemplo, se requiere de pago en el domicilio del constructor que constituyó la hipoteca en la que se subroga el comprador.

(24) Esto ha determinado quejas de la Comisión Europea, instando la reforma del sistema español, para que los ciudadanos comunitarios tengan un adecuado conocimiento de la ejecución respecto de bienes inmuebles hipotecados comprados en España.

(25) El asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición operará como notificación.

cualquier otra copia acompañada de certificación registral de la inscripción. Tratándose de emisión de bonos y cédulas, bastará certificación registral (artículo 685).

d) *Auto despachando ejecución*

El juez dicta auto despachando ejecución, en el que mandará que se requiera de pago al deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor. El requerimiento no será necesario cuando se haya practicado extrajudicialmente en el domicilio según Registro (artículo 686).

e) *Comunicación registral a terceros*

El Registrador expedirá certificación de cargas, haciendo constar por nota marginal tal circunstancia. Si resultara que existe algún tercer poseedor no notificado, el juez practicará la notificación. A los terceros titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca, que figuren inscritos o anotados en el momento de expedirse certificación, la comunicación del procedimiento la realizará el Registrador, conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria sobre inmuebles (artículo 689).

f) *No acumulación de la ejecución sobre bienes hipotecados a procesos universales*

La ejecución, como se verá, no es acumulable a procesos universales sucesorios ni concursales (artículo 98).

g) *Rehabilitación del préstamo hipotecario determinante de la ejecución*

El ejecutante podrá permitir al deudor rehabilitar el préstamo hipotecario, pagando el principal, intereses (incluidos los vencimientos posteriores y los de demora que se vayan produciendo) y costas antes de la celebración de la subasta. Es una facultad del ejecutante; sin embargo, si el bien hipotecado es la vivienda familiar, el deudor podrá realizar esta rehabilitación (aún sin consentimiento del acreedor) por una sola vez (artículo 693).

Ha sido una preocupación de las asociaciones de consumidores que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil establezca la posibilidad de que el deudor pueda rehabilitar los préstamos hipotecarios durante la ejecución, de

manera que el pago de las mensualidades efectivamente adeudadas más los intereses de demora y costas procesales producidas, evite la ejecución por la totalidad de la deuda, con la finalidad de lograr en la medida de lo posible evitar la pérdida de la vivienda por el deudor que realmente quiera pagar la deuda.

En este sentido, el artículo 693.3 permite que el acreedor pueda solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día del señalamiento para la celebración de la subasta, pueda liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviera vencida en la fecha de la presentación de la demanda, incrementada en su caso con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento; de manera que si el deudor efectúa el pago en estas condiciones se liquidarán las costas y finalizará el procedimiento.

Esto no ocurre sólo en materia de ejecución hipotecaria, ya que la regla es la misma en todo supuesto de ejecución de inmuebles: en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas (artículo 670.7).

h) Pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca

Cabe que se reclame la totalidad de la deuda por impago de alguno de los vencimientos, si así se hubiera pactado (artículo 693.1).

La LEC da solución a una cuestión que había sido pacífica hasta la S.T.S. de 27 de marzo de 1999, y es que se podrá reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiera convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio figurase inscrito en el Registro (artículo 693.2).

i) Límite de responsabilidad frente a terceros

La reclamación queda limitada a la cifra de responsabilidad hipotecaria, salvo que no existan terceros, en cuyo caso se podrá reclamar con cargo al precio de remate, la totalidad de lo que se deba al ejecutante (artículo 692).

El acreedor podrá cobrar la totalidad del capital prestado, aunque con arreglo a los plazos pactados tan sólo hubiera vencido alguno de ellos, siempre que las partes hubieran pactado (y así se hubiera inscrito) el vencimiento anticipado de todo por falta de pago de alguna cuota de amortización de capital o intereses.

La cantidad reclamada podrá incluso incrementarse con los nuevos vencimientos de capital e intereses de demora que pudieran devengarse durante la ejecución (cfr. artículo 578 aplicable con carácter general a toda ejecución).

Frente al deudor no existirá limitación: cuando el propietario del bien hipotecado sea el propio deudor, el precio del remate, aunque exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en suspensión de pagos o quiebra (artículo 692).

Sin embargo, el límite de la responsabilidad hipotecaria, va a operar, siguiendo el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la jurisprudencia, frente a terceros: si el deudor se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra (artículo 692 inciso último); o si existen terceros titulares de derechos inscritos o anotados sobre el bien hipotecado con posterioridad a la hipoteca. En estos casos el precio del remate se destinará a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos, exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (artículo 692.1).

El Registrador deberá en tales casos calificar que lo satisfecho al acreedor, por cada concepto, no excede del límite de la respectiva cifra de responsabilidad hipotecaria.

j) *Limitada posibilidad de tercera de dominio*

La limitada posibilidad de que se interpongan tercerías de dominio frente a la ejecución hipotecaria (hasta ahora recogido en el artículo 132.2. L.H.) se sanciona en el artículo 696 de la LEC de manera que para que pueda admitirse tercera de dominio sobre bienes inmuebles deberá acompañarse a la demanda título de propiedad inscrito a favor del tercerista o su causante con fecha anterior a la de la inscripción de la garantía, lo que se acreditará con certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o su causante y de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento correspondiente (en definitiva limita las tercerías de dominio a los supuestos excepcionales de doble inmatriculación de fincas o a los supuestos de bienes muebles inscritos en otro Registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca del bien inmueble al que estén incorporados).

6. FORMAS DE ENAJENACION FORZOSA

La enajenación del bien ejecutado puede tener lugar de las siguientes maneras:

a) *A través de un convenio de realización judicialmente aprobado* (cfr. artículo 640). El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución (como podrían ser los acreedores posteriores) podrán pedir al Tribunal que convoque una comparecencia, con la finalidad de convenir el modo de realización de los bienes frente a los que se dirige la ejecución.

Se requiere el consentimiento del ejecutante y que el tribunal no encontrare motivos razonables para denegarla. Entretanto la ejecución no se suspende.

En estos casos el ejecutante, ejecutado o cualquier asistente a la comparecencia que al efecto convocará el Tribunal, podrá proponer una forma de realización alternativa a la subasta judicial. No se trata de una venta extrajudicial, en la medida que se realiza bajo la supervisión del Tribunal, pero permite acudir a fórmulas afines a aquélla, como es proponer a persona que, consignando o afianzando (habrá que entender que en la cuantía que el Tribunal determine) ofrezca adquirir los bienes por precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante subasta judicial o cualquier otra forma de satisfacción del derecho del ejecutante (como pudiera ser que el ejecutante se encargara de su venta extrajudicial, dación para pago de los bienes, dación en pago, etcétera, siempre que exista consentimiento del ejecutante, del ejecutado y de los titulares de derechos posteriores al gravamen que se ejecuta.

El consentimiento de éstos últimos lo exige expresamente la LEC, no sólo en cuanto que se establece que el acuerdo entre ejecutante y ejecutado no puede causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley, sino al decir que cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieren inscrito o anotado sus derechos en el Registro con posterioridad al gravamen que se ejecuta (artículo 640.3), lo que necesariamente conlleva que el Tribunal no apruebe la realización por convenio si se opone a ello algún titular de derechos inscritos o anotados con posterioridad al gravamen que se ejecuta (los anteriores nada tienen que opinar, en cuanto que no les afecta la ejecución).

La exigencia de convenio entre todos los interesados, hace innecesario que la LEC establezca límite mínimo en el precio de enajenación.

b) *A través de realización por persona o entidad especializada*

A petición del ejecutante o del ejecutado, pero siempre con el consentimiento del ejecutante, y cuando las características del bien embargado así lo

aconsejen, el tribunal podrá acordar, mediante providencia que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado inmobiliario y con los requisitos exigidos para operar en este mercado (v.gr. a través de un agente de la propiedad inmobiliaria).

También podrá acordar el Tribunal en los mismos términos, que el bien se enajene por medio de entidad especializada, pública o privada (v.gr. una empresa dedicada a las subastas inmobiliarias).

La persona o la entidad especializada (salvo que sea pública) debe prestar caución en la cuantía que el tribunal determine para responder del encargo.

Al tratarse de un convenio limitado al encargo de enajenación (sin extenderse a la realización misma) la LEC establece una garantía en favor del ejecutado, y es que la enajenación no podrá llevarse a cabo nunca por precio inferior al 70% de su avalúo.

El encargo tiene un plazo de caducidad de seis meses, de manera que si transcurre el plazo el encargo se extingue, salvo que existan motivos justificados a juicio del Tribunal, en cuyo caso se podrá prorrogar por otros seis meses más como máximo.

c) *A través de subasta judicial*

La subasta es única, de manera que los siguientes postores podrán pedir que si el rematante no paga el precio del remate en plazo, se apruebe a favor de los que le sigan (artículo 652); adoptándose medidas para satisfacer el derecho del acreedor sin merma del derecho del deudor a obtener de la subasta un valor suficiente (artículo 670).

- No hay problema si la mejor postura, sea de un tercero o del propio ejecutante, es igual o superior al 70% del precio de tasación.
- Si es inferior se atribuye al ejecutado la posibilidad de que presente tercero que mejore la postura, ofreciendo pagar el 70% del valor de tasación o al menos el importe total de lo reclamado por el ejecutante aunque sea menos que dicho 70%.
- Si no ejercita ese derecho podrá ser el propio ejecutante el que pida la adjudicación por el 70% del valor de tasación o por cantidad inferior que cubra lo que se le deba por todos los conceptos.
- Subsidiariamente a lo anterior, al menos la postura debe cubrir el 50% del valor de tasación o al menos, la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución. En caso contrario, el Tribunal podrá denegar la aprobación del remate, atendidas las circunstancias, en cuyo caso se procederá como si no hubiera postores.
- si no hubiera postores, se alzaré el embargo a instancia del ejecutado, salvo que el ejecutante pida la adjudicación del bien por el

50% del valor de tasación o por la cantidad debida por todos los conceptos.

d) Todos estos supuestos son aplicables no sólo a la ejecución ordinaria sobre inmuebles, sino también a la ejecución sobre bienes hipotecados (cfr. artículo 640.1 y 691.5). La ejecución hipotecaria tiene, sin embargo, una forma más de realización, esta vez extrajudicial.

Es el caso de la venta extrajudicial del bien hipotecado a que se refiere el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada al mismo por la disposición final novena de la LEC, a cuyo tenor:

«La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente sobre los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

Con ello se trata de superar la situación creada por la —a mi juicio criticable— Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, claramente contraria a la protección del crédito hipotecario (26).

Sin embargo, no se trata de hacer revivir el denominado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Lo que se pretende es que, dentro del contexto de la prohibición de pacto comisorio, sancionado en el artículo 1859 del Código Civil, se autoriza por la Ley Hipotecaria poder pactar el acudir a la venta notarial del bien, sin necesidad de intervención judicial. De la misma manera que para la prenda prevé el artículo 1872 del Código Civil.

(26) Aunque las Sentencias del Tribunal del orden contencioso-administrativo de 16 y 23 de octubre de 1995 habían admitido su validez, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1998 (que todavía no es doctrina legal ni vincula a otros jueces o Tribunales en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que consolide este criterio) considera, sin embargo, que el procedimiento de ejecución extrajudicial ante Notario regulado en el artículo 129, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria ha quedado derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución española como contrario al principio de unidad de jurisdicción proclamado en el artículo 117.3 de la misma. Entiende que la función de ejecución es cometido propio de Jueces y Tribunales, sin que la función notarial pueda sustituir a la estrictamente jurisdiccional. Y critica además que en dicho proceso se limiten las causas de oposición como si se tratara del procedimiento judicial sumario. Rechaza que la ejecución hipotecaria constituya el ejercicio de un derecho privado, sino que está sometida a normas de orden público no derogables por la autonomía de la voluntad. Por el contrario, la validez del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y de la ejecución prendaria ante Notario a que se refiere el artículo 1.872 del Código Civil, no las discute la Sentencia.

7. TITULACION NECESARIA PARA LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO

El testimonio, expedido por el Secretario Judicial, del auto de aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio o por persona o entidad especializada será suficiente para la inscripción, sin necesidad por tanto de elevación a escritura pública (artículo 674).

Por tanto, también en el caso de transmisión por convenio o por realización a través de persona o entidad especializada, se requiere un auto de aprobación, cuyo testimonio es título inscribible.

La atribución de la competencia para la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate, adjudicación o transmisión, al Secretario Judicial, deriva de la regla general de atribución de competencia a los Secretario en materia de actos procesales de comunicación, entre los que figuran los mandamientos para ordenar el libramiento de certificaciones, testimonios y cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad, mercantiles, de buques, de venta a plazos de bienes muebles, notarios, corredores colegiados de comercio, o agentes de Juzgado o Tribunal (artículos 149 y 152 LEC).

Los requisitos que debe comprender el testimonio del auto de aprobación de remate o de la adjudicación al acreedor, o de la transmisión por convenio o realización por persona o entidad especializada, son los siguientes (artículo 674):

a) Que se exprese que se ha consignado el precio de remate en su caso. En realidad deberá consignarse la diferencia entre la cantidad depositada para participar en la subasta (30% de su avalúo o tasación) y el precio de remate. Habrá que entender que tal precio no debe consignarse cuando se adjudique al acreedor por cantidad inferior a la cantidad reclamada o en los supuestos excepcionales de remate por precio inferior al depósito, una vez cumplidas las cauteles exigidas por el artículo 670 LEC.

En caso de venta por convenio o por realización a través de persona o entidad especializada, deberá constar el precio por el que se vende, así como también su consignación ante el Tribunal, mediante su ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones, una vez descontados los gastos efectuados y la cantidad que pudiera corresponder a la persona o entidad especializada por su intervención (artículo 641.4).

La necesaria aprobación por parte del Tribunal del convenio o de la enajenación llevada a cabo a través de persona o entidad especializada, supone que el documento privado que se pudiera haber suscrito no sea eficaz hasta su ratificación por el Tribunal.

No será necesaria la constatación del precio, pero sí del importe por el que adjudica el inmueble en caso de convenio por el que se proceda a la adjudicación en pago o para pago.

b) En caso de subasta judicial (27), si se ha obtenido crédito para financiar el pago del precio de remate y en su caso del depósito previo, se indicará el importe financiado y la entidad que ha concedido el préstamo, a los efectos del artículo 134 de la Ley Hipotecaria (artículo 674.1 párrafo segundo).

Esta remisión al artículo 134 de la Ley Hipotecaria, una vez suprimida la afección legal que el Proyecto de LEC preveía en los supuestos de financiación por terceros del depósito o del precio de remate, debe entenderse a los meros efectos de convertir la hipoteca del derecho de remate, en su caso, en hipoteca sobre el dominio del adjudicatario.

c) En los casos de realización por convenio o por persona o entidad especializada, deberá constar expresamente la fecha de la providencia aprobando la enajenación, previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento, por parte del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas (artículo 642.2 LEC).

d) Las demás circunstancias necesarias para la inscripción según la legislación hipotecaria (descripción de la finca, concreción del derecho adjudicado, manifestación de inexistencia de inquilinos, circunstancias y en su caso régimen económico matrimonial de los adjudicatarios, autoridad que dictó la resolución y quien expide el testimonio, fecha de la resolución y del testimonio).

A instancia del adquirente se expedirá mandamiento de cancelación de la anotación o del gravamen que haya originado el remate o adjudicación y la de todas las inscripciones o anotaciones posteriores, incluso las que se hubieren verificado después de expedida certificación de cargas (artículo 674.2).

Este mandamiento de cancelación de cargas, al que luego nos referiremos, y el testimonio del auto de adjudicación, podrán constar en un solo documento y además —en caso de ejecución hipotecaria— deberán presentarse conjuntamente (cfr. artículo 133 en la redacción dada por la disposición final novena número 8 de la LEC).

En el caso de venta extrajudicial del bien hipotecado, el título inscribible será la escritura pública de venta, acompañada del acta notarial a que se refiere el artículo 236.2 del Reglamento Hipotecario, donde se consignará el cumplimiento de los trámites previstos en éste. La inscripción de esta modalidad de realización del bien, está pendiente de una ulterior reforma reglamentaria. Entretanto creo perfectamente posible aplicar los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, que aún cuando hablan de ejecución extrajudicial deben ser interpretados en sus justos términos, como venta notarial de la

(27) La hipoteca del derecho de remate no es aplicable a los otros supuestos de realización del bien ejecutado (convenio o realización por persona o entidad especializada).

garantía (28). La única salvedad, a la luz de la Sentencia de 4 de mayo de 1998, es que el Notario deberá suspender las actuaciones en cualquier supuesto de oposición por parte del deudor, como para otros supuestos de jurisdicción voluntaria con intervención notarial, prevé nuestra Ley Hipotecaria (cfr. artículo 203 L.H.).

8. EL TITULO Y EL MODO EN LA EJECUCION

El adquirente tiene derecho a pedir la posesión del inmueble. Si el inmueble estuviera ocupado se procederá de inmediato al lanzamiento si el tribunal se hubiera ya pronunciado antes del anuncio de la subasta considerando al ocupante como de mero hecho o sin título suficiente. Si tal cuestión no se hubiera todavía ventilado, el tribunal resolverá lo procedente, sin ulterior recurso, siempre que el adjudicatario lo pida antes del transcurso del plazo de un año desde la adquisición del inmueble (artículo 675 en relación con el 661).

Sin embargo, para la inscripción en el Registro de la Propiedad se requiere la acreditación del modo o entrega física. Pudiera pensarse que estamos ante uno de los supuestos únicos, excepcionales, en que el Registrador no debe calificar la concurrencia del modo (normalmente facilitada, cuando de escritura pública se trata, a través de la tradición instrumental prevista en el artículo 1462 del Código Civil). Sin embargo, esto no es así, porque también la expedición del título de adjudicación es un supuesto de tradición instrumental. Así lo reconocen las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1994 y 27 de julio de 1996, según las cuales «la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la transmisión simbólica que produce la consumación de la transmisión».

Por eso la nueva Ley (cfr. artículo 674.1 LEC) considera directamente inscribible el testimonio del auto de aprobación de remate o el testimonio del auto de adjudicación (caso de no haber habido remate por adjudicación en favor del ejecutante).

9. MANDAMIENTO DE CANCELACION DE CARGAS

Junto con el título de adquisición, en todo supuesto de realización del bien ejecutado puede (no es imperativo, salvo en materia de ejecución hipotecaria,

(28) La RDGRN de 26 de febrero de 2000, en un supuesto de calificación del procedimiento extrajudicial, no pone en cuestión su validez.

como veremos) acompañarse el mandamiento de cancelación de cargas, si es que existen.

Así lo prevé el artículo 674.2, al establecer que a instancia del adquirente se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación, en el que asimismo se ordenará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores al gravamen que se ejecuta, incluidas las que se hubieran verificado después de expedida la certificación de cargas.

No será obstáculo a la inscripción del testimonio del auto de adjudicación el que no se expida este mandamiento de cancelación de cargas. Lo único que ocurrirá es que el Registro aún publicará formalmente la existencia del procedimiento de ejecución y de las cargas posteriores, todo lo cual se cancelará en el momento en que se presente el mandamiento de cancelación de cargas.

En el mandamiento de cancelación del gravamen que se ejecuta y de las cargas posteriores, se debe hacer constar:

a) Que el valor de lo vendido o adjudicado es igual o inferior al importe total del crédito del actor.

b) Que en caso de ser superior, se retuvo el remanente a disposición de los interesados (acreedores posteriores).

c) Las demás circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria (es el caso de la referencia expresa a las cargas que deban ser canceladas, con referencia a tomo y libro si se trata de cargas que se hicieron constar en la certificación de cargas, o como mera cancelación genérica si son posteriores, cfr. artículo 233 R.H.).

d) En cuanto a las notificaciones a los titulares de cargas posteriores, que se van a cancelar, la LEC opta por considerar que no afectan a la validez de la ejecución ordinaria, de manera que la ausencia de comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución (cfr. artículo 660).

e) El mandamiento de cancelación de cargas, tratándose de ejecución de un crédito personal (anotación de embargo), debe inscribirse durante la vigencia de la anotación.

Debe recordarse que en nuestro Ordenamiento hipotecario, tal como recuerda la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. entre otras Resoluciones de 13 de febrero de 1996 y 25 de marzo de 1996), que para que la enajenación derivada de una ejecución forzosa tenga prioridad frente a cargas posteriores, es necesario que tal enajenación se presente en el Registro de la Propiedad vigente la anotación del embargo, de manera que si caduca la anotación, pierde la prioridad.

Cuando la anotación preventiva de embargo caduca y las fincas están inscritas a favor de persona distinta del embargado, ya no es posible inscribir el testimonio judicial del auto de adjudicación de la finca otorgado en dicho procedimiento de apremio, si no es con el consentimiento del actual titular registral o resolución judicial en procedimiento declarativo dirigido contra él.

Cuando la anotación preventiva de embargo caduca, pierde su prioridad registral, de manera que ya no cabe cancelar las cargas posteriores a la anotación, ya que el embargo ha perdido prioridad frente a ellas. Si existen anotaciones posteriores, y la primera caduca, las posteriores avanzan de rango, sin que sea posible cancelarlas como posteriores en el procedimiento de apremio derivado de la primera (RDGRN 28/9/1987). La ejecución derivada de las anotaciones de embargo posteriores, que ahora avanzan de rango por la caducidad de la anotación anterior, conllevará la cancelación registral de la adjudicación derivada de ésta, que ha perdido prioridad, salvo que se interponga civilmente la correspondiente tercería, en cuyo caso lo procedente es que se decrete la paralización de la ejecución de las anotaciones posteriores que han avanzado de rango, ya que civilmente la primera adjudicación (derivada de una traba de embargo anterior) debe prevalecer.

Y es que en el momento en que la anotación se extingue cesa la sujeción del inmueble y adquiere su plenitud la titularidad registral afectada (RDGRN 27/10/1993).

En definitiva, la adjudicación derivada del procedimiento ejecutivo que motivó la anotación del embargo, debe haberse presentado en el Registro antes de que caduque la anotación preventiva de embargo. Por eso, si el testimonio del auto de adjudicación se presenta en el Registro después de caducada la anotación, perderá toda preferencia respecto de anotaciones posteriores, e incluso si existe una inscripción de dominio posterior, ésta impediría la inscripción de la adjudicación derivada del embargo cuya anotación caducó. Ello es consecuencia de la propia naturaleza y razón de ser de la anotación de embargo, cuya finalidad (dado su carácter no constitutivo) es la eficacia frente a terceros. Si se deja caducar la anotación, tan sólo conservará su preferencia la adjudicación derivada del embargo si no existen terceros anotantes o terceros adquirentes.

Si por el contrario, se inscribe la enajenación durante la vigencia de la anotación de embargo (esto es, si se presenta en el Registro antes de la caducidad, cfr. artículo 24 LH), la prioridad ganada con la anotación se traslada a la enajenación, procediendo la cancelación de las cargas posteriores incluso aunque el mandamiento cancelatorio se presente después, es decir, una vez cancelada por caducidad la anotación preventiva que motivó la ejecución inscrita (cfr. RDGRN 28/7/1989).

En este sentido la LEC ha aclarado el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas de embargo, de manera que la disposición final novena apar-

tado 2, da nueva redacción al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, en los siguientes términos:

«Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquéllas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos.

La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado».

Con ello se recoge legislativamente la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado en orden a la vigencia de las anotaciones preventivas a contar desde la misma fecha de la anotación, y no desde la del asiento de presentación del mandamiento de embargo, como erróneamente dio a entender la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998.

Además deroga (por ser norma de mayor rango y posterior) el artículo 199 del Reglamento Hipotecario que preveía que las anotaciones preventivas prorrogadas no caducaban. El nuevo criterio deberá entenderse aplicable respecto de cualquier anotación preventiva prorrogada, aunque la prórroga tuviera lugar antes de la entrada en vigor de la nueva LEC.

e) La cancelación determinará la cancelación de todo tipo de carga posteriores, siguiendo el orden registral, salvo que se interponga en el procedimiento la correspondiente tercería.

Conviene recordar en este sentido que la tesis tradicional de la jurisprudencia, tanto civil como de la DGRN, interpretando el artículo 44 LH en relación con el artículo 1923 C.C. al cual se remite, es la de entender que la anotación de embargo tan sólo concede preferencia frente a créditos posteriores, pero no frente a créditos anteriores o preferentes, ni mucho menos frente a actos dispositivos anteriores (el propio artículo 1911 C.C. lo corroboraría, en cuanto que el deudor no respondería con aquéllos bienes que no eran ya suyos en el momento del embargo).

Esta doctrina sigue siendo correcta en el ámbito civil, donde el anotante posterior puede interponer la correspondiente tercería de mejor derecho frente al anterior, la cual prosperará si el crédito es de fecha fehaciente anterior o privilegiado; e incluso el que inscribe con posterioridad pero en virtud de escritura pública de fecha anterior a la traba del embargo, podrá interponer la correspondiente tercería de dominio que paralizará el embargo (cfr. artículo 1911 CC y 44 LH).

Debe aclararse que esta posibilidad de tercerías sólo existe frente a los anotantes, nunca frente a los titulares de derechos reales inscritos, frente a los cuales nunca pueden prevalecer títulos no inscritos o inscritos con posterioridad, por mucho que sean de fecha anterior (cfr. artículo 17 y 32 LH y 606 C.C.).

10. CANCELACION DE CARGAS EN LA EJECUCION HIPOTECARIA

Si la ejecución recae sobre bienes hipotecados, el testimonio del auto de aprobación de remate o de adjudicación a favor del ejecutante, será también el título inscribible, en cualquiera de los supuestos de enajenación estudiados, también aplicables a la ejecución hipotecaria.

No obstante, conviene hacer las siguientes precisiones:

a) Que sí será requisito necesario del mandamiento de cancelación de cargas que consten las comunicaciones realizadas por el Registrador a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación (artículo 132.2 en la redacción dada por la disposición adicional novena de la LEC, frente al criterio del artículo 660 en sede de ejecución ordinaria).

b) Que en la ejecución hipotecaria no es precisa la presentación del mandamiento de cancelación de cargas durante un plazo de vigencia determinado, ya que la hipoteca no caduca (salvo los supuestos excepcionales en que así se hubiera previsto en su constitución y siempre por supuesto antes de que transcurra el plazo de veinte años a que se refiere el artículo 177 del Reglamento Hipotecario).

Quizás por ello, en cuanto que no existe la urgencia que puede justificar la presentación inmediata del testimonio del auto de adjudicación separadamente del mandamiento de cancelación de cargas, el artículo 133 de la L.H. párrafo primero, en la redacción dada por la disposición adicional novena de la LEC exige su presentación conjunta, al señalar que: «El testimonio expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado en favor del rematante o adjudicatario, siempre que se presente el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la LEC».

Esto determinará que también la calificación del registrador sea conjunta, de manera que no podrá inscribirse el testimonio del auto de aprobación si la cancelación de cargas adolece de algún defecto.

c) Que la ejecución hipotecaria determinará la cancelación de todas las cargas posteriores según Registro, sin excepción, y sin posibilidad alguna de que en la ejecución pueda prosperar tercería de mejor derecho (a diferencia de lo que vimos respecto de la ejecución ordinaria, en la que sí cabe tercería, pues se trata de ventilar el mejor derecho entre créditos).

La hipoteca nunca puede verse perjudicada por una tercería de mejor derecho (ni siquiera aunque el crédito posterior sea privilegiado, como el crédito salarial). La hipoteca es un derecho real, y frente a él no puede operar ninguna preferencia creditual.

Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado al analizar la colisión entre una hipoteca y un crédito preferente anotado después (v.gr. Resolución de 3 de abril de 1998) (29).

d) La cancelación de las cargas posteriores no admite excepción. Así lo establece el artículo 134 en la nueva redacción dada en la disposición final novena de la LEC, a cuyo tenor:

«El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.

Tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones.»

(29) La delimitación del alcance de la preferencia del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores exige su conexión con otros preceptos que regulan la hipoteca y la prenda, figuras éstas cuya esencia trasciende a la mera preferencia al crédito garantizado (...). La constitución de tales garantías implica un acto dispositivo por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto, cualquiera que sea su poseedor, así como al cobro de su crédito hasta el límite garantizado. Se trata de un derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ya ser menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento (...). La mera preferencia de un crédito y la especial afección de un bien hipotecado o pignorado a la seguridad de la deuda garantizada operan en planos diferentes (...). La eventual preferencia de un crédito sobre cualquier otra deuda del ejecutado, no puede llevar, ni aún cuando fuera tan absoluta como la del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, a la extinción de esa garantía real, porque el crédito del actor está haciendo valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal del deudor, esto es, con la restricción inherente a la garantía real establecida sobre el bien, en favor de tercero; no hay concurrencia entre créditos y ello se hace ostensible si se piensa que es perfectamente posible que la deuda garantizada con la prenda o hipoteca no lo sea del ejecutado.

Todos los asientos posteriores (de dominio o derechos reales limitados, anotaciones de embargo, gravámenes) quedarán cancelados como consecuencia de la ejecución hipotecaria. El sistema de purga no admite excepción, a salvo los asientos de declaración de obra nueva y división horizontal cuando la hipoteca, por pacto o por ministerio de la ley se extienda a las nuevas edificaciones (la LEC recoge así el supuesto que trató la Resolución de la DGRN de 8 de julio de 1997) (30).

Excepcionalmente también habrá que entender en vigor aquéllos asientos en los que voluntariamente se subrogue el adjudicatario. Es el caso planteado en la Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 2000, relativo a un supuesto de enajenación forzosa de un bien hipotecado, sobre el que se había constituido un arrendamiento rústico con posterioridad a la hipoteca; aún entendiendo que el adjudicatario no debe subrogarse en tal arrendamiento por ser posterior a la hipoteca (31) (pese a la dicción del artículo 78 de la LAR), no obstante entiende que el adjudicatario puede optar por la subsistencia o extinción del arriendo).

e) La cancelación va a afectar incluso a anotaciones de demanda de nulidad de la propia hipoteca.

Esto está en íntima relación con las limitadas causas de oposición a la ejecución hipotecaria, que se recogen en el artículo 695 de la LEC, de manera que sólo se admitirá la oposición del ejecutado por extinción de la garantía o de la obligación garantizada (esto es, por pago), lo cual deberá acreditarse por certificación del Registro o escritura de carta de pago o de cancelación de la garantía; o por error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo del cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. Fuera de estos supuestos, los procedimientos de ejecución sobre bienes hipotecados sólo se suspenderán por prejudicialidad penal cuando se acredite la existencia de causa criminal por falsedad del título o invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución (cfr. artículo 697) (32).

(30) Los artículos 112 y 113 LH, cuando la finca hipotecada ha pasado a un tercer poseedor, no hacen extensiva la hipoteca a las mejoras costeadas por éste que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación. Dan pues tratamiento distinto a las mejoras hechas por quien era dueño al tiempo de constituirse la hipoteca, que regula el artículo 110 LH, de las hechas por tercer poseedor, de manera que las mejoras de adorno, comodidad o elevación de edificios costeadas por éste quedan fuera de la hipoteca (STS 21/6/1990). Conforme a la RDGRN 19/1/1996 esta doctrina referente a los terceros poseedores no se extiende a quien posteriormente asume la posición jurídica del deudor, tanto en la titularidad pasiva de la deuda, como en la propiedad del bien gravado, mediante subrogación en la hipoteca.

(31) Pues no sería lógico que la ejecución de la hipoteca conllevara la cancelación de los derechos reales posteriores y que en cambio subsistieran derechos que no tienen ese carácter.

(32) Incluso cabrá la posibilidad, conforme a las reglas generales, de que aunque se alegue suspensión por prejudicialidad penal, pueda seguir adelante la ejecución prestando

Se parte de la base, de que iniciada la ejecución hipotecaria, quedan limitadas las causas de oposición. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución sobre los bienes hipotecados (artículo 701).

Como consecuencia de ello, se discutía la posibilidad de que con posterioridad a la iniciación del procedimiento de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados, pudiera tomarse anotación preventiva de nulidad de la propia hipoteca. Esto se soluciona en el nuevo artículo 131 LH en la disposición final novena de la LEC:

«Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.»

Y añade que «no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto». De esta manera tampoco será posible cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas (que como vimos había sancionado la DGRN). Así se recoge también en el artículo 688.2 LEC.

Es decir, cuando se alegue cancelación de la garantía, pago, error en la cantidad exigible (en las hipotecas de máximo), o se interponga tercería de dominio por doble inmatriculación de finca, o se interponga una acción criminal por falsedad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, no sólo será anotable la causa de oposición, sino que determinará la suspensión de la ejecución. Las demás causas de oposición o demandas que se pudieran formular sobre la hipoteca (interés usurario, vicio de consentimiento, prescripción de la acción) no paralizan la ejecución, pero se cancelarán con el mandamiento de cancelación de cargas expedido como consecuencia de aquélla.

Esto supone el reconocimiento de que el procedimiento de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados se basa en la preconstitución de la prueba que la inscripción depara, sin que pueda alegarse inconstitucionalidad, ya

el ejecutante caución suficiente para responder de lo que perciba y de los daños y perjuicios que la ejecución produzca al ejecutado (artículo 569 al que se remite el 697).

que cualquier otra cuestión (por ejemplo interés usurario, error de consentimiento, etcétera) se podrá ventilar ante el juicio declarativo correspondiente, pero sin trascendencia en la adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria. El procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados, como vimos con anterioridad, es un proceso de realización de valor del bien hipotecado; de manera que una vez iniciado, las causas que pudiera alegar el deudor o un tercero, al margen de las que pueda paralizar la ejecución, deberán sustanciarse en juicio ordinario, si bien recayendo las consecuencias en el valor obtenido en la realización del bien (subrogación real), no sobre el propio bien.

Eso debe ser así, con mucha más razón, cuando ha surgido un tercero que ha confiado en el Registro y que va a participar en la subasta, con los datos que le ofrece aquél. Sería contrario a la eficacia de la publicidad registral y a la seguridad jurídica (artículo 9 Constitución) que una vez expedida certificación de cargas en el proceso de ejecución hipotecaria, pudiera anotarse preventivamente una demanda de la que no ha tenido conocimiento y que subsistiera en perjuicio del adjudicatario.

La anotación de demanda, en el curso de la ejecución, sólo se puede tomar si se basa en una de las excepcionales causas que paralizan la ejecución o si —una vez expedida certificación de cargas— se dirige la demanda contra el propio rematante o adjudicatario. En los demás supuestos habrá que admitir la anotación de demanda (para garantizar el principio de tutela judicial y porque tiene sentido en caso de que la ejecución se paralice por otra causa) pero procederá su cancelación en caso de ejecución.

De esta manera las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución, quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133. Sólo subsistirán las que se hayan tomado después de la hipoteca aunque antes de la nota marginal.

Lo que sí se admite (a diferencia del aún vigente artículo 132 L.H. y para garantizar la constitucionalidad del proceso) es que en la ejecución hipotecaria puedan ventilarse la nulidad de actuaciones. Esto es, podrán impugnarse las infracciones procesales y legales en el curso de la ejecución, de manera que si entrañan la nulidad de las actuaciones podrá el tribunal decretar su nulidad de pleno derecho, siempre que se solicite por vía de recurso, o de oficio si se aprecia falta de jurisdicción (antes de iniciada ejecución), falta de competencia objetiva o funcional o se hubiera producido violencia o intimidación (artículo 562 en relación con el 225). Se supera así el absurdo de tener que acudir a un juicio declarativo ulterior para ventilar las cuestiones atinentes a la posible nulidad de actuaciones (indefensión, falta de representación, etcétera).

e) La declaración de quiebra del hipotecante no afectará a la ejecución hipotecaria.

La LEC ha solucionado la posible antinomia entre el artículo 878 del Código de Comercio y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al determinar la no acumulación de la ejecución hipotecaria a juicio universal alguno, como pasamos a estudiar.

11. NO ACUMULACION A JUICIOS UNIVERSALES

La no acumulación a los juicios universales del procedimiento de ejecución cuando se ejecuta la acción hipotecaria, queda claramente establecida en la LEC. Así:

a) El artículo 98 de la LEC ordena la acumulación de procesos singulares a procesos universales, en los casos de procesos concursales o sucesorios, si bien en estos casos se exceptúan de esa acumulación «los procesos de ejecución en los que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se acumularán al proceso concursal ni al sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución».

b) El artículo 555.4 de la LEC, al regular la acumulación de ejecuciones, señala que «cuando la ejecución se dirija exclusivamente sobre bienes especialmente hipotecados, sólo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando éstos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes».

c) Y el artículo 568 de la LEC establece que «El tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. Por excepción, tales situaciones no impedirán el inicio de la ejecución singular, si ésta se limitare a los bienes previamente hipotecados o pignorados en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías hipotecarias, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal».

De aquí se deriva:

a) Que los procedimientos concursales suspenden las ejecuciones en curso.

b) Que ello no afecta a los procedimientos de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (33).

(33) Con ello la LEC se anticipa a la solución que pudiera darse en el Proyecto de Ley concursal, actualmente en fase de elaboración por la Comisión General de Codificación.

c) Que no es necesario que el procedimiento se haya iniciado con anterioridad a la declaración de la situación concursal; los iniciados después tampoco se paralizan;

d) El importe máximo de la reclamación no podrá exceder de la responsabilidad máxima hipotecaria aún cuando no existiesen terceros titulares de derechos anotados o inscritos en el Registro.

e) Que la ejecución hipotecaria debe determinar la cancelación de las anotaciones de quiebra posteriores a la hipoteca, sean anteriores o posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, y estén o no comprendidas las hipotecas dentro del periodo de retroacción.

12. CALIFICACION REGISTRAL

Analizando el artículo 674 LEC y el artículo 132 de la L.H., en la redacción que le da la disposición final novena, podemos destacar como objetivos prioritarios (no limitativos) de la calificación registral los siguientes:

a) Que en la ejecución hipotecaria se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas. Este requerimiento podrá ser notarial o judicial, pero siempre en el domicilio según Registro.

En la ejecución ordinaria el Registrador comprobará que el bien está inscrito a nombre del ejecutado, de manera que denegará la inscripción si figura inscrito a nombre de persona distinta, salvo que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero del titular registral o que la inscripción de dominio fuera posterior a la anotación del embargo (artículo 658 LEC, 20 LH, 175 y 205 RH).

b) Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho haya sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca —o gravamen que se ejecuta—, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación;

Ya se ha estudiado como en caso de ejecución ordinaria, la falta de comunicaciones no es obstáculo para la inscripción de la adjudicación (cfr. artículo 660.2).

c) Que en la ejecución hipotecaria lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (habrá que entender, cuando existan terceros en los términos estudiados);

En este sentido (cfr. artículo 692 de la LEC) el precio del remate se destinará sin dilaciones a pagar al actor el principal del crédito, intereses y

costas, salvo que de la certificación de cargas resulte la existencia de acreedores posteriores, en cuyo caso se depositará el remanente a su disposición. Una vez satisfechos los acreedores posteriores se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado y si el bien está aún en poder del deudor, el sobrante quedará a disposición del acreedor hasta la completa satisfacción de su crédito.

Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria, cuando existen terceros, es materia calificable —como se ha visto—por el Registrador (artículo 132 en la nueva redacción dada por la disposición final novena).

El artículo 692 permite, no obstante, que cuando el propietario del inmueble fuera el propio deudor (es decir, no un tercer poseedor) pueda el acreedor cobrar en la ejecución la totalidad de la deuda, aunque exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria, una vez satisfechos los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra.

Se entiende así que la cifra de responsabilidad hipotecaria opera tan sólo frente a terceros, no «inter partes». Y que el acreedor, aunque acuda al procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados, está ejerciendo la acción personal (que le faculta para cobrar la totalidad del crédito derivado del título) y no la real (que tan sólo autorizaría a cobrar la cifra cubierta por la hipoteca). El deudor, no obstante, podrá invocar en su caso la prescripción de la acción personal (quince años, frente a los veinte de la acción hipotecaria), pero fuera del proceso de ejecución.

d) En caso de ejecución ordinaria, el Registrador comprobará que lo entregado al acreedor por principal, intereses y costas no excede de la cifra de responsabilidad de la anotación preventiva, cuando se trate de terceros adjudicatarios derivados de gravámenes posteriores. En los demás casos se podrá superar el límite (cfr. artículo 613.3).

e) Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

Una vez depositado, el juez deberá decidir el destino del sobrante y si está el deudor en quiebra o suspensión de pagos deberá remitirlo al juez de la quiebra o suspensión. Así lo establece el artículo 672 LEC cuando señala que si existiera remanente después de pagado el ejecutante (en caso de hipoteca con los límites derivados de la existencia en su caso de terceros) el sobrante se entregará al ejecutado o tercer poseedor, sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.

El Registrador deberá calificar la existencia o no de sobrante y si existe que se consignó a favor de acreedores posteriores. Pero no podrá entrar a calificar el destino o reparto que el juez haga del sobrante, ya que ahí se seguirá un incidente en el que el juez seguirá criterios sustantivos de prelación, sin que su tramitación impida la inscripción del título de adjudicación (cfr. artículo 672.2).

f) Debe tenerse en cuenta que tratándose de realización por convenio o enajenación por entidad o persona especializada, regirán las mismas normas, que deberán ser calificadas por el Registrador, en orden a la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente, mandamiento de cancelación de cargas y subrogación en cargas anteriores (cfr. artículo 642).

13. EN PARTICULAR LA CALIFICACION DE LA COBERTURA POR INTERESES

1. ENTRE PARTES

Entre partes y frente al tercer adquirente de la finca que se subroge en la obligación garantizada con el consentimiento expreso o tácito del acreedor (artículo 118 Ley Hipotecaria), la hipoteca se extiende a todos los intereses impagados y no prescritos (aunque la prescripción no podrá alegarse en el procedimiento de ejecución hipotecaria) (34), como se desprende de los artículos 114, 118 y 146 de la L.H. En la reclamación el acreedor no deberá limitarse a la cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses, ya que ésta sólo opera frente a terceros poseedores y titulares de cargas o gravámenes inscritos con posterioridad.

La posición tradicional de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entendía que no podía cobrarse en el procedimiento judicial sumario más que lo amparado por la cifra de responsabilidad hipotecaria.

Así lo estableció la Resolución de 27 de julio de 1988. Se trataba de un supuesto en el que practicado el remate a favor del actor no se le exigió desembolso alguno, por cuanto su crédito era superior al precio del remate. Sin embargo, el Registrador denegó la inscripción, porque aún siendo superior el crédito reclamado al precio del remate, la responsabilidad hipotecaria era inferior, por lo que debía consignarse la diferencia en favor de acreedores posteriores (35). La Dirección General confirma la calificación registral, en-

(34) Proceso de ejecución sobre bienes hipotecados, en la terminología de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(35) La responsabilidad hipotecaria era de 3.700.000 pesetas y no incluía los intereses de demora, que no estaban garantizados. El actor reclamaba, incluyendo estos intereses, 5.000.000 pesetas. Y el precio de remate fueron 4.200.000 pesetas.

tendiendo que dada la naturaleza del procedimiento judicial sumario, sólo la parte del actor que esté garantizada con la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio del remate. La ejecución hipotecaria conllevaría así la cancelación de las cargas posteriores sólo cuando se consignase a su favor la diferencia entre el precio de remate y la responsabilidad hipotecaria, en base a lo dispuesto en el artículo 131, párrafo 17, de la Ley Hipotecaria. Dejó entrever esta resolución que esto era así incluso cuando no hubiera acreedores posteriores, de manera que el sobrante o diferencia entre el precio de remate y la cifra de responsabilidad hipotecaria, si no existieran terceros, debería entregarse al deudor. Así resulta de su afirmación de que «sólo la parte del crédito del actor que esté garantizada con la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio de remate».

Frente a este criterio la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aclara que en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados puede el acreedor cobrar todo lo que se le deba, salvo que surjan terceros o el deudor esté incurso en suspensión de pagos o quiebra. Es decir, se limita a estos últimos supuestos (que existan terceros o situación de insolvencia del deudor) la posición clásica del Centro Directivo de Notarios y Registradores.

Con ello la Ley de Enjuiciamiento Civil evita al acreedor tener que acudir a otro proceso de ejecución ordinario, cuando el importe reclamado es superior a la cifra de responsabilidad hipotecaria, al menos cuando no existen terceros. Esto es coherente con la propia filosofía de la ejecución forzosa en la Ley, ya que entiende que la ejecución hipotecaria no es sino una fase (aunque con especialidades propias) del proceso de ejecución ordinario.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, además, da solución a una cuestión que había sido pacífica hasta la STS de 27 de marzo de 1999 (36), y es que se podrá reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiera convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio figurase inscrito en el Registro (artículo 693.2 LEC). Aquélla sentencia había entendido nulo tal pacto, por abusivo. La ley entiende que es válido y que puede ejecutarse por la totalidad de lo debido, y no sólo por los impagos concretos producidos.

El acreedor, por tanto, puede cobrar la totalidad del capital prestado, aunque con arreglo a los plazos pactados tan sólo hubiera vencido alguno de ellos, siempre que las partes hubieran pactado (y así se hubiera inscrito) el vencimiento anticipado de todo por falta de pago de alguna cuota de amortización de capital o intereses.

(36) Esta sentencia, de forma criticable, considera nulo el pacto de vencimiento anticipado, por entender que es abusivo y que el plazo se establece en beneficio tanto de acreedor como del deudor. Olvida que el propio Código Civil, señala que esto es a falta de pacto (cfr. artículo 1.127 C.C.).

La cantidad reclamada podrá incluso incrementarse con los nuevos vencimientos de capital e intereses que pudieran devengarse durante la ejecución (cfr. artículo 578 LEC aplicable con carácter general a toda ejecución).

Frente al deudor no existirá limitación: cuando el propietario del bien hipotecado sea el propio deudor, el precio del remate, aunque exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en suspensión de pagos o quiebra (artículo 692 LEC).

Si existen terceros con derechos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca, primero se pagará al acreedor hasta el límite de la cobertura de la cifra de responsabilidad hipotecaria; después se pagará a los terceros titulares de derechos inscritos o anotados sobre el bien hipotecado con posterioridad a la hipoteca; y si aún existe sobrante se entregará al acreedor hasta que se satisfaga su crédito. El sobrante, si aún así existe, se entregará al deudor.

Sin embargo, el límite de la responsabilidad hipotecaria, va a operar, siguiendo el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la jurisprudencia, frente a terceros: si el deudor se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra (artículo 692 inciso último LEC); o si existen terceros poseedores. En estos casos el precio del remate se destinará a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos, exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (artículo 692.1 LEC). La diferencia entre el precio de remate y el límite de la cobertura hipotecaria, se entregará a los terceros poseedores, o en el caso de concurso, suspensión de pagos o quiebra del deudor hipotecario, se pondrá a disposición del juez del concurso, suspensión de pagos o quiebra. (Cfr. artículo 672.1 párrafo segundo, según el cual podrá ordenarse la retención del remanente en otros procesos singulares o concursales).

El Registrador deberá en tales casos calificar que lo satisfecho al acreedor, por cada concepto, no excede del límite de la respectiva cifra de responsabilidad hipotecaria (37).

2. RESPECTO DE TERCEROS

Con relación a terceros nuestro Derecho sí que fija un tope máximo. Según el artículo 114.1 de la L.H.: «Salvo pacto en contrario, la hipoteca

(37) Artículo 132 L.H. en la nueva redacción dada por la disposición final décima LEC.

constituida en favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente».

El plazo de cobertura hipotecaria por razón de intereses a que se refiere el artículo 114 L.H., aunque es un plazo legal, en la medida que puede modularse contractualmente exigirá que en la escritura de constitución de la hipoteca quede claramente fijado. O dicho de otra forma: lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria es un límite a la responsabilidad hipotecaria por intereses, que necesariamente debe quedar fijado en la escritura de constitución de la hipoteca y en su inscripción. Si nada se pacta respecto de intereses, no podrá el acreedor exigir de terceros los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente por ministerio de la ley.

El plazo opera como límite máximo. Lo que se pacte de responsabilidad hipotecaria por intereses no puede exceder de dicho límite. Y se computa desde la iniciación del procedimiento judicial a instancia del acreedor hipotecario, en concreto desde la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el procedimiento sumario —hoy proceso de ejecución sobre bienes hipotecados— o desde la anotación del embargo en el juicio ejecutivo (STS 12 de julio de 1941) —hoy proceso de ejecución ordinario, ante la insuficiencia de los bienes hipotecados—.

Completa esta regla el artículo 146 de la L.H. al señalar que: «El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al artículo 114».

Para SANZ FERNÁNDEZ (38), el tercero a que se refieren estos preceptos es el del artículo 34 de la L.H., de modo que, quienes no reúnan esta cualidad, responden de todos los intereses impagados. En cambio, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (39) consideran que es tercero todo el que, con posterioridad a la hipoteca, adquiera el dominio o un derecho real sobre la finca hipotecada por cualquier título, aunque no inscriba su derecho, exceptuando a los herederos del deudor hipotecante, por ser continuadores de su personalidad patrimonial, y al adquirente que se subrogue en la obligación garantizada.

MONTERO LEÓN sigue la postura de ROCA SASTRE, pero entendiendo que el tercero, para quedar amparado por el artículo 114 de la L.H. debe haber inscrito su adquisición (40). Esto parece lo más lógico y lo más acorde con

(38) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1945

(39) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, op. Citado página 80.

(40) MONTERO LEÓN, «La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, páginas 609 y siguientes.

los principios hipotecarios y así lo corrobora la nueva dicción del artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que sólo considera como límite la cifra de responsabilidad hipotecaria en beneficio de terceros poseedores o terceros que hubieran anotado o inscrito su derecho con posterioridad a la hipoteca.

Ya hemos visto, como en estos casos, primero se pagará al acreedor hasta el límite de la cobertura de la cifra de responsabilidad hipotecaria; después se pagará a los terceros titulares de derechos inscritos o anotados sobre el bien hipotecado con posterioridad a la hipoteca; y finalmente se entregará al acreedor hasta que se satisfaga su crédito. Si aún así existe sobrante, se entregará al deudor.

Y si el deudor se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra (artículo 692 inciso último LEC); o si existen terceros poseedores, el precio del remate se destinará a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos, exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (artículo 692.1 LEC). En el caso de concurso, suspensión de pagos o quiebra del deudor hipotecario, el exceso se pondrá a disposición del juez del concurso, suspensión de pagos o quiebra.

3. SISTEMA DE AMPLIACIÓN COMPLEMENTARIO

Según el artículo 115 de la L.H.: «Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior, el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados.

Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.

Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados».

La ampliación podrá pedirse desde el mismo momento en que lo debido por intereses no esté cubierto por la cifra de responsabilidad hipotecaria. Si ésta se hubiera limitado a recoger el límite legal, podrá pedirse transcurridos tres años desde la constitución de la hipoteca o desde el último vencimiento de intereses que haya sido pagado.

Se constituye por acuerdo entre acreedor y deudor y, en su defecto, por resolución judicial obtenida en juicio ordinario. La nueva hipoteca tendrá el rango que corresponda a la fecha de su inscripción. La ampliación debe hacerse constar por inscripción, haciéndose constar en ella una referencia a la inscripción del derecho ampliado (cfr. artículo 81 L.H.).

4. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE INTERESES

El sistema legal que acabamos de ver no impide que, al constituirse la hipoteca, se pacte que ésta no se extienda a los intereses o que asegure una cantidad mayor o menor que la determinada por la Ley. No obstante:

a) Frente a terceros, estos pactos están limitados por el artículo 114.2 de la L.H. que dispone que: «En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

Y, para evitar que indirectamente se asegure una cantidad mayor, el artículo 220 del R.H. establece que: «Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades».

b) Cuando se hipotequen varias fincas por un solo crédito, la cantidad de que cada una responde por intereses, debe ser proporcional a la distribución que entre ellas se haya hecho de la responsabilidad hipotecaria.

c) Si se pacta una cláusula de estabilización, ésta opera sólo respecto del capital garantizado, pero los intereses se pagan por el principal nominal asegurado (artículo 219.3.º del R.H.). No obstante, también cabe pactar tipos de interés variable.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido las cláusulas de interés variable, siempre que cumplan estos requisitos:

1.º Que hagan referencia a un módulo objetivo que pueda variar al alza y a la baja (por ejemplo, índice de referencia del mercado hipotecario). No es necesario fijar un tipo máximo, pero debe respetarse la legislación represiva de la usura.

2.º Que se fije un máximo de responsabilidad por intereses, en cantidad o en porcentaje, lo que supone constituir una hipoteca de seguridad, dada la indeterminación inicial respecto de la cuantía futura de los intereses.

Puede por tanto la hipoteca garantizar intereses variables, siempre que se determinen por un factor objetivo y se señale un máximo de responsabilidad hipotecaria (Resolución de 14 de enero de 1991), sin que el índice de referencia pueda ser fijado unilateralmente por la entidad prestamista (Resolución de 7 de septiembre de 1988 y Orden ministerial sobre transparencia de préstamos hipotecarios de 5 de mayo de 1994) y se exprese la fórmula matemática que permita calcular las cuotas variables a satisfacer (Resolución de 18 de enero de 1994).

d) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha negado la inscripción de ciertos pactos, como el de compensar los intereses con los frutos de la finca o el de anatocismo, en cuya virtud los intereses vencidos se

capitalizan para devengar nuevos intereses, pero sin entrar a discutir su licitud en el campo obligacional. (41).

En concreto el Centro Directivo establece que en el ámbito hipotecario los intereses garantizados por hipoteca nunca pueden aparecer englobados en el capital a través del pacto de anatocismo. Sin prejuzgar su validez o no en el ámbito obligacional, pues de hecho el Tribunal Supremo admite su validez (42), la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que en el ámbito hipotecario el principio de especialidad impide que puedan capitalizarse los intereses, y en definitiva cobrarse englobados o amparados en la cifra de responsabilidad hipotecaria por capital. En el ámbito hipotecario el principio de especialidad impide que puedan capitalizarse los intereses, y en definitiva cobrarse englobados o amparados en la cifra de responsabilidad hipotecaria por capital. Es decir, dicho pacto sería ineficaz en orden al crédito

(41) Resoluciones de 19 de enero, 8, 11, 12, 13, 15, 18 y 21 de marzo, 1 y 2 de abril, 10 de mayo, 4 y 27 de junio, y 14 de noviembre de 1996; 17, 18 y 19 de marzo, 20 y 24 de marzo, 16 de abril, 22 de abril, 29 de abril y 5 de mayo, 4 de junio, 10 y 11 de junio, 27 de junio y 2 de julio de 1997 entre otras.

(42) La STS de 8/11/1994 admite la validez civil del pacto de anatocismo, en base a lo siguiente: «1.º El principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 C.C. permite que las partes puedan celebrar el referido convenio, siempre que el mismo, además de no ser contrario a la moral, ni al orden público, ni esté prohibido por la Ley, como no lo está. 2.º El artículo 1.109 C.C., además de admitir en el inciso inicial de su párrafo primero el anatocismo legal, admite también el convencional, en el inciso siguiente de ese mismo párrafo primero, al decir «aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto», con lo que, «a sensu contrario», viene a admitir que las partes puedan pactar expresamente que los intereses pactados (vencidos y no satisfechos) puedan producir intereses. El citado precepto es aplicable, con carácter supletorio, a los contratos mercantiles (artículo 2 C.Com.), siempre que en este Código no exista algún precepto específico que establezca lo contrario, cuyo precepto no sólo no existe, sino que el existente al respecto viene a confirmar aquél. 3.º El artículo 317 del C.Com. que, en el inciso primero de su párrafo único, niega la posibilidad del anatocismo legal o de producción «ope legis», cuando dice que «los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses», admite expresamente, en cambio, el convencional, al decir en el inciso segundo de su referido párrafo único que «los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos». 4.º El referido anatocismo convencional puede ser pactado por las partes en el mismo contrato originario de préstamo mercantil con interés, sin necesidad de ninguna convención posterior para ello, toda vez que la liquidez de los intereses vencidos y no satisfechos se produce automáticamente por la simple aplicación del tipo de interés pactado al capital prestado y al tiempo transcurrido hasta el vencimiento de dichos intereses. 5.º Esta Sala tiene expresamente reconocida la validez del anatocismo convencional (Sentencias de 6 de febrero de 1906, 21 de octubre de 1911 y 25 de mayo de 1945), cuya doctrina jurisprudencial, aunque referida al artículo 1109 del Código Civil, es también aplicable al 317 C.Com., por cuanto éste precepto no sólo no contradice a aquél, sino que lo confirma en lo que al anatocismo convencional se refiere. 6.º Es uso mercantil consolidado el que en los préstamos bancarios estipulen las partes que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, en unión del capital, seguir produciendo intereses al mismo tipo pactado».

hipotecario como tal. Tan sólo como crédito ordinario podría defenderse la validez del pacto.

e) Dentro del límite máximo de cinco años de reclamación de intereses frente a terceros, puede fijarse una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria por intereses, aunque no se especifique exactamente el periodo a que dicha cantidad equivale.

Es decir, basta la fijación de un tope máximo de evolución del tipo de interés y la fijación de una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria (que no supere el resultado de multiplicar cinco años por la cantidad resultante de aplicar el tipo máximo de interés al capital) para que la exigencia del artículo 114 L.H. quede cumplida. Lo que por supuesto no sería posible es la fijación de una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria sin previsión de un tipo máximo de evolución del tipo de interés, ya que nunca podría comprobarse el cumplimiento del límite de responsabilidad hipotecaria frente a terceros por razón de los cinco años impuestos en el artículo 114 L.H.

f) Y finalmente aclara que cuando se trata de intereses variables no cabe distinguir entre partes y terceros en la configuración de la responsabilidad hipotecaria de la finca (no cabe distinguir entre distintos límites de evolución de tipo de interés, v.gr.) ya que la responsabilidad hipotecaria opera siempre a todos los efectos en los términos que se especifiquen, sin poder distinguir entre una responsabilidad hipotecaria frente al deudor y una distinta frente a terceros (43), a excepción del límite de responsabilidad por anualidades previsto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Cosa distinta es que a efectos puramente obligacionales (no hipotecarios) se prevea un límite distinto de evolución del tipo de interés frente al deudor.

En este sentido, no hay que confundir la limitación por razón de anualidades, donde sí cabe distinguir entre deudor y terceros. No existe limitación en cuanto al deudor y sí frente a terceros (cfr. artículos 114 y 146 Ley Hipotecaria); y la limitación por razón de la variabilidad a través de la fijación de una cantidad o tope máximo por razón de intereses. Aquí no cabe distinguir entre deudor y tercero, dado el principio de accesoriedad de la hipoteca. No cabe diferenciar tipos de interés entre el deudor y los terceros, tienen que ser los mismos.

O dicho de otra forma, la cifra de responsabilidad hipotecaria por razón de intereses (sea en cantidad o porcentaje máximo) opera como límite de exigencia tanto con relación al deudor como con relación a terceros; pero tratándose de terceros, tal límite tiene a su vez otra limitación que no opera

(43) En concreto la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 9 y 10 de octubre de 1997 entre otras) confirma la denegación de cláusula como la siguiente: «Sin perjuicio del mecanismo de revisión del tipo de interés establecido en los párrafos anteriores, que tiene plena validez entre las partes, a los solos efectos hipotecarios y respecto de tercero el tipo de interés no podrá exceder del 25%».

con relación al deudor: la de que nunca podrá reclamarse una cantidad de intereses (aunque no exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria) que supere cinco años de intereses.

En definitiva, en la cláusula de constitución de hipoteca, los únicos conceptos a tener en cuenta son «capital prestado», «intereses» (ordinarios, y separadamente los de demora, sin distinción de tipos máximos entre deudor y terceros), y «límite de anualidades respecto de terceros» (donde sí cabe por tanto distinguir entre deudor y terceros, ya que sólo operan frente a éstos).

g) *Intereses moratorios*

Son los que no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, cuando incurre en mora.

Los intereses moratorios sólo quedan garantizados si se pacta expresamente. Como su cuantía es indeterminada en el momento de constituir la hipoteca, debe fijarse la cantidad máxima de la que la finca responda por estos intereses, mediante una hipoteca de seguridad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, ha sancionado, frente a la práctica de señalar una sola cifra de responsabilidad que engloba a intereses remuneratorios y moratorios, que su distinta naturaleza exige diferenciar la cantidad de que responde la finca por cada uno de ellos (Resoluciones de 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987), o aunque no tengan una cifra distinta de responsabilidad hipotecaria, al menos deberán diferenciarse unos de otros con expresión del tope máximo para cada uno de ellos (Resolución de 16 de febrero de 1990).

En todo caso, los intereses deben respetar los límites de los artículos 114 de la L.H. y 220 del R.H., por lo que, a este solo efecto, se computan conjuntamente los remuneratorios y los moratorios. Así lo estableció la Resolución de la DGRN de 22 de julio de 1996 en cuanto a la computación conjunta del límite de anualidades de los intereses ordinarios y de demora en relación a terceros (aunque nada impediría que se estableciera una hipoteca distinta en garantía de los intereses moratorios, siempre que se constituyeran por separado y se les atribuyera el rango correspondiente).

Esta computación conjunta de tales anualidades en perjuicio de tercero, por aplicación del artículo 220 del R.H., no significa que se debe admitir una cantidad o un número de anualidades por intereses ordinarios y de demora que no exceda del resultado de aplicar al capital los 5 años del tope máximo de evolución posible de los intereses remuneratorios (44). La Resolución de

(44) Menos aún que no pueda exceder de cinco años de intereses al tipo inicialmente pactado, en caso de intereses variables, como aclara la Resolución de 18 de diciembre de 1999.

la DGRN de 18 de diciembre de 1999 explica que lo que significa es «que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora; más respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones —dentro de los máximos legales— de garantía hipotecaria, aún cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera, por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros».

Es decir, la computación conjunta deriva de que por definición no se pueden solapar los intereses remuneratorios y los de demora (que se producen una vez que cesan aquéllos). Por lo que los cinco años de intereses como límite máximo cubrirá un abanico que va desde cinco años de intereses ordinarios a cinco años de interés de demora, pasando por cuatro años de remuneratorios y uno de demora, tres de remuneratorios y dos de demora, dos de remuneratorios y tres de demora; y uno de remuneratorios y cuatro de demora (45).

Dentro de esta computación, la reclamación correspondiente a intereses remuneratorios no podrá exceder del tipo de interés máximo que se hubiera estipulado; y los intereses de demora no podrán exceder del tipo de interés máximo que por este concepto se hubiera pactado.

Esto significa que en la inscripción de la hipoteca bastará consignar que la reclamación por intereses no podrá exceder, sumados los ordinarios y los de demora, de cinco anualidades. Pero nada impedirá —dentro de este límite— que se estipule una cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses que no exceda del límite de cinco años al tipo de interés ordinario pactado y otra cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios que no exceda del límite de cinco años al tipo de interés de demora estipulado.

14. CONCLUSION SOBRE LAS CARACTERISTICAS DE LA EJECUCION HIPOTECARIA.

La ejecución hipotecaria tiene en la LEC unas características propias, aunque supletoriamente le son aplicables algunas normas de la ejecución ordinaria, como son las siguientes: partes del proceso, sucesión en la situación procesal, representación y defensa, irrecurribilidad del auto despachando ejecución, nulidad de actuaciones, determinación de la cantidad reclamada en el caso de ejecución de crédito con intereses variables o saldos de cuentas,

(45) Lo dicho son ejemplos en términos de anualidades; pero también serían admisibles períodos mensuales que computados no excedan de cinco años.

posibilidad de solicitar la ampliación de la ejecución por los nuevos vencimientos de principal o intereses sin necesidad de retrotraer el procedimiento, posibilidad de convenios de realización o ejecución por entidades especializadas, imposibilidad de cesión del remate salvo que sea el propio ejecutante, posibilidad de constituir depósitos con financiación por terceros y reglas de las subastas previstas para los inmuebles.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 681 en relación con el 655.

Las características propias son:

1.º Reducción de trámites. No son aplicables las normas sobre avalúo, en cuanto se fija un precio de tasación que sirve de tipo a la subasta. El ejecutante no necesita acudir al sistema de información sobre cargas extinguidas o aminoradas.

La localización del deudor también se simplifica, en cuanto que basta su notificación en el domicilio según Registro. Tasación y domicilio son así requisitos fundamentales en la escritura de constitución de hipoteca y para su inscripción.

Lo característico del procedimiento de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados, es que se pasa directamente al apremio, sin que le sean aplicables las normas sobre traba de embargo.

2.º Examen de oficio de la propia competencia territorial. Las reglas sobre competencia territorial son apreciables de oficio (artículo 684).

3.º Demanda ejecutiva y documentos que deben acompañarse (artículo 685). La demanda se interpone contra el deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor. Debe acompañarse el título de crédito inscrito y en su defecto, cualquier otra copia acompañada de certificación registral de la inscripción. Tratándose de emisión de bonos y cédulas, bastará certificación registral (artículo 685).

4.º El juez dicta auto despachando ejecución, en el que mandará que se requiera de pago al deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor. El requerimiento no será necesario cuando se haya practicado extrajudicialmente en el domicilio según Registro (artículo 686).

5.º El Registrador expedirá certificación de cargas, haciendo constar por nota marginal tal circunstancia. Si resultara que existe algún tercer poseedor no notificado, el juez practicará la notificación. A los terceros titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca, que figuren inscritos o anotados en el momento de expedirse certificación, la comunicación del procedimiento la realizará el Registrador, conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria sobre inmuebles (artículo 689).

6.º La ejecución, como se ha estudiado, no es acumulable a procesos universales sucesorios ni concursales (artículo 98).

7.º El ejecutante podrá permitir al deudor rehabilitar el préstamo hipotecario, pagando el principal, intereses (incluidos los vencimientos posteriores y los de demora que se vayan produciendo) y costas antes de la celebración de la subasta. Es una facultad del ejecutante; sin embargo, si el bien hipotecado es la vivienda familiar, el deudor podrá realizar esta rehabilitación (aún sin consentimiento del acreedor) por una sola vez (artículo 693).

8.º Cabe que se reclame la totalidad de la deuda por impago de alguno de los vencimientos, si así se hubiera pactado (artículo 693.1).

9.º La reclamación queda limitada a la cifra de responsabilidad hipotecaria, salvo que no existan terceros, en cuyo caso se podrá reclamar con cargo al precio de remate, la totalidad de lo que se deba al ejecutante (artículo 692).

15. CONCLUSION FINAL

En conclusión, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil realiza un esfuerzo unificador y refundidor digno de loa, pues supone la «normalización» del Derecho hipotecario, dentro del Derecho procesal general. O dicho de otra forma; el Derecho procesal incorpora con normalidad dentro de su ámbito, las especialidades derivadas de los principios hipotecarios.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Registrador de la Propiedad y Mercantil.
Letrado de la Dirección General de los Registros
y del Notariado

La firma electrónica: Directiva 1.999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUN PARA LA FIRMA ELECTRONICA.—III. INFORME GENERAL EN RELACION CON EL DOCUMENTO Y EL COMERCIO ELECTRONICOS.—IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRONICA: 1. LEGISLACIÓN ALEMANA. 2. LEGISLACIÓN ITALIANA.—V. LA NORMA ESPAÑOLA: EXEGESIS DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRONICA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AMBITO DE APLICACIÓN. 3. DEFINICIONES. 4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. 5. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN. 6. CUESTIONES DE NATURALEZA TÉCNICA. 7. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES. 8. OTRAS CUESTIONES.

I. INTRODUCCION (1)

El objeto del presente trabajo es el de analizar el texto definitivo de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, Directiva, que ha sido aprobada

(1) Además de la BIBLIOGRAFIA específica, citada en la exposición del presente trabajo, pueden consultarse:

— ALCOVER GARAU, GUILLERMO, «La firma electrónica como medio de prueba: Valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas», en *Cuadernos de Derecho y Comercio del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, núm. 13, abril 1994.

— ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos», en *Revista La Ley*, vol. 4, 1992.

— ANDREU MARTÍ, MARÍA DEL MAR, «Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas», en *Revista del Instituto Nacional del Consumo*, núm. 33, junio 1995.

recientemente, en concreto, el 30 de noviembre del año en curso, es decir, de 1999. Ya en su momento realicé un análisis y una primera aproximación a esta Directiva (2), que se encontraba, obviamente, en otra fase y momento de elaboración; por ello, he creído conveniente el reflejar, desde aquel tiempo, como ha quedado el texto definitivo, para así establecer los puntos de comparación necesarios a los efectos de poder mejor entender la evolución en su tramitación, y analizar con mejor perspectiva, los problemas que plantea esta Directiva.

Por otro lado, durante la tramitación de la Directiva, se aprobó el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica; Real Decreto que después fue convalidado, y que en la actualidad se encuentra en vigor; no obstante, en el Parlamento se está tramitando un Proyecto de Ley sobre firma electrónica, que tiene como base el citado Real Decreto-ley, por lo que la Ley definitiva, en su caso, modificará el contenido del citado Real Decreto-ley ahora en vigor. Como ya indicaremos posteriormente, esta norma española surge antes de la aprobación definitiva de la Directiva, por considerarse de importancia básica el crear un marco jurídico, que regulara el tema de la firma electrónica, no esperando a la transposición, en definitiva, a que existiera una Directiva ya aprobada definitivamente.

Parece, pues, interesante el centrarnos en este trabajo, en los dos textos, a efectos de su comparación y de la mejor comprensión de la norma española; todo ello con independencia de que volvamos a insistir sobre algunos aspectos ya tratados en el anterior trabajo citado, sobre Derecho comparado, en relación con las leyes alemana e italiana sobre firma electrónica.

Como indicaba la Exposición de Motivos de la Proposición de Directiva COM (1998/297/2), sobre la firma electrónica, las redes abiertas,

— BARRIUSO RUIZ, CARLOS, *La contratación electrónica*, Dykinson 1998.

— GALINDO, FERNANDO, «Los proveedores de Servicios de Certificación», en *La Ley*, núm. 4.566, de 19 de junio de 1998.

— MARTÍNEZ NADAL, APOLONIA, «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica», en *La Ley*, núms. 4.939 y 4.940, 1 y 2 de diciembre de 1999.

— *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1998.

— RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, «La firma de las partes del contrato en la Carta de Porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El Régimen del Código de Comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera», en *Revista General de Derecho*, núm. 606, marzo 1995.

— RIBAS ALEJANDRO, JAVIER, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Editorial Aranzadi, 1999.

— ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, «El valor probatorio del documento signado en forma digital», en *Revista La Llei de Catalunya*, núm. 216, julio 1998.

(2) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, *La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico*, Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada, núm. 210, octubre de 1998, págs. 2593 y sigs.

como Internet, son cada vez más importantes para la comunicación, y a través de ellas se permite que personas que no han mantenido ninguna relación previamente puedan tener una comunicación interactiva. A partir de este marco técnico, las aplicaciones de estas nuevas tecnologías son muy amplias, y en concreto en las relaciones económicas, donde las empresas bien con otras, así como con los consumidores, pueden utilizar el comercio electrónico consiguiendo un abaratamiento de costes y una mayor rapidez. Pero esta rapidez debe de ir acompañada de un principio general de seguridad en todos los órdenes y, por supuesto, en el jurídico. Dentro de este mecanismo, en el comercio internacional uno de los elementos clave es el de la firma electrónica, y sobre todo la autenticación electrónica, con los diferentes métodos de firmar un documento electrónicamente, desde los más simples como, por ejemplo, mediante la inserción de una imagen escaneada de una firma hecha a mano en un documento, realizada por tratamiento de textos, a métodos más avanzados, como las firmas numéricas denominadas de clave, criptográfica pública. Pero dentro de este proceso existen algunos elementos esenciales que aparecen en la propuesta de Directiva en los que, además de constatar la integridad y autenticidad de los informes y datos emitidos, el punto esencial es el de la identidad de la firma del remitente y, como consecuencia de ello, la seguridad que debe tener el destinatario de que la persona con quien contrata es realmente ella, así como que su firma pertenece efectivamente al mismo. Esta información, podría ser suministrada por el propio firmante, mediante pruebas que satisfagan al destinatario, pero también por otros medios consistentes en recibir esa confirmación por un tercero, a través de una persona o una institución que tenga la mutua confianza de ambas partes, y esos terceros son denominados en la Proposición de Directiva como prestatarios de servicios de certificación.

No cabe la menor duda de que la Directiva sobre firma electrónica está en íntima relación con otra Proposición de Directiva que se está elaborando sobre el comercio electrónico, y que está en posición común, ya que para desarrollar éste es indudable que debe existir un soporte técnico y jurídico como es el de la firma electrónica, ya que la única manera de que el comercio electrónico pueda desarrollarse es consiguiendo que todos los que en él participan tengan confianza en el mismo, y eso sólo se puede conseguir si existe un soporte articulado y unos mecanismos de seguridad y fiabilidad mínimamente imprescindibles para conseguirlo. Estos mecanismos deben articularse a través de la firma electrónica. El estudio de la Proposición de Directiva de comercio electrónico será objeto por nuestra parte de otro trabajo, para así completar las dos caras de una misma moneda, que se encuentran dentro del concepto amplio y general de los llamados Servicios de la Sociedad de la Información.

II. ANALISIS DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO PARA LA FIRMA ELECTRONICA

1. **Los considerandos básicos de la Directiva.** «...Considerando lo siguiente: ... la comunicación y el comercio electrónicos requieren firmas electrónicas y servicios conexos de autenticación de datos... Por otro lado, un marco claro comunitario sobre las condiciones aplicables a la firma electrónica aumentará la confianza en las nuevas tecnologías y la aceptación general de las mismas...; el mercado interior permite a los proveedores de servicios de certificación llevar a cabo sus actividades transfronterizas para acrecentar su competitividad y, de ese modo, ofrecer a los consumidores y a las empresas nuevas posibilidades de intercambiar información y comerciar electrónicamente de una forma segura con independencia de las fronteras... los sistemas voluntarios de acreditación... pueden aportar a los proveedores de servicios de certificación un marco apropiado para aproximarse a los niveles de confianza, seguridad y calidad exigidos por un mercado en evolución... los rápidos avances tecnológicos y la dimensión mundial de Internet hacen necesario el planteamiento abierto a diferentes tecnologías y servicios de autenticación electrónica de datos... la presente Directiva contribuye al uso y al reconocimiento legal de la firma electrónica en la Comunidad... que, no obstante, deben reconocerse legalmente las firmas electrónicas que cumplan los requisitos establecidos en la presente Directiva... que la presente Directiva no pretende armonizar las legislaciones nacionales sobre contratos, en particular por lo que respecta al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contractual relativas a la firma; que, por dicho motivo, las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos... las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos se pueden utilizar para confirmar la identidad de la persona que firma electrónicamente; que las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos pretenden lograr un mayor nivel de seguridad... debe garantizarse la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en procedimientos judiciales en todos los Estados miembros... los proveedores de servicios de certificación al público están sujetos a la normativa nacional en materia de responsabilidad... las disposiciones relativas al uso de seudónimos en los certificados no deben impedir a los Estados miembros exigir la identificación de las personas de conformidad con el Derecho comunitario nacional...para la aplicación de la presente Directiva, conviene que la Comisión esté asistida por un comité de gestión.

Estos son algunos de los Considerandos básicos de la Directiva, que nos pueden dar una idea aproximada del contenido y de la esencia de la misma, que después queda plasmada en el articulado correspondiente.

2. **Estudio concreto del articulado de la Directiva.** Hay que tener en cuenta a la hora de realizar este trabajo, que ya se ha aprobado el texto definitivo de la Directiva, y que las variaciones que se han ido produciendo lo son teniendo en cuenta las distintas concepciones y sistemas jurídicos que operan en el seno de la Unión Europea en relación con los Estados miembros.

En el primer documento presentado, el artículo 1, al definir el ámbito de aplicación, establecía que tenía por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y establecer su reconocimiento legal; por otra parte, el artículo indicaba que la Directiva no regula otros aspectos en relación con la conclusión o validez de los contratos u otras formalidades no contractuales que precisen firma. Desde un primer momento en los informes que surgen de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del Ministerio de Justicia se indicó la necesidad de delimitar campos de exclusión en la aplicación de la Directiva, en el sentido de excluir determinados tipos de contratos o negocios jurídicos, ajenos a la necesidad de agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil como pueden ser los contratos societarios, los de carácter sucesorio, los contratos sobre bienes e inmuebles y los derechos reales sobre ellos constituidos, los contratos de relaciones familiares, los matrimoniales, etc.

En las distintas redacciones del artículo, hasta el momento presente no se hizo esa exclusión, por ello se intentó que fuera la Legislación nacional la que a la hora de hacer la transposición estableciera esos ámbitos de exclusión por razón de la legislación específica. De ahí que en los siguientes informes se quisiera introducir con claridad que la Legislación nacional de cada Estado es la que determinaría, el destino, forma y efectos de los documentos electrónicos, consiguiéndose posteriormente el que desapareciera la palabra electrónicos y quedara únicamente la palabra documentos, aunque no se ha conseguido el introducir el término destino, efectos o formas de los documentos. Pero quizá con esta redacción pueda ser viable el tener amplitud y movilidad a la hora de hacer la transposición de la Directiva.

El artículo 1.º de la Directiva, relativa al ámbito de aplicación, establece que: «La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del Mercado interior ... La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, ni afectan a las normas y límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos». Ya que no debemos olvidar que debe dejarse a los Estados miembros, el remitirse a sus respectivas legislaciones en los ámbitos o campos, sobre todo el relativo

a los actos o contratos en los que el Notario, por ejemplo, interviene, siendo esta intervención necesaria, bien con el valor constitutivo del negocio que se contiene bajo la forma pública, bien con su eficacia (necesaria, por ejemplo, para la inscripción en un Registro Público), bien por su fuerza ejecutiva. De ahí, ya se verá si se debe o no, y en qué grado, realizar las modificaciones necesarias en aspectos como, en su caso, el llamado documento público electrónico, sus consecuencias y requisitos, las garantías basadas en la intervención de los Notarios, etc., o incluso en una ley específica, como en el caso de Italia y Alemania, que también serán objeto de estudio en este trabajo.

El artículo 2.º Hace referencia a las definiciones que después aparecen en la Directiva, así se definen la **firma electrónica**, como los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación. La firma electrónica avanzada es aquella firma electrónica que cumple los requisitos de estar vinculada al signatario de manera única, de permitir la identificación del signatario, de haber sido creada por medios que el signatario pueda mantener bajo su exclusivo control y estar vinculada a los datos firmados de modo que se detecte cualquier modificación ulterior de los mismos. Asimismo se designa **signatario** a la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona a la que representa; se define el **dispositivo de creación de firma**, dispositivo de verificación de firma, el certificado reconocido que es el certificado que cumple los requisitos establecidos en el anexo I y que deberán de contener la identificación del proveedor de servicios de certificación y el Estado en que está establecido, el nombre del firmante o un seudónimo que conste como tal, un atributo específico del firmante, en caso de que fuera significativo en función de la finalidad del certificado; los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma bajo control del firmante, una indicación relativa al comienzo y al fin del período de validez del certificado, y el código identificativo del certificado; asimismo el **proveedor de servicios de certificación** que es la persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios públicos. El anexo II de la Directiva regula los requisitos de los proveedores de servicios de certificación que expiden certificados reconocidos. El anexo III hace referencia a los requisitos de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica, y, por último, el anexo IV, relativo a las recomendaciones para la verificación segura de firma. A la firma electrónica avanzada se le conceden determinados efectos, que no tienen las firmas electrónicas no avanzadas. En este artículo 2 se establece otro conjunto de definiciones como los relativos a los datos de creación de firma, datos de verificación de firma, dispositivo seguro de creación de firma, producto de firma electrónica, acreditación voluntaria. En cuanto a la cuestión de la acreditación voluntaria, es un tema esencial, ya que, como luego veremos, no

puede existir ningún tipo de autorización previa para los prestadores de los servicios de certificación, ello, no obstante, se permite a través de la ya citada acreditación voluntaria el establecer un permiso que determine los derechos y obligaciones específicas para la prestación de servicios de certificación, que se concederían, a petición del proveedor de servicios de certificación interesado, por el organismo público o privado encargado del establecimiento y supervisión del cumplimiento de dichos derechos y obligaciones.

A los efectos de clarificar un poco el significado de esta **terminología**, se ha de indicar que las firmas electrónicas son unos mecanismos o instrumentos utilizados para conseguir en esas redes informáticas, abiertas, la seguridad de la identidad del sujeto que emite un mensaje y el contenido del mismo. Ello parte de la ayuda de la «criptografía», de la encriptación de un mensaje, en definitiva, de enmascarar ese mensaje. Existen, además, en el proceso una clave pública y otra privada. Uno de los medios es la llamada firma digital, que es una firma electrónica, que resuelve el tema de la identificación de la persona que envía el mensaje, con el sistema de claves asimétricas. **El proceso sería el siguiente:** el emisor encripta su mensaje (lo cifra) a través de una clave privada y secreta que sólo él conoce, y la clave pública es la que descifra ese mensaje por el receptor, una vez que se le da a conocer a éste la misma, por el emisor. Para determinar, pues, la autoría del documento, basta aplicar esa clave pública de esa persona, a la firma electrónica. Si ello da un resultado positivo, se consigue identificar al firmante del documento electrónico y la de asegurarnos que el contenido del texto firmado no ha sido modificado.

En el artículo 3.º se ha mantenido el texto continuadamente, en el sentido de que los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la actuación de autorización previa. En este sentido, los informes de Justicia establecieron desde un primer momento la necesidad de este requisito de la autorización previa, por creerlo esencial a la hora de que por parte de los Estados existiera un control previo de autorización o licencia, debido a la importancia que tenían estos proveedores de servicio de certificación, ya que las entidades certificantes, según los anexos de la certificación de Directiva, se les atribuían facultades de identificación y de calificación jurídica, de capacidad de obrar y de legalidad, así como de suficiencia de las facultades de sus apoderados sin exigirles una específica titulación, salvo que se diera esta facultad a aquellos que sí la tienen en nuestro sistema jurídico, como, por ejemplo, los Notarios.

Esto no se ha conseguido, aunque se ha introducido un párrafo relativo a que los Estados miembros establecerán un sistema apropiado que les permita la supervisión de los proveedores de servicio de certificación, establecidos en su territorio que expidan al público certificados reconocidos. Asimismo en el número 2 de este artículo se permite que los Estados miembros puedan esta-

blecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación.

En cuanto al **artículo 4.º**, se establecen los principios del mercado interior, en el sentido que los Estados miembros no podrán restringir la prestación de servicios de certificación en los ámbitos regulados por la presente Directiva que procedan de otro Estado miembro, garantizando que los productos de firma electrónica que se ajusten a lo dispuesto en la Directiva puedan circular libremente en el mercado interior. Como puede observarse, principio básico en esta Directiva, que está en conexión con el de libertad de establecimiento y de competencia. Ello con independencia de que los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que adopten en cumplimiento de la Directiva, a los proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio y a los servicios prestados por ellos.

En cuanto al **artículo 5.º referente a los efectos legales de las firmas electrónicas** en un primer momento se hablaba de que éstas tendrán fuerza ejecutiva. Ello planteaba muchísimos problemas desde el punto de vista de la legislación interna, en cuanto a la consideración de medio de prueba de este documento electrónico bajo firma electrónica, en relación con el sistema jurídico español. Hay que tener en cuenta que, en principio, la redacción genérica que establecía que los Estados miembros velarán para que no se niegue efecto legal, validez, ni obligatoriedad a una firma electrónica por el hecho de que ésta se presente en forma electrónica, no era incongruente con nuestro propio Derecho interno, donde existe este reconocimiento en diversas leyes y también por nuestro Tribunal Supremo, siempre que se cumplieran una serie de requisitos.

Para que estas firmas electrónicas, o firmas seguras electrónicas, o firmas avanzadas, en la última redacción, fueran admisibles como prueba en los procedimientos legales, requieren que estén basados en un certificado acreditado, que cumpla una serie de requisitos.

Lo que ocurre que en el punto 2.º de este artículo se derrumbaba este aparente principio de seguridad al hablar de otras firmas electrónicas, dejando en el aire toda la problemática, ya que en este caso no se requerían los requisitos de los certificados acreditados.

En la última redacción se distingue de una manera más clara en relación a estos efectos jurídicos de la firma electrónica, por una parte el relativo a que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma, en este supuesto los Estados miembros procurarán que este tipo de firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica, del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel, y además sea admisible como prueba en procedimientos judiciales.

Asimismo, en el apartado 2 al hablar de las otras firmas electrónicas implica a los Estados miembros para que éstos controlen de que no se niegue eficacia jurídica ni su admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales.

Posteriormente analizaremos este contenido del artículo, muy especialmente cuando hablemos de la norma española sobre firma electrónica, llegando a la conclusión de que ciertamente será la firma electrónica avanzada la que efectivamente pueda tener auténticos efectos jurídicos.

También hay que hacer hincapié en el sentido de que cuando se equiparan firma electrónica avanzada y firma manuscrita se pretende equiparar documento electrónico con documento privado en soporte papel, aunque esta asimilación ni mucho menos es tan clara y rotunda.

En cuanto al **artículo 6.º referente a la responsabilidad de los proveedores de servicios o entidades certificantes**, el texto de la Directiva siempre ha sido demasiado ambiguo con términos poco claros, como, por ejemplo, estableciendo demasiados límites y salvaguardias a dicha responsabilidad, como, por el ejemplo, para el supuesto de que el prestador de servicios demuestra que ha adoptado todas las medidas razonables.

Por ello es imprescindible para garantizar y asegurar la confianza de los consumidores en la contratación electrónica que la responsabilidad de los proveedores de servicios de certificación quede claramente establecida y nunca en perjuicio del usuario. Como después veremos, en el Real Decreto-ley sobre firma electrónica, se consagra con carácter general la responsabilidad por culpa o negligencia, pero invirtiendo la carga de la prueba.

El texto definitivo de la Directiva, ciertamente, ha sido mucho más positivo que el que se establecía en un primer momento. Y durante el proceso de elaboración de la misma se ha introducido el concepto de la negligencia como uno de los puntos esenciales a la hora de determinar esa posible responsabilidad. Se permite que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en un certificado reconocido, límites en cuanto a sus posibles usos, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros, no siendo responsable de los daños y perjuicios causados por el uso de un certificado reconocido, que exceda de esos límites. Asimismo, se establece que «... los Estados miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en el certificado reconocido un valor límite de las transacciones que puedan realizarse con el mismo, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros.

El **artículo 7.º** hace referencia a los aspectos internacionales relativos, al reconocimiento jurídico de los certificados reconocidos, por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país, y, como consecuencia, su equivalencia jurídicamente reconocida, a los expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, pero siempre que cumplan determinadas condiciones: entre otras, la de los requisitos estableci-

dos en la propia Directiva, así como que el certificado o el proveedor de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u Organizaciones Internacionales.

El artículo 8.º hace referencia a la protección de datos, en el marco de esta Directiva, debiéndose cumplir los requisitos de otras Directivas que regulan esta cuestión, es decir, a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos, todo ello en relación con los requisitos establecidos en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. También se permite la utilización de seudónimos por parte del signatario o firmante, pero sin perjuicio de los efectos jurídicos concedidos a los seudónimos con arreglo al derecho nacional. La problemática de los seudónimos también se contempla en la actual elaboración de la Directiva sobre comercio electrónico.

El artículo 9.º se refiere al Comité de Firma Electrónica, compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión, que someterá al Comité un proyecto de las medidas que deban adoptarse, fijándose las funciones del Comité en el artículo 10, en el sentido de clarificar los requisitos establecidos en los respectivos anexos, así como los sistemas de supervisión de los proveedores y las normas para los productos de firma electrónica que gocen de reconocimiento general.

En el artículo 11 se establece el sistema de notificación por parte de los Estados miembros a la Comisión, y a los demás Estados miembros, lo relativo a la información, entre otras circunstancias, acerca de los sistemas voluntarios de acreditación de ámbito nacional, el nombre y dirección de los organismos nacionales competentes en materia de acreditación y supervisión, etc.

En el artículo 12 se establece el mecanismo de revisión, ya que la Comisión procederá al examen de la aplicación de la Directiva, presentando el oportuno informe al Parlamento Europeo y al Consejo, y dicho examen podrá permitir determinar si conviene o no modificar el ámbito de aplicación de la Directiva en vista de la evolución tecnológica y del contexto jurídico. No hay que olvidar que todo lo relacionado con la firma electrónica está en un proceso de avance continuado, y las novedades tecnológicas, que pueden ir apareciendo son impredecibles, por ello es lógico este mecanismo de revisión.

En cuanto a los Anexos I, II, III y IV, ya hicimos referencia anteriormente a su contenido.

3. Problemas que se plantean en el comercio electrónico, la firma digital, firma electrónica, documento electrónico, derivados del articulado de la Directiva. No cabe duda que esta Directiva, aunque hable de la firma electrónica, está en íntima relación con la contratación electrónica.

Aunque ciertamente no quiere meterse en el tema de la validez del documento electrónico, indirectamente su conexión es clara y rotunda. Un primer aspecto es que la contratación electrónica está incardinada dentro de los llamados contratos entre ausentes o contratos a distancia, y ello plantea entre otras circunstancias la determinación del momento en que se entienda perfeccionado este contrato.

Existe una Directiva 97/7 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo del 97 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que aún no ha sido traspuesta a la legislación interna, y en donde en su artículo 3.º establece un ámbito de exclusión, entre otros, a los contratos celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles y a los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles con excepción del arrendamiento.

En la contratación electrónica es importante tener en cuenta el momento en que se pueda entender perfeccionado el contrato, bien por el sistema del Código Civil, que es el momento del conocimiento de la **aceptación de la oferta, artículo 1.262**, o bien en el sistema mercantil que es el momento de la emisión de aquella, contemplado en el artículo 54 del Código de Comercio.

En este sentido (3): «... Aunque ciertamente la contratación electrónica la diferencia práctica es casi irrelevante, ya que lo que se ha llamado el diálogo entre ordenadores se realiza en tiempo real, pero sí que es importante la diferenciación no entre el momento de emisión y de recepción de la oferta, sino el del momento de emisión y de su conocimiento por el oferente, ya que en la comunicación electrónica el mensaje enviado se graba en un ordenador que no es del destinatario, de modo que el conocimiento de la aceptación por el oferente no se produce hasta que no abre esa correspondencia, por ello al depender sólo de la voluntad de su destinatario, cabe entender como perfectamente lógico el sistema de perfección de los contratos previstos en el Código de Comercio. Este criterio del artículo 51 del Código del Comercio podría ser aplicado en el supuesto de la contratación electrónica, y ello en conexión con el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, relativo a la utilización de técnicas electrónicas en las Comunicaciones entre Administración y particulares en el sentido de que esos medios o soportes electrónicos sólo gozarán de validez y eficacia jurídica en caso de que hayan sido previamente aceptados de forma expresa».

Con posterioridad, en otro apartado de este trabajo haremos referencia a estas autoridades certificadoras y al papel del notariado en esta cuestión de la firma electrónica y la problemática que se puede plantear, así como la posibilidad de que se pueda ser Entidad de Certificación.

(3) DIAZ FRAILE, JUAN MARIA, «Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea», en *Revista La Ley*, vol. 6, 1998, págs. 2149 a 2162.

En nuestro Derecho interno existen normas que regulan determinados aspectos de la comunicación electrónica.

Así, por ejemplo:

— La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución («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»), de singular importancia por la debilidad de la posición no sólo contractual, sino, sobre todo, técnica en que se encuentran los usuarios de sistemas de certificación de firmas electrónicas. La mera remisión que hace el artículo 8.º de la Directiva sobre firma electrónica a la regulación contenida en las Directivas sobre protección de datos, Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CEE y 97/66/CEE, no despeja todas las dudas en este aspecto. Así, por ejemplo, la autorización del uso de pseudónimos en la contratación electrónica pone de manifiesto la escasa confianza que merecen las transacciones electrónicas desde el punto de vista de su confidencialidad, sobre lo que no hay garantías plenas.

Igualmente problemático es el tema de las transacciones de información electrónica con terceros países no vinculados por la normativa europea (especialmente grave es el problema de las comunicaciones con los Estados Unidos, que cuenta con una legislación muy permisiva y, con los llamados «paraísos informáticos» —países y territorios sin restricciones en el uso de la información—).

— La Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.

— La Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este sentido, de los artículos 45 y 46 se deriva que «Los documentos emitidos, cualquiera sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras leyes.

— El Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, dictado en desarrollo de la Ley 30/ 1992.

Igualmente en el ámbito de las notificaciones se establece un sistema netamente garantista para el particular por cuanto la validez de las cursadas por procedimientos electrónicos o telemáticos se condiciona a que exista constancia de la recepción, de la fecha y del contenido íntegro, que se identifique

«fidedignamente» al remitente y destinatario, y que el particular haya no sólo autorizado la utilización del soporte o medio de comunicación empleado, sino que lo haya señalado como medio de comunicación preferente (artículo 6.2).

En el ámbito fiscal cabe destacar entre otras:

— La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido.

— El Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Pues bien, un problema no resuelto en este ámbito es el las contrataciones electrónicas, que por estar amparadas por el principio de la confidencialidad son fiscalmente opacas.

— Incluso en el ámbito de la Contratación Privada: la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, en especial su artículo 5.3, establece como requisito de incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales en los supuestos de contratación telefónica o electrónica el que «conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma». Como podemos apreciar, el requisito que se exige, sobre la justificación escrita posterior, supone una mayor protección al consumidor, y en ningún caso se opone a los principios de la Directiva sobre firma electrónica, en relación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Teniendo en cuenta que en todo caso esta Directiva no puede ni debe alterar otras Directivas relativas a la protección de los consumidores, del mismo modo que ocurre en la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico. En este sentido, con fecha 31 de diciembre de 1999 se publicó en el *BOE* 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 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Como indica el artículo 1 de la norma citada, se aplicará a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación. No será de aplicación, a los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares, los contratos sucesorios, los contratos referidos a servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, entre otros. El artículo 3 regula el importante aspecto de la confirmación documental de la contratación efectuada, ya que una vez celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente inmediatamente y, a más tardar, en

el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta, relativa a la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma. A los efectos de lo indicado en este apartado, el predisponente deberá indicar en la información previa a que se refiere el artículo anterior, los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada. El importante artículo 5 de este Real Decreto se refiere a la atribución de la carga de la prueba en el sentido de que esta carga de la prueba, sobre la existencia y contenido entre otras circunstancias, de la información previa de las cláusulas del contrato, de la entrega de las condiciones generales, de la justificación documental de la contratación, de la renuncia expresa al derecho de resolución, así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

— La Ley 66/ 1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, atribuyendo a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre el carácter de proveedor de servicios de certificación de comunicaciones electrónicas de las Administraciones Públicas entre sí y de éstas con particulares. Así, el artículo 81 faculta a la citada FNMT para la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, la validez y la eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos (EIT) en las citadas relaciones. Se prevé la extensión de tales servicios, mediante convenios, a las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y demás Entes de Derecho Público, y sus requisitos serán los establecidos por el Consejo Superior de Informatica. Entre tales requisitos parece que se incorporará un Registro de Usuarios, ya que por un lado la utilización de los procedimientos EIT tendrá carácter voluntario para los usuarios (ejerciendo tal voluntad a través de solicitudes de alta y baja en el Registro) y, por otro, la utilización del sistema se sujeta a la previa aceptación de las condiciones generales que se determinen, que habrán de ser objeto de publicación oficial, por parte del propio usuario, quien quedará obligado por las mismas.

Pues bien, nada dice la Propuesta de Directiva sobre requisitos de utilización de los sistemas de firma electrónica por los usuarios, carencia denunciada por diversas Delegaciones de Estados miembros en el Consejo de Telecomunicaciones, aspecto sobre el que la situación de la tramitación del proyecto es muy abierta.

— El Acuerdo de 11 de marzo de 1998, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para la implantación del sistema de Cifrado/CNMV (Sistema de Intercambio de Información a través de línea telemática).

Los elementos básicos de esta regulación son:

- **Ámbito de aplicación:** se extiende a la tramitación prevista por la Ley 24/ 1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, recepción de las informaciones que periódicamente deben enviar a la CNMV las entidades supervisadas, atención de reclamaciones y consultas y cualquier otro intercambio de información.

- **Medios a través de los que se realiza el intercambio de información.** Red Internet y Boletín Informático (BBS); en todo caso la CNMV adaptará su sistema de cifrado al previsto en el artículo 81 de la citada Ley 66/1997, cuando esté operativo.

- **Destinatario:** las entidades sujetas a supervisión y las demás personas físicas o jurídicas en cuanto estén afectadas por la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores.

- **Régimen jurídico de la autorización:** las personas físicas o jurídicas que pretendan utilizar el sistema deben solicitar una autorización a la CNMV, que deberá ir acompañada de una aceptación del mismo en documento que será objeto de registro; la autorización podrá ser denegada por falta de medios técnicos del administrado o por cualquier otra causa fundada.

- **Uso del soporte de papel:** la CNMV podrá realizar la impresión de los documentos emitidos, recibidos y almacenados, considerándose como copia fiel del original tramitado, de acuerdo con lo señalado por el artículo 6 del Real Decreto 263/ 1996, pudiendo ser solicitada en todo momento por el remitente, las autoridades o a instancia de un tercero interesado, gozando de la misma validez y eficacia que el documento original.

- El titular de la autorización garantizará el uso exclusivo por las personas físicas incluidas en la relación nominal de operadores contenida en el documento de aplicación.

En todo caso, la compatibilidad de este sistema de cifrado, así como el previsto por el artículo 81 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1998 respecto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y, en definitiva, el marco general diseñado por el Real Decreto 263/1996, respecto de la Propuesta de Directiva es compleja, por cuanto en esta última se parte del principio de libre establecimiento y acceso al mercado por parte de cualquier operador de servicios de certificación electrónica, sin que éstos estén sujetos siquiera a trámite alguno de autorización administrativa previa.

Existen otras normas que se refieren expresamente a la firma electrónica u otros medios de autenticación electrónica, y que se han utilizado de una manera práctica, así, por ejemplo, dentro del ámbito tributario, pueden citarse

las Circulares 8/1993, de 30 de septiembre, y 4/1996, de 9 de diciembre, del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, relativas a la presentación telemática del Documento Unico Administrativo, que permiten la sustitución de la firma manuscrita por otros medios de identificación electrónica, incluida la firma digital, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda del 13 de abril de 1999, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Orden de 30 de septiembre de 1999, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones-liquidaciones, correspondientes a los modelos 110, 130, 300 y 330.

En el campo de los Registros Mercantiles hay que tener en cuenta la Instrucción de 30 de diciembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la presentación de cuentas anuales, a través de medios telemáticos, con la aplicación de la firma electrónica, teniendo en cuenta el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre; asimismo, la Instrucción de 31 de diciembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos.

En el ámbito de la Seguridad Social cabe mencionar la Resolución de 23 de mayo de 1996, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se desarrolla la Orden de 3 de abril de 1995, sobre uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y trabajadores, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, y la Resolución de 17 de enero de 1996, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se establecen nuevas medidas de mejora en la gestión de la Seguridad Social y de la atención e información prestada al ciudadano, que introduce, como novedad, una nueva tarjeta personal de la Seguridad Social basada en la huella digital como método de autenticación.

Asimismo, en regulaciones más generales sobre el empleo de medios telemáticos, además de todas las que anteriormente se han ido indicando, cabe destacar el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el Reglamento de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995.

Otro problema importante es el de la eficacia jurídica de los documentos firmados electrónicamente, ya que la propia Directiva parte del principio de que toda firma electrónica certificada tiene el mismo valor ejecutivo y probatorio que la firma manuscrita. En este sentido el problema es

ver qué tipo de prueba de los admitidos en nuestro Derecho es asimilable a la firma electrónica; por ejemplo, el documento privado, el reconocimiento judicial y o pericial o confesión extrajudicial. Por ello dada la complejidad de asimilar plenamente el documento privado al electrónico parece preferible su reconducción a la categoría de prueba de reconocimiento judicial y pericial. Pero ello debe dejarse a las propias leyes procedimentales de los Estados miembros, que determinen su eficacia y alcance. Otro tema sería, el de la necesidad de incorporar en nuestro Ordenamiento el valor probatorio de esos documentos electrónicos, ya que de la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de octubre y noviembre del 97 establece esa efectividad, indicando que el documento electrónico es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida por el lado de la criptografía por medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su auditoría y la autenticidad de su contenido. Lo que ocurre es que aquel certificado de autenticidad, veracidad y fidelidad difícilmente se verá suplido por las certificaciones expedidas por unas entidades certificantes tan carentes de controles como las previstas en aquélla, ante cuya ausencia será preciso acudir a la vía del reconocimiento judicial.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión en varios momentos de referirse al valor de estas firmas electrónicas, por supuesto, antes de la aparición de la Directiva de firma electrónica, y del Real Decreto-ley. En este sentido, el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del texto refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, a la hora de establecer la lista de los hechos imponible, hace referencia, al libramiento de cualquier documento de giro mercantil «en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa» (art. 76.3). Este artículo introducía de manera explícita la posibilidad de que el soporte por medio informático, por ejemplo el magnético, podía servir de base para el libramiento de documentos de giro mercantiles, como la letra, el cheque, el pagaré, etc. La Asociación Española de la Banca Privada interpuso un recurso, basado en la imposibilidad de que pudieran existir este tipo de documentos, por ejemplo, de naturaleza cambiaria en un soporte magnético, considerando la esencialidad de la firma escrita. El Tribunal Supremo, en las sentencias de 3 de octubre y 3 de noviembre de 1997, admite explícitamente esa posibilidad del soporte magnético, para la existencia de un documento de naturaleza cambiaria. Claro está esta determinación y declaración de principios ha ido acorde con otras sentencias, en el sentido de que para ese reconocimiento se deben establecer una serie de requisitos y garantías que ineludiblemente determinen y permitan establecer claramente la autenticidad de autoría, y como consecuencia, la firma de quien asume esa autoría y su contenido, y por supuesto,

en relación al documento electrónico con función de giro mercantil, establece que es firmable, pudiendo el requisito de la firma autógrafa o equivalente ser sustituida por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido. En otras ocasiones anteriores, y en relación al posible encaje de estos otros medios, diferentes al soporte papel y a la firma manuscrita, el Tribunal Supremo se decantó no a través de la prueba documental, sino a través del reconocimiento judicial, y en este sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 1992, que hacía referencia a las cintas de vídeo, magnetofónicas y otros medios de reproducción, el Alto Tribunal está exigiendo, para que puedan ser utilizados como pruebas, debe exigirse en todo caso la previa adveración, certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad, y cuyo cauce adecuado será mediante el reconocimiento judicial.

Como luego tendremos ocasión de analizar, a la hora de analizar el Real Decreto-ley sobre firma electrónica en mayor profundidad, la Directiva de Firma electrónica en su artículo 5 regula los efectos jurídicos de la firma electrónica.

Este artículo está haciendo referencia a dos tipos de firmas: el párrafo 1.º a la llamada firma electrónica avanzada, que es la que está basada en un certificado reconocido y que está creada por un dispositivo seguro de creación de firma, y la firma electrónica simple, que no está basada en un certificado reconocido, o no está basada en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma. El principio general es que en el supuesto de la firma electrónica simple o no avanzada, los Estados miembros velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica simple. En relación a la avanzada, se establece que los Estados miembros procurarán que en este caso, esta firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica, del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel. En este caso, parecen correlacionarse la firma electrónica avanzada con la firma manuscrita, así como el documento en soporte papel con el documento electrónico.

Ya hemos indicado el criterio tanto legislativo como jurisprudencial en España sobre los medios telemáticos, su utilización y su posible eficacia, que incluso estaban de forma directa o indirecta reconocidos, con anterioridad a las normas, por ejemplo de firma electrónica, en el Real Decreto-ley que analizaremos e incluso en la propia Directiva, y la asimilación de estos documentos electrónicos, de manera más coherente, en la llamada prueba de reconocimiento judicial y/o pericial. Incluso, como luego estudiaremos al analizar la ley de firma digital del Derecho alemán, y en concreto en la

jurisprudencia y en la doctrina, la tesis más ampliamente aceptada, de que el documento electrónico, su valor probatorio, a los efectos de su admisión, debe reconducirse a la prueba del reconocimiento judicial.

En la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* 8 de enero de 2000, con entrada en vigor al año de su publicación, establece esta orientación, partiendo de la base del artículo 812, con la posibilidad de la ejecución de créditos, que se acrediten mediante cualquier documento, incluso cualquiera que sea su forma o el soporte físico en que se encuentren y que aparezcan firmados por el deudor, incluso por cualquier señal física o electrónica. Por otro lado, también se prevé la posibilidad de los medios de reproducción de la palabra como medio de prueba, incluidos en su caso los medios de grabación informática, y cerrando el círculo, las partes procesales que quieran y propongan este medio de prueba, podrán aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes, conforme a lo establecido en los artículos 382 y 384 de la citada Ley.

III. INFORME GENERAL EN RELACION CON EL DOCUMENTO Y EL COMERCIO ELECTRONICOS

En un informe, en el seno del Consejo General del Notariado, sobre este balance de investigación y de orientación, se indica que «el notariado español está muy sensible en materia de comercio electrónico... algunos de sus miembros asisten a coloquios, organizados por otros notariados en materia de tráfico jurídico electrónico... y siendo miembros permanentes en comisiones organizadas por la Unión Internacional del Notariado Latino... ejemplos de la utilización de la vía telemática son los de la conexión vía fax entre los notarios y el Registro de la Propiedad... el Registro Mercantil Central, aun sin eficacia jurídica sólo informativa... el mismo Registro de Actos de Ultima Voluntad que se crea por vía telemática... la Intranet creada por el Consejo General... se está estudiando el deseo ampliamente sentido por notarios, asesores jurídicos... de que exista una conexión *on line* con los Registros Públicos, concretamente con el de la Propiedad y el Mercantil... que en la pantalla del notario en cuestión aparezcan los datos registrales necesarios para asegurar en tiempo real la existencia de la representación de las sociedades mercantiles, el ámbito de los poderes y la titularidad, descripción y cargas de los asientos del Registro de la Propiedad, así como la posibilidad de que el asiento de representación... sea también realizado *on line*...». Asimismo en este informe se parte de unas ideas básicas que el notariado cree imprescindibles para este tráfico jurídico electrónico, exigencias de carácter técnico y exigencias de carácter jurídico. En las exigencias técnicas, entre otras cuestiones para establecer la similitud entre el documento electrónico y el de

papel, se han de exigir unos requisitos: «... debe ser susceptible de ser guardado en un almacén... esto es, no se permite ningún cambio. El cambio sin autorización debe ser impedido... Las copias sin autorización deben ser impedidas... Dado que no hay posibilidad de firma autógrafa, la digitalizada dada su copiability no sirve, por tanto se exige una función equivalente a una firma manual, o sea la firma electrónica. El autor debe ser indubitadamente identificado... En la transmisión... hay que guardar también una serie de medidas encaminadas a: evitar escuchas... la manipulación... el autor de la comunicación ha de ser claro. La integridad y autenticidad del origen de los datos debe poder ser demostrada. El documento debe ser fechado...».

También en este informe se determinan una serie de exigencias de tipo jurídico en el sentido de que la manifestación y su soporte tienen que reunir una serie de requisitos jurídicos para que estos efectos se produzcan. En este sentido se indica que «ha de ser una manifestación de voluntad vinculante... ha de emanar de una persona con capacidad... creado el documento, éste ha de reunir... los requisitos de auditoría, esto es que ha sido creado por el declarante, que su contenido es el mismo que ha expresado su autor... y se ha fijado en un soporte, esto es que ha sido grabado. El documento debe también ser impreso en papel... que ha de ser firmado por el oferente o parte y el propio notario, quien asegura la identidad, la capacidad, la voluntad y la auditoría. Creado el documento, éste es transportado... el receptor, teniendo a la vista el documento manifestará su voluntad y consentimiento mediante los mismos procedimientos... el documento recibido tendría que ser trasladado a papel y el asentimiento debería ser al igual que el del emisor, constatado no sólo electrónicamente, sino reflejado en el papel, mediante la firma de la otra parte junto con el notario que daría fe de la identidad, capacidad, firma y auditoría... admitiendo la posibilidad de los negocios entre ausentes, el notariado sólo puede concebir estas posibilidades con la presencia de una de las partes ante el notario, quien debe poseer una clave privada y pública para acceder a través del sistema notarial a la red propia y enviar su documento electrónico al centro receptor de otro notario... Por tanto, este código que identifica a una persona dentro de esa red, por el momento sólo puede ser creado de manera privada y producido por alguien que pertenezca a la red, sea su propietario, gestor o entidad encargada de certificar ese correo electrónico; en definitiva, lo que los técnicos han llamado la notaría electrónica, esto es, la entidad que se encarga de certificar que ese tráfico electrónico se ha realizado. Esta es la que asignaría la clave privada a cada emisor. Por tanto, sería un tercero ajeno a las partes el encargado de certificar que la clave pertenece a una determinada persona... los problemas técnicos en cuanto a seguridad podrían quedar resueltos si la gestión de la firma electrónica no quedase encomendada a una entidad privada, sino al Ministerio de Justicia... a través de sus distintos servicios, autoridades certificantes, Juzgados, Notarías y Re-

gistros, Civil, de la Propiedad y Mercantiles. La red sería la pública o la privada, y el centro gestor, a través del organismo creado al efecto dentro del Ministerio o utilizando los existentes, tales como la propia organización notarial...».

Asimismo, en la Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en Buenos Aires el 2 de octubre de 1998, se declara: «...1. La necesidad de promover la promulgación de leyes que reconozcan la intervención del Notariado de tipo latino, asegurando la legalidad, autenticidad y conservación de los documentos electrónicos que sirvan de base a la relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas de todo el mundo.

2. Las organizaciones notariales nacionales aportarán su apoyo técnico a los respectivos poderes estatales, para materializar normas que regulen esta nueva forma documental para que mantenga las mismas garantías que ofrece el documento público notarial. Las organizaciones notariales nacionales sostengan a sus notarios afiliados creando las infraestructuras que sean necesarias.

3. La U.N.I.L., a través de su Comisión de Informática y de Seguridad Jurídica, colaborará en la solicitud de apoyo que demanden los Notariados miembros....».

IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRONICA

1. LEGISLACIÓN ALEMANA

La legislación alemana está compuesta por la Ley de Firmas Digitales aprobada por el *Bundestag* el día 13 de junio de 1997. Esta Ley forma parte integrante de una Ley más amplia denominada Ley Multimedia, que regula con carácter general las condiciones de los servicios de información y documentación.

La Ley de firmas digitales debe ser objeto de desarrollo mediante un Reglamento del que existen ya varios anteproyectos. Esta Ley empieza por hacer cuatro definiciones.

Define la firma digital como un sello de datos digitales creado por una llave privada que permite determinar a través de la llave pública asociada a ella y determinada en un certificado, quien es el titular de la firma y que los datos firmados no han sido alterados.

Define al certificador como a la persona física o jurídica que atestigua la atribución de una llave pública a una persona física, disponiendo para ello de la correspondiente licencia.

Define dos tipos de certificados: el certificado de firma digital es un testimonio relativo a la atribución de una llave pública a una persona física, a la que se asocia una firma digital. El certificado de atributos es un testimonio especial digital en el que se contienen datos adicionales sobre el mismo. Y define finalmente el sello temporal como un testimonio digital expedido por un certificador, que tiene unida una firma digital. La Ley establece un marco formal para la utilización de las firmas digitales. La utilización de una firma digital, con arreglo a la Ley exige la previa obtención de un certificado de firma digital. Estos certificados los expiden los certificadores y para ser certificados, hay que obtener una licencia. En la cúpula del sistema, la Ley coloca a la denominada autoridad, la autoridad es el organismo encargado de conceder la licencia. Regula la Ley la emisión de los certificados, el certificador tiene que identificar al solicitante de una forma fiable. La Ley impone al certificador un cierto deber de información y de asesoramiento al solicitante del certificado.

El artículo 6 de la Ley establece un deber de asesoramiento en el sentido de que el certificador deberá advertir al solicitante, de acuerdo con el artículo 5, párrafo 1, en relación a las medidas necesarias para contribuir a dar seguridad a las firmas digitales y a su verificación fiable. El artículo 7 regula el contenido de los certificados que deberán tener como mínimo el nombre del titular de la firma llave pública, al que deberán añadirse una anotación adicional si hay posibilidades de confusión, una llave pública atribuida, un algoritmo con el que la llave pública del titular, así como la llave pública del certificador, puede usarse, el número del certificado, el inicio y final de la validez del certificado, el nombre del certificador y la información sobre si el uso de la firma digital está limitado a aplicaciones determinadas. Asimismo en este artículo 7 se establece la información relativa al poder de representación de un tercero, o a la profesión u otra titulación. El artículo 8 hace referencia a la suspensión de los certificados, en el sentido de que la autoridad podrá suspender certificados por ella expedidos, si un certificador ha cesado en sus actividades. Los artículos 9, 10 y 11 hacen referencia, respectivamente, a los sellos temporales, a la documentación relativa a las medidas de seguridad tomadas por el certificador, así como el fin de actividades, en el sentido de que al cesar en sus actividades, el certificador deberá notificarlo a la autoridad tan pronto como sea posible. El artículo 12, relativo a la protección de datos, intenta establecer los mecanismos para esa protección de los datos personales de la persona afectada. El artículo 13 regula el control y exigencia de responsabilidades, en el sentido de que la autoridad podrá tomar las medidas en relación a los certificadores para asegurar el cumplimiento de esta Ley y de su Reglamento, permitiendo éstos a la autoridad el acceso a sus establecimientos y locales, teniendo en cuenta que en el supuesto de incumplimiento de las

obligaciones derivadas de la Ley, la autoridad deberá revocar tal licencia. El artículo 14 hace referencia a los componentes técnicos que se utilizan en todo el procedimiento, teniendo en cuenta que éstos deberán estar suficientemente verificados, mediante las técnicas más modernas y el cumplimiento de los requisitos, deberá ser notificado por un organismo reconocido por la autoridad. Por último, hace referencia la Ley a los certificados extranjeros en conexión con las firmas digitales que puedan ser comprobadas con una llave pública que haya sido certificada por otro Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado firmante del Tratado del Area Económica, previendo la Ley la autorización al Gobierno Federal para promulgar, mediante Reglamento, las disposiciones necesarias para desarrollar los artículos de la misma. Como podemos observar, uno de los puntos más importantes de esta Ley es el control de la autoridad con respecto a los certificadores, en el sentido de que será necesaria una concesión de licencia por parte de la autoridad, así como la supervisión del cumplimiento de la Ley.

Esta licencia o autorización previa ha sido el caballo de batalla en la negociación que se está llevando a cabo para la ya tan comentada Directiva sobre firma electrónica, donde justamente la posición alemana era la de la exigencia de esa autorización previa, y esta fue la posición mantenida también en los informes del Ministerio de Justicia, para que existiese un control del Estado que exigiera la autorización previa para los certificadores, o como dice la Directiva aún en elaboración, los proveedores de servicio de certificación. Esta idea fue bastante rechazada por la mayoría de los Miembros del Grupo de Trabajo bajo la Presidencia Austriaca, y como hemos indicado anteriormente a la hora de hablar de la elaboración de esta Directiva, el texto ha ido cambiando mediante diversas transacciones. En nuestra opinión es ciertamente este uno de los puntos esenciales, que se escapan de la Directiva, en el sentido de que parece lógico, de que en un tema tan esencial los Estados Miembros de la Unión pudieran tener un control previo mediante la autorización o licencia, debido a la importancia que tienen esos proveedores de servicios de certificación, así como un control en la extensión de los certificados que se expidan, en cuanto al cumplimiento de los requisitos. Aunque esta opinión no está tan generalizada.

El proyecto de Reglamento de firmas digitales de la Ley alemana de dichas firmas establece un desarrollo más pormenorizado de los principios generales determinados en la propia Ley. Es de resaltar el artículo 3, relativo al procedimiento de solicitud para la obtención de certificados; el artículo 5, sobre la creación y custodia de llaves de firmas y claves de identificación; el artículo 7, sobre validez de los certificados que no podrá ser superior a cinco años; el artículo 8, sobre los Registros Públicos de certificados; el artículo 15, sobre el control de los certificados, en el sentido de que un certificador deberá

sufrir un examen, en conexión con el artículo 4, párrafo tercero, frase tercera, de las firmas digitales, pudiendo la autoridad llevar a cabo exámenes en intervalos razonables.

2. LEGISLACIÓN ITALIANA

La legislación italiana en esta materia está conformada por el Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica aprobado el 5 de agosto de 1997. El capítulo 1 hace referencia a los principios generales, dando en su artículo 1 un conjunto de definiciones de lo que debe entenderse por documento informático, que es la representación informática de actos hechos o datos jurídicamente relevantes; por firma digital, el resultado del proceso informático basado en un sistema de claves o llaves asimétricas, una pública y otra privada, que permite al firmante, a través de la llave privada, y al destinatario, a través de la llave pública, respectivamente, hacer manifiesta y verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos. Asimismo define lo que debe entenderse por llave privada, por llave pública, por certificación, mediante el cual se garantiza la correspondencia biunívoca entre la llave pública y el sujeto titular a la que ésta pertenece, se identifica a este último y se declara el período de validez de la citada llave; por certificador, el sujeto público privado que efectúa la certificación. Existe un importante artículo 5 de este Reglamento acerca de la eficacia probatoria del documento informático, en el sentido de que el documento informático firmado con firmas digitales tiene la eficacia de documento privado y que el documento informático revestido de los requisitos previstos en el presente Reglamento tiene la eficacia prevista en el artículo 2.712 del Código Civil. El artículo 10 habla en general de la firma digital y el artículo 16 hace una especial referencia a la intervención del notario, en el sentido de hablar de firma digital autenticada, teniendo por reconocida a los efectos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario u otro oficial público autorizado. El propio artículo 16 define lo que debe entenderse por la autenticación de la firma digital, que consistirá en la declaración por parte del oficial público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo el aseguramiento de su identidad personal, de la validez de la llave pública y del hecho de que el documento firmado responde a la voluntad de la parte, y no es contrario a Ordenamiento Jurídico. Por su parte el artículo 9 hace referencia a la responsabilidad civil, con las obligaciones que asume el certificador, el artículo 12 referente a la transmisión del documento por vía telemática; se entiende enviado y recibido al destinatario, si se transmite a la dirección electrónica por éste declarada, teniendo en cuenta que la fecha y hora de formación, de

transmisión o de recepción de un documento informático redactado de conformidad con las disposiciones del Reglamento, será oponible a terceros y que la transmisión del documento informático por vía telemática con modalidad que asegura la futura recepción, equivale a la notificación por medio de correo en los casos permitidos por la Ley. También se hace una especial consideración, a los documentos informáticos de las Administraciones Públicas, así como la firma de esos documentos informáticos.

En este Reglamento de la Legislación Italiana, se hace referencia específica a la actuación del notario, en relación a los actos, documentos y contratos en forma electrónica. Del comentario resumen de esta normativa italiana en la propia documentación del Consejo General del Notariado, se revela, las referencias que se hacen con respecto a los notarios: «...en primer lugar, el artículo 6 establece que las copias sobre soporte informático de los documentos formados en origen sobre soporte papel o de cualquier modo no informático, sustituyen a todos los efectos legales, a sus originales si su conformidad con el original está autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado, con declaración escrita en el documento informático... En segundo lugar, el artículo 7 establece que el titular de la copia de llaves asimétricas podrá obtener el depósito en forma secreta de la llave privada en la oficina de un notario u otro depositario público autorizado... Y acaba haciendo una revisión al artículo 605 del Código Civil... El artículo a que se remite es precisamente el que regula el testamento cerrado... Así, por aplicación de dicho artículo, el sobre que sirva de envoltorio a la llave privada que se deposite, deberá ser sellado de tal manera que no pueda ser abierto ni extraerse sin rotura o alteración. En el mismo envoltorio se firma el acta de recepción, en la que se indicará el hecho del depósito y de la declaración del titular de la llave privada... tal acta debe ser suscrita por el titular de la firma digital por los testigos y por el notario... Finalmente el artículo 16 regula la firma digital autenticada estableciendo que se tendrá por reconocida a los efectos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario u otro oficial público autorizado... Lo siguiente que hace este artículo constituye una novedad, ya que establece que la aposición de la firma digital por parte del oficial público integra y sustituye a todos los fines de las leyes, la aposición de los sellos, punzones, timbres, contraseñas y marcas de cualquier modo previsto. Con ello los notarios italianos entran en la era digital, al poder firmar, al menos este tipo de legitimaciones de firmas con su firma digital, sustituyendo a la tradicional, y a los sellos y otras marcas que la acompañan». Como podemos observar en este punto la Legislación italiana es mucho más específica que la alemana en relación a la eficacia de la firma digital autenticada, al carácter del documento informático, y sobre todo a la intervención de los notarios en cuanto al documento electrónico y sus efectos.

V. LA NORMA ESPAÑOLA: EXEGESIS DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRONICA

1. INTRODUCCIÓN

En el proceso de redacción de la Directiva sobre firma electrónica, el Estado español ha tenido una participación muy esencial y sobre todo activa, tanto en las diversas lecturas, que se fueron haciendo en las discusiones de trabajo como en la posición común a la que se llegó, estando pendiente en estos momentos la aprobación definitiva de esta Directiva Comunitaria.

Como se ha reseñado anteriormente, la legislación española ya contenía una serie de normas que preveen la posibilidad de comunicación con la administración a través de medios telemáticos. No obstante era fundamental e imprescindible el sacar una norma general y marco que estableciera los principios generales sobre la utilización de nuevos sistemas de comunicación que tuviesen la seguridad, validez y eficacia de los sistemas tradicionales. La Sociedad de los Servicios de la Información es un nuevo concepto acuñado en la Unión Europea, que implica en definitiva todo el panorama que se nos presenta a través de las nuevas redes de comunicación, redes abiertas y que suponen un nuevo reto de carácter político, tecnológico, jurídico y social, que no ha hecho más que empezar un camino con unas perspectivas de futuro que aún no pueden ser aquilatadas en su totalidad, pero que es necesario ir fijando las bases desde un primer momento para conseguir que el camino esté lo mejor planificado posible.

En este marco se incardina, y de manera muy especial, la nueva norma española sobre firma electrónica, que como hemos indicado anteriormente respeta esencialmente el contenido que tenía la posición común respecto al Proyecto de Directiva sobre firma electrónica, y de ahí surge el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. El preámbulo de esta norma justifica la urgencia de sacar esta disposición, incluso antes de que fuera aprobada definitivamente la Directiva, cosa que ha ocurrido el 30 de noviembre del año en curso. En este sentido se indica que «...Se considera que debe introducirse, cuanto antes, la disciplina que permita utilizar, con la adecuada seguridad jurídica, este medio tecnológico que contribuye al desarrollo de lo que se ha venido en denominar, en la Unión Europea, la Sociedad de la Información. La urgencia de la aprobación de esta norma deriva, también, del deseo de dar a los usuarios de los nuevos servicios, elementos de confianza en los sistemas, permitiendo su introducción y rápida difusión».

La norma tiene varias partes fundamentales perfectamente delimitadas, partiendo de su ámbito de aplicación, dejando bien claro la no intromisión en campos relativos a los principios generales de la formalización, validez y eficacia de los contratos, ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones

como después analizaremos, ni a otras normas relativas a la función de aquellas personas que por delegación del Estado tienen atribuida la fe pública. Se establece un conjunto de definiciones, basadas en el propio Proyecto de Directiva, así como los efectos jurídicos de la firma electrónica. Un segundo apartado fundamental se encuentra en los principios generales de la prestación de servicios de certificación, tanto en lo relativo a los llamados prestadores de los servicios de certificación como a los propios certificados que estos emiten y a los sistemas de acreditación y de certificación. Se crea un Registro Especial de Prestadores de Servicios de Certificación, así como la regulación de las obligaciones que tienen estos prestadores y su responsabilidad, punto esencial de todo el sistema jurídico, y un régimen de inspección y de control de la actividad de los prestadores, así como un conjunto de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de las normas reguladoras de la firma electrónica. Desde el punto de vista tecnológico se establecen los principios básicos de los dispositivos de la firma electrónica y de la evaluación de su conformidad con la normativa aplicable, así como las normas técnicas para efectuar esa evaluación, estableciéndose por último desde el punto de vista fiscal, una tasa por el reconocimiento de acreditaciones y certificaciones.

En definitiva, se intenta fijar y establecer con carácter general estos mecanismos que permitan partir de una norma a la que deben acogerse todos aquellos que quieran estar dentro de los principios enmarcados en la Sociedad de la Información, definidos por la Unión Europea. No olvidando, por último, el importante campo de aplicación de esta norma, relativo al empleo de la firma electrónica por las Administraciones públicas. Por ello se da un primer paso esencial que posteriormente tendrá que ser desarrollado, entre otros aspectos, el relativo al Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, que como prevé el propio artículo 7 será desarrollado por Real Decreto. A la hora de estudiar el texto, hay que tener en cuenta todo lo que se ha indicado anteriormente en relación a la Directiva sobre firma electrónica, y para evitar repeticiones innecesarias, nos remitiremos a los comentarios allí expuestos, pues no olvidemos que el texto de esta norma española de firma electrónica respeta los parámetros y el contenido de la posición común respecto a la Directiva sobre firma electrónica.

En la actualidad, esta Norma sobre firma electrónica se está tramitando en el Parlamento español, como un Proyecto de Ley sobre la base del articulado del ya citado Real Decreto-ley, es decir, en la actualidad la norma vigente es este Real Decreto-ley, convalidado en el Parlamento, y cuando se apruebe el Proyecto de Ley, lo será en su caso con las modificaciones que haya sufrido el texto en el iter parlamentario. Se han presentado en este momento cuarenta y cinco enmiendas en el Congreso provenientes de los Grupos Parlamentarios Vasco, del Catalán, de Izquierda Unida y del Grupo Socialista, a la mayor

parte del articulado, pero sobre todo dirigidas al ámbito de aplicación, a las definiciones, a aspectos relacionados sobre competencias de las Comunidades Autónomas, a la responsabilidad y obligaciones de los prestadores de servicios de certificación, entre otras cuestiones.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 1, relativo al ámbito de aplicación, establece dos apartados muy importantes para saber cuál es el marco de actuación y los límites que el legislador ha querido dar a la firma electrónica. Por un lado, se quiere regular el uso de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de los servicios de certificación, teniendo en cuenta que la aplicación se va a realizar con relación a los prestadores de servicios establecidos en España.

Este artículo 1.º parte de la entonces Proposición de Directiva de Firma Electrónica, y en concreto de la Posición Común aprobada por el Consejo, ya que en el artículo 1.º de esta Directiva, se indica que la finalidad de la misma es facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico, creando un marco jurídico para esta firma y para determinados servicios de certificación. El artículo 1 del Real Decreto-ley especifica que las normas sobre la actividad de la prestación al público de los servicios de certificación son de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en España, ello en concordancia y conexión con el artículo 4.1 de Directiva de firma electrónica.

El número 2 párrafo primero del Real Decreto-ley, es también consecuencia de la propia Directiva en el sentido de que no se alterarán las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos, ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones. Podría haber sido más correcto el introducir también el término conclusión, a los efectos de fijar todo el proceso evolutivo del contrato, introduciendo también, además de la palabra contratos y actos jurídicos, el de documentos, que no entran dentro del término específico contrato como, por ejemplo un testamento, e incluso, por ejemplo, el propio negocio jurídico de donación que no puede calificarse estrictamente como contrato, existiendo al respecto divergencias de carácter doctrinal. Incluso la utilización de la palabra documento se encuentra así reflejada en el propio artículo 1 de la entonces Proposición de Directiva, hoy ya texto definitivo. Con este apartado se establece la no ingerencia o intromisión en las legislaciones nacionales o comunitaria que rijan estos aspectos, siendo éste uno de los elementos esenciales que se tuvieron en cuenta, y que se tienen en cuenta en la discusión de la Directiva, como sabemos aún pendiente de su aprobación definitiva.

Relacionado con lo anterior, parecía conveniente el que en la norma española sobre firma electrónica se especificara, con carácter expreso, un apartado esencial, relativo a la delegación que el Estado realiza en aspectos de su soberanía en cuanto a la fe pública, de ahí que el texto de la norma establezca que lo relativo a la prestación de servicios de certificación de firma electrónica no sustituye ni modifica, en cuanto a sus normas, las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos, o para intervenir en su elevación a públicos. Quizá, aunque el fondo del párrafo está queriendo establecer la no interferencia en esas competencias, atribuidas a determinadas personas, se podría haber logrado un texto más concreto y específico que hiciera más hincapié en la esencia del problema. Por ello, en ese artículo 1.2 párrafo 2.º, y a los efectos de evitar cualquier duda de que, por ejemplo, la categoría del documento público electrónico, únicamente existe cuando interviene un sujeto, especialmente facultado por el Estado, es cuando se puede hablar de documento público, y no cuando cualquier entidad de certificación emita un certificado reconocido, con firma electrónica avanzada, se debería cambiar el texto por el siguiente: «las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos, **autorizarlos, intervenirlos o elevarlos a públicos, incluso en su propio ámbito**».

Es necesario dejar bien aclarada esta cuestión, ya que queda bien especificado y concretado por el artículo 1.216 del Código Civil, el concepto de documento público, que lo define como los documentos autorizados por un Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley. Por ello, únicamente tendrán la categoría de públicos cuando en su autorización haya intervenido el Notario o un empleado público.

Si el Notario autoriza un documento electrónico, está claro que surgirá la categoría de documento público notarial electrónico, y más en concreto afinando la terminología se podría hablar como subcategoría del instrumento público electrónico, ya que este concepto de instrumento público sólo es predicable cuando el sujeto que lo autoriza es un Notario, no ya solamente por la terminología acuñada por la Doctrina, sino también por la Ley y el Reglamento Notarial.

Estas matizaciones al artículo 2 son muy importantes, ya que el Notariado español, y en general, el Notariado latino, no se comporta como un simple legitimador de firmas, aunque entre sus funciones pueda estar la de legitimación de firmas, sino que, muy al contrario, su actuación es de carácter activo, asesorando a las partes, redactando el documento, dando un juicio de capacidad, de identidad, estableciendo en definitiva un control de legalidad; por

ello, cuando a veces escucho la palabra Notario cibernético o Notario electrónico, me echo a temblar, ya que ello implica un desconocimiento absoluto del significado, esencia y función del Notario español y de nuestro sistema notarial. Incluso en la proposición de Directiva de comercio electrónico, en su artículo 1 se establece el ámbito de exclusión de esta Directiva de las actividades de los notarios y de otras profesiones que participan de una autoridad pública, como podrían ser, por ejemplo, los corredores de comercio o los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Esta exclusión no significa en absoluto, el apartar a los Notarios, por ejemplo, del mundo del comercio electrónico, de la firma electrónica, etc. Lo que significa es que en esta Directiva de comercio electrónico no puede establecerse una armonización en materia de la fe pública, que es competencia exclusiva de los Estados miembros, al tratarse de una delegación de la soberanía en determinadas personas, y nos estamos refiriendo a aquellas profesiones que se encuentran, dentro del actual artículo 45 del Tratado, anteriormente artículo 55.

En este sentido, la propia Conferencia Permanente de Notarios de la Unión Europea (CNUE), en la Asamblea de los Presidentes, recientemente celebrada en Valencia en octubre de 1999, se orientan sus resoluciones en este sentido, incardinando el ámbito de exclusión en aquellas profesiones oficiales del artículo 45 del Tratado, y por otra parte, dejando bien clara la actitud positiva del notariado en intervenir en el proceso del comercio electrónico, instando cada uno de los Notariados de dicha conferencia a sus Estados miembros para que realicen las adaptaciones normativas que sean necesarias para esta participación del Notariado en el comercio electrónico.

Otro punto de discusión estaría en ver la conveniencia o no que en este texto de firma electrónica español se definieran algunos conceptos como los de documento público electrónico, instrumento público, etc. Una postura sería la de considerar conveniente estas definiciones para evitar que puedan surgir malentendidos de base, en el sentido de que no se comprendiera que existe, o que puede existir la categoría del documento público electrónico, que será documento público por razón del sujeto que lo autoriza, y así evitar posibles malentendidos de dar una consideración especialmente cualificada que pudiera rozar estos conceptos para aquellos documentos electrónicos amparados en una firma electrónica avanzada con un certificado reconocido. Otra postura es la de pensar que con una buena definición del ámbito de aplicación de esta Ley de firma electrónica, en relación con el propio enunciado de la Directiva de firma electrónica que establece en su artículo 1 párrafo 2º que «la presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas o límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria que rigen el uso de documentos», con estos antecedentes queda bien claro que

la regulación de los documentos públicos electrónicos deben ser contemplados en la legislación, en la ley y los reglamentos del propio sector, como ocurre en el caso de los documentos administrativos en la Ley de Administraciones Públicas de 1992, ya citada en este trabajo, y en su artículo 45, o por ejemplo, en relación a los documentos judiciales, en este sentido el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y el Reglamento de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995.

En cuanto al documento privado electrónico creo que efectivamente el notariado, y en este caso estoy especial mención al notariado español puede tener un papel esencial como autoridad certificante, ya que la propia Directiva establece los requisitos del certificado que emite el proveedor de servicios de certificación, que implica en muchos casos la exigencia desde el punto de vista material y práctico de tener unos conocimientos especiales para poder actuar con seriedad. En este campo la Organización Notarial puede aportar toda una base organizativa, técnica y de conocimientos esencial. En este sentido se ha indicado que «el papel de tales autoridades de certificación consiste en recoger la certificación de voluntad del titular de una firma digital, asumiendo la obligación de quedar obligado por aquellos documentos cuya firma pueda ser comprobada mediante el uso de una llave pública determinada. Esta declaración... tiene como medio ideal de su expresión el documento público notarial y, dentro de éste, siguiendo la distinción entre Actas y Escrituras públicas que establece la legislación notarial, el de la escritura pública... Además, puesto que la firma podrá servir no sólo para obligar a una persona física, sino también para obligar a una persona jurídica a través de sus órganos de administración o de sus apoderados, el notario deberá juzgar si la persona que ostenta la representación de tal persona jurídica tiene o no la legitimación adecuada para autorizar el uso de una firma digital...» (4).

Otro avance más sería el plantearse si los notarios actúan como Autoridades Certificantes, convendría en su caso conservar, en lo que podríamos llamar «protocolo electrónico», esos certificados, con el carácter y significado que tiene en nuestro Sistema Notarial dicho Protocolo. Hemos reseñado en otra parte de este trabajo uno de los Informes del Consejo General del notariado sobre la Contratación Electrónica y el papel del Notario, incluso en cuanto a la consideración de que determinados certificados puedan tener el carácter de documento público, si reúnen determinados requisitos y exigencias. En este sentido (5), en relación con la intervención notarial en el docu-

(4) DE PRADA GUAITA, VICENTE, *El documento informático: su encaje en el sistema de Notariado latino*, septiembre de 1997.

(5) SIMO SEVILLA, DIEGO, en el estudio sobre el «Papel del Notariado en la criptografía de clave pública».

mento privado, referido a la firma electrónica, y al documento privado electrónico, entiende la importancia de estar presentes en este ámbito. La actuación notarial, indica, puede suministrar como valor añadido distintivo, un asesoramiento jurídico imparcial y un especial rigor en la comprobación del contenido de los certificados, teniendo en cuenta que la presencia notarial en este campo debe ir acompañada de una idea esencial: la necesidad de una gradación jurídica en la labor de certificación, no debiendo admitirse que las «autoridades de certificación» privadas se conviertan en fedatarios. Esta idea ha sido apuntada cuando hicimos referencia al análisis de la Proposición de Directiva sobre firma electrónica y los efectos jurídicos de la firma electrónica. También las cuestiones que se plantean en torno a las Autoridades Certificantes, las del Registro, lo que el notario determina como identidad, juicio de capacidad, poder de representación, etc., quienes han de ser Autoridades de Certificación, etc... Otro punto a debatir sería la posibilidad del depósito de claves privadas en el notario.

También la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea (CNUE), han mostrado su preocupación por el tema en diversas reuniones y comunicaciones a la Comisión Europea y con distintas perspectivas según los países.

A continuación vamos a intentar analizar el problema en relación **con el documento público notarial y el documento electrónico con firma electrónica, yendo a la posibilidad del documento público notarial electrónico.**

Las opiniones han sido variadas, en el sentido de la oportunidad o no, del momento de hablar del documento público electrónico, en definitiva de la autorización, por ejemplo, de escrituras públicas electrónicas como tipo emblemático de documento público; ello conllevaría la desaparición, por ejemplo, de la unidad de acto documental, incardinándose dentro de la contratación a distancia, entre ausentes, que ya analizamos al hacer el comentario sobre la Proposición de Directiva. También arrastraría los nuevos mecanismos de la oferta y de la aceptación del contrato con la presencia física de un notario en cada uno de esos momentos, con la utilización de la telemática en las redes de información para su elaboración; los cambios normativos, tanto en Derecho Público como en Privado, por ejemplo, la contratación entre ausentes, la forma, la fuerza y los medios probatorios, y un largo etc., además de las reformas correspondientes en la Legislación Notarial en cuanto al Protocolo, expedición de copias, etc. En mi opinión, en este momento, esta cuestión específica debe quedar en suspenso, debiendo ser prudentes, aunque no apartar el estudio del tema, y ello no es contrario a que pueda haber algunos casos en sectores muy específicos y en ámbitos muy concretos donde puede existir la introducción de algún documento público notarial informático, pero no con carácter general, y menos aún ahora, por lo que entendemos por la escritura pública, sin desechar algunos supuestos de aplicación como los poderes.

Se puede plantear **la expedición de copias en documento electrónico**, de matrices que están realizadas en soporte papel. En este sentido, se ha indicado (6), que: «...la idea no me parece descabellada, siempre que se arbitren los medios técnicos necesarios para garantizar el sistema de firmas digitales que hagan inviable la utilización de la firma del notario por otra persona ... en este punto, la admisión de este tipo de copias chocará con algún precepto...». Ello plantea, en nuestra opinión, muchos problemas, en cuanto a la libre circulación de esas copias en las redes informáticas con los problemas de su numeración a efectos ejecutivos, asimismo en las copias de poderes en cuanto a la legitimación que el Reglamento Notarial exige para poder solicitar una copia del mismo, y si se enviara por vía telemática se podrían duplicar las mismas con facilidad, sin existir control en principio para su utilización. Quizá debería reducirse a la expedición de copias simples.

Todo este campo está inmerso en el uso, y la regulación del uso de la informática en la actuación notarial. En el marco de este último apartado se ha indicado (7), que: «...**LA PROTOCOLIZACION DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN SOPORTE INFORMatico...** la incorporación al protocolo tanto puede hacerse por medio de un acta, específica, como por consecuencia de que el documento en cuestión deba quedar unido a una escritura o a cualquier tipo de acta ... **EXPEDICION DE COPIAS POR PROCEDIMIENTOS INFORMATICOS...** se propone también que los notarios puedan expedir copias simples de los documentos extendidos en papel ... se trata de una opción del notario y no de una facultad del peticionario ... **LEGITIMACION DE FIRMAS INFORMATICAS:** En este punto se regula la forma de hacer la legitimación ... **AUTORIZACION NOTARIAL INFORMATICA ... REQUERIMIENTOS HECHOS POR CORREO ELECTRONICO ...** La posibilidad reglamentaria de requerir la actuación del notario por medio de escrito enviado por correo ... deberá permitir en el futuro que los notarios puedan usar también el correo electrónico para el envío de cédulas de notificación y otros documentos ... de que una persona requiera específicamente del notario, que envíe una carta por medio de correo electrónico... **Sistema de comunicaciones propio y exclusivo para notarios...**».

También la utilización de la telemática, en el campo específico, con determinados Registros Públicos es muy interesante. Los Reales Decretos del 92 y del 94, sobre Coordinación entre Notarías y Registros de la Propiedad, han dado hasta el momento, en mi opinión, buenos frutos y contribuido a conseguir un elemento más en el principio de la seguridad jurídica preventiva.

(6) DE PRADA GUAITA, VICENTE, *ob. cit.*

(7) MARÍN CALERO, CARLOS, en *Informe al Consejo General del Notariado sobre propuesta de regulación del uso de la informática en la actuación notarial*. Asimismo, el *Informe a la Comisión Especial del Senado sobre el uso de redes informáticas*.

Como siempre, la cuestión del espacio tiempo y la inmediatividad de la información hacen aconsejable la utilización de los medios telemáticos para solucionar estos temas, tanto en la fase de la información registral que se solicita, como en la posterior comunicación al Registro para practicar el correspondiente asiento de presentación. Ello nos llevaría, quizá, a que en el momento inmediatamente anterior a la firma de una escritura de compraventa de un piso, por ejemplo, el notario pueda tener e informar en ese mismo instante, de la situación jurídico-registral de la finca objeto de la compraventa, así como una vez autorizada la escritura comunicarla al Registro de la Propiedad por los mismos medios, sin entrar ahora en los mecanismos que se pueden utilizar desde el punto de vista jurídico entre la reserva de rango y el cierre registral, aunque ya me decanté en su momento por la reserva de rango.

CARLOS MARÍN (8), además, se plantea la posibilidad de este procedimiento telemático en otros Registros, tanto en el aspecto de consulta al mismo como en el de la información notarial a cada uno de los Registros Públicos, con distinto alcance, posibilidad y necesidad; así, con el Registro de Actos de Ultima Voluntad, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil Central, Registro Mercantil Provincial, Catastro; la posibilidad de creación de un Registro de Revocación de Poderes, de Testimonio de Poderes, incluso de Prohibiciones Judiciales de Contratar.

Por último, otras aplicaciones notariales se darían en el campo de las legitimaciones de firmas electrónicas.

En definitiva, las espadas están en alto; no hay que cerrar los ojos a los nuevos tiempos, pero es necesario analizar con sosiego cada paso que se vaya dando.

En un inmejorable trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS (9), relativo al documento negocial informático, analiza todas las cuestiones relativas al papel del Notariado, y más en concreto, del Notariado español en relación con esta nueva forma negocial informática, y en este sentido ha indicado que «...Autoridad de certificación y Notario en manera alguna se identifican, aunque tengan algunas tareas comunes; el Notario tiene otras funciones más amplias de determinación de la voluntad de los otorgantes, información y consejo, redacción y adecuación, ajenas totalmente a esas autoridades de certificación nacidas, no se olvide, en el ámbito del Derecho norteamericano; pero la Autoridad de Certificación tiene también funciones que actualmente no competen al Notario latino, algunas de las cuales quizá, no les sea posible asumir

(8) MARÍN CALERO, CARLOS, en el Informe *Conexión telemática de los Notarios con Catastros y Registros Públicos*.

(9) RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO, *El documento negocial informático*. Comunicación leída el 25 de mayo de 1998 en el Pleno de los Excmos. Señores Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

... Pero prefiero mantenerme, y más en esta casa, en términos generales, y sin perder de vista que los Notarios estaríamos sirviendo de soporte a la documentación privada, y por tanto fomentándola, cuando nuestra misión es redactar y autorizar documentos públicos; recordemos que el documento informático es un documento privado; y que también es documento privado el certificado expedido por una Autoridad de Certificación que no sea un funcionario público (art. 1.216 del Código Civil) ... una situación intermedia entre el documento privado y el documento público, en alguna medida análoga a la que pretende el certificado de la Autoridad de Certificación, es el de la legitimación de firmas que ha intentado el Reglamento italiano de 1997 ... El citado Reglamento de 1997 ... dispone en su artículo 16 que «se tiene por reconocida, en los sentidos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición está autenticada por Notario o por otro oficial público autorizado... y que la autenticación de la firma digital consiste en la atestación, por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico» ... esto es, de la Ley Italiana del Notariado; con este último inciso, el precepto entiende salvar los dos pilares del Ordenamiento notarial italiano, y de todo el Notariado latino ... Una disposición semejante no sería admisible entre nosotros al faltarle su base en el Código; según hemos visto, el reconocimiento legal del documento privado, conforme al artículo 1.225 de nuestro Código Civil, es exclusivamente judicial, y al Notario sólo le están abiertos dos caminos, la elevación a público del documento privado conforme al artículo 1.218, o la escritura de reconocimiento con arreglo al artículo 1.224, no la simple legitimación de firmas. Pero tampoco creemos pueda tener aplicación en Italia ... porque la firma digital no se lleva a cabo mediante la clave pública, sino mediante la clave privada del signante, y ésta es secreta, desconocida también para el Notario ante quien se aplica ... la posibilidad del otorgamiento informático de la escritura pública ha sido defendida recientemente por el Notario chileno, GAETE ... Hay afirmaciones que no puedo compartir ... «lo que se requiere es la visión física de la persona que hable a la vista del Notario, que manifieste su consentimiento delante de él; pero éste delante de él, hoy es posible realizarlo sin que el interesado esté materialmente presente...» No parece, sin embargo, que se pueda dar fe de una realidad virtual, que será lo que quiera, pero que no es una realidad. Pero la cuestión tiene todavía más profundidad, porque si cada una de las partes tiene que comparecer personalmente ante el Notario, parece que se habrán esfumado las principales ventajas del documento informático concebido para la contratación a distancia, sin perjuicio de la confección informática de otros documentos notariales...

3. DEFINICIONES

El artículo 2 del Real Decreto-ley establece un conjunto de definiciones basados en el propio artículo 2 del entonces texto de la Proposición de Directiva en la redacción dada en la Posición Común. Como ya indicamos a la hora de analizar la Directiva, la evolución, en los diferentes textos, llegó a distinguir dos tipos de firma electrónica, la llamada simplemente firma electrónica, y la llamada firma electrónica avanzada, que como luego veremos van a tener unos efectos jurídicos distintos en relación con su papel a los efectos de su valor jurídico. En este sentido, se define la firma electrónica como 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. Por su parte, la firma electrónica avanzada 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 está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos. En definitiva, esta firma avanzada debe estar basada en un certificado reconocido. El concepto de firma avanzada, contenido en la norma española, es bastante similar a la Directiva, y el concepto de firma electrónica en la norma española intenta desarrollar o explicar el concepto de la Directiva, ya que esta última establece que ese conjunto de datos en forma electrónica son utilizados como método de autenticación. Las diferencias entre ambos tipos de firma son claras, ya que la firma electrónica avanzada debe cumplir esos requisitos que aseguran de manera clara e inequívoca, la vinculación al signatario o firmante de manera única, permitiendo su identificación, que los medios por los que ha sido creada, el propio firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, y además debe estar vinculada a los datos a que se refiere, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable. Todos esos requisitos de manera conjunta, no los cubre ni protege la firma electrónica simple.

Hay que tener en cuenta que la Directiva de firma electrónica, no podía, ni en nuestra opinión debía, decantarse por ningún mendio o tecnología específica, entre otras consideraciones porque los cambios que se producen en este campo van a una velocidad vertiginosa, e incluso en la propia negociación de la Directiva, éste fue uno de los argumentos, en algún punto conflictivo, entre las Delegaciones, pero en todo caso estando claro que no podía haber una decantación tecnológica, sino crear un espacio o marco jurídico general, sobre el cual debía operar la firma electrónica. Como ya indicamos líneas arriba, uno de los medios técnicos de este proceso de firma electrónica era el de la firma digital, a través del sistema de encriptación, y por el método de unas claves asimétricas, existiendo una clave privada sólo conocida por la

persona que envía el mensaje, y que a través de esa clave se produce la encriptación del mensaje y de la existencia de una clave pública, que conoce el receptor del mensaje, y que utilizando esa clave pública por un proceso matemático de combinaciones, se puede llegar a descifrar el mensaje encriptado del transmitente. Este es uno de los métodos que se están utilizando, y en concreto en España en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre a través del proyecto CERES.

En este artículo 2 de la norma española, se definen toda una serie de conceptos como los de firmante o signatario, los de datos de creación de firma, dispositivo de creación de firma, dispositivo seguro de creación de firma, datos de verificación de firma, dispositivo de verificación de firma, certificado, certificado reconocido, prestador de servicios de certificación, producto de firma electrónica, y acreditación voluntaria del prestador de servicios de certificación.

A los efectos de evitar repetir los conceptos que están en la propia norma, nos fijaremos en algunos de ellos que son esenciales en todo este proceso. El signatario, según la norma española, es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa. Por ello, siempre el signatario es una persona física, con independencia de que pueda actuar en su propio nombre o bien en el de otro, que puede ser a su vez una persona física o jurídica. El artículo 2 de la Directiva define al firmante como la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona física o jurídica a la que representa.

El certificado es la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y que confirma su identidad, y el certificado reconocido es un certificado, por decirlo de alguna manera, de superior categoría, que contiene unos datos e informaciones específicas y que, además, es expedido por un prestador de servicios de certificación que cumple unos determinados requisitos. En cuanto a la información específica y los requisitos, los analizaremos más adelante, ya que se encuentran en el propio articulado. El prestador de servicios de certificación es la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica. Esta definición es transcripción literal de la propia Directiva. Por último, se hace referencia a la acreditación voluntaria del prestador de servicios de certificación, que consiste en una resolución que se dicta a petición del prestador de servicios de certificación, en la que se establecen los derechos y obligaciones específicos para la prestación de servicios de certificación por el organismo público encargado de su supervisión. En el texto de la Directiva se hace referencia al organismo público o privado, en el texto español del Real Decreto-ley se habla sólo del organismo público.

4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

El artículo 3 de la norma española y su correspondiente artículo 5 en la Directiva, establecen lo que desde el punto de vista jurídico puede tener una de las mayores consecuencias en la introducción de esta norma de firma electrónica.

Ya tuvimos ocasión de analizar los sucesivos avatares que se produjeron en los diferentes textos de la Directiva, y las distintas posturas que se podían tener en cuanto a este sistema de la eficacia jurídica de la firma electrónica. El artículo 3 del Real Decreto-ley distingue entre la llamada firma electrónica avanzada que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y que será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. El artículo 5 de la Directiva, con un texto similar, establece que esta firma electrónica avanzada sea admisible como prueba en procedimientos judiciales. De otro lado, a la firma electrónica que no reúna los requisitos de firma avanzada no se le negará efectos jurídicos, ni será excluida como prueba en juicio por el mero hecho de presentarse en forma electrónica. Nos remitimos, para evitar innecesarias repeticiones, a lo que indicamos a la hora de interpretar y analizar los artículos de la Directiva en relación a los diferentes medios de prueba establecidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. La redacción podría haber sido técnicamente más perfecta, incluso más clara en el sentido de que, efectivamente, la firma electrónica avanzada va a tener el mismo valor jurídico respecto de los datos consignados en forma electrónica, que la firma manuscrita, en relación con los consignados en papel, pero debería haberse matizado que todo ello, sin perjuicio en su caso de los requisitos de forma establecidos en las leyes, y que sea admisible como prueba a efectos procesales, también en los términos previstos en las leyes, en relación con el comentario que ya hicimos al hablar del artículo correspondiente en la Directiva. En cuanto a la firma electrónica no avanzada no se le niega efecto jurídico, ni su admisibilidad como prueba a efectos procesales, pero debería de haberse establecido para los dos tipos de firma, el que la valoración de la prueba en ambos casos se realizará por el órgano jurisdiccional, según los criterios de apreciación establecidos en las leyes.

La matización que hemos hecho en relación a que en todo caso, sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos en las leyes, lo era para dejar a salvo y preservar, en su caso, las normas nacionales y comunitarias que pueden poner requisitos especiales a distintos negocios, contratos o actos jurídicos en los que se determinan tanto la validez como, en su caso, la

eficacia de los mismos por tener que autorizarse ante una determinada autoridad o funcionario público.

5. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

El Título Segundo de la norma española hace referencia al concepto genérico de la prestación de los servicios de certificación. Bajo este epígrafe aparecen normas que incorporan a nuestro Derecho el contenido del entonces Proyecto de Directiva Comunitaria sobre la materia; así, los relativos a las que determinan la prestación de servicios de certificación en régimen de libre competencia, y ordenan el reconocimiento de los certificados emitidos en países pertenecientes o no a la Comunidad Europea (arts. 4 y 10), las relativas a la utilización de la firma electrónica en el ámbito de las Administraciones Públicas (art. 5), las referentes a la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación y a la protección de datos personales (arts. 14 y 15), así como todas aquellas relativas a los requisitos que han de cumplir los certificados reconocidos, los prestadores que los expidan y los dispositivos de creación y verificación de firmas, introduciendo en todo caso modulaciones para adaptar la normativa comunitaria al ordenamiento español.

El artículo 4 parte del principio de régimen de libre competencia, que tiene su conexión con el artículo 3 de la Directiva en el sentido de lo que se vino denominando, el no sometimiento a una autorización previa. Se trata del acceso al mercado, lo que provoca que los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorizaciones previas. También hemos explicado con anterioridad la posición de la Delegación española en la Directiva de firma electrónica, y como se pensaba en esa necesidad de establecer una autorización previa como requisito para que el prestador de servicios de certificación pudiera empezar a actuar. Esta postura no tuvo acogida, salvo específicamente por la Delegación alemana, que coincidía en la importancia de esta circunstancia. Vista esta situación, se intentó en todo caso el que se pudieran establecer por los Estados sistemas de vigilancia y de control que estarían englobadas dentro de las leyes o reglas de mercado. En este sentido, el número 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva en el texto de la Posición Común, permitía que los Estados miembros puedan establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios, así como establecer sistemas adecuados que permitan la supervisión de los proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio, y que expidan al público certificados reconocidos. En este marco, en numerosos informes del Ministerio de Justicia se pensó en que podía existir una forma de control y supervisión de estos prestadores de servicios, a través de la creación de un Registro que

cumpliera unos determinados fines esenciales para este tema, Registro al que haremos mención con posterioridad y que creemos en ningún caso va en contra de los principios del mercado interior, ni mucho menos del acceso al mercado. La norma española sigue fielmente la regulación del entonces proyecto de Directiva, hoy ya Directiva, en lo que se refiere a los requisitos y garantías técnicas de los certificados reconocidos y de los dispositivos de creación y verificación de firma, pero además establece una serie de obligaciones aplicables incluso a aquellos prestadores que no emitan certificados reconocidos, obligaciones fundamentales y esenciales, exigiendo su cumplimiento en todo caso y permitiendo al órgano de control supervisar el cumplimiento por los prestadores de servicios que no expidan certificados reconocidos de las obligaciones que le sean exigibles, a diferencia de lo que ya hemos visto establece la Directiva en su artículo 3.3, en la que sólo se obliga a los Estados a establecer un sistema de supervisión respecto a los prestadores que expidan al público los certificados reconocidos.

El artículo 5 de la norma española hace referencia al empleo de la firma electrónica por las Administraciones Públicas. La Directiva, a pesar del criterio liberalizador relativo al acceso al mercado, en su artículo 3 número 7 parece que da una mayor posibilidad a ese control previo, en el uso de la firma electrónica, cuando se está en el Sector Público, y ello es lógico. El número 7 del artículo 3 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales para, a continuación, indicar que, por supuesto, tales prescripciones serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, y que en ningún caso podrán obstaculizar los servicios transfronterizos a los ciudadanos. En el campo de las Administraciones Públicas, ciertamente hay apoyo en la norma comunitaria para poder hacer más supeditaciones y condiciones adicionales. En el artículo 5 de la norma española también se reconoce a las Comunidades Autónomas la posibilidad de establecer condiciones adicionales para regular el uso de la firma electrónica en las relaciones con sus respectivas Administraciones, y por supuesto en las relaciones que mantengan estas Administraciones Públicas y sus Entes Públicos con los particulares. De otro lado, las normas estatales que regulen las condiciones adicionales sobre el uso de firma electrónica se tendrán que dictar a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas y previo informe del Consejo Superior de Informática. En todo caso esas condiciones adicionales deben entenderse como parte del procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas para garantizar la aplicación y el cumplimiento de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común. En concreto, como condición adicional se podrá incluir la prestación de un servicio de consignación de fecha y hora respecto de los documentos

electrónicos integrados en un expediente administrativo, y que 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. Aunque también debería de haberse incluido el momento en que se produce, porque ese servicio de estampación de día y hora se refiere no sólo al hecho de la recepción o emisión, sino también al momento en que se produce. Por otra parte, indicar que ese servicio de estampación, el denominado «Time Stamping», se ha incorporado en la Directiva como novedad recogida en el apartado c) del anexo segundo, entre los requisitos exigibles a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos, consistente en permitir que la certificación pueda recoger la fecha y la hora en que se produce la actuación certificante.

El campo de aplicación en las Administraciones Públicas es esencial en todo el sistema, sobre el cual se basa la Directiva, no solamente en las comunicaciones o relaciones de las distintas Administraciones Públicas entre sí, sino también en las relaciones de éstas con los administrados. Hemos reflejado anteriormente, en otra parte de este trabajo, el conjunto de normas que en Derecho español existían sobre el documento electrónico, así como la práctica jurisprudencial, que se referían a la firma electrónica, u otros medios de autenticación electrónica, además de las regulaciones más generales sobre el empleo de medios telemáticos. Por ejemplo, desde el punto de vista del Ministerio de Justicia, existe un amplio campo de actuación en materia de Registros Civiles, así como, por ejemplo, en relación a los depósitos de cuentas en los Registros Mercantiles, e incluso, el acceso al Registro General de Actos de Ultima Voluntad, a los efectos de conseguir directamente el certificado de dicho Registro, pero en este caso es necesario tener en cuenta que el paso al soporte papel del mismo desde la pantalla requerirá, en todo caso, la intervención de una persona facultada para poder legitimar que lo obtenido en el soporte papel coincide con el original que aparece en la pantalla, ello como elemento esencial de nuestro sistema de legitimación, y por ello creemos que no podrá ser cualquier persona la que directamente pueda obtener esta certificación, por lo anteriormente indicado, sino aquellas personas especialmente facultadas por la Ley para dar fe pública.

Partiendo de lo establecido en el propio artículo 3 del entonces Proyecto de Directiva, como indica la Memoria justificativa del Real Decreto-Ley, se prevé en la norma española, el establecimiento de un sistema de acreditación abierto a todos los prestadores de servicios de certificación, en su artículo 6, además un sistema de supervisión en el Capítulo IV del Título II, y un sistema de evaluación de la conformidad de los dispositivos de creación y de verificación de firma, en el Título III del capítulo citado en el último lugar. Como ya hemos indicado, aunque el Proyecto de Directiva permitía la posibilidad de que fuera el sector privado quien pudiera controlar estas funciones, la norma

española opta por la conveniencia de que sean los organismos encargados de acreditar y supervisar a los prestadores de servicios de certificación, así como de reconocer la conformidad de los dispositivos de firma electrónica con las normas establecidas en la Ley, el que sean los organismos públicos, e incluso el haberse así orientado en otros países de Europa. En este sentido, los únicos órganos cualificados de certificación existentes en Europa, y que han sido reconocidos en el marco del acuerdo mutuo de reconocimiento de certificados de 1997, son un Organismo alemán, otro británico y un tercero francés, que en los tres casos son organismos públicos.

El artículo 6 de la norma española regula los sistemas de acreditación de prestadores de servicios de certificación, así como la propia certificación de productos de firma electrónica, teniendo en cuenta que el Gobierno, por Real Decreto, podrá establecer sistemas voluntarios de acreditación de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica a través de un régimen que permita lograr el adecuado grado de seguridad y proteger, debidamente, los derechos de los usuarios. Las funciones de certificación serán ejercidas por los órganos en cada caso competentes, referidos en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y en la demás legislación vigente sobre la materia. Siguiendo además los parámetros de la Directiva, el artículo 6 en su número 3 establece que, las normas que regulen los sistemas de acreditación y de certificación deberán ser objetivas, razonables y no discriminatorias, y los prestadores de servicios que se sometan voluntariamente a ellos podrán obtener la correspondiente acreditación de su actividad, o en su caso la certificación del producto de firma electrónica.

El proceso para la acreditación de los prestadores de servicios, que en la norma española se llama homologación, así como la determinación de la conformidad de los dispositivos de firma electrónica, que son denominados certificación de dispositivos de firma electrónica, se prevé la aplicación de un mismo sistema de control, como indica la propia Memoria Justificativa, teniendo en cuenta que la estructura del sistema de control se basa en el modelo existente en Alemania, Francia y Reino Unido, para la evaluación de la seguridad de las tecnologías de la información, y en este modelo, como continúa indicando la Memoria, conocido como Esquema Nacional de Certificación, los sistemas y productos de las tecnologías de la información son evaluados por unas entidades llamadas Entidades de Evaluación, que realizan todas las pruebas pertinentes sobre los mismos, para comprobar que ofrecen un nivel de seguridad declarado por su fabricante o prestador; a su vez las Entidades de Evaluación deben estar acreditadas por un Organismo de Acreditación, que a su vez, verifica que éstas reúnen las condiciones necesarias para llevar a cabo este tipo de evaluaciones, estableciéndose en el vértice de la pirámide del modelo, un Organismo de Certificación, independiente tanto

del Organismo de Acreditación, como de las Entidades de Evaluación, así como de los fabricantes o prestadores.

El artículo 8 de la norma española de firma electrónica prevé la creación del denominado Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, que va a depender del Ministerio de Justicia, por ser este Ministerio claramente del que dependen importantes Registros, tanto de carácter administrativo como de carácter jurídico, debiendo solicitar la inscripción todos los prestadores de servicios establecidos en España, con carácter previo al propio inicio de su actividad. De iguales características en la República Italiana, existe un Registro similar y una obligación específica de estos prestadores de notificar el comienzo de su actividad, según se regula en el artículo 8.3 del Decreto Presidencial sobre la creación, almacenamiento y transmisión de documentos por medios informáticos o telemáticos, de 31 de octubre de 1997. Como puede observarse, el ámbito subjetivo de este Registro se extiende a todos los prestadores de servicios, no sólo a los que expidan certificados reconocidos; se trata de un efecto meramente declarativo y de control, y ha sido uno de los puntos claves de la posición de España en la negociación de la Directiva, así como de otros países, en el grupo de trabajo del Consejo. La propia formulación de la solicitud de inscripción es la que les va a permitir iniciar o continuar su actividad. Para conseguir dicha solicitud, reglamentariamente se establecerá la documentación que se debe aportar, pero fundamentalmente dirigida a la identificación del prestador y a la justificación que éste reúne los requisitos necesarios en su caso para ejercer su actividad. El propio artículo 7 de la norma española en su número 3 declara el carácter público de dicho Registro, debiendo mantenerse permanentemente actualizada y a disposición de cualquier persona una relación de los prestadores inscritos, en la que debe figurar su nombre o razón social, la dirección de su página en Internet o de correo electrónico, los datos de verificación de su firma electrónica, y en su caso su condición de acreditado, o de tener la posibilidad de expedir certificados reconocidos y cualesquiera otros datos que se establezcan por Real Decreto. Un punto importante que no se recoge en la Ley, pero que debería haberse hecho, es que los propios prestadores de servicios deberían comunicar al Registro, para que constara en el mismo, toda la información relevante de los certificados que expida con carácter de certificados reconocidos, y ello debido a la importante trascendencia que tiene esta información para los posibles terceros contratantes con el propio signatario, determinada información, así por ejemplo, las limitaciones de los usos, entre otras la limitación de las facultades de los signatarios que actúen por representación, las limitaciones de cuantías, e incluso la fecha de posibles revocaciones o suspensiones temporales de la vigencia o eficacia del certificado. No cabe duda que la labor del Registro de Prestadores es esencial, ya que para el acceso al mismo y a los efectos de establecer que el prestador reúne los requisitos necesarios, debe

haber un control de esos requisitos, muchos de carácter técnico, incluso el propio Registro podrá controlar que se han realizado todas las supervisiones y que incluso, por ejemplo, que la empresa que ha realizado una determinada evaluación se encuentra entre las que legalmente han sido designadas como cualificadas para ello. Por supuesto, como indica el párrafo final del número 3 del artículo 7, los datos inscritos en el Registro podrán ser consultados por vía telemática o a través de una certificación registral.

En cuanto al artículo 8, relativo a los certificados, se regulan los requisitos para la existencia de un certificado reconocido que tiene una equivalencia total en cuanto a su contenido, al del anexo I de la Directiva. Para evitar una exposición demasiado pormenorizada, indicaremos que estos requisitos son esenciales para determinar una especial eficacia a la propia firma electrónica que se basa en un certificado reconocido. Estos habrán de contener la indicación de que se expide como tal el código identificativo, la propia identificación del prestador de servicios de certificación, la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que «pide el certificado, la identificación del signatario 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, los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del signatario, el comienzo y fin del período de validez del certificado, los límites de uso del certificado, si se prevén, y los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen. Quizá podría haberse también introducido una mayor especificidad en relación a la persona física o jurídica que debe haber solicitado la expedición del certificado a favor de su titular, o autorizado a éste para su solicitud; con ello se trataría de que nadie puede obligarse en nombre de otro mediante técnicas de firma electrónica sin estar por él autorizado en cuanto al medio empleado para ello. También hubiera sido conveniente el haber hecho referencia en los casos de representación, de una manera clara, a la identificación en cuanto a sus datos de la persona física o jurídica representada por el signatario o titular.

El artículo 9 hace referencia a la vigencia de los certificados, circunstancia ésta no especificada en la Directiva, y que no obstante han sido introducidos en la norma española con la idea de establecer un mecanismo suficiente que cree confianza en el usuario, dentro del mecanismo de la firma electrónica, teniendo en cuenta, en su caso, algunas normas de derecho comparado. Como indica la Memoria Justificativa, en este artículo 9 sobre vigencia de los certificados, se enumeran las causas determinantes de la extinción de la eficacia de los certificados, que tratándose de reconocidos, no podrá ser superior a cuatro años, y enumerándose las causas determinantes de la extinción de la eficacia de los certificados, regulándose la forma en que surtirá efecto frente

a terceros de buena fe la extinción o suspensión de la eficacia de un certificado, no siendo oponible a terceros hasta que dichas circunstancias no hayan sido anotadas por el prestador de servicios en el Registro al que hace referencia el artículo 11 letra e), que consiste en la obligación del prestador de servicios de certificación, de mantener un registro de certificados en el que quedará constancia de los emitidos, figurando las circunstancias que afecten a la suspensión o pérdida de vigencia de sus efectos. Esta no oponibilidad frente a terceros, de lo no anotado, deja de actuar cuando el prestador pruebe que el tercero tenía conocimiento del hecho determinante de la extinción o suspensión antes de su publicación. Asimismo, se regulan obligaciones que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación cuando vayan a cesar en su actividad, o se haya iniciado respecto a ellos, un procedimiento de concurso, quiebra o suspensión de pagos, teniendo en cuenta por el artículo 9.1 g) es que los certificados que estén aún dentro de su período de validez no podrán ser transferidos a otro prestador de servicios sin el consentimiento de sus titulares o signatarios, y que asimismo el Ministerio de Justicia deberá hacerse cargo de la información relativa a los certificados, que por no transferirse, se dejen sin efecto, hasta el momento en que, de acuerdo con el artículo 12 h), cese la obligación de conservar dicha información. En conexión con los certificados, el artículo 10 regula la equivalencia de los certificados de prestadores de servicios establecidos en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, y que sea expedido como reconocido por dicho país; en estos casos se considerarán equivalentes a los expedidos por los establecidos en España, siempre que cumplan determinados requisitos tanto en relación al prestador de servicios como al contenido del certificado.

Se establecen un conjunto de obligaciones a los prestadores de servicios de certificación, pero no sólo a aquellos que expidan certificados reconocidos, sino en general a todos, y en ello la norma española va más allá del Proyecto de Directiva que hacía referencia a dichas obligaciones, únicamente a los que emitían certificados reconocidos, por ello el Real Decreto-ley permite al órgano de control supervisar el cumplimiento por los prestadores de servicios que no expidan certificados reconocidos de las obligaciones que les sean exigibles, extendiendo el régimen sancionador también a los que no expiden esos certificados reconocidos.

El artículo 11 regula esas obligaciones generales que van desde la comprobación de la identidad y de las circunstancias personales de los solicitantes, la de poner a disposición del signatario los dispositivos de creación y de verificación de firma electrónica, no almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que se hayan prestado esos servicios, informar antes de la emisión de un certificado a la persona que solicite esos servicios de su precio de las condiciones de su utilización; mantener un registro de certificados, comunicar en el caso de cese de actividad, a los titulares de los

certificados por ellos emitidos, y si estuvieran inscritos en él al Registro de Prestadores de Servicios del Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta que la comunicación, según el artículo 13.1, se llevará a cabo con una antelación mínima de dos meses al cese efectivo de la actividad, solicitar la inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, etcétera. El artículo 12 regula, además de todas las obligaciones de los artículos 7 y 11, algunas más específicas para los prestadores de servicios que expidan certificados reconocidos, muchas de ellas provenientes de la Directiva, y que van desde la indicación de la fecha y hora en las que se expidió un certificado o se dejó sin efecto, emplear personal cualificado, utilizar sistemas y productos fiables, tomar medidas contra la falsificación de certificados, la muy importante relativa a la disposición de los recursos económicos suficientes para operar en dicho tráfico, y sobre todo para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios, debiendo constituir una garantía, que bien pueda ser un afianzamiento mercantil o en un seguro de caución, con unas cantidades o tantos por cientos distintos según se limite o no el importe de las transacciones en las que pueda emplearse el conjunto de los certificados, además de conservar registrada toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido, durante quince años, así como, por último, entre otras informar a cualesquiera usuarios de sus servicios de los criterios que se comprometen a seguir, con respeto al Real Decreto y a sus disposiciones de desarrollo en el ejercicio de su actividad; de esta forma se da cabida a la autorregulación de los prestadores de servicios de certificación en aquellos aspectos que no estén tasados por la propia norma, por ejemplo, el tema relativo a la forma en que se comprobará la personalidad de los solicitantes de certificado. Este tema está en íntima relación con el de la posibilidad que tienen los prestadores de servicios de delegar en un tercero, la comprobación de la identidad y otras circunstancias personales relevantes, por ejemplo, las facultades de representación del signatario, el cargo que ostente en la entidad, la vigencia del mismo, etcétera. Este punto es esencial, ciertamente, porque nos encontramos en las llamadas Autoridades de Registro, y estos terceros pueden ser personas físicas como los Notarios, a los que la ley les encomienda función pública de dación de fe, a través de una delegación de parte de la soberanía, en este aspecto concreto, y que en ningún caso, estos prestadores de servicios podrán, como dice el párrafo final del artículo 1 de la norma española, sustituir ni modificar las normas que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos.

También en cuanto a esas garantías se podría haber permitido la constitución de un derecho de prenda o de hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, resultando claramente más económico para el propio prestador de servicios, pero esta circunstancia al final no se incluyó en el texto definitivo. Otra

obligación a la que ya hemos hecho referencia en otro momento de este trabajo, y que no consta en el texto definitivo, es la de comunicación al Registro de Prestadores del Ministerio de Justicia de toda la información relevante de los certificados reconocidos que ellos expidan, por esa posible trascendencia que frente a terceros posibles contratantes con el signatario tiene algunos de dichos datos.

Se recoge también todo el sistema de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación, partiendo el artículo 12 del principio general de que esta responsabilidad será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual y extracontractual. El tema de la responsabilidad, como ya analizamos en la Directiva, fue y es uno de los caballos de batalla que se han puesto sobre el tapete a la hora de las distintas posiciones tanto de los Estados miembros como de terceros países, desde los extremos de una responsabilidad objetiva en todo caso, a una responsabilidad de carácter subjetivo. Por ello, se parte de esta responsabilidad por los daños y perjuicios cuando incumpla las obligaciones de la norma o actúen con negligencia, correspondiendo al prestador demostrar que actuó con la debida diligencia. Se especifica también en el artículo 14 esa responsabilidad por los daños causados, por el uso indebido del certificado reconocido, siempre que no haya consignado en él, de forma claramente reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que pueden realizarse empleándolo.

El artículo 15 regula el tema de la protección de los datos personales, remitiéndose a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, así como la utilización del pseudónimo y la posible revelación de la identidad de los titulares de certificados cuando lo soliciten los órganos judiciales. Es este un punto especialmente controvertido debido a que justamente se pueden establecer líneas claras de opacidad en toda esta relación de la sociedad de servicios de la información en la que está enmarcada claramente la firma electrónica y los mecanismos del control de la confidencialidad.

6. CUESTIONES DE NATURALEZA TÉCNICA

El Título III contiene un único Capítulo dedicado a los dispositivos seguros de firma electrónica, su correspondiente evaluación de la conformidad con la normativa aplicable, así como los dispositivos de verificación de firma electrónica avanzada, contenido en los artículos 19 a 22, inclusive. Lo que se pretende es crear esa seguridad en el mundo telemático, y en concreto en relación a la firma electrónica. Todo ello en conexión con el artículo 6, relativo a los órganos de certificación y a las normas técnicas cuyos números de referencia hayan sido publicados en el Diario Oficial de

las Comunidades Europeas. En definitiva, lo que se pretende es crear esa confianza tan importante y tan esencial en el usuario a través del mecanismo de la firma electrónica, ya que en las redes abiertas como Internet, las personas que participan en una posible relación comercial, quizá ni siquiera se conocen. Por ello, la Memoria Justificativa establece que «entre todos los instrumentos que se han experimentado para garantizar dicha confianza (claves de paso secretas, identificación biométrica mediante el reconocimiento de la voz o de las huellas digitales, la utilización de una misma clave para encriptar y desencriptar un mensaje...), la firma digital basada en el uso de claves asimétricas o criptografía de clave pública es la que mejor satisface las exigencias de seguridad y confianza que requieren las comunicaciones electrónicas. Ello es así porque la firma digital cumple, en relación con los documentos electrónicos, las dos principales funciones que se atribuyen a la firma manuscrita sobre un documento en papel, a saber, permite identificar al autor del escrito (autenticación) y constatar que el mensaje no ha sido alterado después de su firma (integridad). En realidad, la firma digital no identifica por sí sola al autor de un escrito, ya que sólo confirma que a la clave privada utilizada para firmar el mensaje le corresponde la clave pública que permite descifrarlo, sino mediante el complemento de un certificado electrónico que constata que la clave pública del firmante pertenece a quién dice haberlo hecho. Este certificado es emitido por un tercero, digno de confianza, denominado en el argot, Entidad de Certificación, en el que descansa, en gran medida, la fiabilidad del sistema de autenticación mediante firma electrónica, al tener la misión de comprobar la identidad del signatario antes de expedir un certificado...».

Por todo ello los artículos 19 a 22 inclusive del Texto, hacen referencia a los requisitos, tanto de dispositivos seguros de creación de firma electrónica, como a los dispositivos de verificación de firma, así como la evaluación de la conformidad con la normativa aplicable de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica. Estos requisitos son esenciales para que se cumplan los grados de fiabilidad y seguridad que se pretenden, y sobre todo, para que en el caso de la firma electrónica avanzada se reconozcan los efectos contemplados en el artículo 3 de la norma española, y en el 5 de la Proposición de Directiva.

7. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

El propio Real Decreto-ley contempla en los artículos 24 a 28 inclusive, un conjunto de infracciones que divide en muy graves, graves y leves, en razón al hecho que comporta la misma, y todas ellas son consecuencia de los posibles incumplimientos de las normas reguladoras de la firma electrónica.

Junto a las infracciones se establecen un conjunto de sanciones, previéndose inclusive la anotación en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación de las sanciones impuestas por resolución firme, a los prestadores, por la comisión de cualquier infracción grave o muy grave. Las anotaciones relativas a las sanciones se cancelarán una vez transcurridos los plazos de prescripción de las sanciones administrativas previstos en la Ley reguladora del procedimiento administrativo común, pudiéndose establecer un conjunto de medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, y que podrán consistir en la orden de cese temporal de la actividad del prestador de servicios de certificación, en la suspensión de la vigencia de los certificados por él expedidos o en la adopción de otras cautelas que se estimen precisas, conforme establece el artículo 27 de la norma española. El artículo 28, relativo al procedimiento sancionador, atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora a la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento, sin perjuicio de que el Ministerio de Justicia y los demás órganos que ejercen competencias con arreglo al Real Decreto-ley podrán instar la incoación de un procedimiento sancionador mediante petición razonada dirigida a la propia Secretaría General de Comunicaciones.

8. OTRAS CUESTIONES

La Disposición Transitoria única prevé que los prestadores de servicios de certificación, ya establecidos en España y cuya actividad se rija por una normativa específica, habrán de adaptarse a lo establecido en la norma, en el plazo de un año desde su entrada en vigor. No obstante, conservarán su validez los certificados ya expedidos que hayan surtido efectos.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS
Notario. Letrado adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado

DICTAMENES Y NOTAS

Las fuentes del derecho de asociación (Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio) (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. EL PROBLEMA. 2. EL *STATUS QUÆSTIONIS*. 3. LA CRÍTICA. 4. PLANTEAMIENTO Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.—II. LA INCIDENCIA DE LA RESERVA MATERIAL DE LEY ORGANICA EN EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE ASOCIACIONES: 1. PLANTEAMIENTO. 2. INTERPRETACIÓN OFRECIDA POR LA SENTENCIA. 3. LA CRÍTICA.—III. ANALISIS DE LOS ARTICULOS 149.1.1 CE Y 149.1.8 CE EN MATERIA DE ASOCIACIONES: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA INTERPRETACIÓN OFRECIDA POR LA SENTENCIA. 3. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

1. El *problema* de la distribución territorial de competencias en materia de asociaciones tiene su germen en la ausencia de una previsión constitucional específica en los preceptos que se ocupan de dibujar el mapa de las competencias exclusivas del Estado y las Comunidades Autónomas, esto es, en los artículos 148 y 149 del texto constitucional. Esta omisión dejó la puerta abierta para que, amparándose en las previsiones del artículo 149.3 CE, determinados Estatutos de Autonomía establecieran una competencia

(1) A pesar de ser relativamente reciente, esta sentencia ha sido objeto de diversos comentarios doctrinales. Vid. GERPE LANDÍN, M.; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M.; MATEU Y VILASECA, M.; RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M.² J., y VALLÉS VIVES, F., «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en matèria d'associacions (Comentari de la STC 173/1998, sobre la llei basca d'associacions)», en *RJC*, 1999, núm. 2, págs. 125 y sigs.; VIVANCOS COMES, M., «Nota sobre la sentència de la Ley Vasca de Asociaciones (A propósito de la sentencia constitucional 173/1998, de 23 de julio)», en *RGD*, 1999, junio, págs. 7165 y sigs.; TORRES MUÑO, I., «Ley autonómica y derecho de asociación», en *REDC*, 1999, núm. 55, págs. 263 y sigs.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1999.

exclusiva sobre «asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares». Esta pretendida exclusividad, sin embargo, no podía impedir que el *desarrollo* del derecho fundamental de asociación proclamado en el artículo 22 CE quede reservado, *ex* artículo 81.1 CE, al ámbito material de la Ley Orgánica y por tanto al Estado, al margen de que quepa una regulación del derecho mediante Ley ordinaria estatal o autonómica. Además, esta eventual Ley autonómica deberá respetar las competencias reservadas al Estado por los artículos 149.1.1 y 149.1.8 CE (2).

En consecuencia, el sistema de fuentes de regulación del derecho de asociación ha de vertebrarse mediante una interpretación armónica de los artículos 81.1, 149.1.1 y 149.1.8 CE que otorgan títulos al Estado con las atribuciones de competencias que los Estatutos hacen a las Comunidades Autónomas.

2. En el *status quaestionis* sobre este conjunto de problemas, es posible identificar dos posturas doctrinales extremas:

- a) La primera, que cabría calificar de *maximalista* desde la perspectiva del Estado, considera que las Comunidades Autónomas tan sólo pueden asumir competencias referidas a los aspectos administrativos de las asociaciones, circunscritas a la ejecución de la legislación del Estado y, todo lo más, a la normación (reglamentaria) de aquellos aspectos puramente organizativos (registros, competencias de órganos, etc.) y de aquellos otros relativos al favorecimiento, impulso o fortalecimiento del hecho asociativo (3).

(2) Vid. sobre el reparto competencial en materia de asociaciones con anterioridad a la sentencia que comentamos, en general, MONFORT FERRERO, M.^a J., y SERRA RODRÍGUEZ, A., «El panorama normativo de las asociaciones en España», en *RGD*, 1996, págs. 1289 y sigs.; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución (Estudio específico del art. 22 de la Constitución)*, Madrid, 1987, págs. 137 y sigs.; LÓPEZ NIETO Y MALLO, F., *La ordenación legal de las asociaciones*, Madrid, 1995, págs. 37 y sigs. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*, Madrid, 1996, págs. 258 y sigs. Del mismo autor, «Algunas consideraciones sobre la Ley Vasca de Asociaciones», en *RESE*, 1998, núm. 8, págs. 81 y sigs. ANGOTIA GOROSTIAGA, V., «Breves consideraciones en torno a la personalidad jurídica, responsabilidad, utilidad pública y disolución de las asociaciones en la Ley Vasca 3/1988, de 12 de febrero», en *REDC*, 1996, núm. 9, págs. 9 y sigs. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Sobre la Ley vasca de Asociaciones: reparto competencial y principios generales», en *RJCLM*, 1992, págs. 495 y sigs. Del mismo autor, «Comentario al artículo 20» en la obra colectiva dirigida por BERCOVITZ, R., y SALAS, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, págs. 495 y sigs. MARTÍN MERCHÁN, D., «El derecho de asociación y las Comunidades Autónomas», en *DA*, 1982, núm. 195, págs. 217 y sigs.; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de asociaciones: La Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones», *VII Jornades jurídiques, Entitats Associatives en el Dret Civil Català*, Lleida, 12-13 de diciembre de 1991, págs. 101 y sigs.

(3) Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución*, *op. cit.*, págs. 137 y sigs. De forma un tanto más restrictiva, LÓPEZ NIETO Y MALLO, F., *La ordenación legal*

- b) La segunda, que denominaremos *minimalista*, sostiene que el único límite a la intervención autonómica es el derecho de asociación, tal y como aparece declarado en el artículo 22 CE (4). Para justificar su postura, esta tesis tiene que afirmar, en primer lugar, que la reserva de Ley Orgánica no es un título competencial y que las cuestiones de articulación entre la legislación estatal y la legislación autonómica han de resolverse teniendo en cuenta, solamente, los preceptos constitucionales que se ocupan de la distribución de competencias (arts. 148 y 149 CE). Es decir, para esta postura doctrinal, un precepto ordenador del sistema de fuentes —art. 81 CE— carece de relevancia en el ámbito del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Además, añaden, aun cuando pudiera aceptarse la relevancia competencial de la reserva de Ley Orgánica, la inexistencia de la misma obliga a considerar como materia reservada a dicha Ley, exclusivamente, el contenido declarado en el artículo 22 CE. Naturalmente, tal afirmación obliga a estos autores a afirmar que respetando el artículo 22 CE, las Comunidades Autónomas estarían respetando, simultáneamente, el desarrollo del derecho de asociación y las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en su ejercicio (5).

de las asociaciones, op. cit., págs. 37 y sigs., afirma este autor que, aun con esas escasas competencias normativas y con las funciones de ejecución de la legislación del Estado, las Administraciones autonómicas disponen de los resortes adecuados para que se puedan producir sustanciales divergencias en los distintos territorios de España, con la consiguiente falta de igualdad para todos los españoles en materia de asociaciones.

(4) En este sentido se manifiesta expresamente la Exposición de Motivos de la Ley vasca sometida a juicio de constitucionalidad, al afirmar que «...La Ley de 24 de diciembre de 1964, en lo que sigue en vigor, no es un instrumento que dignamente pueda pervivir en un sistema democrático que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad la justicia, la igualdad y el pluralismo político... y en ausencia de una hipotética Ley Orgánica que regulará el desarrollo directo del derecho fundamental de asociación, una Ley como la presente, reguladora de los distintos tipos asociativos para los que es competente la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 10.13 EA País Vasco) no puede eludir el tomar como referencia la propia regulación constitucional (art. 22 CE) para establecer los parámetros generales de regulación subsiguiente...». La cursiva es nuestra.

(5) Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación, op. cit.*, págs. 259 y sigs. Afirma este autor que «...La interpretación más ajustada del mismo (art. 149.1.1 CE) al supuesto del derecho de asociación es que se da una coincidencia práctica entre lo esencial del núcleo del derecho de asociación y las condiciones básicas que garantizan la igualdad en su ejercicio...» y «...Todo aquello que respete estos límites infranqueables (los previstos en el art. 22 CE) admite regulación autonómica diferenciada, máxime si contribuye a facilitar el ejercicio del derecho...» (cfr. págs. 273 y 275); ANGOTIA GOROSTIAGA, V., «Breves consideraciones en torno a la personalidad jurídica, responsabilidades, utilidad pública y disolución de las asociaciones en la Ley 3/1988, de 12 de febrero», *REDC, op. cit.*, págs. 9 y sigs.

3. *La crítica.* A nuestro juicio, ninguna de estas dos tesis doctrinales extremas es correcta. La *maximalista* porque incurre en un «exceso de celo» estatalista que conduce, entre otros resultados, a una interpretación ilimitada del concepto «desarrollo» de un derecho fundamental. La *minimalista* porque vacía de contenido jurídico sustantivo, sin justificación suficiente, tres preceptos constitucionales (arts. 81.1, 149.1.1 y 149.1.8 CE).

- a) En efecto, la tesis maximalista vacía de contenido la atribución estatutaria y, además, presupone implícitamente una identificación sustancial entre el ámbito material de la Ley Orgánica y la competencia reservada al Estado en materia de asociaciones en virtud del artículo 149.1.1 CE.
- b) Las objeciones a la tesis minimalista no son de menor calado por dos motivos: En primer lugar, porque para admitir el engarce directo de la norma autonómica al texto constitucional, o bien es preciso negar la relevancia competencial de la reserva de Ley Orgánica, o bien hay admitir genéricamente dicha incidencia pero desactivando su eficacia concreta en materia de asociaciones debido a la inexistencia de desarrollo orgánico del derecho. Y, en segundo lugar, porque al igual que ocurre en la visión maximalista del problema, el engarce directo de la norma autonómica al texto constitucional exige considerar que el concepto de desarrollo del derecho (art. 81 CE) coincide con la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de asociación (art. 149.1.1 CE). Además, esta tesis no tiene en cuenta las previsiones competenciales del artículo 149.1.8 CE.

4. *Planteamiento y orden de la exposición.* Como puede apreciarse, el núcleo de las discrepancias doctrinales se encuentra en la definición de lo que haya de entenderse por *condiciones básicas* para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación. Ambas posiciones doctrinales identifican este ámbito de regulación con el de desarrollo del derecho. Puede adelantarse ya que, a nuestro juicio —y a juicio del Tribunal Constitucional— tal identificación es incorrecta: El artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado competencias normativas más amplias que las que resultan de la reserva de Ley Orgánica (*Infra II*). Pero, además, así expuesto, a nuestro juicio el planteamiento está desenfocado, porque el título competencial clave del Estado en la materia no se encuentra en ninguno de los preceptos señalados, sino en el artículo 149.1.8 CE que atribuye al Estado competencias sobre las «bases de las obligaciones contractuales». Por tanto, la *exclusividad* de las competencias autonómicas sobre asociaciones aparece limitada por tres títulos competenciales del Estado: desarrollo del derecho, regulación de las condiciones necesarias para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho

y bases de las obligaciones contractuales (*Infra III*). El Tribunal Constitucional en la sentencia que comentamos, al no tener en cuenta este último título competencial del Estado, *atribuye competencias a las Comunidades Autónomas que, a nuestro juicio, deben quedar reservadas al Estado. En particular, el número de personas necesario para constituir una asociación, la capacidad para celebrar el contrato de asociación, y el contenido mínimo de los estatutos sociales, así como las previsiones referentes a su modificación*. Al margen, nuestras discrepancias se extienden a lo que deben considerarse condiciones básicas en el sentido del artículo 149.1.1 CE. A nuestro juicio, y en contra de la opinión del Tribunal, *el concepto de asociación y la definición del estatuto de asociado debe reservarse al Estado si queremos que quede asegurada la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de asociación (Infra IV)*.

II. LA INCIDENCIA DE LA RESERVA MATERIAL DE LEY ORGANICA EN EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE ASOCIACIONES

1. PLANTEAMIENTO

Determinar de qué forma la reserva constitucional de la materia «desarrollo del derecho fundamental de asociación» a favor de la Ley Orgánica incide también sobre la distribución de las competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas es problemático, fundamentalmente, por dos motivos:

- a) En primer lugar, porque *la relevancia competencial de las reservas de Ley Orgánica previstas por la Constitución es, en general, discutible*. Así, el Tribunal Constitucional afirmó la relevancia competencial de la reserva de Ley Orgánica en la sentencia 5/1981, pero la negó posteriormente en la sentencia 137/1986, en la que el Tribunal parte exclusivamente de las reglas del artículo 149.1 CE para articular las relaciones entre la legislación estatal y la autonómica. Consecuentemente, según la doctrina que se deduce de esta sentencia, la interpretación integradora correcta de ambos preceptos impide al Estado escudarse en el ámbito material de la Ley Orgánica para sobrepasar los límites que le marcan los artículos 148 y 149 CE que han de funcionar, de esta forma, como una especie de «diques de contención» de la actividad normadora estatal (6).

(6) El Tribunal Constitucional ha entendido desde su STC 6/1982, de 22 de febrero, que la reserva de Ley Orgánica contenida en el artículo 81 CE se refiere al «desarrollo»

- b) En segundo lugar, la fijación del ámbito de la reserva de Ley Orgánica en materia de asociaciones es problemática porque *la ausencia de promulgación de una Ley Orgánica sobre el derecho de asociación ha forzado a las Comunidades Autónomas a fijar, hipotéticamente, lo que quedaría englobado* —si el legislador lo hubiera normado— *bajo la protección orgánica del derecho*. En la resolución de esa determinación hipotética caben, *prima facie*, dos opciones: O bien entender —de forma claramente favorable a las pretensiones autonómicas— que lo orgánico no puede ser más que el contenido regulativo del precepto que reconoce el derecho, o bien entender —de forma favorable al Estado por cuanto que la Ley Orgánica se aprueba en Cortes Generales—, que si el legislador se hubiera puesto a determinar la materia «orgánica» del derecho de asociación, hubiera ampliado (*lato sensu*) las previsiones del referido precepto constitucional (7).

directo de los derechos fundamentales. Vid. para el estudio de este concepto en relación con el problema del reparto competencial, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, págs. 51 y sigs. CHOFRE SIRVENT, J. F., *Significado y función de las Leyes Orgánicas*, *op. cit.*, págs. 126 y sigs. JIMÉNEZ BLANCO, A., «De nuevo en torno a las Leyes Orgánicas, las bases y la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas», en *REDA*, 1986, págs. 120 y sigs. DE OTTO, I., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RVAP*, 1987, págs. 53 y sigs.; LINDE PANIAGUA, E., «La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española de 1978», en *RGLJ*, 1981, mayo, págs. 469 y sigs.; PEMÁN GAVIN, J., «Las Leyes Orgánicas: Concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. I, págs. 161 y sigs. Del mismo autor, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, 1994, págs. 240 y sigs. LÓPEZ GUERRA, L., «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE», en AA.VV., *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona, 1992, págs. 9 y sigs. CRUZ VILLALÓN, P., «El legislador de los derechos fundamentales», en AA.VV. (LÓPEZ PINA, A., Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, págs. 125 y sigs. TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, Madrid, 1994, págs. 252 y sigs.

(7) La ausencia de desarrollo legislativo del ejercicio del derecho de asociación ha sido una constante en la historia de nuestro constitucionalismo. No en vano, hasta la Ley de 24 de diciembre de 1964, estuvo vigente en nuestro Derecho la Ley de 30 de junio de 1887 —cuyo anclaje constitucional deriva del art. 17 de la Constitución de 1869—, con las trascendentes modificaciones operadas a la misma por el Decreto de 25 de enero de 1941. Vid. GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., «Libertad de asociación», en *RJC*, 1974, núm. 2, págs. 7 y sigs. OLÍAS LIMA DE GETE, B., *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, Madrid, 1977, especialmente págs. 207 y sigs. SÁNCHEZ DE FRUTOS, R. G., «Ley de 24 de diciembre de 1964», en *RCDI*, 1965, núm. 448-449, págs. 115 y sigs. SERRERA CONTRERAS, P. L., «Algunas dudas sobre la legislación de asociaciones», en *RCDI*, 1971, enero-febrero, págs. 9 y sigs. LASARTE ALVAREZ, C., «Notas sobre el derecho de asocia-

2. INTERPRETACIÓN OFRECIDA POR LA SENTENCIA

a) *Sobre la primera de dichas cuestiones*, es posible encontrar en la sentencia dos grupos de ideas. (i) Por un lado, la sentencia afirma que la técnica de la reserva de Ley tiene una naturaleza distinta de la que poseen las reglas de atribución de competencias, porque el contenido y la *finalidad* de ambas figuras han sido y son sustancialmente diversos. Por ello, «La reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado», y «como bien dice la STC 137/1986, «ni la unidad de la CE toleraría que una de sus disposiciones (art. 149) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1 CE) ni, de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes puede sobreponerse a la norma que busca articular los ámbitos materiales». (ii) Por otro lado, la sentencia afirma que «siendo cierto que la reserva de Ley Orgánica no supone atribución de ningún título competencial, no lo es menos que, en virtud del artículo 81 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de Leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y que, las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del citado precepto».

b) *Sobre la determinación hipotética de la materia orgánica del derecho de asociación*, la sentencia afirma tres grupos de ideas: (b.1) En primer lugar, la sentencia advierte que la inexistencia de Ley Orgánica de desarrollo del artículo 22 CE no impide al Tribunal controlar el respeto de la reserva de Ley Orgánica por parte de la Ley impugnada, pero dificulta la tarea, «ya que el contraste del contenido normativo de la Ley vasca debe hacerse con el contenido abstracto de la reserva de Ley Orgánica, pero no es posible llevarlo a cabo con relación al articulado de una Ley estatal (preconstitucional) que puede concretar con mayor o menor intensidad el ámbito de la reserva, pero que en la actualidad no es más que una posibilidad abierta a las Cortes generales». (b.2) En segundo lugar, la sentencia afirma que uno de los criterios fundamentales que ha orientado la definición del contenido de la reserva de Ley Orgánica en materia de asociaciones ha sido el de reservar al Estado *ex* artículo 81.1, «el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”, en tanto que se atribuye la regulación de la “materia sobre la que se proyecta el derecho” al legislador ordinario, estatal

ción y regulación jurídica de las asociaciones», en *La Ley*, 1984, vol. I, págs. 1135 y sigs. Sobre las limitaciones del reconocimiento del derecho de asociación en la etapa franquista, LLUIS Y NAVAS, J., *Derecho de Asociaciones*, Barcelona, 1967; LEGUINA VILLA, J., «Asociaciones y policía. Comentario a la sentencia de 21 de noviembre de 1974. Club de amigos de la UNESCO», en *REDA*, 1975, núm. 4, págs. 111 y sigs. GARCÍA PABLOS, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Madrid, 1978; CÓRDOBA RODA, J., «Libertad de asociación y Ley penal», en *RJC*, 1976, núm. 4, págs. 775 y sigs.

o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma». No obstante, el Tribunal precisa que esta pauta interpretativa no puede ser aplicada de forma mecánica, ya que con suma frecuencia resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que éste se proyecta. Así, «esta dificultad es fácilmente observable cuando se pretende delimitar la regulación del derecho de asociación con respecto de la que es propia del régimen jurídico de las asociaciones creadas al amparo del mismo». (b.3) En tercer lugar, la sentencia afirma que debe quedar reservado a la Ley Orgánica el «contenido fundamental» del derecho de asociación en las cuatro dimensiones o facetas que lo integran: libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas (libertad positiva), la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas (libertad negativa), la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas (derecho de autoorganización) y, finalmente, la dimensión *inter privados* del derecho de asociación que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen —o, en su caso, a los particulares frente a las asociaciones a las que pretenden incorporarse—.

3. LA CRÍTICA

a) A nuestro juicio, la relevancia distributiva de competencias de la reserva de Ley Orgánica se produce en todos los derechos fundamentales, aunque no en todos ellos su diseño constitucional permite que el núcleo de desarrollo despliegue eficacia distributiva por encima de las previsiones del artículo 149.1.1 CE (8). Así, en el ámbito de los derechos de libertad, como

(8) En sentido contrario parece pronunciarse, recientemente, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., págs. 37 y 38. Afirma este autor que: «...De la reserva a las Leyes Orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 81.1 CE) no se puede extraer la conclusión de que tenga la función de distribuir competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En tal sentido, el hecho de que este tipo de Leyes sólo pueda emanar de las Cortes... si bien tiene una enorme relevancia para precisar el contenido de la norma constitucional que queda indisponible para el legislador ordinario, es ajeno a la mencionada distribución. Ciertamente, en la medida en que la Ley Orgánica supone más espacio, menos margen de actuación quedará para el legislador autonómico (y para el ordinario estatal) y *más igual* será la regulación del derecho en todo el territorio del Estado. Ahora bien, el hecho de que se produzca esa incidencia no debe confundir las cosas hasta el extremo de pensar que la repetida reserva encierra una regla de reparto competencial. Si se admitiera ese argumento, también habría que caracterizar a la disciplina de la reforma constitucional o la atribución a las Cortes de facultades en relación con la Corona o la formación del Gobierno, por ejemplo, como normas distributivas de competencias...». A nuestro juicio, como veremos en el texto,

es el de asociación, la distribución competencial efectuada por el ámbito del desarrollo del derecho queda absorbida dentro de lo que el Estado puede cubrir legítimamente en virtud del artículo 149.1.1 CE. Por el contrario, en los derechos subjetivos de contenido prestacional, como es el de educación, parece que el ámbito del desarrollo es más amplio que el que el Estado puede cubrir ejercitando su competencia para definir las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en su ejercicio.

Las razones que sostienen esta interpretación son las siguientes: (a.1) En primer lugar, la reserva de Ley orgánica actúa o funciona como un título competencial a favor del Estado en materia de derechos fundamentales porque se trata de una fuente normativa que, por definición, sólo puede proceder de las Cortes Generales y lo cubierto por ella debe ser respetado, *ex artículo 28.2 LOTC*, por el legislador de la Comunidad Autónoma. Consecuentemente, aunque parece exagerado calificar a la técnica de reserva de Ley como una técnica de distribución competencial, en materia de derechos fundamentales, el ámbito orgánico de su desarrollo está distribuyendo, de facto, competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. (a.2) En segundo lugar sí, como advierte reiterada doctrina constitucional, el instrumento de la Ley Orgánica convierte a las Cortes Generales en constituyente permanente —en el sentido de concretar la norma constitucional en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales—, no parece que tenga sentido negar, sin más, relevancia distributiva de competencias a la técnica de la reserva de Ley Orgánica (9). (a.3) Por último, parece lógico pensar que en esa labor de completamiento de la norma constitucional el legislador orgánico estará subordinado al diferente margen de maniobra que le confiera la estructura del derecho en cuestión. Y, en materia de asociaciones, el tenor literal del artículo 22 CE no da pie para pensar en un desarrollo que contenga algo que no sea una condición básica para asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho, porque en los derechos de libertad (frente a los poderes públicos) la plenitud de su ejercicio descansa, precisamente, en la ausencia de un ex-

puede que sea técnicamente incorrecto calificar a la reserva de Ley Orgánica como regla especial de reparto competencial, pero parece innegable que, al menos en materia de desarrollo de los derechos fundamentales (no así en otras materias), funciona *como si* se tratara de una norma atributiva de competencias.

(9) Así, como recoge la sentencia que comentamos, «...en la STC 127/1994 se dice que “puede (...) razonarse que cuando las Cortes Generales en la Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho —a menudo dotada de considerables dosis de abstracción— en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales”. El instrumento de la Ley Orgánica, dice la STC 6/1982, F.J. 6 y reiteran las SSTC 160/1987 y 127/1994, “convierten a las Cortes Generales en *constituyente permanente*”...» (F.J. 7).

cesivo intervencionismo normativo, ergo en esta clase de derechos, el desarrollo del derecho coincide con la competencia del Estado para definir las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho.

b) *Sobre la determinación abstracta del contenido de la reserva de Ley Orgánica*, el Tribunal Constitucional parece rechazar que el único núcleo de regulación indisponible para las Comunidades Autónomas sea el propio precepto constitucional que declara el derecho. A nuestro juicio, este es el planteamiento correcto porque aunque el legislador autonómico no tenga que esperar a que las Cortes Generales desarrollen el derecho para entrar a legislar eso no significa que pueda suplantarlos. Ahora bien, para definir el eventual contenido de Ley Orgánica, según la sentencia, el «punto de partida inexcusable» consiste en atribuir el «desarrollo del derecho en cuanto tal» (en el que incluye «la regulación del derecho») al legislador orgánico y «la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho» (en el que incluye «el régimen jurídico de las asociaciones» creadas al amparo del mismo) al legislador ordinario con competencias en estas materias.

A nuestro juicio, no parece muy acertado enfrentar como espacios de regulación independientes el *desarrollo* del derecho fundamental y el *régimen jurídico* de las asociaciones creadas al amparo del mismo y la razón consiste en que el desarrollo del derecho y el régimen jurídico del producto de su ejercicio no son, en realidad, cosas distintas (10). En efecto, el concepto de

(10) En este sentido, el Voto Particular formulado a la sentencia que analizamos afirma que «...La sentencia de la mayoría excluye el régimen jurídico de las asociaciones de la reserva del artículo 81.1 CE. Tal exclusión es discutible. Si por “régimen jurídico” (categoría que la sentencia no define) se entiende el conjunto de normas que configuran el estatuto de las asociaciones, su “ser” en el mundo del Derecho, es evidente que su establecimiento queda comprendido en el ámbito de “desarrollo”. Al definir, por ejemplo, la estructura de las asociaciones, sus órganos, los derechos y obligaciones de los asociados, las modalidades de disolución de las asociaciones, etc..., se está definiendo *in concreto* qué es una asociación, cuándo una asociación deja de serlo, cuál es la posición atribuida en su seno a cada uno de los asociados (titulares de la vertiente individual del derecho de asociación) y cuáles los procedimientos de formación de la voluntad de la asociación en cuanto tal o el estatuto con el que ésta (titular de la vertiente colectiva del derecho) ha de operar en el Ordenamiento. Difícilmente puede admitirse que todo esto quede al margen de la idea de desarrollo del derecho fundamental. En definitiva, la sentencia de la que estamos discrepando no deslinda con precisión los conceptos de “desarrollo” y “regulación del ejercicio” (que confunde con algo tan oscuro como “la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho”, cuando de lo que se trata es, precisamente, de regular el derecho antes de que éste se proyecte sobre todos los ámbitos —no sobre materias— del ordenamiento). Excluye además, del concepto de “desarrollo” todo aquello que sirve a la concreción del concepto abstracto de “asociación”: quién puede asociarse, cómo se estructura una asociación, qué derechos y obligaciones tienen los asociados, cómo actúa la asociación interna y externamente, cuándo desaparece una asociación, cómo se disuelve, etc.; en suma, su régimen jurídico. Régimen que la Constitución no prevé, pero que, por su transcendencia para la definición del

régimen jurídico, en su acepción habitual, es un concepto genérico. Por tanto, debe afirmarse que parte del régimen jurídico de las asociaciones se incluye dentro del ámbito del desarrollo del derecho, ya que es materialmente imposible desarrollar un derecho sin establecer, al tiempo, el régimen jurídico de la institución en la que se concreta su ejercicio. A *contrario*, no todo el régimen jurídico de las asociaciones puede incluirse dentro del desarrollo del derecho. Consecuentemente, a nuestro juicio, no se trata de una cuestión de delimitación de «zonas independientes». Resulta, por lo tanto, que el desarrollo del derecho fundamental de asociación debe comprender, al menos, la articulación jurídica de su contenido esencial y esta articulación jurídica supone definir, en mayor o menor medida, el régimen jurídico de las asociaciones, pero el legislador autonómico todavía tendrá que respetar la legislación estatal ordinaria tendente a garantizar la uniformidad de las bases de las obligaciones contractuales y las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación (11).

III. ANALISIS DE LOS ARTICULOS 149.1.1 Y 149.1.8 CE EN MATERIA DE ASOCIACIONES

1. PLANTEAMIENTO

En opinión de un sector de la doctrina, *el título competencial estatal más importante en materia de asociaciones es el previsto en el artículo 149.1.8 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil y, en todo caso, sobre las bases de las obligaciones con-*

derecho fundamental requiere de un “desarrollo” (una concreción) que el artículo 81.1 CE ha reservado a la Ley Orgánica...»

(11) Vid. en el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J., «Sobre la Ley vasca de Asociaciones», en *RJCM*, *op. cit.*, pág. 134. Este autor afirma que «...No sólo el “desarrollo” del derecho fundamental de asociación que lleve a cabo el Estado se impone a todas las Comunidades Autónomas —incluidas las que asumieron competencia “exclusiva” en materia de asociaciones—, sino que, además, las normas dictadas por el Estado con ánimo de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de ese derecho fundamental no pueden ser reputadas lesivas de las competencias autonómicas en la materia asociativa. Sólo si el Estado dicta normas que no son estrictamente precisas para salvaguardar esa igualdad cabe hablar de invasión de las competencias autonómicas...». Y más recientemente, GERPE LANDÍN, M.; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M.; MATEU VILASECA, M.; RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M.^a J., y VALLÈS VIVES, F., «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en matèria d'associacions», en *RJC*, *op. cit.*, págs. 143 y sigs.

(12) Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 20», en BERCOVITZ, R., y SALAS, J., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, págs. 510 y sigs. Afirma este autor que es en el artículo 149.1.8 en relación con el apartado 1 del mismo precepto «...donde está contemplado el título competencial

tractuales (12). A nuestro juicio, este planteamiento es correcto pero la argumentación que lo sostiene no reside en el carácter instrumental del artículo 149.1.1 CE. Como afirma la sentencia objeto del presente comentario, el artículo 149.1.1 es un título competencial con contenido propio —no residual— que habilita al Estado para regular «el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos)», porque «este precepto no puede operar como una especie de «título horizontal», capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento jurídico por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional» (13). La razón que, a nuestro juicio, justifica por qué el Tribunal Constitucional debería haber utilizado primordialmente el artículo 149.1.8 CE, a la hora de abordar el reparto de poderes normativos en materia de asociaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, reside en el hecho de que las asociaciones objeto de la Ley sometida a recurso de inconstitucionalidad son asociaciones *privadas* con finalidad no lucrativa —esto es, entes *privados* sometidos al *Derecho privado*—, lo que declara acertadamente la sentencia en su fundamento jurídico octavo (14).

exclusivo de mayor entidad que el Estado ostenta para la intervención legislativa en materia de asociaciones...», pero este autor argumenta este planteamiento en una comprensión del artículo 149.1.1 CE como título instrumental que no tiene un cometido propio. Referencias a esta regla atributiva de competencias tras la sentencia que comentamos se encuentran también en los trabajos de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., págs. 142 y sigs., y GERPE LANDÍN, M.; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M.; MATEU I VILASECA, M.; RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M.^a J., y VALLÉS VIVES, F., «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en matèria d'associacions», en *RJC*, op. cit., págs. 462 y 463.

(13) Vid. sobre el alcance del artículo 149.1.1 CE, en general, TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, op. cit., págs. 268 y sigs. PEMÁN GAVIN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, op. cit., págs. 228 y sigs. Sobre la influencia del artículo 149.1.1 CE, en relación con el derecho de asociación, tras la sentencia que comentamos, vid. TORRES MUÑO, L., «Ley autonómica y derecho de asociación», en *REDC*, 1999, núm. 55, págs. 270 y sigs., GERPE LANDÍN, M.; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M.; MATEU Y VILASECA, M.; RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M.^a J., y VALLÉS VIVES, F., «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en matèria d'associacions», en *RJC*, 1999, núm. 2, págs. 143 y sigs. Dentro de las referencias a este precepto en la doctrina anterior al pronunciamiento constitucional, nos parecen especialmente destacables las de MARÍN LÓPEZ, J. J., «Sobre la Ley Vasca de Asociaciones», en *RJCM*, op. cit., págs. 121 y sigs.; MONFORT FERRERO, M.^a J., y SERRA RODRÍGUEZ, A., «El panorama normativo de las asociaciones en España», en *RGD*, op. cit., págs. 1289 y sigs. MARTÍN MERCHÁN, D., «El derecho de asociación y las Comunidades Autónomas», en *DA*, op. cit., especialmente, págs. 218-220.

(14) La delimitación objetiva de la Ley de 1964 a las *asociaciones sin finalidad lucrativa* recoge la tradición de la Ley francesa de 1901 que, guiada por una finalidad política de policía, cifra la distinción conceptual entre asociación y sociedad en la dife-

Cabe preguntarse, en consecuencia, por qué el Tribunal Constitucional no utiliza este precepto constitucional cuando se está dirimiendo el alcance de la competencia estatal en materia de *Derecho privado*. No obstante, *las consecuencias prácticas de esta omisión pueden no ser, en principio, demasiado graves, porque de la lectura de la sentencia se desprende que todo lo que se podría haber atribuido al Estado por la vía del artículo 149.1.8 CE parece quedar reservado, de facto, al mismo por la vía del artículo 149.1.1 CE que asume, de esta forma, una cierta función omnicomprendensiva de toda competencia estatal en la materia* (15). El problema fundamental de esta solución adoptada por la sentencia va a plantearse, a nuestro juicio, siempre que sea posible aislar o identificar algún aspecto de la regulación de las asociaciones subsumible en la materia de legislación civil que escape de las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el

rente índole material del fin que persiguen una y otra. Este criterio *causal* de diferenciación ha sido discutido por un sector de la doctrina que, utilizando un criterio de naturaleza *estructural* de origen germano, estima que las asociaciones *stricto sensu* (las denominadas corporaciones) son aquellas organizaciones poseedoras de una estructura corporativa. Por el contrario, bajo el concepto de sociedad (asociaciones en sentido amplio) quedan englobadas todas las asociaciones con estructura personalista. Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, Tomo I. Parte General, Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, págs. 25 y sigs. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, págs. 300 y sigs. NICOLÁS MARTÍ, J., «El contrato de sociedad en el Derecho codificado español con especial referencia al Código Civil (reflexiones en torno a su delimitación conceptual y funcional)», en *RDM*, 1989, núm. 193 y 194, págs. 679 y sigs. PAZ-ARES, C., «Comentario de los artículos 1.665 y sigs. del Código Civil», en PAZ-ARES, C.; Díez-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R., y SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, págs. 1327 y sigs. Del mismo autor, «Anímo de lucro y concepto de sociedad», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 729 y sigs. PANTALEÓN PRIETO, F., «Asociación y sociedad (a propósito de una errata en el Código Civil)», en *ADC*, 1993, enero-marzo, págs. 5 y sigs. DE SALAS MURILLO, S., «Notas sobre el nuevo régimen de las asociaciones de utilidad pública», en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, núm. 9, págs. 95 y sigs.

(15) Como afirma SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las "bases de las obligaciones contractuales"», en *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1, pág. 152, existen grandes dificultades para calificar de forma nítida a una materia como «base de las obligaciones contractuales», «...lo que hace que el Tribunal Constitucional eluda tal calificación si puede conseguir el mismo objetivo (reservar la materia en cuestión a la competencia exclusiva del Estado) por expedientes distintos (normalmente mediante su consideración como legislación mercantil que es competencia exclusiva del Estado sin excepción alguna)...». En efecto, aunque el artículo 149.1.8 CE sólo reserva exclusivamente al Estado las bases del derecho de contratos (por lo que parece que el desarrollo quedaría como competencia autonómica), la doctrina constitucional no ha distinguido nítidamente entre bases del Derecho de contratos y desarrollo de aquéllas, de manera que toda norma de Derecho de contratos es, al menos en principio, de competencia estatal. Vid., ampliamente, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Pluralidad de Derechos civiles españoles, el artículo 149.1, regla 8 de la Constitución*, Madrid, 1997, págs. 181 y sigs.

ejercicio del derecho, lo que ciertamente es observable en el análisis del contenido sustantivo de determinados preceptos objeto de recurso (16).

2. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA INTERPRETACIÓN OFRECIDA POR LA SENTENCIA

a) En el Fundamento Jurídico *decimotercero*, el Tribunal analiza la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley vasca recurrida. Este precepto, bajo la rúbrica de principios generales, enuncia los *principios de libertad, pluralismo, democracia y no discriminación que deben regir la constitución, el ingreso y la permanencia en las asociaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, así como el principio democrático que debe presidir la organización y funcionamiento de las mismas*. Desde una perspectiva exclusivamente competencial, el Tribunal Constitucional determina que los dos primeros apartados de dicho precepto —en virtud de los cuales «la constitución de asociaciones es libre y voluntaria» y «nadie puede ser obligado a ingresar en una asociación o a permanecer en su seno»— no son inconstitucionales por cuanto que se limitan a enunciar el contenido del derecho de asociación sin añadirle ningún contenido normativo propio. Asimismo, el Tribunal determina que el apartado 3 tampoco es inconstitucional porque se limita a pormenorizar la interdicción de la discriminación por parte de los poderes públicos en el contexto asociativo. En cambio, la previsión general de que «la organización y funcionamiento de las asociaciones será democrática» del número cuarto de dicho precepto excede la competencia del legislador autonómico porque invade la reserva material de Ley Orgánica para desarrollar el derecho fundamental.

(16) El otro gran problema que plantea esta solución se encuentra, obviamente, en que de esta forma se prima la vertiente administrativa de la regulación de las asociaciones. A nuestro juicio, parece indudable que las finalidades de interés general que están llamadas a cumplir ciertas asociaciones, legitiman una regulación administrativa en la materia. Vid., por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «XII. Asociaciones (apartado 19)», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Navarra*, Madrid, 1992, págs. 400 y sigs. Pero creemos con MARÍN LÓPEZ, J. J., *Legislación sobre asociaciones*, Madrid, 1994, pág. 34, que «...Para el privatista la consagración absoluta de la libertad de asociación supone que la constitución de la asociación queda reconducida a los esquemas negociales más puros. Al igual que para el resto de los contratos, el contrato de asociación es válido y eficaz cuando en él concurren los requisitos propios de todo contrato (art. 1.261 del Código Civil), sin intermediación administrativa de ningún género. Cuando hay consentimiento, objeto y causa —elementos que aquí presentan particularidades en cuyo examen no es posible entrar— hay asociación; quizá sin personalidad jurídica, pero asociación...». Cuestión distinta es, obviamente, que al igual que ocurre en el contrato de sociedad, después de haber «dado la vida» a la asociación, el contrato desaparezca y deje paso a la organización (en cuanto persona jurídica) resultante del contrato.

b) En el Fundamento Jurídico *decimocuarto* el Tribunal se ocupa de la constitucionalidad de determinados *preceptos relacionados con la constitución de las asociaciones, los efectos de la inscripción registral, el régimen de responsabilidad —tanto de las asociaciones inscritas como de las no inscritas—, las facultades reconocidas a las asociaciones para llevar a cabo sus fines y las causas y efectos de su disolución*. Dejando al margen la exposición del análisis de la constitucionalidad de otros preceptos, vamos a centrarnos en las consideraciones vertidas sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley vasca. (i) Este precepto establece, en su primer apartado, que *las asociaciones se constituyen mediante el acuerdo de tres o más personas por el que se crea una entidad organizada para la consecución de fines mutuos o generales, comprometiéndose para ello a poner en común sus conocimientos, su actividad o sus recursos económicos con carácter permanente, con arreglo a unos Estatutos aprobados por ellos y ofreciendo a otras personas su ingreso voluntario en dicha organización asociativa*. El Tribunal Constitucional determina que el legislador autonómico puede definir las asociaciones objeto de su regulación siempre que respete el concepto legal de asociación y también puede, en atención a los fines o a las características específicas de las diversas asociaciones, exigir un número mínimo de personas para poder constituir un tipo concreto de asociación. (ii) El párrafo 2 del artículo 5 de la Ley vasca detalla los *tipos de personas que pueden constituir y ser miembros de las asociaciones de competencia del País Vasco*. El Tribunal Constitucional afirma que la determinación de los elementos esenciales relativos a la titularidad del derecho de asociación deben considerarse incluidos en el ámbito de la Ley Orgánica. Sin embargo, esto no impide que los legisladores no orgánicos puedan concretar o extender esa titularidad al regular el régimen jurídico de las asociaciones concretas, respetando lo establecido por el legislador orgánico y, en el caso del legislador autonómico, lo establecido por el Estado *ex* artículo 149.1.1 CE. Además, la sentencia afirma que, en ausencia de Ley Orgánica, la regulación genérica de la titularidad del derecho de asociación se halla en el artículo 3 de la Ley preconstitucional de Asociaciones de 1964 que la atribuye únicamente a las personas naturales. Esta determinación, sin embargo, a la luz de la Constitución, no puede considerarse excluyente de otros posibles titulares del derecho. Por otro lado, la sentencia afirma que el reconocimiento de que las personas jurídicas puedan constituir y ser miembros de las asociaciones objeto de la Ley analizada tampoco contradice el concepto legal de asociación que *ex* artículo 149.1.1 CE corresponde determinar en sus rasgos esenciales al legislador estatal.

c) Por su parte, en el fundamento jurídico *decimoquinto* el Tribunal analiza, principalmente, la constitucionalidad de *determinados preceptos relativos al régimen interno de las asociaciones, los estatutos y los derechos y deberes de los socios*. Por lo que se refiere a los artículos que regulan la

organización y funcionamiento de las asociaciones vascas, el Tribunal Constitucional determina que la regulación de los aspectos concretos de la estructura interna de las asociaciones compete a la Comunidad vasca que debe ejercerla respetando la libertad de organización de las asociaciones, extremo este último que no ha sido controvertido. Finalmente, el Tribunal Constitucional afirma la constitucionalidad de los artículos 13, 14 y 20 de la Ley vasca que enuncian unos derechos y deberes mínimos de los socios porque dichos preceptos no rebasan la competencia de la Comunidad Autónoma para establecer el régimen jurídico de las asociaciones.

3. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA

En las páginas que siguen pretendemos demostrar que si en los Fundamentos Jurídicos *decimotercero* (*infra* a), *decimocuarto* (*infra* b) y *decimoquinto* (*infra* c), el Tribunal Constitucional hubiese tenido en cuenta el artículo 149.1.8 CE —como título competencial más importante del Estado en materia de asociaciones—, hubiera sido distinto el juicio de constitucionalidad que merecen los preceptos de la Ley vasca que se ocupan de regular *el número mínimo de personas necesario para constituir una asociación, el tipo de personas (físicas o jurídicas) que pueden constituir y ser miembros del ente asociativo, la definición de los estatutos sociales, su contenido necesario y las previsiones en cuanto a su modificación*. Por otro lado, nos ocuparemos de analizar por qué es necesario considerar que *el concepto de asociación y el estatuto mínimo de asociado* quedan cubiertos por la competencia del Estado para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación.

a) Por lo que se refiere al Fundamento Jurídico *decimotercero*, es posible afirmar tres grupos de ideas. (a.1) A nuestro juicio, la reproducción de *la libertad y voluntariedad de la constitución de asociaciones y la libertad de asociación en su dimensión negativa* en una Ley autonómica no constituye una técnica legislativa acertada aunque no pensamos que dicha reproducción sea inconstitucional, al menos, desde una perspectiva *material*. Las razones que sostienen esta interpretación son las siguientes: A nuestro juicio, en principio, la reproducción de un precepto legal estatal en una Ley autonómica carece de significación jurídica (no da a la Comunidad Autónoma más de lo que ya tiene), en la medida en que ni la reproducción es necesaria para que se aplique dicho precepto en territorio autonómico, ni significa que el legislador autonómico tenga competencia para disponer de esa regulación como tenga por conveniente. Al margen, esta técnica legislativa puede suscitar graves problemas de seguridad jurídica cuando lo reproducido por la legislación

autonómica pierde vigencia para el Estado (¿hay que entender, entonces, que se produce la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición autonómica?). Cuando lo que el legislador autonómico reproduce es el contenido de un precepto constitucional, como ocurre en la Ley objeto de recurso, parece obvio que el peligro para la seguridad jurídica es casi inexistente (en la medida en que no es razonable pensar en una modificación constitucional en sentido distinto), no obstante, desde la perspectiva *formal* del principio de competencia, esta técnica ha de calificarse como lesiva del sistema de reparto de poderes porque lo que importa no es tanto lo que el legislador autonómico dice, como lo que al legislar sobre esa materia se supone que puede decir (17).

(a.2) Las mismas consideraciones son predicables respecto del párrafo 3 del artículo 2 de la Ley vasca, conforme al cual, «la condición de miembro de una determinada asociación no puede suponer motivo de discriminación, favor o ventaja, por parte de los poderes públicos que forman parte de la Comunidad Autónoma o se encuentran sometidos a sus leyes». A nuestro juicio, la prohibición de discriminación *ex* artículo 14 CE que el referido precepto pormenoriza en el ámbito de los diversos tipos de asociaciones de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, no es en absoluto necesaria, ya que constituye una reiteración de la prohibición de discriminación que es posible inferir del contenido esencial del derecho fundamental de asociación *ex* artículo 22 CE en correlación con lo dispuesto por el artículo 14 del mismo cuerpo normativo. En efecto, parece obvio —por elementales exigencias de la lógica y sin necesidad de que ningún texto legal lo declare— que no se trata de que la condición de miembro de una asociación no de derecho a discriminar a los poderes públicos vascos por expresa concesión de la Ley reguladora de *sus* asociaciones, es que la adquisición del estatuto de asociado no da derecho a discriminar, *per se*, a ningún poder público, sea autonómico, estatal o municipal. Por lo tanto, aunque en puridad nada innova porque parece obvio que el legislador estatal nunca podría otorgar rango orgánico a una previsión de signo contrario sin caer en el absurdo más evidente, creemos que la reiteración de la referida prohibición en la Ley autonómica constituye una invasión de las competencias estatales y lesiona, al menos formalmente, el sistema constitucional de distribución de poderes.

(17) Como afirma la profesora SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las “bases de las obligaciones contractuales”», en *Derecho Privado y Constitución*, *op. cit.*, págs. 168 y 169, la finalidad perseguida con la reproducción de legislación estatal por parte del legislador autonómico no es estrictamente jurídica sino, más bien política o ideológica: la reafirmación de la conciencia autonomista. Como recuerda esta autora, además, esta técnica legislativa plantea problemas parecidos a los que suscita la técnica legislativa de las remisiones estáticas cuando la norma estatal reproducida por la Comunidad Autónoma pierde su vigencia. Vid. por todos, SALVADOR CODERCH, P., «La Disposición Final tercera de la Compilación Catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas», en *ADC*, 1984, págs. 975 y sigs.

(a.3) Por último, por lo que respecta al párrafo 4 de dicho artículo 2, compartimos la consideración de que, desde el punto de vista competencial, invade la reserva de Ley Orgánica porque la imposición de un tipo global de organización interna a las asociaciones, como condición genérica de constitución y reconocimiento legal de las mismas, constituye un «desarrollo directo» de un elemento esencial para definir la libertad de autoorganización de las asociaciones, por lo que solamente las Cortes Generales mediante Ley Orgánica tienen competencia para pronunciarse sobre si las asociaciones (todas en general o sólo algunos tipos), deben organizarse y funcionar democráticamente (18). La sentencia, no obstante, renuncia a pronunciarse sobre si la inclusión de este requisito en una futura Ley Orgánica respetaría o no el contenido esencial del derecho de asociación en su vertiente de organización y funcionamiento interno sin interferencias de los poderes públicos. A nuestro juicio, la exigencia de una organización democrática no puede imponerse a todas las asociaciones sin distinción, con independencia de cuál sea su relevancia o interés público. Como sostiene la doctrina que consideramos más atendible, las reglas y valores democráticos (principio mayoritario, sufragio universal, renovación periódica de dirigentes, derechos de las minorías, participación y control de los órganos de dirección) constituyen un principio político de ordenación propio del Estado —como estructura de poder— que no pueden trasladarse, sin más, a todas las actividades y organizaciones sociales cual-

(18) El Tribunal Constitucional viene declarando desde su STC 218/1988, de 22 de noviembre, que «...el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el pacto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las Leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o regulen (art. 53.1 CE)...». Dentro del problema de los límites al derecho de autoorganización, se encuentra el tema de los límites a la intervención judicial en los conflictos endoasociativos. Para una visión del *status quaestionis*, ampliamente, ALFARO AGUILA-REAL, J., «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *ADC*, 1994, abril-junio, págs. 218 y sigs. BILBAO UBILLOS, J. M., «Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: Un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones», en *Derecho Privado y Constitución*, 1996, núm. 9, págs. 45 y sigs.; MARÍN LÓPEZ, J. J., «La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de asociados (Comentario a la STC 218/1988, de 22 de noviembre)», en *PJ*, 1989, núm. 14, págs. 151 y sigs. Del mismo autor, «El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados», en AA.VV., *Asociaciones, fundaciones y cooperativas*, Madrid, 1995, págs. 32 y sigs.; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «En torno a las asociaciones y la exclusión de socios (STS de 2 de febrero de 1996)», en *RdS*, 1997, núm. 8, págs. 325 y sigs. Dentro de la doctrina italiana, BASILE, M., *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975; VICENZI AMATO, *Associazioni y tutela dei singoli*, Napoli, 1984. Del mismo autor, «Tutela dei singoli, euglienza e libertà associativa in una recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti», en *Giur. Const.*, 1989, núm. 2, págs. 691 y sigs. PINALLI, C., «Posibilità e limiti di intervento dei giudici nelle controversie interne ai partiti nella recente esperienza italiana», en *Giur. Const.*, 1991, núm. 4, págs. 2995 y sigs.

quiera que sea su fin (19). En última instancia, esa exigencia de democracia interna indiscriminada sería en sí misma, paradójicamente, contraria a los valores que integran el concepto de pluralismo, al aniquilar de raíz la libertad individual singularmente considerada (20).

De lo expuesto se deduce que, a nuestro juicio, para sostener la tacha de inconstitucionalidad de los preceptos que acabamos de analizar, la alegación del artículo 149.1.8 CE hubiese servido de poco porque hubiese bastado, a tales fines, con una aplicación adecuada de la relevancia distributiva de competencias de la reserva de Ley Orgánica.

b) En el Fundamento Jurídico *decimocuarto*, por lo que se refiere a la *constitución de asociaciones*, el Tribunal salva la constitucionalidad del concepto de asociación adoptado por el legislador autonómico afirmando que, dado que se trata de una definición aplicable a *tipos* concretos de asociaciones y no de un concepto *general* de asociación, no se aparta de las condiciones básicas que pueden deducirse del concepto de asociación utilizado por el legislador estatal. A nuestro juicio, la definición de asociación contenida en la Ley vasca no sólo invade las competencias del Estado *ex* artículo 149.1.1 CE sino que, en determinados aspectos, también lesiona la competencia del Estado para regular la materia reservada a Ley Orgánica y para legislar en materia de legislación civil. Las razones que sostienen esta interpretación son las siguientes: (b.1) En primer lugar, a nuestro juicio, el análisis del concepto de asociación bajo el prisma del artículo 149.1.1 CE permite entender que dicho precepto exige que la definición genérica de asociación sea idéntica en todo el territorio nacional, porque no parece muy razonable pensar que lo que es asociación en una Comunidad Autónoma puede dejar de serlo en otra.

(19) Vid. BILBAO UBILLOS, J. M., *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Valladolid, 1997, págs. 12 y sigs.

(20) Vid., en este sentido, SALVADOR CODERCH, P., en VON MÜNCH, L., FERRER Y RIBA, J. (SALVADOR CODERCH, P., Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, págs. 14 y 15. Afirma que «...Las asociaciones ...como regla basta que sean libres. Exigir además que todas ellas, absolutamente todas, se articulen de forma democrática, es un dislate, pues la pretensión de totalidad pervierte el sentido de la democracia, que no es sólo gobierno de la mayoría, sino también respeto a las minorías, y a la postre, a la libertad individual de los ciudadanos, comprendida, naturalmente, la de asociarse y organizarse a su gusto, pero no al de la mayoría...», y, en general, MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*, *op. cit.*, págs. 204 y 215-217; GALLARDO MOLLA, R., «Derecho de asociación y exigencia de democracia interna de los partidos políticos (Comentario a la STC 56/1995, de 6 de marzo)», en *Derecho Privado y Constitución*, 1996, núm. 8, págs. 237-250; SATRUSTEGUI GIL-DELGADO, M., «La reforma legal de los partidos políticos», en *REDC*, 1996, núm. 46, págs. 81 y sigs. Dentro de la doctrina italiana, por todos, *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Padova, 1989, págs. 156 y sigs.

(b.2) En segundo lugar, pensamos que el legislador vasco no ha pretendido dar una definición aplicable a las particularidades de tipos concretos de asociaciones de forma que, fuera de dichas particularidades, se aplique la legislación estatal. A nuestro juicio, el legislador vasco ha querido que la Ley objeto de recurso sea una Ley general que regula de forma completa la Asociación, como institución, en el territorio del País Vasco. La razón que sostiene esta afirmación consiste en que, en el fondo, carece de cualquier sentido circunscribir el concepto autonómico a las características específicas de tipos concretos de asociaciones (de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial o similares), cuando éstos abarcan la práctica totalidad del género. Y si esto es así, la Ley autonómica no es una ley *complementaria* que regule cuestiones particulares (dejando la regulación de las cuestiones generales al legislador estatal) sino que es una *ley general de asociaciones* que, prácticamente, deja reducido a la nada el papel de legislador estatal (21). Este planteamiento tiene importantes consecuencias porque si se admite que lo que el legislador autonómico ha pretendido es ser autosuficiente (sin necesidad de una regulación adicional), se está alterando por su base el sistema de concurrencia normativa estatutariamente previsto al desplazar (anulando) el papel del Estado.

(b.3) Por otro lado, en tercer lugar, pensamos que dentro del concepto de asociación, la determinación de *qué número y tipos de personas* son precisos para la válida constitución de una asociación tiene su sede más natural y adecuada en el ámbito de las obligaciones contractuales *ex* artículo 149.1.8 CE. Las razones que justifican por qué estos extremos deberían haber sido analizados primordialmente desde esta previsión competencial, son dos: En primer lugar, parece razonable pensar que la determinación de los requisitos (subjetivos de capacidad) que el ordenamiento jurídico considera necesarios

(21) En este sentido, la sentencia considera en su F.J. 3.º que «...La Comunidad Autónoma no posee un título competencial para regular todas las asociaciones de Derecho Común, ni menos aun todas las uniones de personas que resultan del ejercicio del derecho de asociación... El Estatuto de Autonomía concreta la competencia exclusiva del País Vasco a un elenco de asociaciones caracterizadas por atender a unos fines y desarrollar unas actividades específicas. La locución “y similares” flexibiliza y amplía la enumeración; pero sea cual sea en la práctica el alcance final de la competencia autonómica, no la convierte en indefinida o indeterminada, ni la configura como una competencia genérica o residual sobre todas las asociaciones. Lo cual no impide que la Comunidad Autónoma ostente otras competencias sobre aquellas asociaciones cuyos fines y actividades coinciden con materias de competencia autonómica...». A nuestro juicio, como se dice acertadamente en el Voto Particular, lo que la Ley objeto de recurso pretende ser es una *Ley General de asociaciones*, esto es, «...lo que el legislador vasco pretende es regular las Asociaciones (escritas con mayúscula) en cuanto “instituciones definitivas de la estructura básica de una sociedad democrática”. No se limita el legislador vasco a establecer unas normas complementarias para aquellas asociaciones concretas respecto a las que posee competencia...».

para la válida celebración del contrato de asociación tienen su ubicación más precisa en el ámbito de las bases contractuales, porque si los requisitos mínimos necesarios para determinar la validez de la celebración de un contrato (de cualquier contrato) no pertenecen a las bases del Derecho de contratos esta categoría queda, por fuerza, vacía de contenido. En segundo lugar, pensamos que el artículo 149.1.8 CE es la sede competencial correcta porque en comparación con el contrato de sociedad, cuyo régimen jurídico es aplicable analógicamente al contrato asociación, es evidente que nadie ha cuestionado nunca que el número de personas necesario o el tipo de personas posible para considerar que existe jurídicamente sociedad sólo puede ser fijado por el Estado (*ex art. 149.1.8 CE y art. 149.1.6 CE*).

(b.4) Al margen de estos motivos de discrepancia, a nuestro juicio, al determinar que las personas jurídicas de toda índole (tanto públicas como privadas) pueden constituir y ser miembros de las asociaciones de competencia del País Vasco, el legislador autonómico no sólo se está entrometiendo injustificadamente en la competencia exclusiva del Estado para determinar los requisitos de capacidad necesarios para celebrar válidamente un contrato, es que además, de esta forma, el legislador autonómico está extendiendo la capacidad de todas las personas jurídicas en general (está diciendo, por ejemplo, que una asociación riojana puede ser miembro de una asociación vasca). No acertamos a comprender, en consecuencia, cómo puede justificarse la aptitud de una Ley autonómica para afectar a la extensión de la capacidad de *todas* las personas jurídicas en *todo* el territorio nacional.

(b.5) En último término, a nuestro juicio, imponer como condición genérica de constitución de las asociaciones que éstas ofrezcan su ingreso voluntario a otras personas es inconstitucional porque solamente mediante Ley Orgánica puede determinarse si todas las asociaciones (o sólo algunos tipos) han de organizarse de forma abierta. La razón consiste en que determinar las posibilidades de admisión de nuevos miembros constituye un límite a la libertad de autoorganización de las asociaciones; y, en consecuencia, una futura Ley orgánica reguladora del derecho de asociación que impusiera como condición de constitución la exigencia de una estructura abierta (o exclusivamente cerrada) lesionaría el contenido esencial del derecho fundamental por imponer una limitación injustificada a la autonomía asociativa.

c) Finalmente, en relación con el Fundamento Jurídico *decimoquinto*, a nuestro juicio, *la definición de los estatutos de las asociaciones, su contenido necesario y las previsiones en cuanto a su modificación*, constituyen extremos que se engloban en la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales y, dentro del contenido necesario de los estatutos, *el haz de derechos y deberes mínimos* de los asociados ha de reservarse al Estado si se quiere garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación. Las razones que sostienen esta

interpretación son las siguientes: (c.1) Por un lado, si como parece, es indudable el *carácter negocial o contractual* del derecho estatutario (su fuerza de obligar reside en la voluntad), no tiene mucho sentido desalojar su concepto, su contenido necesario y las previsiones en cuanto a su modificación del ámbito de las bases de las obligaciones contractuales de la competencia exclusiva del Estado. Por lo demás, a nuestro juicio, si se admite que estos extremos no integran el contenido de las bases del Derecho contractual se está dejando al margen que la asociación es, por encima de todo y antes que nada, el producto o resultado de un contrato, con características específicas en cuanto a sus elementos, eso sí, pero contrato al fin y al cabo. (c.2) Por otro lado, parece razonable pensar que el *estatuto mínimo de asociado* en el que se concretan los derechos y deberes *básicos* que, en definitiva, facilitan o permiten el ejercicio último del derecho de asociación ha de gozar de una cierta uniformidad en todo el territorio nacional, porque si se admite que los rasgos básicos de la posición jurídica de asociado no quedan cubiertos por la competencia estatal para definir las condiciones básicas del igualdad en el ejercicio del derecho de asociación, entonces simplemente, no acertamos a imaginar qué es capaz de llenarlas de contenido.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis precedente podemos deducir las siguientes *conclusiones generales* sobre el reparto de poderes normativos en materia de asociaciones:

1. El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de asociaciones ha de vertebrarse mediante una interpretación armónica de la reserva material de Ley Orgánica (art. 81.1 CE), la competencia exclusiva del Estado para fijar las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho (art. 149.1.1 CE) y la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE).

2. El título estatal más importante en materia de asociaciones es el relativo a *las bases de las obligaciones contractuales* (art. 149.1.8 CE), que enmarca todo el «sistema de fuentes de regulación» del derecho de asociación. Desde esta previsión normativa, a nuestro juicio, el Estado tiene la competencia exclusiva para determinar *qué número de personas son necesarias para constituir una asociación, qué tipos de personas tienen capacidad para celebrar el contrato de asociación, el contenido necesario de los estatutos sociales y las previsiones en cuanto a su modificación*.

3. El círculo concéntrico menor del sistema de fuentes de este derecho comprende el ámbito de su *desarrollo* que, al tener el derecho de asociación

una estructura de libertad, queda absorbido dentro de lo que el Estado puede cubrir ejercitando su competencia exclusiva para determinar las *condiciones básicas* garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho.

4. A nuestro juicio, en el *desarrollo del derecho* de asociación se insertan *las declaraciones de libertad y voluntariedad de la constitución de asociaciones, así como las previsiones tendentes a concretar o especificar su régimen de organización y funcionamiento interno.*

5. Desde la competencia para definir *condiciones básicas del ejercicio del derecho*, el Estado ha de ser, a nuestro juicio, el ente territorial competente para fijar *el concepto de asociación y el estatuto mínimo de asociado si se quiere que quede asegurada la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de asociación.*

SUSANA PÉREZ ESCALONA

Breves consideraciones en torno al Derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del Derecho de elevación) (1)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—II. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE ELEVACION: A) PRIMERA FASE: LA RESERVA ACTUAL DE LA PROPIEDAD DEL VOLUMEN EDIFICABLE NO EJERCITADO PARA SU UTILIZACIÓN FUTURA. B) SEGUNDA FASE: DERECHO REAL SOBRE COSA AJENA SUSCEPTIBLE DE CONVERTIRSE EN PROPIEDAD SEPARADA AL MATERIALIZARSE SU CONTENIDO. C) TERCERA FASE: CONCURRENCIA DE TITULARIDADES. COMUNIDAD EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. ESTUDIO CONCRETO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN EL DERECHO DE ELEVACION: A) INTRODUCCIÓN. B) ANÁLISIS CONCRETO DEL LÍMITE TEMPORAL EN EL EJERCICIO DEL OBJETO DEL DERECHO: a) *Antecedentes*; b) *Plazo del párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 RH*; c) *Incidencia de la sentencia de 24 de febrero de 2000 en el plazo del derecho de elevación*. C) ANÁLISIS CONCRETO DE LA EXTENSIÓN MATERIAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO: a) *Antecedentes*; b) *Estudio del requisito registral de la determinación del número máximo de plantas a edificar*.—IV. CONCLUSIONES.

(1) Siempre hemos sido partidarios de utilizar otra terminología, concretamente me parece más precisa la utilización del término *derecho de sobreedificación* para referirse a esta figura jurídica, aunque en el presente estudio vamos a utilizar el de *elevación* por ser el que se utiliza en el Reglamento Hipotecario. No olvidemos que la doctrina cien-

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Como consecuencia de la publicación de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, aparece en nuestro ordenamiento una nueva figura jurídica: el derecho de elevación de nuevas plantas sobre finca ajena (2). Figura que no tiene una regulación expresa en el Código Civil y que la doctrina civilista la enmarca dentro del artículo 350 del citado texto legal al establecer las facultades y la extensión del derecho de propiedad.

El Reglamento Hipotecario, como no podía ser menos, se refiere únicamente a la necesidad de su inscripción y consiguientemente a la obligación de hacer constar en dicho asiento los requisitos registrales necesarios para que la nueva institución —surgida de la práctica edificatoria— tuviera acceso al

tífica ha sido quien ha acuñado los distintos términos, creando con ello una gran confusión.

El DERECHO DE VUELO es uno de los términos más utilizados por los autores, entre otros NÚÑEZ RUIZ, «Dictamen sobre el Derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines», en *RDU*, 1972, pág. 123 y sigs.; SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1971, pág. 924 y sigs.; ESCRIVÁ DE ROMANÍ, «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, 1967, pág. 1249, y AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970», en *Comentarios a las Resoluciones de la DGRN*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, años 1962 a 1982. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 197 y sigs.

No obstante, entiendo que este término puede crear confusión con el Derecho de superficie rústica, regulado en el artículo 30 del Reglamento Hipotecario.

Con mayor acierto aparecen los términos de DERECHO DE SOBREVUELO O SUBSUELO, que han sido utilizados por GARRIDO DE PALMA, «¿Superficie solo cedit? El principio de accesión y el derecho de superficie», en *RDN*, 1969, pág. 163; FONT BOIX, «El Derecho de vuelo y el derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN* 1967, pág. 11 y sigs., y ROCA SASTRE, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1960, pág. 7 y sigs.

Otra fórmula de gran aceptación por la doctrina es la utilización del vocablo DERECHO DE LEVANTE. Autores que siguen este modelo son CAMPOS PORRATA, «El renacido derecho de superficie», en *AAMN*, T. 17, 1967, pág. 255 y sigs., y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, EDESA, Madrid, 1973, págs. 314 y 315.

La utilización del término DERECHO DE SOBREELEVACION, de origen italiano, es usado por FUENTES LOJO, «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación», en *RJC*, 1967, pág. 560 y sigs., y BATTLE VÁZQUEZ, «Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1961, pág. 421.

Para finalizar, debemos señalar que el Fuero Navarro utiliza los términos de DERECHOS DE SOBREDIFICACION Y SUBEDIFICACION para designarlos. Y algún autor ha seguido esta corriente, entre otros DOMENGE AMER, *El Derecho de sobredificación y subedificación*, Palma de Mallorca, 1983.

(2) Aunque en el presente estudio vamos a referirnos únicamente al derecho de elevación, queremos hacer constar que todas las referencias son válidas para el derecho de subedificación o derecho de edificar plantas en el subsuelo.

Registro de la Propiedad y quedará reflejada fielmente (siempre teniendo en cuenta los principios informadores de la publicidad registral) (3).

Así pues, nos encontramos con que el artículo 16-2.º del RH de 1959, disponía que:

«El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.*
- b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción».*

Precepto que ha sido nuevamente objeto de estudio por la Reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998 (Real Decreto 1867/98) motivada, como se señala en su Exposición de Motivos por la necesidad de acomodar «...la regulación del derecho de vuelo al principio de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que una vez ejercitado lo construido sea propiedad de su titular».

Reforma que se ha concretado en el establecimiento de dos requisitos, primero en la concreción del número máximo de plantas a construir, y, además, de la fijación del plazo máximo de ejercicio del derecho de elevación cuyo límite máximo se fija en diez años. La modificación registral se ha explicitado en su párrafo *d)*, y en la introducción de dos nuevos párrafos [*el b)* y *el c)*] en los siguientes términos:

- «b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.*
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años.*

(3) La Exposición de Motivos de la Reforma de 1959 indicó que «mención especial merece el artículo 16...» y, tras referirse al derecho de superficie, señaló que «el mismo artículo da cauce, por primera vez, al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo su suelo sin constituir derecho de superficie. En esta materia se ha tenido muy en cuenta, además del Derecho comparado y de las aportaciones de la doctrina, la experiencia de quienes autorizan y califican documentos con estipulaciones o pactos de tal especie, que responden a una realidad vivida, bien necesitados de la regulación que ahora reciben. No es aventurado suponer que en la lucha por la vivienda se ha alcanzado una posición más».

- d) *Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».*

Tras la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, se anula la nueva redacción dada por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, a ciertos artículos, entre los que se encuentra el párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

De ahí que consideremos preciso hacer algunas observaciones en torno a la figura en general, y concretamente, a las innovaciones introducidas, esto es, al requisito de la constatación registral del número máximo de plantas a construir y a la constatación registral del límite máximo de plazo a fin de ejercitar el derecho, para lo cual, y muy brevemente, vamos a referirnos a la institución poniendo especial énfasis en el estudio de la doctrina jurisprudencial y registral de los últimos tiempos.

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE ELEVACION

A) PRIMERA FASE: LA RESERVA ACTUAL DE LA PROPIEDAD DEL VOLUMEN EDIFICABLE NO EJERCITADO PARA SU UTILIZACIÓN FUTURA

Con el nacimiento de esta nueva dimensión construible, el espacio aéreo de una edificación y, por consiguiente, apto para el aprovechamiento urbanístico, se facilita la extensión del contenido del derecho de edificación sobre finca ajena, dando lugar, en todo caso, al derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente (4).

Más que entrar en el examen a fondo de la configuración jurídica del derecho de elevación, pues estas breves notas no son el lugar oportuno, en este momento, vamos a deslindar las diferentes fases por las que, a nuestro juicio, transcurre el derecho, a fin de poder llegar a una definición o al menos a una aproximación de la naturaleza de la institución. Fases que se determinan según el momento en que se encuentre el titular con relación a su derecho de vuelo. Para ello vamos a ayudarnos principalmente de la *jurisprudencia* y de la escasa *doctrina científica* que ha tratado el tema.

(4) Análisis de la Institución realizado en profundidad por DOMENGE AMER, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca, 1983. Para el análisis de estos derechos en el ámbito foral, vid. el estudio realizado por GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*. Seminario de Derecho Foral. Curso 1975-1976. Facultad de Derecho de San Sebastián, Universidad de Bilbao, 1978, págs. 119 y sigs.

En principio cabe destacar que el derecho de elevación tiene lugar, cuando el dueño de la edificación (5) cede a otra persona el derecho a levantar nuevas construcciones sobre el vuelo de un edificio de su propiedad, o bien, el propietario se reserva el derecho en caso de enajenación de la construc-

(5) Hasta ahora se mantenía por la doctrina (MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Universidad, Madrid, 1987, pág. 65), que para el nacimiento de estos derechos, el edificio podía estar construido, comenzado o meramente proyectada su construcción.

Hoy tenemos que tener en cuenta el artículo 22 de la LRSV de 1998, antiguo artículo 37 del Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992. Dicho artículo dispone que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado... (Norma que fue introducida por el precepto 25 de la Ley 8/90, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo).

En relación con el edificio meramente proyectado, hay que señalar que con anterioridad a esta normativa, los autores se escindían en dos grupos en cuanto a la posibilidad o no de su existencia. Así los defensores de la tesis negativa, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español...*, cit., pág. 265, argumentaban que siendo la propiedad horizontal un derecho real, se requería la existencia de un objeto para que surgiera la inmediatitud entre el mismo y su titular.

Por otra parte, SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1971, pág. 934, y DOMENGE AMER, *El derecho de sobreedificación y subedificación...*, cit., pág. 171, mantenían la posibilidad de que en el edificio meramente proyectado pudieran surgir estos derechos, al estar claramente determinado y especificado, siempre que el proyecto estuviera perfectamente definido.

También pueden establecerse sobre edificios en construcción. SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo...*, cit., pág. 934; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español...*, cit., pág. 260, y DOMENGE AMER, *El derecho de sobreedificación y subedificación...*, cit., pág. 172, sostienen la viabilidad de constituir el régimen de propiedad horizontal en un edificio en construcción, siempre que éste se hubiese otorgado en el título constitutivo. Aunque podría argumentarse que esta situación es bastante difícil, ya que la relación jurídica de propiedad horizontal supedita su eficacia a que el edificio exista, y que a su vez pertenezcan sus pisos y locales a diferentes personas.

Nosotros somos partidarios de su existencia, pues la división horizontal puede realizarse con carácter previo a la venta de los distintos pisos y locales, por el promotor.

Hay que señalar que el artículo 22 de la LRSV dispone que ...para las escrituras de declaración de obra nueva en construcción deberá acompañarse a la licencia de edificación la certificación del técnico competente de que se ajusta al proyecto... Situación análoga a la de los edificios meramente proyectados. Vid. HERNÁNDEZ DE MARCO Y FERNÁNDEZ VERDUGO, «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la propiedad», en *ADC*, 1993, pág. 1401 y sigs.

La admisión del derecho de sobreedificación sobre el edificio construido no parece que plantee ningún problema. Únicamente señalar que si se trata de un inmueble en propiedad ordinaria, el ejercicio de estos derechos obligaría a someter todo el edificio resultante al régimen de propiedad horizontal, tal y como del artículo 16-2 RH se deduce. Si con anterioridad a la ejecución de los derechos estudiados, el edificio se encuentra sometido a ese régimen, las plantas resultantes se incluirán en el mismo.

ción. Se considera al derecho de sobreedificación como un *derecho real que faculta al titular para edificar —en el sentido técnico-jurídico de levantar plantas—* (6) *en el inmueble ajeno*. Se parte de una cierta analogía con el derecho de superficie, pero teniendo en cuenta que el titular del derecho, una vez ejercitado, hace suyas en propiedad separada las edificaciones resultantes sin ninguna limitación —entre otras la temporal— como ocurre en el derecho de superficie (7).

El mecanismo esencial de constitución del derecho es *la reserva «actual de la propiedad del volumen edificable no ejercitado para su utilización futura»* (8). Reserva que se puede hacer para el propietario ac-

(6) Resulta imprescindible que el objeto de la construcción sean pisos. Incide en ello la STS de 11 de octubre de 1991 (R.A. 6910) que establece que la reserva del derecho de elevación por el propietario único «al constituir la propiedad horizontal y enajenar los pisos, se reservó el derecho a elevar el edificio, pero en modo alguno a convertir en habitable, ni elevación de la casa, la parte abuardillada y constitutiva de cámara de aire intermedia entre el tejado y el techo del último piso».

«La reserva del antiguo propietario del derecho a elevar permitirá, en su caso, y previo cumplimiento de las disposiciones estatutarias y administrativas, levantar una planta y trasladar el tejado y su espacio vano inmediato a nivel superior, pero no convertir éste en otra vivienda...»

En este sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a), en sentencia de 30 de marzo de 1998, la cual diferencia el derecho de vuelo que ostentan los demandados con la ejecución de obras —instalación de paneles solares para obtener agua caliente en las viviendas— que suponen una innovación que altera la cubierta-terrazza del edificio. La citada sentencia señala que «el derecho de vuelo sobre los edificios desde su altura declarada hasta hoy... (es un) derecho que ni resulta ilimitado, ni puede contravenir la ley, de manera que habrá de determinarse si las obras en ejecución se encuentran amparadas dentro del derecho de vuelo indiscutiblemente perteneciente a los codemandados en la forma precisada, o por el contrario, exceden de dicho derecho... *las obras ejecutadas exceden del derecho de vuelo conferido y adquirido por los codemandados pues no se trata de dar mayor elevación al edificio mediante la construcción de nuevas plantas cuyo techo quedaría en la misma forma que ahora lo está*, sino que, para la instalación de los paneles solares de producción de agua caliente, se han ejecutado obras de fábrica que afectan al uso común de la terraza como, entre otras, obras de levantamiento de tabiques... obras que por ello deben ser calificadas como de innovaciones que alteran un elemento común como es la cubierta-terrazza del edificio...»

(7) CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, T. IV, Pamplona, 1971.

(8) Entre la jurisprudencia que se hace eco del mecanismo de la reserva para la constitución del derecho nos encontramos con la STS de 7 de noviembre de 1979 (R.A. 3644), que establece que «...*la donante se reservó al realizar la donación a la recurrente, primera de las hijas favorecida, todo el resto del edificio, así como el derecho a elevar otras plantas...* no se oculta que tal reserva es a todas luces válida con posibilidades de constancia tabular conforme a lo dispuesto en el artículo 16-2.º RH, debiendo añadirse que tal conclusión se acomodaría de otra parte, en caso de duda y en defecto de otros medios de convicción para establecerla a la regla interpretativa del artículo 1.289 del Código Civil...»

Por su parte, la Resolución de 5 de febrero de 1986, donde el supuesto de hecho se centra en la *cesión que R realiza a J del derecho a elevar plantas sobre un solar edifi-*

tual (9) o para su cesión a un tercero (10). Recordemos cómo es el propio legislador quien utiliza el término «reserva» (*«el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de*

«cable (concretamente, J realizará un edificio de tres plantas de las que devendrá propietario de las dos elevadas, reteniendo J la propiedad del solar y la futura planta baja), el Registrador entiende que el artículo 16-2 RH únicamente se basa en la preexistencia de la edificación que constituye en todo caso una conditio iuris y, por consiguiente, el documento calificado no constituye un derecho real, pues faltan las notas de inmediatidad y eficacia erga omnes.

La DGRN afirmó en su tercer considerando que «efectivamente en el caso examinado no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, pero es indudable también —a la vista de la escritura calificada— que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja».

(9) Ejemplo de la reserva por el propietario actual lo tenemos en la Resolución de 29 de abril de 1999, la cual recoge en su Fundamento de Derecho Primero, que «Se divide un edificio en propiedad horizontal en dos locales y ocho viviendas; el dueño del mismo se reserva en los Estatutos, aparte de otros derechos, el derecho de vuelo sobre el edificio desde la altura declarada hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las ordenanzas municipales con previsión de distribución del porcentaje —en el supuesto de que se quisiera hacer uso de ese derecho— entre todas las plantas, construidas y nuevas por igual y a su vez se distribuiría entre los pisos o locales que se formasen de cada una de ellas en proporción a su superficie útil. El *derecho reservado* será transmisible por cualquier título a terceros sin consentimiento de los propietarios restantes posibles. El Registrador inscribe la división horizontal efectuada, pero suspende tal cláusula estatutaria por no fijarse expresamente el *plazo concreto* dentro del que puede ser ejercitado el derecho de vuelo en aras del principio de especialidad».

También el Fundamento de Derecho cuarto de la STS de 10 de mayo de 1999, *reconoce que con frecuencia se autorizan escrituras notariales en las que el constructor de una casa de pisos, constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal y, con vistas a la próxima enajenación de las viviendas, se reserva el derecho a levantar una o varias plantas, derecho que ejercerá cuando ya los diferentes pisos pertenezcan a terceros adquirentes*, es decir, dispone de lo que no es suyo.

Jurídicamente considerado, el negocio es muy sutil. Cuando todavía el edificio es suyo, el constructor se reserva el derecho de levantar una o más plantas, lo cual guarda congruencia con el *ius edificandi* o facultad de construir *usque ad caelos et ad inferos* que caracterizó tradicionalmente a la *propietas plena*. Pero este derecho reservado se ejercerá normalmente cuando ya los diversos pisos pertenezcan a extraños, con lo que funcionará como un auténtico *ius in re aliena* o propio derecho real en cosa ajena.

(10) La DGRN ya señaló esta posibilidad en la Resolución de 14 de mayo de 1984, donde se establecía que «del propio artículo 16-2 RH puede deducirse que al Reglamento Hipotecario no le repugna la posible existencia de un derecho a construir bajo el suelo... haciendo suyas las edificaciones resultantes, que puede reservarse el propietario en caso de enajenación... o transmitir a un tercero».

Ejemplo de la cesión del derecho a un tercero se recoge también en la STS de 18 de julio de 1990 (R.A. 5949).

Como veremos al final del presente análisis, cuando tratemos el tema de la extensión material del derecho y su concreción en el número máximo de plantas a construir, cabe

*la finca o transmita a un tercero...»). Y utiliza bien el término empleado, porque según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *reserva*, de reservar como primera acepción implica «guardar algo para lo futuro», y, en segundo lugar «dilatar para otro tiempo lo que se podía o debía ejecutar o comunicar al presente» (11).*

Anticipando ideas debemos señalar que este derecho conlleva la facultad de construir y de hacer suyo lo construido en el futuro cuando se ejercite la reserva realizada anteriormente (segunda fase) y, a su vez, la exigencia de constituirse e incluirse dentro del régimen de Propiedad Horizontal (tercera fase), ya que las plantas adquirirán una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global (12). Se incluye dentro del grupo de derechos reales de concurrencia de titularidades (13).

recordar en este momento que otro de los requisitos de este tipo de derechos es el *volumen de edificabilidad*. Teniendo en cuenta que son las normas urbanísticas las que establecen el volumen de edificabilidad, a la hora de la constitución de estos derechos habrá que estar a lo pactado por las partes en el título constitutivo de los mismos, que deberá a su vez someterse a aquéllas. En este supuesto las dudas que surgen se centran en si es posible que el promotor o el dueño del suelo se reserve ya sea para sí o para disponer de él en un futuro, tanto el derecho de sobreedificación como el de subedificación. Evidentemente si es posible siempre que no se haya construido ya hasta la altura máxima permitida.

Y, una vez ejercitado este derecho de sobreedificación, ¿qué ocurre con el espacio aéreo?, ¿se le considera común? Entiendo que sí, es común tanto para los propietarios de la construcción como para él o los propietarios de las plantas sobreedificadas o subedificadas, y ello porque la reserva se ha ejercitado y el vuelo se convierte en elemento común.

Sobre este tema, vid., MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964; TORRES LANA, *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Euns, Pamplona, 1975.

(11) Expresión que tiene su conexión jurídica y su plasmación en el Código Civil que utiliza el término *reserva* en relación con el Derecho hereditario para hacer referencia a la «Fijación que hace la ley respecto de determinados bienes que tienen un origen concreto, asignándoles un destino determinado, con el fin último de que no salgan del tronco o línea familiar».

(12) La opinión de la doctrina que ha estudiado este tema, DE LA CÁMARA; GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana», en *RDN*, 1969, págs. 200 y sigs.; FONT BOIX, *El derecho de vuelo...*, cit., pág. 11 y sigs.; GARRIDO DE PALMA, *¿Superficie solo cedit?...*, cit., pág. 163 y sigs.; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, cit., pág. 272 y sigs.; MONTES PEÑADES, «La propiedad horizontal como colectividad organizada», en *RDN*, julio-septiembre 1972, págs. 879 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., págs 173 y sigs., y CARRASCO PEÑERA, *Ius aedificandi y accesión...*, cit., pág. 400, es que son derechos reales sobre todo el edificio, que comportan la facultad de construir y de hacer suyo lo construido y a su vez la exigencia de constitución en régimen de Propiedad Horizontal, ya que las plantas adquirirán una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global.

En cuanto a la jurisprudencia que reafirma esta tesis, nos encontramos con la STS de 23 de julio de 1990 (RA. 6128) que afirma que, «...en el presente caso las dudas se suscitan en punto a la *potestad del constructor-propietario que haya hecho reserva en el título constitutivo del derecho de levante*, para modificar, por sí, aquél título inicial, no

La reserva recae sobre un bien actual para una utilización en el futuro. Derecho de vuelo que podía haberse ejecutado en el presente —en el momento de realizar la edificación y de transmitirla a diferentes copropietarios— pero que prefiere reservarse para el futuro. Futuro que significa «lo que está por venir», y que en cierto modo implica condicionalidad, pero que no lo es tal. Y ello porque el propietario actual reservista mantiene el derecho actual de elevar plantas, pero la condicionalidad estriba en la adquisición futura de las plantas cuando todo el edificio pertenece ya a otros propietarios. Así, lo aclara con tajantes términos la STS de 10 de mayo de 1999 (R.A. 2886), que en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que «el examen de la reserva del derecho de elevación propicia una cierta proclividad a considerar que estamos en presencia de una situación condicional, a pensar que todo depende de que, en su día, se levante o no un nuevo piso».

Pero lo cierto es que no hay tal, sobre todo si ponemos la vista en las condiciones propias, en las determinaciones accesorias de la voluntad, emanadas de la voluntad de las partes contratantes. Sin olvidar, por otra parte, la posible incidencia de una *condictio iuris*. Para que admitiésemos la existencia de una condición negocial sería preciso que la adquisición del derecho de elevación se hiciera depender de un hecho incierto. Por ejemplo, si se utilizara esa o parecida fórmula: «si vendo el ático del inmueble me reservo el derecho de levantar un nuevo piso...»

En las escrituras más corrientes, el constructor se reserva el derecho de una forma rotunda y sin hacerlo depender de futuras contingencias. Por tanto no existe auténtica condición.

obstante, lo dispuesto en los párrafos 2.º y 4.º del artículo 5 en relación con el 16-1.º LPH, cuando hizo uso de la reserva y consiguiente elevación del edificio, *no siendo ya propietario único y, por tanto, provocando un aumento del número de viviendas o locales cuya existencia ha de repercutir necesariamente en las cuotas de participación primitivamente fijadas*, ni siquiera pueden incoarse en la situación aquí contemplada en la que no consta, como subraya con todo acierto la sentencia combatida la reserva, en el inicial título, por el constructor-propietario de la facultad de atribuir el aprovechamiento de un elemento común, cual es la cubierta a uno de los condueños, excluyendo a los restantes disconformes, no siendo admisible la cláusula de reserva del derecho de elevación en el sentido de comprenderse en ella, la de atribuir el uso exclusivo de la superficie sobre la que tal derecho hubiera podido materializarse...»

«...si no hubo reserva por el propietario-constructor de la facultad de atribuir el uso exclusivo de la terraza a un copropietario, puesto que la reserva lo fue para edificar y, en ella, no puede entenderse comprendida aquella otra, toda vez que, si el derecho de sobre-elevación siempre lleva consigo el de gravar elementos comunes... ya que ni bajo pacto expreso ni bajo cláusula *implícita reservarse el derecho a elevar un edificio comporta la reserva de la facultad de atribuir el uso exclusivo de un elemento común del mismo a un copropietario*, como sucede con la terraza en tanto cubierta del edificio poseído en común».

(13) CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, cit..., pág. 122 y sigs.

Lo que ocurre es que la condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *conditio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.

En resumen, en esta primera fase del derecho, donde la reserva del vuelo es crucial para la constitución del derecho de elevación, no queremos dejar de mencionar dos posiciones claves, separadas por un período de treinta años. Por un lado, la innovadora, en su momento, Resolución de 7 de abril de 1970, partidaria de la reserva por el propietario del edificio, la Sociedad constructora, y por otro, una de las últimas sentencias que tratan el tema, y contraria a la regulación del derecho, tal y como se plantea en el Reglamento Hipotecario de reserva del derecho de levante por el inicial propietario del edificio.

Así pues, la Resolución de 7 de abril de 1970, recoge el supuesto de hecho en la que *la Sociedad propietaria del edificio se reservó el derecho a fijar por su propia cuenta la cuota de participación de las nuevas edificaciones en el valor total del inmueble, en proporción a su extensión, y de modificar las cuotas de los otros pisos ya construidos*. Para lo cual, los futuros propietarios de los pisos, por el mero hecho de serlo, y en cumplimiento de la aludida norma estatutaria, conferían poder a la Sociedad vendedora para realizar ella sola tales actos.

En el comentario que AMORÓS GUARDIOLA realiza de la señalada resolución (14), reconoce que parece perfectamente lógico y posible por su frecuencia y sus ventajas prácticas al enajenar el objeto concreto de su actual derecho de dominio (pisos ya construidos), que *se reserve una de las facultades que integran aquella titularidad dominical, cual es el levantar nuevas plantas en el edificio ya construido*.

La DGRN en la Resolución señala la posibilidad de que la Sociedad propietaria actual se reserva el derecho a elevar dos nuevas plantas y de determinar por sí sola los módulos de participación de los nuevos pisos y modificar los de los antiguos. Para ello, y a fin de no vulnerar el requisito legal de la unanimidad, los futuros propietarios de los pisos ya construidos y en trance de venta le conferían su representación en virtud del artículo de los Estatutos (15).

(14) AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970, en *Comentarios a las Resoluciones de la DGRN*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, años 1962 a 1982. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 197 y sigs.

(15) AMORÓS entiende, a mi juicio con acierto, que ello no es legalmente posible, primero porque él y en escritura pública al efecto, no dentro de los apoderamientos debe conferirse por cada interesado individualmente; en segundo lugar porque el apoderamiento entraña una relación de confianza entre apoderado y poderdante; en tercer lugar porque

Por último, no podemos pasar por alto la existencia de una sentencia, que como tal aún no constituye jurisprudencia, que niega la consideración del derecho de vuelo tal y como está regulado en el Reglamento Hipotecario, al contradecir las normas de la Ley de Propiedad Horizontal.

Nos referimos a la STS de 10 de mayo de 1999 (R.A. 2886) que establece la imposibilidad de que el constructor realice tal reserva futura, y, además, afirma que serán los propietarios quienes en su momento pueden realizar su constitución.

El *Fundamento de Derecho tercero* señala que «el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, con su literalidad, desdibuja la característica de ser un derecho real en cosa ajena. Según este precepto, el propietario de un edificio puede reservarse el derecho de elevar una o más plantas sobre él en caso de enajenación de todo o parte de la finca.

Efectivamente, si no se enajena la totalidad del inmueble (si se transmitiese todo el bien, éste pasaría a pertenecer a terceros y por tanto el derecho de elevación se constituiría sobre un bien de otro, siendo un auténtico derecho real en cosa ajena) si por ejemplo, el constructor transmite dos de los pisos de la casa y se reserva diez, es evidente que *el derecho reservado en una gran proporción no es un derecho real en cosa ajena, sino un derecho real sobre cosa propia*».

El *Fundamento de Derecho séptimo* reitera que «el derecho de elevación al que se refiere el artículo 16 del RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales le otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título lucrativo» (16).

la cláusula estatutaria discutida encierra un pacto de adhesión, y cuarto, la validez del pacto podría implicar un fraude a la ley imperativa, al poder la sociedad constructora por sí sola establecer y modificar los porcentajes libremente.

No obstante, el comentarista es partidario de establecer vía artículo 16-2 RH, una delegación de los propietarios futuros de los pisos a favor del actual vendedor, siempre que se cumplan los requisitos del precepto.

(16) El fundamento de Derecho segundo señala que *«Este derecho, tal como se programa en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, es incompatible con el Código Civil y con la Ley de Propiedad Horizontal, y por tanto su regulación es inaplicable al caso por contrariar al principio de jerarquía normativa»*.

«Este aserto es verdadero, como lo demuestra la simple lectura combinada del artículo 396 del Código Civil y del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

— El artículo 396 establece que los diferentes pisos o locales de un edificio podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, foso y cubiertas.

— El artículo 16 del Reglamento Hipotecario proclama la inscribibilidad del derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.

B) SEGUNDA FASE: DERECHO REAL SOBRE COSA AJENA SUSCEPTIBLE
DE CONVERTIRSE EN PROPIEDAD SEPARADA AL MATERIALIZARSE SU CONTENIDO

Como *segunda fase*, debe apuntarse una nota más, que ya hemos anticipado, consistente en que se mantiene *la posibilidad de ser un derecho sobre cosa ajena que se convierte en dominio por vía de accesión*. El artículo 16-2 RH, al establecer la expresión «haciendo suyas las edificaciones resultantes», implica una vocación a la propiedad como consecuencia de la realización de una actividad. La dificultad para sostener este criterio nace de la excepción a las reglas del principio de accesión (art. 358 del Código Civil) (17).

Entre la jurisprudencia que consideramos avalan esta fase, se encuentra la STS de 9 de julio de 1988 (R.A. 5601) que mantiene que «...resulta *que los actores ostentaban un derecho de propiedad sobre el vuelo* de lo que era planta baja de la casa de los demandados, derecho patente e indubitadamente exteriorizado, porque sobre la mencionada planta baja existía construido un desván que ocupaba la extensión superficial señalada por el perito, cuyo desván, que se encontraba en comunicación con una habitación radicada en la primera planta del inmueble de los demandantes, colindante con el de los demandados, estaba coronado por su correspondiente tejado, y si bien en la demanda inicial de las actuaciones se califica al derecho así exteriorizado de servidumbre de vuelo, *la realidad es que tal derecho de trascendencia real e inscribible en el Registro de la Propiedad no constituye per se una servidumbre limitativa del dominio*, como lo demuestra el tratamiento que en el

Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del artículo 396 del Código Civil se advierte claramente que deviene inviable. El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes, y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de propietarios; si no, lo construido por accesión será otro elemento común, también perteneciente a todos los dueños.

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho, la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá por accesión, lo que se construya subterráneamente, ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.

El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes».

(17) LA RICA Y ARENAL, «Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario». *Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal*, T. II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976.

ámbito del Derecho inmobiliario registral al mismo se le concede... el artículo 16-2.º del propio Reglamento declara inscribible conforme a las normas del número 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio».

Y la resolución que va a constituir uno de los antecedentes de la posterior reforma reglamentaria de 1998. Nos referimos a la Resolución de 13 de mayo de 1996, la cual estudia un supuesto en el que el derecho de vuelo no se puede llevar a cabo, pues no se consigue la obtención de la licencia urbanística debido a que la normativa no permite nuevas construcciones sobre la vivienda.

Así afirma que «...es cierto que la esencia del derecho real de vuelo supone la realización de la construcción contemplada dentro del plazo pre-determinado al efecto [arts. 16-1.º c) RH] (18); ahora bien, de aquí no puede deducirse que cuando su constitución se hace por vía de donación, dicho negocio nazca sujeto a la condición de la efectiva realización de la obra contemplada; la extinción del derecho transmitido puede suponer una alteración de las consecuencias jurídicas del negocio transmisivo, incluso puede determinar si ese derecho es ya imposible jurídicamente al tiempo de la celebración de la inexistencia o nulidad del negocio mismo, pero en modo alguno implica una condición del negocio en sí, y ello resulta obvio si se piensa que sobrevenida la extinción del derecho donado, *siendo éste un derecho real limitativo del dominio* que retiene el donante, es innecesario el ejercicio de esta facultad revocatoria para la planificación del dominio hasta entonces gravado. La configuración del negocio como puro o sujeto a condición no depende de las vicisitudes posteriores de los derechos negociados, sino de la voluntad de los otorgantes en el momento de la celebración, y en el caso debatido resulta evidente la inexistencia de condicionamiento inicial».

(18) Confusión que realiza la Resolución porque el precepto mencionado [art. 16-1.º c) RH] no se refiere al derecho de sobreedificación o de elevación, sino que se refiere al derecho de superficie. El derecho objeto de estudio se regula en el apartado 2.º y no en el 1.º El requisito del plazo no es aplicable al derecho de elevación. Ambas figuras jurídicas se corresponden con realidades jurídicas distintas.

Ya que estamos realizando un estudio jurisprudencial del tema, para reafirmar mi tesis baste recordar las palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) de 13 de mayo de 1991, donde se exponen claramente las analogías y diferencias del derecho de vuelo en relación con el derecho de superficie. En su Fundamento de Derecho segundo señala que «el derecho de vuelo o de levante... presenta analogías evidentes con el derecho de superficie, *pero también en la regulación legal, sustanciales diferencias*, ya que mientras éste requiere unos requisitos de forma *ad solemnitatem* como requisito de su válida constitución, la escritura pública y la inscripción registral y además tiene una naturaleza temporal que no puede exceder de cincuenta años, según el Reglamento Hipotecario; setenta y cinco cuando es concedido por el Estado, y noventa y nueve si lo es por particulares, según la Ley del Suelo; el derecho de vuelo no requiere ningún requisito especial de forma, transmite la propiedad de manera definitiva...»

Pero más importante aún resulta ser la Resolución de 6 de noviembre de 1996. En ella el supuesto de hecho versa sobre la existencia dentro de la escritura de división horizontal de un edificio de una cláusula en la que *las propietarias del edificio se reservan el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales sobre el total edificio, pudiendo en el tiempo y en la forma y condiciones que permitan las ordenanzas municipales, construir una o más plantas sobre el edificio*.

La DGRN señala que «lo que ocurre en el caso debatido es que tras esa aparente falta de determinación (no especificación del número de plantas a construir, del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad...) lo que subyace *no es un derecho real de los configurados en el artículo 16-2.º RH, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es, la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico*, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística; se trataría pues de un derecho a hacer propia, si surgiera una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir, lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real, pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento, pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible, si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad» (19).

(19) Siguiendo la doctrina marcada por esta Resolución y apoyándose en ella, nos encontramos con la *Resolución de 29 de abril de 1999*, que en el Fundamento de Derecho segundo establece que, «Ciertamente las exigencias de tal principio, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (art. 9 LH y 51 RH), impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de Propiedad Horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales). *Lo que ocurre en el caso debatido, dadas sus peculiaridades, es que tras esa aparente falta de determinación lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16-2.º RH, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el*

C) TERCERA FASE: CONCURRENCIA DE TITULARIDADES. COMUNIDAD EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Como *tercera fase* del derecho de elevación debemos apuntar cómo el vuelo supone el nacimiento de *una situación especial de cotitularidad sobre el inmueble, que culmina en una comunidad en régimen de propiedad horizontal*.

Se trata de una situación pura de prehorizontalidad. Su vida jurídica da lugar a dos situaciones: o se ejercita en cuyo caso las construcciones se integran en la comunidad; o se extingue, como consecuencia de su falta de ejercicio (20).

La finalidad de estos derechos es la propiedad del espacio aéreo (21) de una finca con construcción existente y su fundamento es responder a la necesidad económica de dar consistencia jurídica a la negociabilidad del espacio de los bienes inmuebles (22). Como ya hemos apuntado anteriormente, su viabilidad surge cuando el derecho aparece estructurado en un régimen de

futuro, cual es la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (arts. 5, 8, 23, 26 y 31 TRLS de 1992); se trataría pues de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los arts. 368 del Código Civil), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los arts. 1 y 2 LH) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (art. 2 LH y 7 RH), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia erga omnes) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (arts. 513, 526, 546, 1.608 y 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad».

(20) SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo...*, cit., pág. 923 y sigs., y ARNAIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1993.

(21) En principio, la nota que determina la existencia de dichos derechos es que se constituyan sobre edificios, sin que sea necesario que éstos estén encuadrados dentro de fincas urbanas, aunque es probable que tales construcciones puedan recaer sobre edificios situados en suelo rústico. Tales supuestos pueden parecer más bien de laboratorio como, por ejemplo, el otorgar un derecho de sobreedificación sobre una bodega, o un silo... Tesis defendida por DOMENGE AMER, *Los derechos de sobreedificación y subedificación...*, cit., pág. 170. También señala que no puede aceptarse la constitución del derecho de sobreedificación sin la existencia de un inmueble, según se desprende tanto de la interpretación literal del artículo 16-2.º, como de que la esencia de estos derechos es desembocar en una Propiedad Horizontal.

(22) SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo...*, cit., págs. 924 y sigs.

propiedad horizontal, ya sea éste potencial o al menos se establezcan unas bases previas para su configuración futura.

En palabras de algunos autores (23), «no es que sean derechos reales que afecten, graven o limiten la propiedad, sino que recaen en una parte potencial no materializada que ostenta un contenido económico en relación con su facultad expansiva». Tales derechos están integrados dentro de la propiedad y vinculados a la misma con un coeficiente proporcional a la titularidad, conteniendo una participación comunitaria de la finca.

Entre la doctrina registral que reafirma la existencia de esta fase se encuentra la Resolución de 31 de octubre de 1988, señala que «el citado artículo 16 RH es perfectamente aplicable al derecho que las hermanas Parayre García tienen inscrito en su favor. Efectivamente, *el ejercicio del derecho provocará la concurrencia de varias titularidades sobre el mismo predio*, teniendo la particularidad de recaer sobre volúmenes determinados de vuelo y subsuelo de la finca. Pues bien, *para regular esa concurrencia de titularidad exige el Reglamento Hipotecario determinadas circunstancias que deben fijarse en el momento de constitución del derecho de construir, lo que supone una especie de preconstitución del régimen de Propiedad Horizontal, que, desde luego, habrá que constituir en el momento que se declare la construcción realizada*».

En conclusión, de todo lo analizado parece desprenderse que el derecho de elevación entra en juego a través del mecanismo señalado por el legislador de la «reserva». La matización legal significa que el propietario actual del bien (espacio aéreo que no ha sido objeto de construcción) se lo reserva en un momento presente para que no salga de su patrimonio, y además lo delimita asignándole un destino determinado como es la realización futura de una construcción que suponga además elevar más plantas con un carácter de edificación.

Y así, precisamente, lo ha entendido la Jurisprudencia que señala la diferencia entre el derecho de elevación o sobreedificación de la posibilidad de aprovechamiento urbanístico futuro, posibilitado o permitido por el cambio en las disposiciones urbanísticas; o, de las meras obras o innovaciones en el vuelo que no tienen como objeto un piso.

(23) SANAHUJA TOMÁS, «En torno al vuelo de las fincas urbanas», en *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1966-1985. T. 1, págs. 432 y sigs.

III. ESTUDIO CONCRETO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN EL DERECHO DE ELEVACION

A) INTRODUCCIÓN

Como ya hemos señalado en la introducción de este estudio, el artículo 16-2.º RH, modificado por la reforma del mismo a través del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, ha sido objeto de estudio y modificación por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000.

En dicha sentencia se señala que los recurrentes solicitaron la declaración de nulidad del Real Decreto arriba referenciado o, subsidiariamente, en su defecto, la anulación de la nueva redacción dada a diferentes artículos del mismo, entre los que se encontraba el artículo 16-2.º RH, y ello porque entendían que se hallaba en abierta contradicción con el artículo 1.255 del Código Civil en cuanto que introducía una limitación temporal para el ejercicio del derecho de vuelo al disponer que su duración no podrá exceder de diez años para tener acceso al Registro de la Propiedad (24).

La sentencia en cuestión aborda el estudio y análisis de esta pretensión en el Fundamento de Derecho cuarto, estableciendo que «Aún cuando puede estimarse como cierto que el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder y beneficiarse de la publicidad registral, así como que tampoco afecta al principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código Civil, ya que lo dispuesto en el precepto impugnando no impide en absoluto que pueda pactarse un derecho de vuelo con una duración superior a diez años, no lo es menos que, al establecerse como requisito para que tal derecho acceda al Registro de la Propiedad que el plazo máximo para su ejercicio tenga una vigencia no superior a diez años, de alguna manera se está alterando su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad sin limitación de tiempo por imperativo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario, cuando se trata de derechos reales o de cargas o limitaciones del dominio, el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios o copropietarios de inmuebles que no son partícipes del mismo, que conste su inscripción para que surtan efectos frente a terceros. Por esa

(24) De la lectura de la sentencia nos ha parecido observar que los recurrentes impugnan toda la modificación introducida por el Real Decreto 1867/98, en el artículo 16-2 RH (Antecedente de Hecho primero), aunque luego en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia sólo se hace referencia a la limitación temporal y, en conexión con él, el fallo de la sentencia sólo se refiere a esta limitación temporal.

razón, aún reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que pretende el artículo 16 RH, impugnado en relación con el derecho de vuelo, debe necesariamente venir establecida por Ley al afectar a lo dispuesto en el precepto mencionado de la Ley Hipotecaria, así lo demuestra el hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el artículo 114 de la misma.

Podrá sostenerse, como decimos, que no se afecta con el precepto impugnado el contenido del derecho de vuelo ni de libertad de pacto, pero no es menos cierto que al limitar la posibilidad de su acceso al Registro, en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, que no establece limitación alguna, condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley».

El fallo de la sentencia en cuestión *estima el recurso en parte y «anula» el párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario*, esto es, anula la novedad introducida por el Real Decreto en cuanto al plazo, pero no el resto del apartado referido a la determinación concreta del número máximo de plantas a construir (parr. *b*), ni la concreción de las normas de régimen de comunidad (parr. *d*).

B) ANÁLISIS CONCRETO DEL LÍMITE TEMPORAL EN EL EJERCICIO DEL OBJETO DEL DERECHO

a) *Antecedentes*

Como antecedentes del precepto en cuestión podemos señalar que pese a existir bastantes decisiones judiciales respecto al derecho objeto de estudio (25), únicamente han sido dos de las decisiones de la DGRN las que han

(25) Sentencias del Tribunal Supremo: 7 de noviembre de 1979 (R.A. 3644); 31 de marzo de 1980 (R.A. 1233); 30 de abril de 1982 (R.A. 1969); 9 de julio de 1988 (R.A. 5601); 18 de julio de 1990 (R.A. 5949); 23 de julio de 1990 (R.A. 6128), y 11 de octubre de 1991 (R.A. 6910).

— Audiencia Territorial de Barcelona Sala 2.ª (RJC 1980, pág. 609), sentencia de 4 de febrero de 1980. Audiencia Territorial de Pamplona (RGD 1982, pág. 60). Sentencia de 17 de junio de 1981. Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) de 13 de mayo de 1991, y Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 30 de marzo de 1998.

— Resolución de 7 de abril de 1970. Resolución de 14 de mayo de 1984. Resolución de 5 de febrero de 1986. Resolución de 13 de mayo de 1987. Resolución de 18 de abril

tenido en cuenta el problema planteado del plazo del derecho (26). Nos referimos a las Resoluciones, ya citadas, de 5 de febrero de 1986, y a la Resolución de 6 de noviembre de 1996.

La primera de ellas aborda, como cuestión principal, la inscribibilidad del derecho de vuelo constituido sobre la planta baja de un edificio proyectado, sujeto precisamente a la condición de que el adquirente del derecho *construya la citada planta baja dentro de un plazo determinado*.

Y se trata precisamente el tema del plazo por el estudio de la cláusula y el contenido de la misma. Pues, el objeto del derecho que se constituye es «un derecho de vuelo o de elevar ... dependiente de construir la planta baja del edificio proyectado en un plazo determinado». Y al no existir la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, se insiste en que «no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja».

En cuanto a la Resolución de 6 de noviembre de 1996, donde primordialmente se incide en que el principio de especialidad *exige que la reserva del derecho de vuelo* sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, determine el número de plantas a edificar, así como en caso de cotitularidad la participación que a cada titular corresponde, se hace mención también en su Fundamento de Derecho primero de la suspensión por el Registrador de la inscripción del derecho porque «se conculca el principio de especialidad, ya que no queda especificado *hasta cuándo las dueñas del edificio van a poder seguir haciendo uso de dicha facultad que se reservan, ya que el derecho de vuelo no tiene fijado plazo para su ejercicio*».

Ambas Resoluciones son el antecedente claro de la reforma, objeto de comentario, porque en ellas se conjuga la necesidad del plazo del derecho, y como veremos más adelante, la extensión material del derecho con el principio de especialidad o determinación registral.

b) *Plazo del párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 RH*

El pronunciamiento del plazo señalado favorablemente y argumentado por la decisión registral de 1996, anteriormente expuesta, es el que fue recogido precisamente por la modificación reglamentaria de 4 de septiembre de 1998,

de 1988. Resolución de 28 de octubre de 1988. Resolución de 31 de octubre de 1988. Resolución de 28 de octubre de 1998. Resolución de 25 de junio de 1993. Resolución de 13 de mayo de 1996. Resolución de 6 de noviembre de 1996. Resolución de 29 de abril de 1999.

(26) Lo que nos da la pauta para conocer que la figura ha sido únicamente modificada por cuestiones registrales.

donde expresamente se contenía que «c) *El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años*»(27).

Es cierto que las exigencias del principio de especialidad imponen la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro tanto en sus elementos subjetivos y objetivos, como en su contenido y alcance. También es indudable que es el principio registral el que impide la inscripción de un derecho que presente contornos especialmente difusos, a fin de que no se produzca una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad. Se refiere tanto a su extensión material (plantas) como a su extensión temporal (plazo).

Consideramos necesario profundizar en los términos en los que se regula la Institución en el precepto reglamentario, a fin de buscar la intención del legislador al establecer la limitación del plazo y su acceso al Registro. Precepto que, recordemos, aparece reformado en los siguientes términos:

«El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.

b) La determinación concreta del número máximo de plantas a construir.

c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años.

d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

La Reforma ha impuesto la constatación registral de un nuevo requisito: el del plazo de ejercicio del derecho. Determinación que es uno de los aspec-

(27) En consonancia con dicha normativa, ya se ha pronunciado la DGRN en la en la Resolución de 29 de abril de 1999, la cual recoge en su Fundamento de Derecho primero, que «Se divide un edificio en propiedad horizontal en dos locales y ocho viviendas; el dueño del mismo se *reserva* en los Estatutos, aparte de otros derechos, el derecho de vuelo sobre el edificio *desde la altura declarada hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las ordenanzas municipales* con previsión de distribución del porcentaje —en el supuesto de que se quisiera hacer uso de ese derecho— entre todas las plantas, construidas y nuevas por igual y a su vez se distribuiría entre los pisos o locales que se formasen de cada una de ellas en proporción a su superficie útil. El *derecho reservado* será transmisible por cualquier título a terceros sin consentimiento de los propietarios restantes posibles. El Registrador inscribe la división horizontal efectuada pero suspende tal cláusula estatutaria por no fijarse expresamente el *plazo concreto* dentro del que puede ser ejercitado el derecho de vuelo en aras del principio de especialidad».

tos fundamentales del principio de especialidad, sobre todo en aquellos derechos reales limitados y limitativos del dominio, donde entendemos que es necesario hacer constar su duración claramente en el asiento de inscripción, a los efectos de seguridad jurídica, cuando se proceda a la misma (28).

Se entiende necesaria la existencia de un plazo de tiempo en el ejercicio del derecho porque, como hemos señalado, es un derecho real, y no sería deseable que tuviera una duración indefinida —esto es, que implique que no se sabe cuándo se va a ejercitar—, lo cual no significa que no sea posible su existencia si así lo han pactado las partes (al amparo precisamente del art. 1.255 del Código Civil).

El legislador no ha dejado duda alguna en cuanto a la clase de plazo al que hace referencia: *plazo máximo*. Plazo, término o tiempo señalado para una cosa, que implica una limitación temporal en la ejecución material de la reserva. Duración o tiempo que transcurre entre el comienzo y fin del plazo y que como tal no es muy amplio, se fija en diez años. Entiendo que el porqué de este «plazo corto» reside en el interés del legislador de acortar la provisionalidad que implica la reserva del derecho por el propietario (29). Y el interés de los demás copropietarios del edificio en si el reservista va a proceder o no a la construcción, o si va a ceder su derecho a un tercero. Pero sobre todo, el poner de manifiesto a terceros interesados la duración del derecho real que se inscribe en el Registro y se le dota de publicidad.

Realizamos estas aseveraciones porque recordemos como el propio legislador es quien señala en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, que «se acomoda la regulación del derecho de vuelo al principio de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que una vez ejercitado lo construido sea propiedad de su titular».

Plazo de duración que se establecía por el legislador registral a los efectos de su inscribibilidad. De modo que podría pensarse en la posibilidad de pactar

(28) Pues recordemos que no estamos estudiando un derecho cuya inscripción tiene el carácter de constitutiva. La Resolución de 5 de febrero de 1986, en su tercer resultando, último inciso, realiza una afirmación que debemos valorar, «que el derecho de vuelo o de elevar, igual que el de superficie, ha de inscribirse en el Registro para su eficaz constitución; que este hecho y su regulación en el artículo 16 RH demuestran su carácter real».

Esperemos que los, a mi juicio, «equivocos» términos empleados por la Resolución se refieran a la eficacia frente a terceros que produce el acceso de la institución al Registro de la Propiedad, y no que se refiera a la necesidad de inscripción constitutiva del derecho de vuelo —como ocurre con el derecho de superficie— que sí supondría, sin duda alguna, una extralimitación registral.

(29) Provisionalidad que implica que el reservista tiene el derecho temporalmente en vez de los verdaderos dueños, quienes lo adquirirán cuando se cumpla el período pactado. Recordemos que provisionalidad remarca el carácter no definitivo sino lo que se tiene temporalmente en lugar de otra persona.

el derecho en una duración superior aunque sólo tuviera acceso al Registro con una duración de diez años.

Resulta interesante destacar cómo en la reforma del RH de 1998, donde la modificación del plazo del derecho de superficie (recordemos que se halla regulado en el apartado 1.º del precepto 16 del RH que estamos estudiando) se adecuaba al establecido legalmente en el ámbito urbanístico, y por ello ampliado de cincuenta a setenta y cinco o noventa y nueve años, según sea el sujeto concedente del mismo (es decir, la modificación se utiliza para resolver un desfase existente), en el caso del apartado 2.º, esto es, del derecho de elevación se impone y a la vez se coarta el límite temporal de lo que en definitiva va a ser una propiedad separada.

Pero debemos profundizar en el por qué el legislador ha introducido la modificación. Sin duda el legislador con la innovación persigue resolver y adecuar el acceso al Registro de la Propiedad de la institución con el principio hipotecario de especialidad. Pues en el ámbito privado el establecimiento de un plazo de ejercicio desde luego no va a suponer mayor interés por la figura (es decir, no se va a producir una mayor atracción social para su constitución) ni va a dotar de una mayor estabilidad a la relación creada (ni entre las partes ni tampoco en relación con los terceros).

El legislador señalaba que el plazo máximo se refería al *ejercicio del derecho*, pues evidentemente una vez construidos los pisos elevados se convierte en un derecho de propiedad separada. Lo que a mi juicio demuestra que su sentido reside únicamente en erradicar la provisionalidad que supone la reserva del derecho, pues se insiste en que el objetivo del plazo es el *ejercicio* del derecho no su *objeto* esto es, la construcción, pero sí las bases que la delimitan (ya que en el derecho se deben contener los contornos, extensiones, y caracteres del mismo...). Límite del plazo que era de carácter imperativo tal y como se recoge de los términos y la expresión empleada: «no podrá exceder de diez años».

Principio de especialidad que debemos poner en conexión con la perfecta delimitación del derecho de elevar pisos —su especificación del número concreto (máximo) de plantas a construir, el plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción— con la finalidad de diferenciarlo con una figura urbanística, cada vez más utilizada en el tráfico jurídico inmobiliario como es el aprovechamiento urbanístico adicional (facultad integrada en el derecho dominical) posibilitado por el propio planeamiento, susceptible de transferencia.

En relación con los *efectos* que tenía la imposición de plazo que limitaba el ejercicio del derecho, debemos señalar, en principio, que al ser la duración del derecho de diez años, es en ese período cuando debe realizarse la construcción. Si las partes no establecen plazo alguno, el Registrador devolverá el título para su subsanación y la fijación del mismo. Si las partes establecen un

plazo superior, el Registrador entendía que el límite máximo era el de diez años, en base a la disposición reglamentaria, y a la misma se refería. Como se imponía con carácter imperativo, una vez transcurrido el plazo máximo fijado por las partes, que debía ser de diez años, se revitalizaban las reglas de la accesión y se recuperaba la posibilidad de ejercitar el derecho de sobreedificación por los actuales copropietarios.

En base a todo lo mantenido hasta ahora, cabe cuestionarse si la duración es un elemento esencial del derecho de sobreedificación. A mi juicio, si la extensión temporal resulta importante en los derechos reales limitados, en el supuesto objeto de estudio, sí adquiere especial importancia, sobre todo en la reserva del mismo por el primitivo propietario que enajena la construcción a diferentes copropietarios con posterioridad. No cabe duda del interés para ambas partes en imponer un plazo de duración del ejercicio de la reserva de tal derecho. Pero en ningún caso es esencial o de vital importancia que se establezca un plazo limitativo, y que éste además, tenga una duración tan corta y sea impuesta por el legislador. El hecho de que sea el legislador el que establezca el límite máximo del plazo, utilizando la vía reglamentaria, argumentando para ello, y no sin razón, el principio hipotecario de especialidad implica una extralimitación que coarta la libertad privada individual, como bien señala la sentencia de 24 de febrero de 2000. Por otro lado, no debemos olvidar que el derecho no se halla regulado legalmente sino que tiene cabida a través de la vía reglamentaria —solo a los efectos de determinación de los requisitos registrales—, y del *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento jurídico y reafirmado por la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la *doctrina científica* debemos señalar que únicamente tenemos noticia de la referencia que al plazo realiza ARNÁIZ EGUREN (30). El citado autor no debate sobre la importancia o necesidad del plazo, ni sobre la posibilidad o no del acceso al Registro del límite temporal del derecho, sino que se refiere al acceso al Registro de la Propiedad de la prórroga del plazo pactado cuando no transpase el límite de diez años reglamentario (31).

(30) ARNÁIZ EGUREN, «Notas sobre el contenido de los artículos 13, 16, y 68 RH, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. El derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de vuelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre*. Centro de Estudios Registrales, 1998, págs. 61 y sigs.

(31) Así, señala que «El artículo 16 RH no establece si el plazo de diez años tiene carácter esencial o puede ser objeto de prórroga». Continúa manteniendo que «a favor de su carácter esencial podría aducirse la aplicación analógica del artículo 400 del Código Civil, sobre todo si se parte de una concepción del vuelo como un supuesto de cotitularidad. En tal sentido, si el plazo pactado fuese inferior a diez años, podría admitirse la prórroga, siempre que sumados ambos términos, su duración sucesiva no excediese del límite reglamentario. Por otra parte, abona este criterio la interpretación defendida en el

c) *Incidencia de la sentencia de 24 de febrero de 2000 en el plazo del derecho de elevación*

La nulidad del párrafo c) del artículo 16-2.º RH por la STS de 24 de febrero de 2000, va a suponer dejar la regulación de la figura como se hallaba antes, es decir, sin mención alguna a duración o plazo de la misma. No obstante, el Registrador a la hora de realizar la calificación documental para el acceso del derecho al Registro de la Propiedad, no cabe duda que estudiará la duración del derecho. Duración que se deja al pacto de los contratantes, pero que necesaria aunque no obligatoriamente debe fijarse (art. 1.255 del Código Civil), pues recordemos que el derecho de propiedad es de duración indefinida, mientras que los derechos reales limitados son siempre de duración temporal y deben serlo así por su propia naturaleza.

La sentencia confirma la necesidad de plazo del derecho real limitado porque, a su vez, es un derecho limitativo del dominio de los demás copropietarios (presentes o futuros), pero niega la limitación reglamentaria que supone la limitación de un derecho privado nacido en la realidad extrarregistral y al que le interesaría beneficiarse del acceso registral en base a su eficacia frente a terceros. Se debe diferenciar entre: la constitución y nacimiento del derecho en la realidad extrarregistral; la necesidad o al menos el interés para las partes de que el derecho tenga un plazo de ejercicio del derecho; el acceso al Registro de un derecho cuya inscripción tiene un carácter declarativo a efectos de terceros, y la imposición registral de un plazo limitativo de ejecución del contenido del derecho.

Parece pues que tras la publicación de la sentencia y la anulación del precepto, las partes pueden pactar con carácter dispositivo el plazo de duración del derecho, plazo que no tendrá restricciones en su acceso al Registro ni limitación alguna.

Pero si el establecimiento del precepto se realizó en aras del principio de especialidad o determinación registral, ¿qué ocurrirá ahora? No olvidemos que dicho principio está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. Su finalidad reside en que sólo accedan al mismo situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque sólo de ese modo se producirá una gran claridad en los asientos, que es la base de la publicidad registral. Necesidad de determinación que se predica de la finca, del titular, del derecho real y del acto jurídico. Por otro lado, al seguir nuestro sistema el *numerus apertus* de derechos reales hay una interrelación con el principio de especialidad, pues surgirá un derecho real y tendrá acceso al Registro

caso del término a que se refiere el inciso último del apartado 1.º del artículo 13, referido a la modalidad comunitaria de contrato de cesión a cambio de obra futura, y sobre todo del artículo 16-1.º a) RH, sobre la prórroga del término del derecho de superficie».

siempre que quede perfectamente delimitado en cuanto a su contenido, duración y titularidad.

Con esto queremos resaltar que la no imposición de un plazo limitativo y máximo en la ejecución del contenido del derecho no va a suponer que el derecho no quede perfectamente delimitado en su duración y contenido.

Lo deseable sería que todos los derechos de este tipo llegaran al Registro con una duración determinada, pero al no poder imponerse por vía reglamentaria la duración limitada del derecho, éste accederá con la que se contenga en el título constitutivo pactado, o no, por las partes, sin que ello suponga ir en contra del principio de especialidad.

C) ANÁLISIS CONCRETO DE LA EXTENSIÓN MATERIAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO

a) *Antecedentes*

Junto a la introducción del límite temporal introducido por la Reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto tuvo lugar la inclusión de otra innovación en relación con el derecho de elevación referida a la constatación registral de la extensión material del objeto del derecho y la concreción del número máximo de alturas reservadas.

Concretamente el precepto modificado, y como veremos seguidamente aún en vigor, señala que: «...En la inscripción se hará constar: b) *La determinación concreta del número máximo de plantas a construir*». No obstante, la Exposición de Motivos no hace referencia alguna a esta determinación del número de plantas a construir, sino que únicamente se menciona el plazo.

Como antecedentes del precepto en cuestión podemos señalar, al igual que ocurría con el plazo, la existencia de la Resolución de 6 de noviembre de 1996, donde para argumentar el principio de especialidad se exige que la reserva del derecho de vuelo sobre un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, *determine el número de plantas a edificar* (32).

b) *Estudio del requisito registral de la determinación del número máximo de plantas a edificar*

El requisito registral de la constatación de la extensión material se predica también por la necesidad de conectar el derecho de elevación y el principio

(32) Aunque también debemos exponer la incidencia de la modificación en resoluciones posteriores, por ejemplo en la Resolución de 29 de abril de 1999, la reserva del derecho de vuelo recae sobre el edificio «*desde la altura declarada hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las ordenanzas municipales...*»

de especialidad. Recordemos que la necesidad de determinación registral afecta a la finca, a sus extensiones y al derecho real que recae sobre la misma. Pero es que además, el legislador establece la necesidad de que acceda al Registro el número máximo de plantas que se ha reservado el propietario para su realización.

Por otro lado, al no haberse mencionado ni por los recurrentes ni por el Tribunal Juzgador la determinación del número de plantas, parece deducirse el acuerdo tácito con respecto a esta parte del precepto. Y ello porque precisamente se hace referencia a la necesidad de concreción por los particulares en el título constitutivo del derecho sin referirse al establecimiento reglamentario de un límite de extensión material concreto. Evidentemente al no haberse establecido por el Juzgador nada en su fallo, el párrafo *b)* queda en vigor. Y silencia todo argumento en contra de este requisito porque no se produce una extralimitación reglamentaria.

El problema habría venido si se hubiese expresado un número concreto de plantas a construir (esto es, se hubiese expresado numéricamente, por ejemplo, cinco alturas) cuestión por otro lado absurda, pues depende en cada caso concreto del volumen ya edificado, del aprovechamiento urbanístico posible en cada zona... En este caso el constructor-propietario cautamente deberá reservarse el número total de plantas que permita el aprovechamiento urbanístico de la zona donde se encuentre el inmueble, con arreglo a la legislación urbanística en el momento de constituir el derecho. Cuestión distinta será que en el momento de hacer efectiva la reserva, esto es, cuando ejecute (él o un tercero) su derecho de sobreedificación el aprovechamiento urbanístico haya variado, en cuyo caso deberá someterse a las nuevas normas urbanísticas. Precisamente por eso entiendo que el legislador quiera concretar registralmente este requisito a efectos de eficacia frente a terceros y a las posibles variaciones. Por ejemplo, no tendrá el mismo contenido económico el derecho del reservista si su objeto es de dos plantas que si es de cinco, lo cual es importante a efectos de hipoteca o embargo del derecho por un tercero.

Las partes pueden dejar sin concretar o sin pactar la futura extensión material del derecho, pero si desean que el derecho real de vuelo acceda al Registro tendrán que hacerlo constar porque en caso contrario el Registrador tras realizar la preceptiva calificación del documento donde se constituye el derecho considerará como defecto subsanable la omisión de su determinación y devolverá el título constitutivo para su subsanación y posterior inscripción registral del derecho real.

IV. CONCLUSIONES

En resumen, debemos señalar que las innovaciones introducidas por la Reforma del Reglamento Hipotecario, como toda modificación, ha supuesto la introducción de ciertos aspectos positivos como la concreción del *número máximo de plantas a construir*, o el establecimiento de *las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción* aunque, por otro lado, la reforma debería haber sido más profunda, recogiendo y regulándolo en un precepto aparte, separado del destinado al derecho de superficie, a fin de evitar confusiones, y en donde se solventarán los problemas prácticos expresados en estas notas. No obstante, las modificaciones suponen un tímido avance en la escasa tipificación y regulación del derecho.

Sin duda alguna, tanto la modificación reglamentaria como la sentencia del Tribunal Supremo, que anula el apartado c) introducido (*el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años*) han supuesto la actualización de la figura y el análisis de la misma, provocando con ello el interés de los estudiosos y profesionales del Derecho.

No obstante, estas ideas no tienen otra intención que poner de manifiesto los problemas que pueden plantearse en relación con la institución, que al ser cada vez más utilizada en la práctica, será objeto de análisis pormenorizado por los Tribunales y de la DGRN.

De todas formas será el tiempo el encargado de señalar si la modificación y su corrección por los Tribunales ha sido correcta, o no, y si es necesario proceder a una mayor regulación de la Institución.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
 Doctora en Derecho
 Profesora de la UCM

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados Internacionales y Derecho de la Unión Europea

1. *Convenio entre España e Indonesia*.—En el *BOE* del día 14 de enero pasado se publica el Instrumento de Ratificación del convenio entre España e Indonesia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta y el patrimonio. Protocolo hecho en Yakarta el 20 de mayo de 1995.

2. *Acuerdo entre Comunidades Europeas y Marruecos*.—En un suplemento al *BOE* del día 1 de marzo de 2000, se inserta el texto del Acuerdo Euro-Mediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos por otra, hecho en Bruselas el 26 de febrero de 1996.

3. *Dictamen a la propuesta de Directiva sobre documentos en materia civil y mercantil*.—En el Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 56, febrero de este año, página 313, se inserta el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva relativa a la notificación o traslado a los Estados miembros de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil y mercantil.

B) Legislación nacional

— Ley Orgánica 1/2000. 7-1-2000. Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3-10-79 del TC.

— Ley Orgánica 3/2000. 11-1-2000. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-95 del CP, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

— Ley Orgánica 4/2000. 11-1-2000. Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

— Ley Orgánica 5/2000. 12-1-2000. Reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

— Ley 1/2000. 7-1-2000. De Enjuiciamiento Civil.

— Ley 4/2000. 7-1-2000. Modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.

— Real Decreto-ley 1/2000. 14-1-2000. Sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la SS.

C) Normas autonómicas

Navarra.—Decreto Foral de 10 de enero de 2000. Modifica la Ley Foral del IVA, de 30 de diciembre de 1999.

Valencia.—Decreto de 9 de noviembre de 1999. Determina la extensión de las unidades mínimas de cultivo.

II. Información de actividades

1. Jornadas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«La ejecución inmobiliaria y el Registro de la Propiedad»

Se han desarrollado en el Colegio de Registradores de la Propiedad en los días 28 a 30 de marzo pasado, con el siguiente programa:

- «Los procedimientos de ejecución. Tramitación general de la ejecución ordinaria. La ejecución provisional», por don VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal.
- «El embargo y su anotación registral», por don JOAQUÍN LARRONDO LIZÁRAGA, Registrador de la Propiedad.
- «La inscripción del crédito hipotecario y su ejecución», por don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Registrador de la Propiedad.
- «La oposición en la ejecución hipotecaria sumaria y la remisión al juicio declarativo que corresponda», por don JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET, Registrador de la Propiedad.
- «La regularidad formal de la ejecución hipotecaria», por don JUAN MONTERO AROCA, Magistrado, Catedrático de Derecho Procesal.
- «La enajenación. Toma de posesión. Destino del precio», por don FERNANDO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juez-Decano de Madrid.
- «Inscripción de la enajenación. Cancelación de cargas», por don JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. XIII Congreso Internacional de Derecho Registral

La Secretaría General del Centro Internacional de Derecho Registral, CIN-CER, convoca el XIII Congreso Internacional de Derecho Registral, organizado por la Dirección General de los Registros del Ministerio de Educación y Cultura de la República del Uruguay, que se celebrará en Punta del Este, Departamento de Maldonado (República Oriental del Uruguay), entre los días 19 y 23 de marzo del próximo año.

Los temas que se abordarán en este Congreso son los siguientes:

— *Garantías de los derechos reales mediante el sistema de Registro y el sistema de seguro.*

Propuesto por la Entidad Organizadora. Se trata de analizar las características del seguro, como medio de garantizar la recuperación del valor del derecho adquirido, frente al Registro Público de la Propiedad como mecanismo jurídico de garantía efectiva de la adquisición firme de la propiedad y los demás derechos inmobiliarios.

— *La publicidad registral y el derecho a la intimidad.*

Propuesto por la Secretaría General. Se intenta precisar si el principio de protección pública del ámbito de intimidad de la persona debe limitar el derecho de todos los ciudadanos a recibir información plena del contenido del Registro.

— *Continuación de los trabajos sobre formación del diccionario de términos de Derecho registral.*

Cumple el mandato del XII Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Marrakech en noviembre de 1998.

Con la convocatoria de este Congreso queda abierto el plazo para la presentación de ponencias y comunicaciones sobre los temas oficiales, o cualquier otro que se pueda considerar de interés.

3. La agricultura ante el tercer milenio. El Ejido (Almerimar-Almería) del 11 al 15 de abril de 2000

Bloque I: El futuro del Derecho agrario

- Doctor AGUSTÍN LUNA SERRANO: «El sentido de la evolución del Derecho agrario». Conferencia de apertura académica. Día 11. Hora 10:00.
- Doctor RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN: «Los retos del Derecho agrario». Día 11. Hora 11:00.
- Doctor ALFREDO MASSART: «El objeto del Derecho agrario: dogmática y didáctica universitaria». Día 12. Hora 12:00.

- Doctor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: «Agricultura y medio rural». Día 11. Hora 17:00.

Bloque II: Bioseguridad: La responsabilidad derivada de la ingeniería genética

- Doctor CRISTOPHER RODGER: «Biodiversidad y agricultura sostenible-the challenge for agricultural law». Día 12. Hora 9:00.
- Doctor JOSÉ TELLEZ DE PERALTA: «La responsabilidad por semillas y semilleros». Día 12. Hora 10:00.
- Doctor JIM CHEN: «The treadmill off the gods» - «El molino de los dioses». Día 12. Hora 11:00.
- Doctor ENRIQUE GUERRA DANERI: «Agricultura transgénica y responsabilidad patrimonial». Día 12. Hora 17:30.

Bloque III: Perfiles jurídicos de la circulación de los productos agrícolas

- Doctor LOUIS LORVELLEC: «La libre circulación de mercaderías». Día 14. Hora 9:00.
- Doctora NANCY MALANOS: «Perfiles jurídicos de la comercialización de los productos agrarios. Mercosur y Unión Europea». Día 14. Hora 9:45.
- Doctor LUIGI COSTATO: «El Tratado de Marrakech y la Agenda 2000: límites a los poderes del Estado y de la Comunidad en el ámbito financiero de la agricultura». Día 14. Hora 11:15.

Bloque IV: Las negociaciones sobre la agricultura de la OMC

- Doctor PIETRO ROMANO ORLANDO: «Tendencias evolutivas del Derecho agrario moderno en la Agenda 2000». Día 15. Hora 9:00.
- Doctor RIDHA BEN HAMMED: «La comercialización de los productos agroalimentarios». Día 15. Hora 10:00.

Mesas Redondas

Día 12, 19 horas: «La enseñanza del Derecho agrario».

Preside: Ilmo. señor doctor GUILLERMO GABINO VÁZQUEZ ALFARO, Presidente de la Academia mexicana de Derecho agrario.

Participantes: Doctor AGUSTÍN LUNA SERRANO, doctor RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN, doctor LUIS AMAT ESCANDELL, doctor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, doctor FERNANDO BREBBIA.

Día 14. 19 horas: «Después de Seattle, el futuro de la agricultura».

Preside: Ilmo. señor doctor ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Presidente de la Asociación Española de Derecho agrario.

Participantes: Doctor ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, doctor JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, doctor JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 31 de mayo de 1999.—INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR.—No se vulneran estos derechos al ejercitar una acción de petición de paternidad.—Sala 2.^a—Ponente: Sr. Vives Antón.

Hechos.—a) Don Enrique Dafonte Pérez presentó el 11 de junio de 1991 ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cádiz, demanda de juicio de menor cuantía (autos 265/91) en solicitud de que se declarase que la hija de la demandada, nacida en Cádiz en 1987, era hija no matrimonial del actor, acordando que dicha niña lleve los apellidos del padre, concediéndosele el oportuno régimen de comunicación y visitas con la menor, ordenando la correspondiente constancia de la paternidad en la inscripción de nacimiento del Registro Civil.

b) La madre se opuso a la demanda negando la paternidad reclamada, y el Juzgado dictó sentencia el 13 de noviembre de 1992 en la que, estimándola, declaró, en síntesis, que la menor era hija no matrimonial del actor y de la demandada, acordando que llevara los apellidos de su padre y figure en el Registro Civil con los correspondientes apellidos, estableciendo el régimen de comunicación de la niña con su padre que se especifica en el fallo con los demás pronunciamientos oportunos al caso.

c) Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz (rollo 282/92), dictó sentencia el 1 de octubre de 1993, en la que desestimó el recurso y confirmó íntegramente la de primera instancia.

d) Interpuesto recurso de casación por la demandada (recurso 2.779/93), la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Auto el 7 de marzo de 1995, notificado el 9 de marzo, por el que inadmitió el recurso por entender que carecía manifiestamente de fundamento, con arreglo a la motivación que consta en dicha resolución.

La demanda funda su queja de amparo en la vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

Alega la recurrente que jamás mantuvo relaciones sexuales de ningún tipo con don Enrique Dafonte Pérez, por lo que es absolutamente imposible que éste sea el padre de su hija. Este hecho, que es fundamental y básico, no se ha tenido en cuenta en ninguna de las resoluciones judiciales a pesar de haber sido reiterado en todas y cada una de las instancias.

Dado por sentado el hecho anterior, que según la recurrente nunca ha sido desvirtuado en ningún período de las diversas instancias, no solamente queda descalificado como indicio la negativa a someterse a las pruebas biológicas, sino que éstas deben ser consideradas, a la luz de la *exceptio plurium concurrentium*, como una violación del artículo 18.1 CE.

Mantener, en consecuencia, la paternidad declarada en las resoluciones que se impugnan sería no sólo contrario a la realidad histórica de los hechos, sino que vendría a consagrar la primacía del formulismo procesal sobre los derechos fundamentales de la persona y sus vínculos familiares.

Por todo ello, se concluye afirmando que se ha violado por el juzgador el artículo 24 CE, al haber originado a la recurrente una evidente indefensión al no haber apreciado, como determinante de la resolución, la inexistencia de acceso carnal entre las partes.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha denegado el amparo solicitado, basándose en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. Dados los términos en que viene planteada la demanda, el objeto del presente recurso de amparo se reduce a dilucidar si las sentencias de primera instancia y apelación dictadas por el Juzgado y la Audiencia Provincial, respectivamente, en el juicio de menor cuantía promovido por don Enrique Dafonte Pérez contra la ahora demandante de amparo, y el posterior Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, han supuesto una vulneración de sus derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la medida en que han reconocido la paternidad no matrimonial del actor sobre la hija de la recurrente.

La recurrente pretende fundar la lesión de los referidos derechos fundamentales en que, según su versión de los hechos, no ha resultado probada la relación sexual entre ambos litigantes, lo que la exoneraba de someterse a la práctica de la prueba biológica (análisis de sangre) que se acordó en el proceso, por lo que su incomparecencia para la práctica de dicha prueba hematológica no debió ser utilizada como argumento para declarar la paternidad extramatrimonial reclamada por el actor respecto de su hija. Según alega, los órganos judiciales, al reconocer al actor la paternidad reclamada con fundamento en la negativa de la demandada a someterse a la prueba biológica acordada, han lesionado sus derechos fundamentales reconocidos en los artículos 18.1 y 24.1 CE.

2. Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual, «La Ley posibilitará la investigación de la paternidad», autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE), y

la obligación de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º).

Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, Fundamento Jurídico 6.º y las resoluciones en ella citadas).

Por tales razones, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135, *in fine*, del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990).

3. En el presente caso es preciso recordar que la recurrente, madre de una niña, fue demandada en un juicio de menor cuantía por quien alegó ser el padre extramatrimonial de la menor, aportando con la demanda numerosas fotografías que recogen a la niña, en diversos momentos, con el actor y sus familiares, alegando que mantuvo relaciones sexuales con la demandada, así como otros hechos de los que los órganos judiciales han deducido la posesión del estado del padre de la menor. Entre estos hechos se acreditó que la madre, al inscribir a su hija en el Registro Civil, señaló como nombre del padre el de Enrique, que es el nombre del aquí demandado, y que éste, con posterioridad al nacimiento de la niña, abrió una cuenta a nombre de la recurrente, de la que ésta extrajo cantidades diversas en varias ocasiones. Tales extremos fueron ratificados por la prueba testifical propuesta por el demandante que también propuso, en tiempo y forma, una prueba pericial biológica a fin de determinar la relación de paternidad reclamada.

Frente a la pretensión del actor, la demandada contestó negando la existencia de relaciones sexuales con el demandante y, aunque admitió que man-

tuvo con él una relación sentimental, afirmó que la niña es fruto de su relación con otra persona. En el período probatorio no se opuso a la prueba biológica propuesta por el demandante, ni recurrió el Auto que acordó su práctica. Sólo cuando fue citada personalmente para la realización de la prueba biológica presentó escrito mostrando su disconformidad con la práctica de esta prueba y manifestando que se negaba (y, con ella, su hija) a someterse a las pruebas hematológicas, al amparo de sus derechos constitucionales a la protección de la dignidad, integridad, el honor y la intimidad de las personas (arts. 10, 15 y 18 CE). Finalmente, no compareció en el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla el día señalado, imposibilitando así la práctica de la prueba biológica acordada.

El Juzgado, mediante sentencia de 13 de noviembre de 1992, tras analizar y valorar en su conjunto las pruebas practicadas, que detalla en su Fundamento Jurídico 5.º, y ponderando este resultado probatorio con la negativa de la demandada a someterse a la prueba biológica, a lo que se une que la prueba propuesta y practicada por la demandada no desvirtuó las afirmaciones de la demanda, estimó la demanda y declaró la paternidad extramatrimonial reclamada por el actor.

4. De la aplicación de la doctrina constitucional antes expuesta, a las resoluciones impugnadas, cabe concluir que la sentencia del Juzgado, ampliamente razonada (así como las que la ratifican), que tras ponderar la negativa infundada de la demandada a la práctica de la prueba biológica que fue acordada, en relación con el resultado de la valoración en conjunto de la prueba practicada a instancia del actor, y contrastarla con la propia prueba aportada por la demandada, declaró la paternidad reclamada, en nada vulneró los derechos a la intimidad personal y familiar ni a la tutela judicial efectiva reconocidos constitucionalmente, frente a lo que se denuncia en la demanda. A todo ello cabe añadir que, encontrándonos ante una resolución no arbitraria ni irrazonable y suficientemente motivada, ha sido satisfecho el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva al haber sido resuelto congruentemente el litigio planteado entre las partes (STC 148/1994, por todas), sin que la valoración fáctica y subsiguiente aplicación de la legalidad que se expresa, puede ser revisada por este Tribunal, como se pretende, al no ser el recurso de amparo una nueva instancia judicial.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por JACINTO DE CASTRO GARCÍA

Registro de la Propiedad

Resolución de 17 de diciembre de 1999.
Registro número 12 de Sevilla
(*BOE 3-2-2000*).

EXPROPIACION FORZOSA. ACTA DE PAGO Y OCUPACION.

No es inscribible el acta de ocupación si no se asevera que se practicó la convocatoria del Ministerio Fiscal en tiempo oportuno.

Resolución de 18 de diciembre de 1999.
Registro número 5 de Oviedo
(*BOE 3-2-2000*).

HIPOTECA. INTERESES.

No hay razón para entender que la cobertura de los intereses moratorios no puede exceder de la cantidad que resulte de aplicar el capital del préstamo durante tres años, al tipo de interés remuneratorio inicial.

Resolución de 20 de diciembre de 1999.
Registro número 6 de Alicante
(*BOE 3-2-2000*).

CONDICION RESOLUTORIA. RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que para cancelar los derechos o cargas posteriores recayentes sobre los bienes adquiridos con condición resolutoria, una vez operada ésta, es preciso el previo depósito o consignación de toda cantidad que el transmitente hubiere recibido en contraprestación.

Resolución de 21 de diciembre de 1999.
Registro de la Orotava
(BOE de 3-2-2000).

GANANCIALES. LIQUIDACION DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Una escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de bienes no es título hábil para alterar el carácter de los bienes del matrimonio.

Resolución de 22 de diciembre de 1999.
Registro número 2 de Guadalajara
(BOE 3-2-2000).

HIPOTECA. EN GARANTIA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR. CANCELACION.

Sólo cuando se acredite la destrucción o inutilización del título al portador, se puede inscribir la cancelación de la hipoteca, no bastando la aseveración de estar en poder del que solicita dicha cancelación.

Resolución de 23 de diciembre de 1999.
Registro número 2 de Illescas
(BOE de 3-2-2000).

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. RECTIFICACION DE INEXACTITUD REGISTRAL.

Diferencia entre expediente de dominio para reanudar tracto interrumpido y expediente para rectificar una inexactitud registral.

Resolución de 26 de diciembre de 1999.
Registro de Pineda de Mar
(BOE 3-2-2000).

PROPIEDAD HORIZONTAL. CREDITOS A FAVOR DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. SU PREFERENCIA.

La preferencia del crédito a favor de una comunidad de propietarios conforme al artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, no es preciso se haga constar en el Registro.

Resolución de 29 de diciembre de 1999.
Registro número 4 de Santander
(BOE de 3-2-2000).

CANCELACION DE ASIENTOS POR NULIDAD DEL TITULO DE OTROS ANTERIORES.

Los asientos que traen causa de otros anteriores cuyo título fue declarado nulo en virtud de procedimiento en el que no han sido parte, cuya causa no consta anotada preventivamente, no pueden ser cancelados.

Resolución de 30 de diciembre de 1999.
Registro número 2 de Córdoba
(BOE de 3-2-2000).

GANANCIALES. LIQUIDACION DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Se mantiene la reiterada doctrina de que en la liquidación de gananciales no se puede cambiar el carácter de los bienes si no hay un título que lo justifique.

Resolución de 4 de enero de 2000.
Registro número 2 de Málaga
(BOE de 16-2-2000).

ANOTACION DE DEMANDA. CONVERSION. EFECTOS.

Obtenida la sentencia estimatoria, procede convertir la anotación en inscripción definitiva, pero no puede pretenderse la constatación registral de la preferencia de las cantidades garantizadas por la anotación de demanda sobre la hipoteca anterior.

Resolución de 5 de enero de 2000.
Registro número 1 de A Coruña
(BOE 16-2-2000).

CONDICION RESOLUTORIA. FALTA DE UNA DE LAS CAMBIALES POR EXTRAVIO. CANCELACION.

Ha de acreditarse el total pago de las letras representativas de la parte de precio aplazado en la compraventa.

Resolución de 7 de enero de 2000.
Registro de la Propiedad de Cebrenos
(BOE de 16-2-2000).

REANUDACION DEL TRACTO. EXPEDIENTE DE DOMINIO. FALTA DE INTERRUPCION.

Existiendo la posibilidad de otorgar título hábil para la inscripción a favor del adquirente, sin haber ruptura del tracto, no es título adecuado el expediente de dominio para reanudar un tracto que no se había interrumpido.

Resolución de 10 de enero de 2000.
Registro número 2 de A Coruña
(*BOE 16-2-2000*).

RECURSO GUBERNATIVO. COMPUTO DEL PLAZO.

El día final del plazo es aquél en que el escrito de interposición del recurso tenga su entrada en la sede del Tribunal competente.

Resolución de 12 de enero de 2000.
Registro de la Propiedad de Laredo
(*BOE de 16-2-2000*).

ASIENTO DE PRESENTACION. DOCUMENTO PRIVADO.

Negativa a practicar asiento de presentación en el Diario de operaciones del Registro, por no tratarse de un documento público.

Resolución de 14 de enero de 2000.
Registro de la Propiedad de Mazarrón
(*BOE de 16-2-2000*).

COSTAS. AFECCION A FINCAS YA INSCRITAS.

No es obstáculo a la inscripción de transmisión de fincas ya inmatriculadas, cuya titularidad pudiera estar afectada por deslinde de dominio público, según Ley de Costas, el hecho de existir anotación preventiva de declaración de dominio público.

Resolución de 15 de enero de 2000.
Registro de la Propiedad número 5 de Mallorca
(*BOE de 16-2-2000*).

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA. CANCELACION POR ACTA NOTARIAL.

No es título suficiente para cancelar un anterior asiento de cancelación de sustitución fideicomisaria, por entender la peticionaria que dicha cancelación fue indebidamente practicada.

Resolución de 28 de enero de 2000.
Registro de la Propiedad de Sepúlveda
(*BOE de 26-2-2000*).

HIPOTECA. EN GARANTIA DE OBLIGACIONES HIPOTECARIAS.

La posible emisión de obligaciones transmisibles por endoso o al portador, según el artículo 154 LH, queda muy restringida al supuesto de emisión de títulos aislados.

Resolución de 2 de febrero de 2000.
Registro de la Propiedad número 1 de Ponferrada
(*BOE de 26-2-2000*).

EXCESO DE CABIDA. IDENTIDAD DE FINCA.

La inmatriculación de excesos de cabida exige la identificación de las fincas sobre las que se opera.

Resolución de 5 de febrero de 2000
(*BOE 13-3-2000*).

ANOTACION DE DEMANDA. IMPUGNACION DE S.A.: INADMISIBILIDAD.

La anotación de demanda sobre impugnación de acuerdos sociales, adoptados por la Junta General de Accionistas de una S.A., no se encuentra incluida en los supuestos del número 1 del artículo 42 LH.

Resolución de 8 de febrero de 2000
(*BOE 8-3-2000*).

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. CANCELACION DE ANOTACION DE EMBARGO POSTERIOR.

La anotación preventiva de embargo, posterior a la inscripción de la cesión de los derechos del arrendador financiero, no puede cancelarse en virtud del testimonio de la sentencia que resolvió la cesión del arrendamiento financiero.

Resolución de 9 de febrero de 2000
(*BOE 9-3-2000*).

HIPOTECA. EN GARANTIA DE OBLIGACIONES.

La emisión de obligaciones hipotecarias, hecha por particulares, está prohibida según la Disposición Adicional tercera de la Ley S.R.L., cuando se hace en serie.

Resolución de 10 de febrero de 2000
(*BOE 9-3-2000*).

PROPIEDAD HORIZONTAL. LIBRO DE ACTAS.

La diligencia de apertura de los libros de actas de las comunidades de propietarios prevista en el artículo 415 del Reglamento Hipotecario sólo se refiere a «comunidades y subcomunidades de propietarios de inmuebles o conjuntos inmobiliarios».

Resolución de 12 de febrero de 2000
(BOE 9-3-2000).

PROPIEDAD HORIZONTAL. LIBRO DE ACTAS.

Si existe un libro de actas de la comunidad de propietarios, no se puede diligenciar otro libro referido a una subcomunidad.

Resolución de 14 de febrero de 2000
(BOE 21-3-2000).

PROPIEDAD HORIZONTAL. LIBRO DE ACTAS.

El libro de actas de comunidades de propietarios en propiedad horizontal puede referirse a muy diversas situaciones fácticas de organización de comunidades de propietarios.

Resolución de 15 de febrero de 2000
(BOE 9-3-2000).

HIPOTECA. SOLIDARIDAD DE ACREEDORES.

La hipoteca puede garantizar toda clase de obligaciones. Los problemas que se derivan de la solidaridad activa no impiden la inscripción.

Resolución de 17 de febrero de 2000
(BOE 21-3-2000).

REPRESENTACION. VALOR DEL TESTIMONIO DE LA COPIA DE LA ESCRITURA DE PODER.

La necesidad de calificar, tanto la representación como su subsistencia y suficiencia del poder, impone al Registrador las garantías de autenticidad de los documentos presentados.

Resolución de 18 de febrero de 2000
(BOE 18-3-2000).

ANOTACION DE EMBARGO. BIENES EX-GANANCIALES.

El procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del deudor ha de dirigirse contra el titular registral.

Resolución de 19 de febrero de 2000
(BOE 21-3-2000).

ANOTACION DE DEMANDA. TRACTO SUCESIVO.

Se reitera la doctrina de la imposibilidad de practicar la anotación preventiva cuando el bien objeto de la demanda aparece inscrito a favor de persona distinta del demandado.

Resolución de 21 de febrero de 2000
(BOE 24-3-2000).

SERVIDUMBRE. PREDIAL RECIPROCA.

Siempre que la servidumbre recíproca no absorba la totalidad de las facultades dominicales, es posible su inscripción.

Resolución de 22 de febrero de 2000
(BOE 18-3-2000).

ANOTACION DE EMBARGO. TRACTO SUCESIVO. PRIORIDAD.

El embargo debe ser denegado cuando al presentar el mandamiento la finca figura ya inscrita a favor de una persona distinta del demandado, en cuanto la fecha del embargo fuese anterior a la del título que causó la inscripción vigente del derecho embargado.

Resolución de 23 de febrero y 9 de marzo de 2000
(BOE 18-3-2000 y 29-3-2000).

ANOTACION DE EMBARGO. VIVIENDA FAMILIAR. NOTIFICACION AL CONYUGE DEL TITULAR.

Para embargar finca destinada a vivienda familiar es imprescindible hacer constar que la vivienda no tiene ese carácter o que se ha notificado la demanda al cónyuge del titular, pero el carácter familiar, si no consta en el documento, debe resultar del Registro para que sean exigibles aquellos requisitos.

Resolución de 24 de febrero de 2000
(BOE 23-3-2000).

HIPOTECA. CANCELACION. EFICACIA RESPECTO A LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO POSTERIOR A LA CONSTITUCION DE LA HIPOTECA.

La extinción o «purga» que se ordena en la regla 17.ª del artículo 131 LH, no supone necesariamente la extinción del arrendamiento posterior a la inscripción de la hipoteca ejecutada.

Resolución de 25 de febrero de 2000
(BOE 23-3-2000).

ANOTACION DE EMBARGO. TRACTO SUCESIVO.

Se reitera la doctrina de que para anotar el embargo ha de dirigirse la demanda contra los titulares registrales de las fincas afectadas.

Resolución de 26 de febrero de 2000
(BOE 23-3-2000).

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. MEJORA SOBRE LA CANTIDAD OFERTADA EN TERCERA SUBASTA.

La legitimación para la mejora de la cantidad ofertada en la tercera subasta resulta clara, por ser la dueña única de las fincas hipotecadas la que designa en escritura pública a las personas que pueden mejorar la oferta.

Resolución de 28 de febrero de 2000
(BOE 23-3-2000).

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESAFECTACION DE VIVIENDA DEL PORTERO Y VENTA POSTERIOR.

La desafectación de un elemento común, como es la vivienda del portero, puede hacerse por la Junta de propietarios. No es necesaria la autorización de los acreedores hipotecarios de alguno de los pisos.

Resolución de 29 de febrero de 2000
(BOE 30-3-2000).

ANOTACION DE EMBARGO. VIVIENDA FAMILIAR. NOTIFICACION AL CONYUGE DEL TITULAR.

Para embargar finca destinada a vivienda familiar es imprescindible hacer constar que la vivienda no tiene ese carácter o que se ha notificado la demanda al cónyuge del titular, pero el carácter familiar, si no consta en el documento, debe resultar del Registro para que sean exigibles aquellos requisitos.

Resolución de 2 de marzo de 2000
(BOE 30-3-2000).

HIPOTECA. CANCELACION DE CARGAS Y GRAVAMENES POSTERIORES. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.

La cancelación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada exige que el sobrante del remate se deposite en el establecimiento al efecto.

Resolución de 3 de marzo de 2000
(BOE 31-3-2000).

REPRESENTACION. SUFICIENCIA DEL PODER.

La representación es una de las figuras jurídicas en las que la función calificadora se manifiesta más necesaria y en la que el Registrador ha de exigir un mayor respeto al principio de legalidad.

Resolución de 6 de marzo de 2000
(BOE 30-3-2000).

RECURSO GUBERNATIVO. OBJETO INADMISIBLE.

No puede resolverse en recurso gubernativo sobre la procedencia de hacer «revivir» una anotación cancelada ya que esta operación no es más que la cancelación de otra cancelación, asiento que se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales.

Resolución de 8 de marzo de 2000
(BOE 30-3-2000).

CALIFICACION. REQUISITOS DE FORMA PARA PODER RECURRIR.

Siempre que no se dude de que el documento presentado ha sido examinado por el Registrador y éste haya hecho constar su rechazo en nota dirigida al presentante, aunque no conste al pie del título, tal calificación puede ser motivo para el recurso gubernativo que regulan los artículos 112 y siguientes del RH.

Resolución de 10 de marzo de 2000
(BOE 31-3-2000).

REPARCELACION. OPERACION JURIDICA COMPLEMENTARIA. REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION.

Los procedimientos urbanísticos que implican la reorganización de la propiedad urbana están sujetos a unos trámites y unos plazos que se regulan en el Reglamento de Gestión Urbanística fundamentalmente; pero una vez vencidos los plazos que legal y reglamentariamente se conceden a los propietarios afectados por la operación urbanística y cuando los títulos han causado ya asientos de inscripción en el Registro de la Propiedad, la rectificación de unos asientos de inscripción han de sujetarse a las normas de la Ley y el Reglamento Hipotecario.

Resolución de 13 de marzo de 2000
(BOE 29-3-2000).

DACION EN PAGO DE DEUDA. CONDICION SUSPENSIVA.

La dación en pago de deudas, sujeta a condición suspensiva, es asimilable a una compraventa en garantía.

Resolución de 14 de marzo de 2000
(*BOE* 29-3-2000).

HIPOTECA. DETERMINACION DE LOS INTERESES. OTRAS CLAUSULAS NO INSCRIBIBLES.

La inclusión en la escritura de constitución de hipoteca de múltiples cláusulas en las que es muy dudosa su eficacia respecto a terceros y la extralimitación por el acreedor en la fijación de las causas de vencimiento de la hipoteca, dan lugar a recursos, como el presente, en que se entrecruzan aspectos puramente contractuales de eficacia personal con otros puramente reales propios de la garantía hipotecaria.

Registro Mercantil Central

Resolución de 27 de diciembre de 1999.
Registro Mercantil Central
(*BOE* de 3-2-2000).

DENOMINACION. CADUCIDAD.

La caducidad y cancelación de denominación de S.A. sólo pretende después de la finalización del proceso liquidatorio de la misma.

Registro Mercantil

Resolución 23 de diciembre de 1999.
Registro Mercantil de Salamanca
(*BOE* de 3-2-2000).

PRIORIDAD. TRACTO SUCESIVO.

Posibilidad de inscripción de acuerdos sociales existiendo otras inscripciones de fecha posterior relativas a composición de órgano de Administración de la sociedad.

Resolución de 3 de enero de 2000.
Registros Mercantiles de Madrid números XV y XVI
(*BOE* de 16-2-2000).

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACION PARA RECURRIR.

La Comisión Liquidadora del Convenio de Acreedores de la Suspensión de Pagos de la «Compañía...» tiene facultades para recurrir.

Resolución de 8 de enero de 2000.
Registro Mercantil de Eivissa
(*BOE* de 16-2-2000).

OBJETO SOCIAL.

El hecho de que en el «objeto social» de una SRL, se comprenda: «la compraventa y administración de valores», no implica que la sociedad haya de cumplir en todo caso las características, requisitos y autorizaciones de la legislación especial de las sociedades de valores.

Resolución de 11 de enero de 2000.
Registro Mercantil de Asturias
(*BOE de 16-2-2000*).

REACTIVACION.

Si bien el acuerdo de reactivación, aparte la publicidad de su inscripción, está sujeto a la prevista en el artículo 263 LSA, ello es una obligación que recae en los administradores, pero no requisito previo para la inscripción.

Resolución de 13 de enero de 2000.
Registro Mercantil I de Madrid
(*BOE de 16-2-2000*).

CUENTAS. DEPOSITO. CIERRE REGISTRAL.

La falta de depósito de las cuentas anuales cierra el Registro a la inscripción de documento alguno referido a la sociedad, mientras persista el incumplimiento, con determinadas excepciones, entre las que no figura la declaración de unipersonalidad sobrevenida.

Resolución de 31 de enero de 2000.
Registro Mercantil número IX de Madrid
(*BOE de 23-2-2000*).

ADMINISTRADOR. DURACION DEL CARGO. FALTA DE ADAPTACION.

No es obstáculo la falta de adaptación de los Estatutos Sociales de una S.A. a SRL para el nombramiento o reelección de Administrador.

Resolución de 3 de febrero de 2000.
Registro Mercantil número X de Madrid
(*BOE de 23-2-2000*).

PLANES DE PENSIONES. ADAPTACION Y MODIFICACION.

El artículo 292.3 del Reglamento del Registro Mercantil atribuye al órgano de administración de la entidad gestora del fondo de pensiones la facultad de certificar como la de elevar a público los actos que hayan de inscribirse.

Resolución de 7 de diciembre de 1999.
Registro Mercantil de Madrid número XIII
(*BOE de 26-2-2000*).

AUDITOR. REQUISITOS.

El nombramiento de un Auditor de Cuentas, por una Junta General Extraordinaria y Universal de una S.A. no obligada a verificación contable, no exime de cumplir la fijación de plazo de duración y la aceptación del cargo.

Resolución de 27 de enero de 2000.
Registro Mercantil número 2 de Valencia
(*BOE de 26-2-2000*).

CALIFICACION. INADMISION DEL ESCRITO DE REFORMA.

Contra una calificación del Registrador negativa por no haberse aportado documento original o debidamente testimoniado.

Resolución de 1 de febrero de 2000.
Registro Mercantil número XVII de Madrid
(*BOE de 26-2-2000*).

AUDITOR. COMPUTO DEL PLAZO.

El plazo de tres meses desde la fecha de la resolución definitiva de la Dirección General para el cierre de la hoja de la Sociedad conforme artículo 378.4 Reglamento del Registro Mercantil impide la inscripción solicitada.

Resolución de 4 de febrero de 2000
(*BOE 4-3-2000*).

DOMICILIO SOCIAL. TRASLADO A ESPAÑA DE UNA S.R.L. EXTRANJERA.

Ley aplicable y requisitos para inscripción en España.

Resolución de 7 de febrero de 2000
(*BOE 9-3-2000*).

ADMINISTRADORES. ADMINISTRADOR UNICO DE S.R.L. REELECCION.

La reelección de un administrador único de S.R.L. cuyos estatutos no fijan la duración del cargo, pueden hacerse por plazo indefinido.

Resolución de 16 de febrero de 2000
(*BOE 9-3-2000*).

LEGALIZACION DE LIBROS DE COMERCIO.

Las obligaciones contables y de llevanza de libros impuestas a los comerciantes o empresarios individuales, no son aplicables a las comunidades de bienes que no tienen carácter de comerciante individual o social.

Resolución de 19 de febrero de 2000
(BOE 21-3-2000).

CIERRE REGISTRAL EFECTOS.

Examen de los efectos del cierre de la hoja de la sociedad por aplicación de los artículos 276 y 277 del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 15 de octubre de 1982 y del R.R.M.

Resolución de 22 de febrero de 2000
(BOE 23-3-2000).

CIERRE REGISTRAL. EFECTOS.

El cierre de la hoja de una S.A., impide la práctica posterior de asientos.

Resolución de 23 de febrero de 2000
(BOE 23-3-2000).

REDUCCION Y AUMENTO SIMULTANEO DE CAPITAL DE S.A.

La llamada «operación acordeón», de reducción y simultáneo aumento de capital, requiere la existencia de un balance y el informe de Auditor de Cuentas.

Resolución de 25 de febrero de 2000
(BOE 29-3-2000).

DISOLUCION DE S.L. Y NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR.

En una S.L., con dos únicos socios al 50 por 100 de participación en el capital de la misma y administradores mancomunados, la convocatoria de Juntas y toma de acuerdos puede necesitar la intervención judicial por enfrentamiento entre los dos socios.

Resolución de 26 de febrero de 2000
(BOE 29-3-2000).

AUMENTO DE CAPITAL DE S.A. Y TRANSFORMACION EN S.R.L.

Cumplimiento del artículo 132 R.R.M. sobre identidad de aportaciones realizadas mediante compensación de créditos.

Resolución de 28 de febrero de 2000
(BOE 31-3-2000).

ADMINISTRADORES. CONSEJO DE ADMINISTRACION. CONVOCATORIA.

Los requisitos, que estatutariamente han de cumplirse en la convocatoria del Consejo de Administración de una S.R.L., están especificados en el artículo 57.1 Ley S.R.L.

Resolución de 1 de marzo de 2000
(BOE 31-3-2000).

ADAPTACION DE ESTATUTOS DE UNA S.L.

La adaptación de los estatutos para adecuarlos a la nueva normativa (Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de R.L.) requiere que se eviten expresiones o conceptos que afecten al objeto social. En el supuesto a que se contrae esta Resolución, el acuerdo tomado en Junta Universal y por unanimidad, no incurre en tales inexactitudes según la Resolución de la Dirección General.

Resolución de 4 de marzo de 2000
(BOE 30-3-2000).

UNIDAD DE JUNTA. FACULTADES DEL PRESIDENTE PARA SUSPENDER, APLAZAR O PRORROGAR LA SESION DE LA JUNTA.

La unidad de Junta, esto es, la posible prórroga de una Junta sin que imponga una nueva Junta, exige que se cumpla estrictamente lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley de S.A., como acertadamente entendió en su calificación el Registrador.

Resolución de 7 de marzo de 2000
(BOE 31-3-2000).

PRESTACIONES ACCESORIAS DE UNA S.R.L.

La posibilidad de crear «prestaciones accesorias» en los estatutos de una S.R.L. está prevista y admitida en los artículos 22.1 y 24 y 25.1 de la Ley de S.R.L., pero para su adquisición han de cumplirse con rigurosidad las líneas fundamentales de las mismas: tiempo y cuantía de las aportaciones para evitar una vinculación excesiva entre aportaciones accesorias y la propia participación del socio.

Resoluciones de 9 de marzo de 2000 y 21 de febrero de 2000
(BOE 30-3-2000 y 20-3-2000).

ADAPTACION DE ESTATUTOS Y REELECCION DE CARGOS.

Requisitos previos a la toma de acuerdos sociales son el depósito de cuentas anuales y hacer constar tal falta conforme al artículo 108.4.º R.R.M.

Resolución de 11 de marzo de 2000
(BOE 30-3-2000).

DISOLUCION Y EXTINCION DE S.A.

La extinción de una S.A. supone la liquidación total de su patrimonio, lo que se ha de reflejar con todo detalle en el balance final, sin que pueda admitirse que después de una liquidación se haga alusión a la existencia de créditos o deudas pendientes.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS Y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

REANUDACION DEL TRACTO. EXPEDIENTE DE DOMINIO.—EL CAUCE REANUDADOR DEL EXPEDIENTE ES EXCEPCIONAL Y SOLO DEBE APLICARSE CUANDO NO SEA POSIBLE REANUDAR EL TRACTO MEDIANTE LA INSCRIPCION DE LOS TITULOS INTERMEDIOS. (RESOLUCIONES DE 3 DE ABRIL DE 1999, BOE DE 25 DE MAYO 1999, Y DE 7 DE ENERO DE 2000, BOE DE 16 DE FEBRERO DE 2000).

RESOLUCION de 13 de abril de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Mercedes Cruz Maldonado, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Andújar, don Francisco Sena Fernández, a inscribir un auto recaído en expediente de dominio, en virtud de apelación del recurrente y del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Rafael García Valdecasas Ruiz, en nombre de doña Mercedes Cruz Maldonado, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Andújar, don Francisco Sena Fernández, a inscribir un auto recaído en expediente de dominio, en virtud de apelación del recurrente y del señor Registrador.

Hechos.—I. Mediante contrato verbal, de fecha 8 de enero de 1989, don José Luis Navarro Pérez vendió a su esposa doña Mercedes Cruz Maldonado, una vivienda sita en la calle Ronceros, número 12, de Andújar, la cual fue adquirida en noviembre de 1982, también verbalmente, por el esposo vendedor de don Francisco Núñez Bárcenas, último titular registral de la finca, habiendo fallecido éste en 11 de enero de 1983, sin haberse otorgado escritura pública. Entre los citados esposos rige el régimen económico de separación de bienes, en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los mismos con fecha 25 de junio de 1975.

Doña Mercedes Cruz Maldonado promovió expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de la referida finca, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Andújar, que tras la

tramitación legal correspondiente, fue dictado auto en fecha 27 de julio de 1995, en el que se declaraba justificado el dominio de la promotora de dicho expediente en lo que se refiere a la finca que se describe y se acordó la inscripción de dicho dominio a su nombre en el Registro de la Propiedad de Andújar.

II. Presentado el citado auto en el Registro de la Propiedad de Andújar, al que se acompañaba solicitud de la señora Cruz Maldonado y escritura de capitulaciones matrimoniales, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, complementado mediante instancia y capitulaciones matrimoniales de su promotora, por lo siguiente: 1.º De acuerdo con el artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria, el expediente del tracto tiene carácter excepcional para la reanudación del tracto, y procede sólo cuando no existe titulación adecuada, que en este caso puede lograrse, en cuanto a la promotora, mediante el otorgamiento de escritura de compraventa. 2.º No consta el cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo en la forma y plazos prevenidos en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Andújar, 29 de diciembre de 1995.—El Registrador. Firma ilegible.»

III. El Procurador de los Tribunales, don Rafael García Valdecasas Ruiz, en representación de doña Mercedes Cruz Maldonado, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que se considera que la calificación no es ajustada a derecho, en cuanto que se incurre por el Registrador en extralimitación de la función censora, pues como resulta del artículo 99 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, no puede entrar a valorar la decisión judicial que tiene por acreditado el título de adquisición de la promotora del expediente y acuerda la inscripción, ya que, en otro caso, estaría invadiendo la competencia que corresponde en exclusiva al Juez, pudiendo sólo extenderse la calificación a determinar la formalidad del título, así como la competencia del Juzgado. Que la resolución judicial respeta el artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria, que hay que relacionar con los artículos 200 y 202 del mismo texto legal, resultando del conjunto que un modo de proceder a la reanudación del tracto sucesivo interrumpido es el expediente de dominio cuando medie algún defecto de titulación en los adquirentes sucesivos, como sucede en este caso.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que como cuestión previa hay que señalar que la nota de calificación recurrida tiene dos defectos. El segundo de ellos, del cual el recurrente no hace mención alguna, está mal transcrito al pie del auto, habiéndose saltado un renglón y debe decir lo siguiente: «No consta el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 202 de la Ley Hipotecaria en materia de citaciones». Se ve claramente que a partir de la preposición «por» hubo un salto de renglón y se copió el final de la nota en la que se advierte al interesado su derecho a recurrir y se hace alusión a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Que en virtud de lo anterior, se propone al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que, como diligencia para mejor proveer, dé traslado al recurrente de tal corrección, a fin de que se pronuncie sobre su alcance. Que entrando en el examen del primer defecto de la nota, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado en numerosas ocasiones (Resolución, entre otras, de 5 de julio de 1998) que el expediente de dominio tiene carácter excepcional y sólo debe utilizarse cuando el tracto se ha interrumpido, pero no cuando falta el título formal que permita

la inscripción que se pretende, en cuyo caso lo que procede es su otorgamiento, incluso por los herederos del transmitente fallecido (cfr. Resolución de 22 de mayo de 1995). Que si se examina la trayectoria de la finca cuyo tracto se pretende reanudar, lo primero que hay que destacar es que si el tracto se ha interrumpido es porque no hay título formal, y si no hay título formal es porque los interesados no han querido que lo hubiera. Que el título normal adecuado en la compraventa de un inmueble es la escritura pública. Que tiene carácter necesario (art. 1.280.1.º del Código Civil) y se considera que la compraventa verbal de un inmueble no existe, no se discute el reconocimiento del dominio hecho por la autoridad judicial. Que, en definitiva, no existe una interrupción del tracto por causas ajenas a la voluntad de los dos interesados, sino más bien el tracto se ha interrumpido porque voluntariamente lo han querido.

V. El día 26 de junio de 1996 fue notificada, mediante Providencia a la parte recurrente, la resolución del excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la que se admite la rectificación propuesta por el señor Registrador del error material padecido en la transcripción del segundo defecto en la nota de calificación; no obstante, en escrito de 9 de junio de 1996, el recurrente se niega a debatir sobre un defecto que no resulta de la nota de calificación.

VI. La ilustrísima señora Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Andújar, informó: Que en el expediente de dominio objeto del recurso, se cumplieron todos los requisitos legales, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, por lo que el señor Registrador no puede entrar a valorar la decisión judicial que tiene por acreditado el título de adquisición de la promotora del expediente y acuerda la inscripción.

Que conforme a los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil, la forma escrita no es requisito necesario para la validez de un contrato, y la falta de escritura u otra formalidad no priva al contrato de eficacia. Que el artículo 1.280 del Código Civil (como señala el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre de 1965, 28 de octubre de 1968, 30 de mayo y 30 de junio de 1982) no modifica el artículo 1.278 y no tiene otro alcance que cualquiera de las partes pueda imponer a la otra su cumplimiento. Que el principio de legalidad confiere al Registrador la facultad de calificar en los términos establecidos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pero cuando tales requisitos ya han sido depurados en un procedimiento judicial, habiendo llegando a una resolución estimatoria sobre el fondo, se considera que el Registrador está invadiendo una esfera que no le corresponde. Que hay que distinguir entre titulación ordinaria y supletoria, siendo el expediente de dominio una de las formas de la titulación supletoria.

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador en lo referente al primer defecto advertido, fundándose en los argumentos contenidos en el informe de éste y en la Resolución de 22 de mayo de 1995 y la revocó en cuanto al segundo defecto, puesto que se cumplieron los requisitos de acuerdo con lo establecido en la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria.

VIII. El Procurador de los Tribunales recurrente apeló el auto presidencial en lo referente al primer defecto de la nota de calificación, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que el Registrador conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 99 del Reglamento Hipotecario, y 172 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede entrar a valorar la decisión judicial que

tiene por acreditado el título de adquisición del dominio por parte de la promotora del expediente y acuerda la inscripción del dominio. Que en este sentido se cita la Resolución de 12 de febrero de 1996. 2. Que la resolución recurrida infringe, por interpretación errónea, el artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 200 y 202 del mismo texto legal, resultando de la interpretación conjunta de todos ellos que, precisamente un modo de proceder en la reanudación del tracto sucesivo interrumpido es el expediente de dominio cuando media algún defecto de titulación en los adquirentes sucesivos. Que se citan la Resolución de 29 de agosto de 1983 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de mayo de 1994.

IX. El Registrador apeló el auto presidencial en lo concerniente al segundo defecto de la nota de calificación, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la inscripción contradictoria tiene menos de treinta años de antigüedad y, en consecuencia, está justificado acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 286 del Reglamento. Que el recurrente no ha hecho ninguna alegación sobre este defecto ni antes de corregir el error de redacción, ni después, una vez comunicada su corrección. Que el auto presidencial no tiene en cuenta lo establecido en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 22 de junio de 1951, 1 de febrero de 1952, 4 de marzo de 1953, 11 de noviembre de 1958, 22 de mayo y 14 de julio de 1965, 17 de abril de 1970, 15 de junio de 1971, 14 de octubre de 1975, 16 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1986, 6 de abril de 1987, 30 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 12 de abril de 1995.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española, 1.279 y 1.280 del Código Civil, 18, 40, 199, 201, 202 de la Ley Hipotecaria; 100, 112, 113, 114, 115, 116, 117 y 127 de su Reglamento, y las Resoluciones de 30 de mayo de 1988, 21 de junio, 5 y 17 de julio y 30 de diciembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 24 de enero de 1994, 22 de mayo de 1995 y 1 de junio de 1996.

1. En el presente recurso se debate acerca de la posibilidad de inscribir un auto recaído en expediente de dominio del que resulta que la promotora, casada en separación de bienes, adquirió, mediante contrato verbal, del que es su marido, quien a su vez adquirió del titular registral mediante otro contrato verbal.

El Registrador deniega la inscripción porque: «1.º De acuerdo con el artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria, el expediente de dominio tiene carácter excepcional para la reanudación del tracto y procede sólo cuando no existe titulación adecuada, que en este caso puede lograrse, en cuanto a la promotora, mediante el otorgamiento de escritura de compraventa; 2.º No consta el cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario».

La recurrente parece referirse en su escrito sólo al primero de los defectos, si bien menciona los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario para decir que, al amparo de los mismos, interpone el recurso.

El Registrador, en el informe en defensa de su nota, alega que el segundo de los defectos, tal y como aparece en la misma, carece de sentido y es que el defecto no es el que la nota expresa, sino otro: «No consta el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 202 de la Ley Hipotecaria en materia de citaciones»; y a continuación propone al Presidente del Tribunal

Superior de Justicia que, como diligencia para mejor proveer, dé traslado a la recurrente para que se pronuncie sobre su alcance, y así lo hace el Presidente. No obstante, el recurrente se niega, en su escrito de contestación, a debatir sobre un defecto que no resulta de la nota de calificación.

2. Razones de economía procesal y la conveniencia de no acentuar el rigor formal del recurso gubernativo, aconsejan extender éste al análisis de defectos que no habiendo sido recogidos adecuadamente en la nota inicial impugnada, se clarifican en el informe prevenido en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, si, como ocurre en el caso debatido, el Presidente da traslado al recurrente de tal informe y le concede la posibilidad de ampliar su recurso al defecto que en aquél se perfila o completa. Téngase en cuenta que al amparo del artículo 127 del Reglamento Hipotecario, aún después de recaída resolución que no entrase a conocer de tal defecto, el Registrador siempre podría invocarlo antes de acceder al asiento pedido —sin perjuicio de la responsabilidad en que por ello pudiese haber incurrido— con lo que quedaría expedita la posibilidad de un nuevo recurso gubernativo que de aquel modo se habría olvidado.

Ahora bien, la congruencia entre la resolución que se dicte y las pretensiones formuladas por el recurrente (cfr. art. 118 del Reglamento Hipotecario) impiden ahora entrar a conocer de este defecto invocado de nuevo o aclarado en el informe del Registrador, cuando el recurrente, ante la posibilidad que le concedió el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, opta por no extender a él su impugnación; y sin que por ello se entienda, como parece presuponer dicho recurrente, que tal defecto no podría ser ya invocado por el Registrador como obstáculo para la inscripción, pues, el silencio de aquél lo que viene a significar es su aceptación de la pertinencia de tal defecto.

3. En cuanto al primero de los defectos de la nota impugnada, es cierto que la virtualidad del auto recaído en el expediente de dominio como medio de reanudación del tracto sucesivo, presupone una efectiva interrupción de éste, es decir, que el promotor haya adquirido su derecho de persona distinta del titular registral, pero no lo es menos que dicho cauce para la reanudación del tracto tiene un carácter excepcional, pues, frente a la general exigencia de consentimiento del titular o de resolución judicial firme dictada en juicio declarativo ordinario para la rectificación del Registro (cfr. arts. 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), será suficiente con el auto recaído en expediente de jurisdicción voluntaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria), de ahí que el artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria prevea su aplicación subsidiaria para cuando no sea posible lograr esa reanudación mediante la inscripción de los títulos intermedios. En el caso debatido debe rechazarse la virtualidad reanudatoria del auto calificado toda vez que no sólo es perfectamente posible la formalización de la segunda venta (el marido vendedor aparece como firmante del escrito de interposición del recurso), sino que la adecuada protección del derecho que el Registro publica reclama la adecuada formalización pública de la adquisición invocada por el transmitente de la promotora (su cónyuge), bien mediante el otorgamiento voluntario de la escritura pública de formalización de dicho negocio adquisitivo, bien mediante la exigencia de su formalización judicial instada en el juicio declarativo contra el titular registral o sus herederos (cfr. arts. 657 y sigs., 1.279 del Código Civil y 40 de la Ley Hipotecaria), sin que estas exigencias y garantías del titular registral puedan obviarse mediante una posterior transmisión entre cónyuges cuya licitud y realidad, por otra parte no se cuestionan (cfr. art. 6.4 del Código Civil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto por el Registrador, revocando el auto apelado en cuanto entra a conocer de un extremo no discutido por el recurrente y se desestima el recurso interpuesto por el recurrente, confirmando el auto apelado en cuanto al primero de los defectos de la nota impugnada.

Madrid, 13 de abril de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

RESOLUCION de 7 de enero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por doña María Rosa Reviejo Lamas contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Cebreros, don Enrique Rajoy Brey, a inscribir un testimonio de auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Rosa Reviejo Lamas contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Cebreros, don Enrique Rajoy Brey, a inscribir un testimonio de auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Avila se tramitó expediente de dominio número 65/95, promovido por doña María Rosa Reviejo Lamas para reanudar el tracto sucesivo interrumpido de la finca registral número 3.756, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cebreros a nombre de doña Felisa Reviejo González.

El 12 de junio de 1996 recayó auto en dicho expediente, en el que tras hacerse constar en los fundamentos de Derecho que la finca objeto de la litis fue adquirida por la promotora del expediente en virtud de legado instituido a su favor por su tía doña Felisa Reviejo González (titular registral) en testamento abierto otorgado ante el Notario de Cebreros, don Manuel Nogaes Barquero, el 22 de agosto de 1979, número 745 de su protocolo, y que la misma falleció el 9 de octubre de 1984, se declara justificado el pleno dominio de doña María Rosa Reviejo Lamas sobre la referida finca y se acuerda la inscripción de dicho dominio a su favor en el Registro de la Propiedad, así como que se proceda a la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

II. Presentado el testimonio del referido auto en el Registro de la Propiedad de Cebreros, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de figurar la finca inscrita a nombre de la causante doña Felisa Reviejo González, de quien la adquirió por herencia doña María Rosa Reviejo Lamas, persona que incoa el expediente de dominio, siendo el título hereditario el único hábil para inscribir el dominio de la interesada, pues el tracto sucesivo no se ha interrumpido, artículo 40 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 15 de noviembre de 1990, 21 de junio de 1991 y 1 de junio de 1996.

Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en la forma y plazos que determinan los artículos 66 LH y 112 y siguientes de su

Reglamento. Cebreros, 28 de agosto de 1996.—El Registrador. Firmado: Enrique Rajoy Brey.»

III. Doña María Rosa Reviejo Lamas interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación, y alegó: Que el Registrador de la Propiedad, haciendo caso omiso de una resolución judicial firme, denegó la inscripción, alegando, de forma imprecisa, que el único título válido para la inscripción de dominio era el de heredero, que precisamente es el título que esgrime la recurrente, si bien filtrado a través del expediente de dominio.

Que del artículo 201 de la Ley Hipotecaria y del artículo 283 del Reglamento Hipotecario resulta que el testimonio del auto recaído en el expediente es título hábil para la inscripción.

Que según Resoluciones de 30 de julio de 1993 y 12 de febrero de 1996, los Registradores de la Propiedad están obligados a cumplir las resoluciones firmes, incluidas las dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria, y sólo muy limitadamente están sujetas a calificación registral, sin que pueda cuestionarse si los fundamentos jurídicos en que el Juzgador basa su fallo se ajustan o no a Derecho o si los trámites procesales se han cumplido regularmente.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1. Que la calificación recurrida no excede de lo que en el ámbito de los documentos judiciales se reconoce a los Registradores de la Propiedad, toda vez que se trata de un supuesto de imposibilidad de inscripción en virtud de un obstáculo surgido del mismo Registro: Inexistencia de tracto sucesivo interrumpido. 2. Que los artículos 201 de la Ley Hipotecaria y 283 de su Reglamento no son de aplicación, ya que se refieren al expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, circunstancia que en este caso no se da, porque, como reconoce la propia recurrente, ésta ha adquirido el derecho de propiedad de la actual titular registral. 3. Que, como señaló la Resolución de 1 de junio de 1996, el expediente de dominio no es, en este caso, el cauce adecuado para obtener la inscripción a favor del titular extrarregistral, sino que ésta ha de discurrir por los cauces ordinarios a través del título material y formal adecuado (arts. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria) o declaración judicial de su existencia obtenida en juicio contradictorio que asegure al titular registral la tutela jurisdiccional de su derecho (arts. 24 de la Constitución y 40 de la Ley Hipotecaria).

V. La Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Avila informó sobre los trámites seguidos en el expediente de dominio.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León revocó la nota de calificación, fundándose en: Que no debe olvidarse que el expediente de dominio no sólo tiene la finalidad de reanudar el tracto sucesivo interrumpido, sino que, primordialmente, es un medio inmatriculador, y lo que sirve para inmatricular ha de servir para inscribir.

Que en el presente caso aparece clara la titulación material y formal que funda la declaración judicial de dominio y diferir la cuestión a la jurisdicción contenciosa cuando en el expediente de jurisdicción voluntaria no han formulado oposición los interesados en la misma, que han sido citados en legal forma, parece contrario a las reglas de la economía procesal, ya que el proceso debe reservarse para aquellas hipótesis en que la existencia de conflicto aparece realmente confirmada.

VII. El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que nadie ha cuestionado la validez de la resolución ju-

dicial, sino la idoneidad para la inscripción que se interesa, sin que pueda aceptarse el razonamiento del auto de que «lo que sirve para inmatricular también ha de servir para inscribir», ya que son dos actos diferenciados entre los que no procede aplicar el aforismo de que quien puede lo más puede también lo menos, ya que mientras la inmatriculación permite el acceso de una finca al Registro y proclama su titularidad dominical sobre la misma, la inscripción de la transferencia del dominio inscrito a favor de otra persona, como en el presente caso, además de efectuar esa proclamación, impone la extinción de la inscripción anterior en cuanto a tercero (art. 76 de la Ley Hipotecaria), por lo que su práctica se rige por otros principios, como el de tracto sucesivo, que garantizan la tutela del derecho inscrito, amparado por la presunción de legitimación registral (arts. 38 y 1.3 de la Ley Hipotecaria), y es para procurar esta garantía al titular registral, inexistente en el supuesto de inmatriculación, y para dar cumplimiento al artículo 24 de la Constitución, para lo que el legislador exige en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria que la rectificación de asientos registrales, en defecto del consentimiento del titular registral, se realice en virtud de resolución judicial recaída en juicio contradictorio.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución; 40 y 200 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de agosto de 1983, 30 de mayo de 1988, 5 de julio de 1991 y 7 de julio de 1997:

1. Son hechos a tener en cuenta en el presente recurso: *a)* Se presenta en el Registro de la Propiedad testimonio de auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido de una finca en el que se declara justificado el pleno dominio sobre la misma de la promotora del expediente y se acuerda la inscripción de dicho dominio a su favor, así como que se proceda a la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley Hipotecaria. *b)* En el mismo auto se indica que la finca en cuestión fue adquirida por la promotora en virtud de legado instituido a su favor por la actual titular registral. *c)* El Registrador deniega la inscripción del referido testimonio del auto por el defecto insubsanable de figurar la finca inscrita a favor de la persona de quien la adquirió por herencia la promotora del expediente, siendo el título hereditario el único hábil para inscribir el dominio de la interesada, pues el tracto sucesivo no se ha interrumpido.

2. Como ya declaró la Resolución de este Centro Directivo de 30 de mayo de 1988, una de las finalidades del expediente de dominio, según la legislación hipotecaria, es la de servir de cauce apropiado para declarar —a los solos efectos de posibilitar la inscripción— la efectiva adquisición por el promotor del expediente del dominio invocado, pero sólo en aquellos casos en que dicha adquisición no trae causa directa de un titular inscrito, ya que uno de los requisitos básicos para que el expediente pueda cumplir su función es que se haya producido una ruptura en el tracto registral de la finca y no una sucesión de titularidades inmediatas, como aquí sucede, al haber adquirido el promotor del expediente directamente del titular registral. En tal hipótesis, el problema a solventar no es el de reanudación del tracto, sino el de la falta de acreditación suficiente del acto transmisivo a favor del interesado (art. 3 de la Ley Hipotecaria), el de falta de título formal adecuado para la inscripción, el cual se logrará a través del reconocimiento y pública documentación de dicho acto voluntariamente otorgado por el transferente o, en este caso, por

los herederos de éste (posiblemente mediante la formalización de la correspondiente escritura de entrega de legado), o mediante la debida declaración judicial de su existencia obtenida en juicio contradictorio correctamente enjuiciado que asegure convenientemente la tutela jurisdiccional del derecho del transmitente (arts. 24 de la Constitución y 40 de la Ley Hipotecaria).

3. Por último, no cabe admitir, tal como alega la promotora del expediente, que la negativa del Registrador a inscribir éste suponga una extralimitación de la función calificadora, limitada, en cuanto a los documentos judiciales, a los extremos que resultan del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, precisamente por darse uno de ellos, el obstáculo registral de la inexistencia de tracto sucesivo interrumpido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador.

Madrid, 7 de enero de 2000.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

Tanto los supuestos de hecho como la solución adoptada son iguales prácticamente en ambas Resoluciones, por lo que se hace un comentario común.

Es indudable la importancia que tiene en nuestro sistema hipotecario el principio de tracto sucesivo. Al haberse adoptado la técnica de registración por fincas, el historial jurídico de las mismas arranca desde su inmatriculación y sigue en lo sucesivo de forma que los siguientes titulares han de eslabonarse los unos con los que les sucedan, de modo que, como dice Roca SASTRE, el transferente de hoy sea el adquirente de ayer y el titular inscrito actual sea el transferente de mañana. El tracto sucesivo que se refleja en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria tiene por tanto como objeto mantener el orden regular de los titulares registrales sucesivos, de manera que todos los actos dispositivos formen un encadenamiento, sin que deba romperse esa continuidad.

Sin embargo, dada la voluntariedad de la inscripción, la ruptura aparece de vez en cuando por diversas causas, bien sea por desidia o por ignorancia, originando la lamentable consecuencia de que se interrumpa el curso registral de la finca por falta de propietarios intermedios; esto perjudica evidentemente al adquirente posterior que, deseoso de acogerse a las garantías de la publicidad registral, encuentra obstaculizado su propósito por la falta de esos necesarios eslabones.

En principio, la forma normal de salvar esa interrupción consistiría en practicar todas las inscripciones intermedias. A veces, esto no es posible o resultaría excesivamente complicado, cuando el último asiento vigente es muy antiguo y hay varias transmisiones intermedias no conocidas. Por ello en la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 se regularon los medios de reanudación de la vida registral de las fincas a que se refiere el actual artículo 200 de la Ley y que son, es sabido, el expediente de dominio y el acta de notoriedad.

La doctrina consideró justificada la introducción de esta nueva normativa que facilitaba la reanudación de la vida registral interrumpida, aceptándola de

modo favorable, aunque expresando alguna justificada reticencia. Así, SANZ FERNÁNDEZ dijo que, si bien esta reanudación es indispensable y se debe facilitar, puede ocurrir que si se admite con toda amplitud, permitiéndola cualquiera que sea en número de transmisiones habidas y el tiempo que haya transcurrido, se puede dar lugar a que este procedimiento se convierta en fácil medio de burlar la ley.

Y RAMÓN DE LA RICA opinó que la reanudación del tracto es un arma de doble filo: Si se imposibilita, el Registro languidece, perpetuando cosas inexistentes, y si se facilita demasiado, pierde prestigio la Institución; por otro lado, los propios interesados, sabiendo que en cualquier momento pueden recomponer los eslabones rotos, es fácil que se abstengan de titular e inscribir sus derechos, dejándolo solo para casos de necesidad.

Lo que resalta de los dos casos que se contemplan en estas Resoluciones es que los interesados, teniendo a mano la posibilidad de obtener los deseados asientos por el medio sencillo de proceder a la titulación omitida de la inmediata transmisión, dan el rodeo del expediente de dominio, doblemente inexplicable por más lento y costoso, por lo que ha resultado no sólo desproporcionado sino, además, inadecuado, tal como se ha declarado en definitiva. Mucho más fácil era otorgar o una escritura de compra o la de entrega de legado en el otro caso.

Bien claramente dice el apartado a) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria que cuando la inexactitud proviene de no haber tenido acceso al Registro un acto transmisivo, la rectificación ha de tener lugar, primero, por la toma de razón del título correspondiente y sólo cuando esto no sea posible se acudiría a los medios reanudadores del Título IV.

La Dirección General ya lo declaró en la Resolución de 30 de mayo de 1988 en la que se confirmó la nota del Registrador. Se negó la inscripción de un expediente de dominio para reanudar el tracto instado por una persona que alegaba haber adquirido el dominio directamente en los titulares registrales por un título de compra que no formalizó documentalmente por haber fallecido en el período intermedio uno de los transmitentes; se declara que estos procedimientos de reanudación sólo pueden utilizarse en las hipótesis en que la adquisición no trae causa del título inscrito ya que entonces el único problema a solventar sería la falta de acreditación suficiente del acto transmisivo mediante el correspondiente documento público otorgado, sea por el transmitente o por sus herederos.

La misma línea se sigue en la Resolución de 21 de junio de 1991, donde se confirmó la negativa del Registro a inscribir un expediente de dominio para reanudar el tracto por no ser el procedimiento idóneo, ya que no hay ningún tracto que restaurar al manifestar el promotor del expediente que ha adquirido por compra a una heredera del titular registral. El procedimiento de reanudación del tracto sucesivo en nuestra legislación, declara la Dirección, tiene un carácter excepcional dadas las graves consecuencias que puede acarrear para el actual titular registral al que se cancela el asiento extendido a su favor y además porque, utilizado abusivamente, puede ser también un medio de dejar incumplidas obligaciones de tipo fiscal, todo lo cual exige que los Registradores ejerciten su función calificadora con sumo cuidado, comprobando el cumplimiento de las formalidades y requisitos legales para evitar de esta manera las perniciosas consecuencias que podrían producirse. Uno de los requisitos básicos, se concluye, para que el expediente de dominio pueda cumplir aquí su función, es que se haya producido una verdadera rup-

tura del tracto registral de la finca y no un simple fallo en la titularidad, que se suplirá con la suficiente acreditación del acto transmisivo.

Normalmente, y aquí no podía faltar, los recurrentes alegan extralimitación de las facultades del Registrador al calificar negativamente documentos judiciales. En las dos Resoluciones que comentamos se da el mismo dato y hay apoyo en los respectivos Autos presidenciales. Sin embargo, es también firme la doctrina de la Dirección General al respecto, y aquí se confirma en el sentido de que no cabe admitir la alegación de los recurrentes, ya que hay un respeto a lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento en cuanto que no se discute para nada la declaración de dominio ni se entra en la fundamentación del fallo, sino que simplemente se atiende a uno de los extremos de dicho precepto que es el obstáculo registral de la inexistencia del tracto interrumpido que se alega.

F. C. D.

PARTICIPACIONES. RESTRICCIONES A SU TRANSMISION. SUSPENSION DEL REMATE. EN CASO DE EJECUCION FORZOSA LOS ESTATUTOS PUEDEN CONTEMPLAR LA SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO PARA QUE LOS SOCIOS O LA SOCIEDAD EJERCITEN SU DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE, EL CUAL PREVALECE SOBRE EL DERECHO DEL REMATANTE EN LA SUBASTA. «...CUANDO LA EVOLUCION JURIDICO-SUSTANTIVA NO VAYA ACOMPAÑADA DEL PARALELO DESARROLLO PROCEDIMENTAL, LA RECONOCIDA LICITUD DEL DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE DE CARACTER PREVIO IMPONE LA NOTIFICACION PREVIA A LA EJECUCION JUDICIAL CON SUSPENSION DE ESTA DURANTE LOS PLAZOS ESTATUTARIAMENTE PREVISTOS, CUYA DURACION NO PODRA REBASAR DE LA ADECUADA A LA FINALIDAD PRETENDIDA...» (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE OCTUBRE DE 1998. BOE DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

RESOLUCION de 13 de octubre de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Juan Carlos Sánchez Manzanal, como administrador solidario de «Artesanía del Barro para el Restaurante, Sociedad Limitada», contra la negativa de doña Isabel Adoración Antoniano González, Registradora Mercantil de Madrid, número 1, a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Hechos.—I. El 7 de marzo de 1995, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid, don Francisco José López Goyanes, se constituyó la entidad mercantil «Artesanía del Barro para el Restaurante, Sociedad Limitada». En el artículo 34 de los Estatutos sociales se establece: «El derecho de preferente adquisición en los términos que resultan del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es igualmente aplicable al caso de subasta judicial de participaciones por deudas de cualquier socio. En consecuencia, la adjudicación definitiva de las participaciones que fueren subastadas quedará condicionada al ejercicio del derecho que asiste a los demás socios y a la Sociedad para llevar a cabo su adquisición, entendiéndose en este evento que el precio fijado en el remate es el precio en el que han de adquirirse las participaciones que fueron objeto de subasta.»

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Registro Mercantil de Madrid». El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto proceder a su inscripción en el Tomo 9.242: 0 folio 180, sección 8, hoja: M-148684, inscripción 1. Observaciones e incidencias: No inscribiéndose del artículo 34 de los Estatutos: «En consecuencia, la adjudicación definitiva de las particiones que fueren subastadas quedará condicionada al ejercicio del derecho que asiste a los demás socios y a la Sociedad para llevar a cabo su adquisición», por ser contrario a las normas que rigen los procedimientos judiciales. En virtud de solicitud de inscripción parcial contenido en la escritura que se inscribe. En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 28 de marzo de 1995. El Registrador. Firmado: Firma ilegible.

III. Don Juan Carlos Sánchez Manzanal, en representación de la Sociedad Mercantil de referencia, interpuso recurso de forma contra la anterior calificación, alegando los siguientes argumentos jurídicos: 1) Que hay que remitirse a lo que establece el artículo 31 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día siguiente, cuya vigencia es de 1 de junio del mismo año. 2) Que se considera, el párrafo estatutario no inscrito, responde a la misma finalidad y normativa que el artículo 31 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y ésta no debe establecer normas contrarias a los procedimientos.

IV. La Registradora Mercantil de Madrid, número 1, acordó mantener la nota de calificación en todos sus extremos e informó: 1) La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, publicada al siguiente día en el *Boletín Oficial del Estado*, en su disposición final primera, establece que entrará en vigor el 1 de junio de 1995, y se determina la inmediatez y retroactividad en su aplicación a todas las Sociedades Limitadas, cualquiera que sea la fecha de su constitución. Y todo ello motivado por la misma razón en que se fundamenta el cambio legislativo: Además de la insuficiencia del régimen jurídico de la Ley de 17 de julio de 1953, señala la Exposición de Motivos de la Ley nueva, que la reforma es consecuencia obligada del nuevo régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, introducido por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y de la modificación parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE, en materia de Sociedades, lo que exige uniformidad de regulación en las Sociedades de Responsabilidad Limitada. 2) Que, en el presente caso, se trata de una constitución de Sociedad de Responsabilidad Limitada, de fecha de 7 de marzo de 1995, anterior, incluso, a la publicación de la Ley nueva, y difícilmente podría fundamentarse la norma estatutaria, rechazada en la calificación, en el precepto que invoca de la actual Ley, el artículo 31. 3) Que, aunque en el momento de la calificación, el Registrador ha de atenerse a la normativa vigente, teniendo en cuenta la voluntad del legislador de aplicar la Ley nueva a todas las Sociedades de Responsabilidad Limitada y a su ya próxima entrada en vigor, se considera procedente estudiar el fondo del problema planteado: Si la forma de realización del derecho de preferente suscripción en enajenaciones forzosas, como se ha establecido en el artículo 34 de los Estatutos, responde a la misma fina-

lidad y normativa que el artículo 31 de la nueva Ley de Sociedades Limitadas. 4) Que una vez producida la adjudicación definitiva en un procedimiento de ejecución, no puede introducirse, por norma estatutaria, un elemento que distorsione la típica regulación de los procedimientos de ejecución y la seguridad y firmeza de las actuaciones judiciales. La adquisición que se produce con la adjudicación definitiva es firme y no puede alterarse sujetándola a una condición «a un hecho futuro e incierto» (art. 1.113 del Código Civil) del que se va hacer depender, en este caso, la resolución de la adjudicación. Cosa diferente es que al adjudicatario, ya propietario, se le ofrezca al precio de remate y en virtud de la norma estatutaria, que establece el derecho de preferente adquisición por el carácter esencialmente cerrado de este tipo de Sociedad, deba ceder lo ya adquirido. La nueva Ley establece la posibilidad de, en base del derecho de preferente adquisición, personarse en el procedimiento de apremio en su última fase, pero dice algo muy distinto a la norma estatutaria calificada, pues en su artículo 31, párrafo primero, establece la obligación de que sea notificado a la Sociedad el embargo decretado, y en el apartado segundo que en el momento anterior a la adjudicación quedará en suspenso la aprobación del remate y la adjudicación de las participaciones sociales embargadas. Se ha querido introducir una incidencia en el procedimiento, abriendo la posibilidad de que los socios o la Sociedad puedan subrogarse en el lugar del rematante (no del adjudicatario definitivo) o, en su caso, del acreedor para reforzar la seguridad en la adquisición en los procedimientos judiciales de apremio y que no se produzca un cambio inmediato posterior de titularidad de las participaciones sociales.

V. El recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, reiterando los argumentos alegados en el recurso de reforma y añadió: 1) No se fundamentó el artículo 34 de los Estatutos, como dice la señora Registradora, en un precepto que todavía no estaba vigente al tiempo de constituirse la Sociedad. Además, carece de toda lógica, que si el artículo estatutario fuere «contrario a las normas que rigen los procedimientos judiciales» como afirma la nota de calificación, se recoja una normativa prácticamente igual, en el artículo 31 de la Ley vigente de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 2) El ordenamiento jurídico compatibiliza el derecho de adquisición de carácter previo con los casos de venta judicial (arts. 1.640 del Código Civil y 592 del Código de Comercio). 3) Por último, la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de junio de 1990, contradice los argumentos que la señora Registradora encuentra convincentes para mantener su calificación.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 20 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, el artículo 31 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 64 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, 592 del Código de Comercio, 3, 1.284, 1.287, 1.640 del Código Civil, artículo 1.482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de abril de 1909, 6 de junio de 1990, 19 (1) de octubre de 1992, 23 de febrero de 1993.

(1) Parece haber un error; en realidad se trata de la Resolución de 9 de octubre de 1992.

1. En el presente recurso se cuestiona la inscribibilidad de parte de una cláusula de los estatutos de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, relativa al derecho de adquisición preferente de los socios en la hipótesis de transmisión forzosa de participaciones sociales; en concreto, el párrafo no inscrito dice así: «En consecuencia, la adjudicación definitiva de las participaciones que fueren subastadas quedará condicionada al ejercicio que asiste a los demás socios y a la sociedad para llevar a cabo su adquisición.» La Registradora inscribe el artículo 34 de los Estatutos, parcialmente denegando dicho párrafo, por entender que es contrario a las normas que rigen los procedimientos judiciales.

2. Es cierto que las normas procesales no tienen, en principio, carácter dispositivo y que no pueden alterarse, por vía convencional, los trámites del procedimiento de apremio, pero también lo es que no puede afirmarse la ejecutabilidad incondicionada de la participación con menoscabo de su contenido jurídico específico. Aun cuando la participación social de la Sociedad Limitada sea considerada jurídicamente como un bien, no puede desconocerse su peculiar naturaleza jurídica en cuanto que no representa una realidad física económicamente autónoma, sino una compleja posición social cuyo contenido y características vienen definidas por la norma estatutaria rectora de la vida y funcionamiento de la Sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces legales preestablecidos, a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se planteen en su actuación y tráfico.

3. Del mismo modo que en las Sociedades personalistas la posición del socio colectivo, al ser intransmisible sin el conocimiento de los demás (art. 143 del Código de Comercio), no resulta embargable por deudas particulares suyas, sino que la traba ha de contraerse a los beneficios y a la cuota de liquidación (art. 174 del Código de Comercio), si bien el acreedor, por la vía subrogatoria, puede solicitar la disolución anticipada si la Sociedad se constituye por tiempo indefinido (art. 224 del Código de Comercio), y la quiebra del socio colectivo provoca la disolución de la Sociedad (art. 222.3.º del Código de Comercio), en las Sociedades de capital en las que al amparo de la previsión legal (*vid.* arts. 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) se estipule estatutariamente el derecho de la Sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, tal previsión, en cuanto contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por la participación social, deberá tener las consiguientes repercusiones en el ámbito procedimental, de modo que su respeto quede garantizado en el caso de ejecución de acciones por deudas del socio (sin que pueda estimarse que en esos supuestos y dado el orden procesal vigente, el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre *a posteriori*, como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario), pues, por una parte, el mismo ordenamiento jurídico compatibiliza el derecho de adquisición de carácter previo con los casos de venta judicial —así, el artículo 1.640 del Código Civil, posibilita al dueño útil o al directo, la adquisición por el tipo fijado para la subasta, evitándole quebranto que le ocasionaría si el tanteo cediese en favor del retracto y el remate lo fuera por un importe superior al tipo de salida; igualmente el artículo 592 del Código de Comercio—, y especialmente, aunque por razón temporal no sea aplicable al caso debatido, el propio artículo 31.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 y, por otra, no puede desconocerse el carácter

subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos.

4. Cuando la evolución jurídico-sustantiva no vaya acompañada del paralelo desarrollo procedimental, la reconocida licitud del derecho de adquisición preferente de carácter previo impone la notificación previa a la ejecución judicial con suspensión de ésta durante los plazos estatutariamente previstos, cuya duración no podrá rebasar de la adecuada a la finalidad pretendida (en este sentido, resultan suficientemente expresivos los establecidos en el art. 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o en el 63 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas), y todo ello sin perjuicio de la embargabilidad, desde luego, de las participaciones sociales, embargo que se contraerá en el interin a los derechos económicos a que se refiere el artículo 174 del Código de Comercio y que, en caso de ejercicio del derecho de adquisición por la Sociedad o por los socios, recaerá sobre el derecho del socio deudor al valor de aquéllas.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el acuerdo y nota del Registrador.

Madrid, 13 de octubre de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid, número 1.

Publicada en el BOE de fecha 7 de noviembre de 1998.

COMENTARIO

Esta Resolución admite que, en caso de ejecución forzosa (judicial o administrativa), los estatutos puedan imponer la suspensión del procedimiento de apremio «por los plazos estatutariamente previstos», para que los socios o la sociedad puedan ejercer un supuesto derecho de adquisición preferente.

Lo admite, además, en unos términos que nada tienen que ver ni con el tenor de la cláusula estatutaria debatida ni con el contenido de la nota de calificación: «...Cuando la evolución jurídico-sustantiva no vaya acompañada del paralelo desarrollo procedimental, la reconocida licitud del derecho de adquisición preferente de carácter previo impone la notificación previa a la ejecución judicial con suspensión de ésta durante los plazos estatutariamente previstos, cuya duración no podrá rebasar de la adecuada a la finalidad pretendida...»

Se reitera así la doctrina formulada por la Resolución de 6 de junio de 1990 para las Anónimas. La que ahora es objeto de comentario ha reproducido literalmente (2) y sin omitir una coma sus fundamentos.

(2) **Resolución de 6 de junio de 1990.** «... 3. Es cierto que las normas procesales no tienen, en principio, carácter dispositivo, y que no pueden alterarse por vía convencional los trámites del procedimiento de apremio, pero también lo es que no puede afirmarse la ejecutabilidad incondicionada de la acción con menoscabo de su contenido jurídico específico. Aun cuando la acción de la Sociedad Anónima sea considerada jurídicamente como un bien, no puede desconocerse su peculiar naturaleza jurídica en cuanto

Según estas dos Resoluciones, la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de la Ley General Tributaria sólo serían de aplicación —en caso de embargo de acciones o participaciones sociales— en tanto en cuanto lo permitieran los estatutos sociales de sociedad, los cuales pueden imponer nuevos trámites no previstos en las leyes que disciplinan los procedimientos de ejecución, regular plazos de suspensión de los procedimientos ejecutivos, etc. Pero, dejando aparte el hecho evidente de que, ni los estatutos ni la interpretación que de ellos hagan las Resoluciones de la Dirección General, obligan a Jueces o Recaudadores, basta un somero examen de la cláusula estatutaria debatida para ver que no guarda la más mínima relación con esa pretendida «suspensión de la ejecución judicial durante los plazos estatutariamente previstos».

que no representa una realidad física económicamente autónoma, sino una compleja posición social cuyo contenido y características vienen definidas por la norma estatutaria rectora de la vida y funcionamiento de la Sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces legales preestablecidos, a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se planteen en su actuación y tráfico.

4. Del mismo modo que en las Sociedades personalistas la posición del socio colectivo, al ser intransmisible sin el consentimiento de los demás (art. 143 del Código de Comercio), no resulta embargable por deudas particulares suyas, sino que la traba ha de contraerse a los beneficios y a la cuota de liquidación (art. 174 del Código de Comercio), si bien el acreedor, por la vía subrogatoria, puede solicitar la disolución anticipada si la Sociedad se constituye por tiempo indefinido (art. 224 del Código de Comercio), y la quiebra del socio colectivo provoca la disolución de la Sociedad (art. 222.3.º del Código de Comercio), en las Sociedades de capital en las que al amparo de la previsión legal (*vid.* art. 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) se estipule estatutariamente el derecho de la Sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, tal previsión, en cuanto contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por la acción, deberá tener las consiguientes repercusiones en el ámbito procedimental, de modo que su respeto quede garantizado en el caso de ejecución de acciones por deudas del socio (sin que pueda estimarse que en esos supuestos y dado el orden procesal vigente, el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre *a posteriori*, como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario), pues, por una parte, el mismo ordenamiento jurídico compatibiliza el derecho de adquisición de carácter previo con los casos de venta judicial —así, el art. 1.640 del Código Civil, posibilita al dueñío útil o al directo la adquisición por el tipo fijado para la subasta, evitándole el eventual quebranto que se le ocasionaría si el tanteo cediese en favor del retracto y el remate lo fuera por un importe superior al tipo de salida; igualmente el art. 592 del Código de Comercio— y, por otra, no puede desconocerse el carácter subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos.

5. Cuando la evolución jurídico-sustantiva no vaya acompañada del paralelo desarrollo procedimental, la reconocida licitud del derecho de adquisición preferente de carácter previo impone la notificación previa a la ejecución judicial con suspensión de ésta durante los plazos estatutariamente previstos, cuya duración no podrá rebasar de la adecuada a la finalidad pretendida (en este sentido, resultan suficientemente expresivos los establecidos en el art. 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, o en el 63 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas), y todo ello sin perjuicio de la embargabilidad, desde luego, de las acciones, embargo que se contraerá en el interin a los derechos económicos a que se refiere el artículo 174 del Código de Comercio y que, en caso de ejercicio del derecho de adquisición por la Sociedad o por los socios, recaerá sobre el derecho del socio deudor al valor de aquéllas...»

Lo que dice el artículo 34 de los estatutos cuya inscripción denegó el Registrador es lo siguiente: «El derecho de preferente adquisición en los términos que resultan del artículo 20 (3) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es igualmente aplicable al caso de subasta judicial de participaciones por deudas de cualquier socio. En consecuencia, la adjudicación definitiva de las participaciones que fueren subastadas quedará condicionada al ejercicio del derecho que asiste a los demás socios y a la Sociedad para llevar a cabo su adquisición, entendiéndose en este evento que el precio fijado en el remate es el precio en el que han de adquirirse las participaciones que fueron objeto de subasta.»

Aquí no se dice nada de suspender la ejecución ni se fija ningún plazo que necesariamente deba desenvolverse dentro del procedimiento de apremio. El término «adjudicación definitiva» significa, en este contexto, la determinación de quién va a ser el destinatario final de las participaciones, pero sin que ello suponga propiamente una injerencia en los trámites del procedimiento (se habla de participaciones que ya han sido subastadas y de un precio que ya ha sido fijado en el remate). Lo cierto es que la norma está redactada de manera tal que presupone su aplicación en un momento posterior al remate, y esto implica que la ejecución ya ha concluido.

Lo que está diciendo esta cláusula está bastante claro y corresponde a la práctica usual y admitida por casi todos los Registros Mercantiles —tanto para las Sociedades Anónimas como para las Limitadas reguladas por la antigua Ley de 1953— y consiste en que la sociedad, una vez concluido el procedimiento de apremio y fijado el precio de remate, se reserva la facultad de oponer al adquirente el derecho de preempción o preferente adquisición, negándose a reconocerle como socio a cambio de entregarle el precio que pagó en el remate más los gastos (4). Lo normal es que este derecho de

(3) Se refiere al artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada del año 1953, que nada disponía, como es sabido, acerca de la ejecución forzosa de participaciones, a diferencia de la actual, que sí regula una suspensión del procedimiento durante unos plazos determinados.

(4) Así lo determinan, igualmente, otras Resoluciones posteriores a ésta de 6 de junio de 1990, estableciendo que la sociedad o los socios deben pagar al adjudicatario o rematante «el precio del remate más los gastos contemplados en los artículos 1.518, 1.525 y 1.649 del Código Civil».

Resolución de 2 de diciembre de 1991. «...Según la doctrina de esta Dirección General (cfr. las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990) tales cláusulas que prevén un derecho de retracto —en favor de ciertos socios— y no un derecho de tanteo, deben respetar las exigencias imperativas del principio de la ejecución forzosa y, por ende, no puede dejarse al arbitrio de los demás socios o de la Sociedad la sustitución del precio, ya obtenido, por otro inferior —previsto en los Estatutos para el caso de tal enajenación forzosa— de modo que, en detrimento de los acreedores ejecutantes, quede en beneficio injustificado de ciertos socios parte del valor de las participaciones sociales que responde de la deuda ejecutada; como tampoco cabe, sin norma especial que imponga otra solución, que el ejercicio del derecho de retracto pueda comportar perjuicio para el rematante —cfr. los arts. 1.518, 1.525 y 1.649 del Código Civil— si no se quiere inutilizar prácticamente la licitación y menoscabar la seriedad de las ventas públicas...»

El defecto invocado por el Registrador se refería a: «...las cláusulas estatutarias que, para los supuestos de transmisión forzosa de las acciones, establecen un derecho de retracto en favor de determinados socios por el precio que sea menor de estos cuatro:

preempción se ejercite después de concluido y cerrado el procedimiento de ejecución, cuando el rematante pone su adquisición en conocimiento de la sociedad y pretende su entrada en ésta; pero nada se opone a que la sociedad pueda advertirlo, antes de ese momento, al órgano judicial o administrativo encargado de la ejecución, para que los eventuales rematantes tengan conocimiento de que la sociedad tiene reservada esa facultad de no reconocerles como socios.

Son perfectamente conciliables el derecho que tienen la sociedad y los socios, de rescatar las acciones o participaciones, con la indisponibilidad de las normas procesales (que no pueden ser alteradas por las disposiciones estatutarias). La decisión de abrir o no un incidente, o dilatar la adjudicación por el tiempo que considere prudencial, corresponde exclusivamente al órga-

a) el valor nominal de las acciones; b) su valor teórico contable según el último balance; c) el precio de adjudicación, o d) el importe de la deuda en caso de adjudicación en pago...»

Resolución de 9 de octubre de 1992. Admite con carácter general que los estatutos remitan al precio de remate para ejercer un supuesto derecho de «adquisición preferente» contra el tercero adquirente de acciones sometidas a restricciones en su transmisibilidad, cuando las hubiese rematado en pública subasta, por vía de ejecución judicial o administrativa... «...El precio de remate obtenido en los procedimientos judiciales o administrativos de ejecución es un fiel indicador del verdadero valor de los bienes enajenados...»

«No puede rechazarse la citada cláusula, como pretende el Registrador, por el hecho de que establezca la prevalencia del precio del remate —en caso de falta de acuerdo entre las partes— para el caso de ejercicio de ese derecho de adquisición preferente de acciones enajenadas en ejecución judicial o administrativa.

La previsión legal de aplicación a las enajenaciones forzosas de acciones, del mismo régimen previsto en el 641.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas para los supuestos de transmisión *mortis causa*, no puede ser entendida sino en armonía con la diversidad sustancial existente entre ambas hipótesis, y teniendo en cuenta que **el precio de remate obtenido en los procedimientos judiciales o administrativos de ejecución es un fiel indicador del verdadero valor de los bienes enajenados** (tanto por la objetividad e imparcialidad de los medios de tasación, como por la publicidad y carácter abierto de cauces de enajenación a través de los cuales se desenvuelven estas ejecuciones). Habrá de concluirse, por tanto, que aquella previsión legal debe quedar concretada al establecimiento del derecho de adquisición preferente también en los casos de transmisión de acciones como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, mas en lo concerniente al precio para su ejercicio, en modo alguno podrá excluirse la previsión estatutaria que señale como al importe mismo del remate. Esta interpretación resulta, además, plenamente respetuosa con la seriedad que debe rodear a las enajenaciones forzosas; con la propia naturaleza del derecho de adquisición preferente al que se refiere (en tanto que derecho de subrogación en lugar del que compra); con el principio de responsabilidad patrimonial universal en cuanto garantiza al acreedor la realización del íntegro valor en cambio de las acciones a ejecutar con independencia del valor potencial de las mismas y, en fin, **proporciona una solución equilibrada entre los intereses del accionista cuyo derecho se ejecuta y el de sus socios, pues a la vez que garantiza a aquél el no perjuicio patrimonial como consecuencia de ese derecho de adquisición preferente, pone a éstos al abrigo de pretensiones arbitrarias, aunque también les impide colocarse en una posición ventajosa frente a los demás postores a la hora de la subasta...**»

En idéntico sentido, reproduciendo los mismos argumentos que aquí hemos subrayado en negrita, se pronuncian las **Resoluciones de 23 de febrero y 22 de octubre de 1993.**

no judicial o administrativo, si es que lo considera oportuno. También pueden optar el juez o el recaudador por concluir el remate y adjudicar las acciones o participaciones a un tercero (juzgando que los trámites y plazos de los procedimientos sólo pueden ser alterados por las leyes, no por los estatutos) y entender, por tanto, que el destino definitivo de aquéllas es algo que debe resolverse *a posteriori* entre el adquirente y la sociedad.

Como es sabido, en el actual régimen de las Sociedades de Responsabilidad Limitada sí que ha sido consagrado por la Ley un incidente, pero que es previo a la conclusión del remate (cfr. su art. 31). En todo caso, la suspensión de la ejecución aquí contemplada tiene su origen en la Ley 2/1995, que como norma especial relativa a las sociedades limitadas, deroga las normas generales contenidas en otras leyes que regulan los procedimientos de ejecución. Por lo demás, es opinión general y pacífica que los estatutos no pueden modificar los trámites y plazos previstos en dicho artículo 31 LSRL.

En las Sociedades Limitadas, la doctrina de la presente Resolución viene a ser reconocida por el sistema impuesto en el citado artículo 31 LSRL, que introduce un trámite nuevo en la subasta, dejando en suspenso la aprobación del remate y consiguiente adjudicación de las participaciones sociales embargadas. Dada la fecha de interposición del recurso, podemos considerar que se ha anticipado en unos días la aplicación de la Ley 2/1995 a esta sociedad, que de todos modos ya se rige por ella en el momento en que se ha resuelto.

En cuanto a las Sociedades Anónimas, cláusulas como la discutida en este recurso pueden inscribirse con la absoluta seguridad de que son completamente inocuas y de que los Tribunales o los órganos administrativos las interpretarán como consideren conveniente, si es que alguna de las partes pone en su conocimiento su existencia. Si se tratase de normas estatutarias que, de manera más concreta, impusieran al juez o al recaudador la obligación de realizar una notificación a la sociedad, que fuera previa a la ejecución propiamente dicha, no a la aprobación del remate, pretendiendo suspender el curso de los procesos e imponer plazos previstos en los estatutos, se produciría una injerencia en el procedimiento y en la actividad del órgano ejecutante, contrarias al Orden Público y que no deberían inscribirse.

Las Resoluciones que hemos citado en las notas al pie (posteriores a la de 6 de junio de 1990) reconocen la necesidad de pagar el precio del remate más los gastos para poder rescatar las acciones o participaciones, lo que presupone que dicho remate ya ha tenido lugar; esto es, que se ha celebrado ya la subasta. Se quiere admitir una posibilidad, siempre posterior al remate, de que el órgano ejecutante pueda dilatar la adjudicación definitiva consiguiente a esa subasta, en consideración al derecho —no discutido— que asiste a la sociedad para no admitir a un nuevo socio. Pero no puede admitirse que los estatutos alteren los trámites del procedimiento anteriores al remate, introduciendo notificaciones, incidentes o plazos no previstos en las leyes. En cuanto a la posibilidad de dilatar la adjudicación definitiva, después de fijado el precio del remate, hemos de insistir en que ello depende del alcance que los jueces o autoridades concedan al derecho de preempción reconocido en el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas.

JUNTA UNIVERSAL. REPRESENTACION. ES INSCRIBIBLE LA CLAUSULA ESTATUTARIA SEGUN LA CUAL... «...A LOS EFECTOS DE LA CONSTITUCION DE LA JUNTA GENERAL UNIVERSAL PREVISTA EN EL ARTICULO 99 DE LA LEY, SE COMPUTARA COMO PRESENTE EL CAPITAL REPRESENTADO. EL PODER DEBERA TENER CARACTER ESPECIAL Y ESCRITO Y EN EL SE DEBERA CONSIGNAR, PRECISA Y CONCRETAMENTE, LOS ASUNTOS SOMETIDOS A DEBATE EN LA SESION DE LA JUNTA GENERAL Y SOBRE LOS QUE PUEDA ADOPTAR DECISION...» ...PORQUE EN LAS JUNTAS... «...DE CELEBRACION ESPONTANEA O UNIVERSAL... EL SOCIO PODRA ESTABLECER LAS PREVISIONES PARA SU REPRESENTACION QUE TENGA POR CONVENIENTE...» (RESOLUCION DE LA DGRN DE 27 DE OCTUBRE DE 1998. BOE DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1998).

RESOLUCION de 27 de octubre de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid número VIII, don Juan Fuentes López, a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Anónima.

Hechos.—I. El 18 de marzo de 1994, el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos autorizó una escritura pública, por la que se constituyó la entidad mercantil «Consignas Informáticas de Mantenimiento, Sociedad Anónima». En los Estatutos de dicha sociedad se establece: artículo once. Convocatoria...

3) A los efectos de la constitución de la Junta General Universal prevista en el artículo 99 de la Ley, se computará como presente el capital representado. El poder deberá tener carácter especial y escrito y en él se deberá consignar, precisa y concretamente, los asuntos sometidos a debate en la sesión de la Junta general y sobre los que pueda adoptar decisión. Artículo doce. Constitución... 3)... b) En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25 por 100 de dicho capital. Artículo catorce. Funcionamiento de la Junta general... 3) Se entenderá adoptado el acuerdo cuando vote a favor de la propuesta del Administrador la mayoría del capital presente o representado en la Junta... Por excepción, cuando la propuesta de acuerdo se refiera a la emisión de obligaciones, el aumento o la reducción del capital, la transformación, fusión o escisión de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los Estatutos sociales, y la reunión de la Junta se haya constituido con accionistas, presentes o representados, que representen menos del 50 por 100 del capital suscrito con derecho, sólo se entenderá adoptado el acuerdo con el voto favorable del 40 por 100 del capital social.

II. Presentada la escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «1.º El número 3 del artículo 11 de los Estatutos es contrario al artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas. Subsanable. 2.º El párrafo final del artículo 14 de los Estatutos contradice el apartado B) del artículo 12 que permite constituir la Junta con un quórum inferior al exigido para adoptar acuerdos. Subsanable. Madrid, 21 de abril de 1994. El Registrador. Fdo.: Firma ilegible.»

III. Don Roberto Blanquer Uberos, Notario autorizante de la referida escritura de constitución, interpuso recurso de reforma contra el primer defecto señalado en la nota de calificación del Registrador, basado en las siguientes consideraciones jurídicas: 1.º El artículo 11.3 prevé la constitución de una

Junta general universal celebrada no de manera espontánea, sino a virtud de aviso privado o de convocatoria privada e informal. Esta norma estatutaria es considerada en la nota de calificación como contraria al artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, aun cuando éste sólo es de aplicación a la representación referida a una Junta convocada en forma a la cual el *dominus* puede decidir asistir, a pesar de haber otorgado poder, para votar personalmente en los temas del orden del día: sin embargo, la Junta universal prevista en los Estatutos tiene un planteamiento diverso, pues el socio puede decidir asistir o no y en este último caso nombrar un representante con un poder limitado a los asuntos del día a tratar. 2.º El concepto legal de Junta universal, contenido en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, está presidido por la idea de espontaneidad y presencia. El principio de espontaneidad no excluye la previa preparación de una reunión (dicha preparación podría ser una convocatoria informal sin los requisitos de los arts. 97 y 98). El principio de presencia no admite matizaciones cuando la Junta se celebra espontáneamente y por decisión unánime; sin embargo, cuando se lleva a cabo una cierta preparación de la misma, cabe tener por presente al ausente que hubiera otorgado un poder escrito y especial para concurrir a la celebración de la Junta. 3.º El artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas levanta ciertas restricciones establecidas en el artículo 106 de la Ley, conforme al cual el apoderamiento deberá de hacerse por escrito y con carácter especial para cada caso, sin embargo, en el caso del representante que ostente un poder general para administrar todo el patrimonio en el territorio español la norma del artículo 108 viene a decir que no se precisa expresa previsión de su asistencia a Juntas entre las facultades conferidas. Si la regla general es la que resulta del artículo 1.280 del Código Civil, resulta que el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, supone ciertamente una restricción cuya aplicación queda excluida en los casos comprendidos en el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, en los que se aplicarán las reglas generales de apoderamiento. 4.º La Ley de Sociedades Anónimas no regula la representación respecto de la Junta universal, sin embargo, ésta no está excluida, pues la ha reconocido expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo [sentencias 8 de mayo de 1962, 30 de mayo de 1975, 30 de octubre de 1985, etc., y Resoluciones de 4 de mayo de 1891 y 16 de marzo de 1992 (*sic*)]. De la misma manera que la representación para asistir a Junta convocada en forma puede ser limitada en los Estatutos, parece razonable que los Estatutos reconozcan la representación en el ejercicio del derecho a participar en Junta universal y que este reconocimiento quede limitado a aquellos asuntos que el accionista poderdante acepte que se deliberen en Junta universal no convocada formalmente.

IV. El Registrador Mercantil número VII de los de Madrid, como interino del Registro número VIII, resolvió el anterior recurso de reforma desestimando la pretensión del recurrente y confirmando la nota de calificación con los siguientes argumentos: 1.º Que la cuestión objeto de debate en el presente recurso se centra en determinar si cabe o no un régimen estatutario del derecho de representación del accionista en Juntas universales que no tomen en cuenta las reglas que sobre el ejercicio de este derecho establece el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas. En relación con esta cuestión se ha de tener en cuenta que la asistencia por medio de representante a las Juntas goza de reconocimiento expreso por parte de la doctrina y aunque con ciertas reservas ha obtenido consagración jurisprudencial. Nuestra vigente Ley de

Sociedades Anónimas ha acogido este criterio, suavizando el régimen anterior contenido en el ya derogado artículo 60 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, pues si bien se mantiene el artículo 106 que establece la regla general de exigencia de un poder especial, ello no obstante, esta exigencia se encuentra matizada por el artículo 108 que exceptúa aquellos supuestos en que el accionista esté representado por un apoderado familiar o por un representante con poder general para administrar su patrimonio en todo el territorio nacional. 2.º Una cuestión derivada de la anterior es si esa excepción al poder especial es aplicable tan sólo a las Juntas convocadas de forma ordinaria o a toda Junta y, por tanto, también a las universales. El recurrente entiende lo primero, en tanto el Registrador que calificó la escritura entiende lo segundo. El recurrente, en apoyo de su posición, aporta los siguientes argumentos: El primero referido a la libre configuración que pueden realizar los Estatutos respecto a la representación para asistir a las Juntas. Sin embargo, este argumento choca con la excepción que tienen los Estatutos a esa libertad organizativa, dado que el artículo 108 de la Ley es una norma de derecho necesario. El segundo argumento parte de la base de que así como en las Juntas ordinarias podrá el socio, que tiene conferidas algunas de las facultades de representación previstas en el artículo 108 de la Ley, revocarla mediante el procedimiento que prevé el artículo 106 de la Ley de Asistencia Personal, en el caso de Juntas universales no podrá revocar aquella representación haciendo acto de presencia en una reunión que para él puede resultar desconocida. De ahí la conveniencia de limitar la representación en este tipo de Juntas. A dicho argumento se ha de replicar que para poner a salvo los intereses de un socio pueden estar perjudicándose los intereses de la mayoría de socios que asumen plenamente el sistema legal del ámbito de la representación o a la propia sociedad, abocada a gastos y demoras a la hora de adoptar acuerdos. De todo lo anterior se desprende que el legislador ha querido establecer un concreto alcance a la representación en Juntas generales, no derogable por los Estatutos sociales.

V. Don Roberto Blanquer Uberos se alzó contra la resolución del recurso de reforma adoptada por el Registrador número VII de los de Madrid como interino del Registro número VIII, reiterando los argumentos esgrimidos en el recurso de reforma y añadiendo: 1.º Habiendo sido resuelto el recurso de reforma por un Registrador distinto al que en su día practicó la nota de calificación, ha de considerarse esta circunstancia como una irregularidad del procedimiento, pues si la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que sólo el Notario autorizante puede recurrir, debe de estimar también que sólo el Registrador calificador puede intervenir en el expediente de recurso surgido en el procedimiento registral. Por ello, según lo argumentado, procede que sin entrar en el fondo del asunto se declare que debe atenderse a la solicitud de inscripción y practicarse la solicitada al haber decaído la facultad del Registrador a decidir en el recurso entablado. 2.º Con carácter subsidiario a lo planteado hasta el momento, que tiene carácter procedimental, procede exponer los fundamentos relativos al fondo del asunto. El artículo 106 se refiere al accionista que tiene derecho de asistencia a Junta convocada, cuyo derecho nace de la facultad que le confiere el artículo 104, por lo que no puede confundirse este derecho con la facultad que el artículo 99 reconoce a los titulares actuales de capital social para constituirse en Junta universal; «no obstante, la falta de convocatoria», el ejercicio de cuya facultad requiere, en principio, la presencia personal, habiéndose admitido, sin embargo, la posibilidad de sustitución mediante un apoderamiento espe-

cial y singular. Así como respecto de la Junta general convocada, el socio tiene el derecho de asistir personalmente o por representante, respecto de la Junta universal, el derecho del socio tiene un matiz negativo, pues lo verdaderamente significativo es su derecho personal e intransferible a negarse a reunirse en sesión de Junta sin que ésta vaya precedida de convocatoria. El respeto de este derecho personal e indelegable a reclamar convocatoria, en ningún caso perturba la vida de la sociedad en beneficio del socio. Siguiendo con el razonamiento expuesto se ha de señalar que la preocupación del artículo 97.4 de la Ley de Sociedades Anónimas, resultaría vana si un representante pudiese aceptar cualquier punto del orden del día sin previa autorización del socio representado y con omisión de la garantía de convocatoria formal. Por otra parte, resulta innecesaria y perturbadora la facilitación de la Junta universal por vía de la aplicación del artículo 108 de la Ley, así como contraria a unos derechos personalísimos e irrenunciabiles del accionista, cual es el derecho a ser formalmente convocado. El carácter de derecho necesario del artículo 108 de la Ley en nada afecta al caso, pues este artículo es de observancia necesaria respecto de la representación a que se refiere, pero carece de dicho carácter para la limitada posibilidad de asistencia a la Junta «excepcional», es decir, a la no convocada. 3.º La alusión del Registrador al artículo 1.280.5 resulta inoportuna y extemporánea, pues en ningún caso puede considerarse contraria a derecho una norma estatutaria que exige el cumplimiento de las formalidades generales del derecho. Por lo anteriormente expuesto se solicita se considere decaído el derecho del Registrador a resolver el recurso de reforma y, subsidiariamente, se reforme la calificación mantenida, declarándose inscribible la cláusula debatida.

VI. El Registrador Mercantil número VII de los de Madrid, don Mariano Alvarez, al tiempo que remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, adjuntó un escrito con las manifestaciones de defensa de su actuación como resolutor del recurso de reforma: 1.º Sorprende la confusión en que incurre el recurrente cuando no diferencia los conceptos de legitimación para recurrir con el de competencia para la resolución de un recurso. Esta última, si bien es una facultad atribuida por Ley, no consiste en la atribución de un derecho o un interés, sino de una función irrenunciable e intransferible, aunque en ocasiones delegable. En el caso presente, cesado en sus funciones por traslado, el Registrador número VIII de los de Madrid, don Juan Fuentes, asumió el Registro vacante como interino y hasta su posterior provisión don Mariano Alvarez Pérez, siendo este Registrador el que en ejercicio de sus funciones, resolvió el recurso en su primera fase, oponiéndose a la reforma solicitada. Y es ésta la posibilidad que el recurrente niega. 2.º De seguirse la tesis mantenida por el recurrente, tendríamos que tan sólo el Registrador cesado sería competente para la resolución de recursos frente a sus calificaciones, de suerte que transcurrido el plazo reglamentario para hacerlo tendríamos que entender tácitamente aceptados los mismos. Por ello entiende el Registrador que informa ajustada a derecho su actuación como Registrador Mercantil «interino» del Registro número VIII de Madrid, y con ello no atendibles las razones procedimentales invocadas por el recurrente para tener sin más por estimada la reposición en su día solicitada.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 99, 106 y 108 de la Ley de Sociedades Anónimas y las Resoluciones de este Centro Directivo de 7 de febrero de 1996, 5 de marzo y 25 de septiembre de 1997.

1. El único defecto impugnado alude a la extensión o no del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas —relativo a la denominada representación familiar— a las Juntas universales.

Sostiene el recurrente que este precepto no rige en las Juntas generales, dado el carácter espontáneo de la asistencia que, más que un derecho a asistir, debe configurarse como un derecho personal e intransmisible a negarse a reunirse. Ese derecho personal, en esta formulación, puede tener el ejercicio activo positivo de facultar al apoderado a asistir a Junta general sin convocatoria formal, cuyo orden del día acepte el poderdante.

2. Deben tenerse presentes dos órdenes de razonamientos. En primer lugar, la distinción entre el derecho de asistencia, ligado a la convocatoria formal y propio de las Juntas generales ordinarias y extraordinarias y la decisión individual de cada socio de aceptar y tener por válidamente constituida la Junta universal, a la vista de sus especiales características —basta la oposición de un socio para que la reunión no pueda celebrarse—. En segundo término, la admisión conceptual de la representación voluntaria del socio en la Junta universal, lo que permite al representante adoptar la decisión de celebrar la Junta y aceptar el orden del día como cuestión previa a su válida constitución.

Estas distinciones, ya puestas de manifiesto por las Resoluciones de 5 de marzo de 1997 y 7 de febrero de 1996, conducen a inaplicar las modalidades del derecho de asistencia consideradas en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, dictado en el ámbito de las Juntas que requieren convocatoria, ordinaria y extraordinaria, y no en las de celebración espontánea o universal, en las que el socio podrá establecer las previsiones para su representación que tenga por conveniente.

Aún más, *a contrario*, la existencia de previsiones acerca del alcance y modalidad de la representación del socio en la Junta universal podría plantear si el socio puede impugnar los acuerdos adoptados sin poder especial, por aplicación del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas —constitución de la Junta por un apoderado general o familiar—, lo que no corresponde prejuzgar.

Esta Dirección General ha acordado revocar la decisión y nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Madrid, 27 de octubre de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Publicada en el BOE de fecha 21 de noviembre de 1998.

COMENTARIO

El único defecto discutido en el recurso es similar, pero no literalmente idéntico al contemplado en otras dos Res. anteriores: 7 de febrero de 1996 (1)

(1) **Resolución de 7 de febrero de 1996.** «...Una cosa es ejercicio del derecho de asistencia (y subsiguientemente, de los de deliberación y voto) en Junta general ordinaria

1 y 5 de marzo de 1997 (2). En estas anteriores, la cláusula estatutaria discutida decía: «...A los efectos de la constitución de la Junta general universal prevista en el artículo 99 de la Ley, se computará como presente el capital representado en virtud de poder especial y escrito en el que se consigne precisa y concretamente los asuntos sometidos a debate en la sesión de la Junta general y sobre los que pueda adoptar decisión...» Sin embargo, en la presente, la norma estatutaria reviste un matiz distinto, y dice: «...A los efectos de la constitución de la Junta general universal prevista en el artículo 99 de la Ley, se computará como presente el capital representado. El poder deberá tener carácter especial y escrito y en él se deberá consignar, precisa y concretamente, los asuntos sometidos a debate en la sesión de la Junta general y sobre los que pueda adoptar decisión...»

o extraordinaria, y otra diferente es la previa decisión individual de cada socio de tener por constituida la Junta cuando es universal, y la fijación del orden del día respectivo y a este respecto, y habida cuenta de las especiales características de la Junta universal (en la que basta la oposición o el silencio de un solo socio para que aquélla no pueda tenerse por válidamente constituida), resulta evidente que la cláusula debatida no puede verse como el establecimiento de restricciones estatutarias a la adopción por medio de representante de la decisión individual de cada socio sobre la oportunidad de tener por válidamente constituida Junta universal, sino, a la inversa, como el señalamiento de requisitos cuyo cumplimiento impedirá al socio representado desconocer lo hecho en su nombre por el representante; esto es, como el establecimiento de cautelas cuya observancia garantiza la validez de la Junta universal así constituida, sin perjuicio de las repercusiones internas que entre el representante y el representado derivaran de la falta efectiva de facultades representativas. Así entendida la cláusula debatida, ninguna relación puede establecerse con el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas y menos como para obstaculizar la inscripción; lo único que cabría plantearse al relacionar esa cláusula con el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, es si el socio puede impugnar la Junta universal cuya constitución se decidió en su nombre por apoderado con poder general conferido en documento público, o por un familiar suyo; mas esta cuestión no debe ser resuelta ahora, dados los estrechos márgenes del recurso gubernativo (*vid.* art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil)...»

(2) **Resolución de 5 de marzo de 1997.** «...La primera cuestión que en el presente recurso se plantea, la admisibilidad de una cláusula estatutaria en la que se establece que a los efectos de la constitución de la Junta general universal «se computará como presente el capital representado en virtud de poder especial y escrito en el que se consignent precisa y concretamente los asuntos sometidos a debate» es idéntica a la que fue objeto de la Resolución de 7 de febrero de 1996, en la que se distingue entre el derecho de asistencia (y subsiguientemente, de los de deliberación y voto) en Junta general ordinaria y extraordinaria, y la previa decisión individual de cada socio de tener por constituida la Junta cuando es universal, con la fijación del orden del día correspondiente, de manera que, a la vista de las especiales características de la Junta universal (en la que basta la oposición o el silencio de un solo socio para que aquélla no pueda tenerse por válidamente constituida), resulta evidente que la cláusula debatida no puede verse como el establecimiento de restricciones estatutarias a la adopción por medio de representante de la decisión individual de cada socio sobre la oportunidad de tener por válidamente constituida Junta universal, sino, a la inversa, como el señalamiento de requisitos cuyo cumplimiento impedirá al socio representado desconocer lo hecho en su nombre por el representante; esto es, el establecimiento de cautelas cuya observancia garantiza la validez de la Junta universal así constituida, de forma que, así entendida la cláusula debatida, ninguna relación puede establecerse con el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas...»

No es lo mismo computar como presente al capital que acuda representado *en virtud* de poder especial que establecer imperativamente y con carácter general, que la representación para las Juntas universales precisa de un poder especial y escrito: *El poder deberá tener...* Hay un significativo punto y seguido antes de esta frase que cambia totalmente su sentido con relación al que tenía la norma estatutaria que sirvió como presupuesto de hecho en las dos anteriores resoluciones.

A nuestro juicio, la diferencia es importante y avala suficientemente la calificación negativa en este caso, porque esta norma estatutaria vulnera las especialidades de la llamada representación familiar y la del apoderado con poder general para administrar todos los bienes del poderdante, que según el artículo 108 son representaciones que no necesitan el requisito de ser especiales para cada Junta que se vaya a celebrar, pudiendo tener carácter general y validez para todas las Juntas que para lo sucesivo se celebren en la sociedad, sin excluir, por supuesto, las de carácter universal.

Sin embargo, esta cláusula estatutaria también puede ser interpretada en otro sentido (como así parece haberlo hecho el Centro Directivo, siguiendo la misma tónica de las Resoluciones de 7 de febrero de 1996 y 5 de marzo de 1997) entendiendo que se limita a considerar como «*presente*» al capital que aparezca representado por medio de un poder especial, pero sin excluir por ello que pueda concurrir otro capital representado por medio de poderes generales a tenor de lo previsto en el artículo 108 (3); el cual se considerará como «*simplemente*» representado. Interpretada en estos términos, la norma estatutaria es completamente inocua.

La argumentación de todos los recursos planteados (siempre por el mismo Notario) es que por vía estatutaria se quiere atajar la posibilidad de que el socio que ha sido representado en una Junta universal pueda después cuestionar la validez de ésta desautorizando la decisión que un su día adoptó su representante de consentir la constitución de tal Junta, su orden del día y demás extremos que la convierten en universal. Naturalmente, si hay un poder especial donde se contempla dicho orden del día y se autoriza expresamente para consentir la constitución de la Junta como universal, queda excluida esa posibilidad de impugnación. Toda esta argumentación es falaz, porque parte de la base de considerar como verdadero el aserto contrario: de modo que si el poder tuviera carácter general «para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional» o si se tratara de la llamada «representación familiar», sí que le fuera posible al representado desautorizar la decisión que tomó su representante cuando consintió la constitución de la Junta como universal, y esto no es verdad.

Es cierto que las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, cuando admitieron por primera vez la representación voluntaria en las Juntas universales, advirtieron la necesidad de que el representado tuviera previo conocimiento de su constitución y de los

(3) Así lo estableció con toda claridad la Resolución de 7 de febrero de 1996. «...Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, avalada por el propio tenor literal del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas que las restricciones, tanto legales como estatutarias, al ejercicio por representante del derecho de asistencia a las Juntas generales de la sociedad anónima, no son de aplicación en los supuestos previstos en dicha norma legal...»

asuntos que iban a dilucidarse, pero estas decisiones obedecían a los principios que inspiraban la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la cual restringía por igual todo tipo de representación, mientras que el vigente Texto Refundido contiene una muy clara excepción en su artículo 108 a favor de las representaciones no masificadas (4).

También es muy significativa, en este mismo sentido, la postura adoptada por el legislador en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículos 48 y 49:

Artículo 48. Junta universal.

«1. La Junta General quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión y el orden del día de la misma.»

Artículo 49. Asistencia y representación.

«2. El socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas.

3. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada Junta.»

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no sólo admite claramente los poderes generales para representar al socio, sino que solamente impone el requisito de especialidad para cada Junta cuando el poder no consta en documento público. Más importante aún es lo que dice el artículo 48: la junta universal queda válidamente constituida cuando los *concurrentes* (es indiferente que lo sean a título personal o en concepto de representantes de algún socio ausente) aceptan por unanimidad la celebración y orden del día, etc. El legislador no podía decir más claramente que el representado no puede poner en entredicho la validez de la Junta intentando revocar *a posteriori* la decisión de su representante. Esto es algo tan elemental, dentro del juego de la representación y de las reglas generales de la buena fe, que la duda resulta sorprendente.

(4) Es muy significativo el comentario del artículo 108 que formulan URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ-PLANAS: *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo V, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 190 y sigs.: «...el nuevo sistema legal parte de un planteamiento totalmente realista del problema afrontado, distinguiendo lo que podríamos llamar representación "ordinaria", por un lado, y representación "institucionalizada", por otro. Como fenómenos distintos requieren cada uno su propio tratamiento jurídico. La primera es aquella relación representativa, justificada por razones de conveniencia o necesidad, singularizada y no masificada y que opera sobre acciones activas. El recurso a la representación en este caso **no reclama especiales medidas de tutela y su actuación incluso debe ser facilitada**. A esta idea responde la excepcional consideración que tiene en la nueva Ley la representación familiar o la conferida en poder general por documento público para administrar todo el patrimonio del accionista en territorio nacional...»

No se comprende muy bien por qué razón la validez de las Juntas universales donde intervienen representantes habría de medirse con distinto rasero para las Anónimas, cuando a este tipo social le son aplicables los mismos principios elementales que se aplican en las Limitadas, cuya Ley reguladora no los ha establecido *ex novo*, limitándose a recogerlos del ordenamiento.

J. G. G.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ES FUNCION PROPIA DE LOS JUZGADORES DE LA INSTANCIA, SALVO QUE EL RESULTADO EXEGETICO OBTENIDO SEA ILOGICO, IRRACIONAL O CONCLUCADOR DE ALGUN PRECEPTO. (STS DE 30 DE MARZO DE 1999.)

Es objeto de discusión, en la presente sentencia, la interpretación que se hace de la expresión «intereses de descubierto» utilizada en el documento privado.

Doctrina.—La interpretación de los contratos es función propia y privativa de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido en casación, a no ser que el mismo sea absurdo, ilógico o conculcador de alguna norma, nada de lo cual es predicable de la interpretación que hace la sentencia recurrida, ya que la frase «intereses de descubierto», única que se usa en el documento cuestionado, lo único que expresa es intereses de una cantidad que se adeuda «descubierto», pero no puede ser entendida por sí sola, como indicativa de intereses bancarios (cualquiera que fuese la persona encargada de la redacción de dicho documento), por lo que ha de ser aquí mantenida, por ser plenamente razonable y nada ilógica, ni irracional, la interpretación que de dicha frase ha hecho la sentencia recurrida, al entender que la misma quiere referirse al interés legal del derecho incrementado en dos puntos, conforme establece el número 2.º del artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, cuyos intereses, al expresado tipo, ya se los tiene abonados la demandada a la actora, aquí recurrente.

RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA POR IMPAGO DEL PRECIO APLAZADO. (STS DE 12 DE ABRIL DE 1999.)

La apreciación del incumplimiento por el comprador de su principal obligación de pago del precio pactado, determinante del efecto resolutorio del

contrato al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, es de la competencia del Tribunal de Instancia, y si bien ese incumplimiento no puede ser apreciado unilateralmente por el vendedor ni ser en modo alguno dudoso, en el presente caso no existe controversia alguna sobre el impago apreciado por el Juzgado de Instancia, sino es la alegada con fines de defensa por los demandados y carentes de apoyo probatorio alguno, como resulta del detenido examen de la prueba en la instancia; resulta acreditado el reiterado incumplimiento por los compradores de su obligación de pago, pues la última entrega a cuenta la realizaron el día 5 de marzo de 1983, sin que conste que la sistemática devolución de las letras de cambio aceptadas para pago del precio fuera debida a discrepancia alguna sobre la cantidad realmente debida ni que efectuaran los compradores reclamación alguna en tal sentido a la vendedora durante esos años que transcurrieron hasta que se les hizo el requerimiento resolutorio de fecha 12 de marzo de 1987. No resulta, por tanto, justificada en modo alguno la conducta incumplidora de los compradores demandados, por lo que el Tribunal de instancia no ha infringido el invocado artículo 1.504 del Código Civil, como tampoco ha infringido el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal a que se refiere el motivo segundo del recurso en el que se denuncia incumplimiento por la vendedora de su obligación, motivo que no es sino una reiteración de lo alegado en el primero y en el que se trata de acreditar un incumplimiento no declarado por la Sala *a quo*, a quien, según reiteradísima doctrina jurisprudencial, compete determinar cuál de los contratantes ha incumplido y, en su caso, si el de una de las partes es bastante para justificar el de la otra; decae así este segundo motivo.

EN RELACION CON LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS Y LA VALORACION DE PRUEBAS, CABE DECIR QUE LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA, POR LO QUE HAY QUE SEÑALAR QUE NORMAS O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SE HAN VULNERADO POR LA AUDIENCIA EN AQUELLA LABOR FUNDAMENTANDOLO. (STS DE 12 DE MARZO DE 1999.)

El recurrente señala la existencia de un promotor-mediador que se sustrae a la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil. En su fundamentación se argumenta sobre la calificación jurídica de esta figura, diferente de la de constructor-promotor, pues su intervención (aquí en forma de una comunidad de propietarios) se cife a procurar viviendas a sus comuneros, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes una derrama del coste de la construcción; no se construye para el tráfico.

Doctrina.—Se debió combatir la interpretación que de la situación jurídica hizo la sentencia recurrida, que llegó a la conclusión de que la comunidad de propietarios que se constituyó, comprando suelo para edificar y repartirse las viviendas, fue en realidad un montaje jurídico bajo el cual subyace la figura del promotor, encarnada en el recurrente. No se señala ningún precepto relativo a la interpretación de los contratos, aplicables también a los actos jurídicos voluntarios, que haya sido infringida, ni se acusa error de derecho en la aprobación del material probatorio. En fin, se trata, una vez más, de convertir al Tribunal Supremo en una tercera instancia, a fin de que vuelva de nuevo a realizar aquellas labores, sin tener en cuenta que no es sino el órgano supremo que controla la interpretación y aplicación de las leyes y doctrina

jurisprudencial, no un Tribunal de tercera instancia. El motivo lo que hace simplemente es enfrentar la interpretación subjetiva que propone con la de la Audiencia, no demuestra ninguna infracción de normas de interpretación o valoración de la prueba.

SE ENTIENDE ACEPTADA POR EL COMPRADOR LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO QUE EL VENDEDOR LE NOTIFICO POR ACTA NOTARIAL, POR EL HECHO DE HABER CELEBRADO POSTERIORMENTE LAS PARTES UN CONTRATO DE OPCION DE COMPRA CON RELACION AL MISMO INMUEBLE QUE HABIA SIDO OBJETO DE LA INICIAL COMPRAVENTA, QUE QUEDO RESUELTA. (STS DE 24 DE JUNIO DE 1999.)

Al haber sido incumplida por la entidad compradora su obligación de pagar el precio estipulado en la referida escritura pública de compraventa, los vendedores por conducto notarial, le notificaron que daban por resuelto el referido contrato de compraventa, cuya notificación resolutoria fue aceptada por la entidad compradora, como lo evidencia el hecho de que, después de ello, celebraron, con relación a la misma finca, un nuevo contrato, ahora de opción de compra, cuya celebración hubiera sido totalmente innecesaria e improcedente si la entidad compradora no hubiera aceptado la resolución del contrato de compraventa celebrado mediante la antes dicha escritura pública.

LA MORA AUTOMATICA SOLO SE PRODUCE EN LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS DE CUMPLIMIENTO SIMULTANEO. (STS DE 5 DE MARZO DE 1999.)

Cumplida por el vendedor su obligación de entrega de la cosa vendida, surge para el comprador la obligación del abono de intereses del precio adeudado sin necesidad de que exista previo requerimiento de pago del vendedor, de acuerdo con el artículo 1.501,3.º en relación con el 1.100 del Código Civil. No obstante, las controversias doctrinales suscritas por la interpretación del último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil, en relación con la mora en las obligaciones recíprocas, el sector más significativo de la doctrina está de acuerdo en la necesidad de la interpelación por el vendedor que ha cumplido su obligación de entrega para poner en mora al deudor del precio, cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo, y en este sentido se manifiesta la jurisprudencia más moderna, según la cual la mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo.

IMPROCEDENCIA DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO POR NO HABER INCURRIDO EL COMPRADOR EN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. (STS DE 17 DE MARZO DE 1999.)

El cumplimiento o incumplimiento de un contrato es una cuestión de hecho, y, en cuanto a tal, sujeta a la libre apropiación de los juzgadores de la instancia, y la sentencia aquí recurrida, como antes la de la primera instancia,

no ha incurrido en voluntad obstativa al cumplimiento del contrato, pues no se ha negado en ningún momento a pagar el precio, siendo el vendedor el que con una pertinaz pretensión resolutoria del contrato, se ha venido negando insistentemente a recibir el referido precio, cuya conclusión probatoria, obtenida por la sentencia recurrida, a través de la valoración que hace de la prueba practicada, ha de ser mantenida invariable en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello, cual sería el de la denuncia de un supuesto error de derecho en la valoración de la prueba, con inexcusable cita de un precepto que, contenido alguna norma valorativa de prueba, se considere que ha sido infringido, lo que aquí no se ha hecho.

LA INSCRIPCION DE LOS DERECHOS REALES NO ES CONSTITUTIVA EN EL SISTEMA INMOBILIARIO ESPAÑOL. (STS 23 DE FEBRERO DE 1999.)

La tercerista adquirió la finca controvertida hace muchas décadas por adjudicación en un procedimiento de concentración parcelaria. Aportó al incidente de tercería una certificación registral acreditativa de la inscripción a su favor de la mencionada finca: la Audiencia rechaza este medio de publicidad inmobiliaria con consideraciones reiterativas sobre el aspecto no constitutivo de la inscripción de los derechos reales en el sistema español, afirmando que la propiedad se adquiere por los medios que contempla el artículo 609 del Código Civil.

Es cierto que la inscripción no es un modo de adquirir el dominio. Pero también lo es que la registración representa un extracto del título adquisitivo y de todos sus pactos que tengan trascendencia real.

El hecho de inscribir una compraventa no significa que se adquiera la propiedad del inmueble por el hecho de practicar el asiento; significa que la adquisición deriva del negocio traslativo (venta) documentado suficientemente y que la inscripción cumple el cometido de exteriorizar *erga omnes* que esa transmisión se ha operado válidamente.

LA DONACION DE UN PISO ARRENDADO NO GENERA DERECHOS DE TANTEO, NI DE RETRACTO ARRENDATICIOS A FAVOR DEL ARRENDATARIO DEL PISO DONADO. (STS DE 6 DE MARZO DE 1999.)

Carece absolutamente de aplicación el artículo 54 de la LAU de 1964, en el presente caso litigioso, ya que dicho precepto se refiere a los supuestos en que el demandado sea arrendador de varios pisos en el mismo edificio, y en el presente caso aparece probado que en la fecha en que se hizo donación del piso litigioso a su nieto P, ese era el único piso que la donante tenía arrendado, pues respecto de otro ya se tramitaba proceso sobre denegación de prórroga por causa de necesidad para otro nieto, por ser a dicho piso al que correspondía la preferencia, en cuyo proceso recayó sentencia acordando la resolución del contrato de arrendamiento respectivo por dicha denegación de prórroga. La donación del piso arrendado —negocio jurídico verdadera y lícitamente celebrado— no puede generar, en modo alguno, ningún derecho de tanteo ni de retracto arrendaticios a favor del arrendatario del piso donado.

ARRENDAMIENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de los de Sevilla, en sentencia de 20 de septiembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 8 de abril de 1994, estima el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—«Aplitesa» promueve demanda de juicio de menor cuantía contra «Lain, S.A.», sobre reclamación de cantidad por arrendamiento de obra. De la prueba documental aportada se revela la propia naturaleza de tales documentos como «partes de obra», que expresan, dentro del cumplimiento, la obligación de resultado que exige el contrato de arrendamiento de obra o empresa, y en el caso de autos, la subcontratista, la ejecución de los taladros de acuerdo con lo pactado.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad lo que en el recurso se pretende es combatir la apreciación que el órgano de Apelación hace de la prueba practicada en la Primera Instancia, pero el principio de la carga de la prueba tiene en nuestro ordenamiento un carácter puramente subsidiario, sólo entra en juego cuando no se hubiese apreciado prueba en la sentencia, y su finalidad es la de imputar su falta a quien hubiera debido de aportarla.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Irún, en sentencia de 8 de junio de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 3.^a), en sentencia de 9 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Hechos.—«Irungo Industrialdea, S.A.» promueve demanda de juicio de menor cuantía contra «Paoy, S.A.», sobre incumplimiento de contrato, éste consistía en el compromiso del Ayuntamiento de otorgar licencia para la realización de obras provisionales, como movimientos de tierras y otras. Dicho plazo de cinco años para la ejecución total por la actora de sus obligaciones de aportación de terrenos e incluso la propia actuación de la recurrente que entrega todas las parcelas a que se había obligado salvo la reclamación, queda acreditado que no la entrega, entendiéndose por entrega la puesta a disposición libre y pacíficamente de la actora de la parcela porque se encuentra sometida a un arrendamiento rústico.

Doctrina de la Sentencia.—Todo el iter de la Sala se circunscribe a manifestar que la obligación, cuyo cumplimiento se reclama, no es una obligación pura sino sujeta a plazo.

OBRAS QUE SE EJECUTAN, ¿ÚNICAMENTE LAS PACTADAS EN EL CONTRATO? (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baza, en sentencia de 12 de julio de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de

Granada (Sección 4.^a), en sentencia de 7 de marzo de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Se estima parcialmente también el recurso de casación.

Hechos.—La entidad mercantil «Construcciones, Obras y Asfaltos, S.L.» (contratista), promueve contra la mercantil entidad «Tifecor, S.A.», dueña de unas obras, juicio de menor cuantía en el que solicita se condene a la demandada a pagar una determinada cantidad más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de interposición de la demanda. La base fáctica se circunscribe a lo siguiente: La entidad «Construcciones, Obras y Asfaltos, S.L.» (como contratista) y «Tifecor, S.A.» (como comitente), celebran un contrato de obra de fecha 1 de junio de 1990, en virtud del cual la contratista se obliga a ejecutar las obras del Proyecto del Arquitecto, por un precio alzado, además de las obras estipuladas, la contratista ejecutó otras dos no incluidas en dicho proyecto, no obstante, el presupuesto que presentó la actora y en el que pretende basar la mayor cantidad que reclama en su demanda no puede ser tenido en cuenta, pues dicho presupuesto venía en fotocopias sin firma y no reconocido por la demandada.

Doctrina de la Sentencia.—La entidad recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber realizado una equivocada interpretación del contrato de obra pactado entre las partes de fecha 1 de junio de 1990, para lo que viene a sostener que, además de las obras estipuladas, también se realizaron otras no incluidas en el Proyecto del Arquitecto, que fueron concertadas verbalmente y que son de las que reclama su precio. Nos encontramos ahora, no ante un problema de interpretación contractual, sino ante un problema de valoración de la prueba practicada en el proceso. La recurrente en el litigio no denuncia ningún error de derecho en dicha valoración, ni cita ningún precepto que conteniendo norma valorativa de prueba considere que ha sido infringido, de ahí que los hechos aducidos sean los efectivamente válidos. Es llamativo el destacar que la cláusula penal contenida en el contrato y referida al plazo para la ejecución de las obras no puede ser aplicada cuando, además de dichas obras, se tuvieron que ejecutar otras a las cuales ya hemos aludido, esta referencia única y exclusiva al plazo, dentro del cual habían de ser ejecutadas las obras pactadas en dicho contrato, no puede ser aplicada, dado el criterio restrictivo con que ha de ser interpretada toda cláusula penal, cuando la contratista, además de dichas obras y por acuerdo verbal de las partes, hubo de ejecutar y ejecutó otras no incluidas —ya hemos dicho— en el Proyecto del Arquitecto, ni, por tanto, en el referido contrato escrito, para cuya realización no consta se señalara plazo alguno.

INCONGRUENCIA OMISIVA POR NO CONDENAR AL DEMANDADO A LA TERMINACION DE LA OBRA, PESE A SOLICITARSE Y APRECIARSE ASI EN LA FUNDAMENTACION DE LA RECURRIDA. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Bande, en sentencia de 7 de enero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Orense (Sala de lo Civil), en sentencia de 20 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—Se trata, en este caso, de obtener del demandado el puntual cumplimiento de un contrato de ejecución, así como de que se declare que la cantidad pendiente de pago a cargo del actor se compense en favor de éste. Las circunstancias que se dan revelan el incumplimiento del contrato y de que la obra no está terminada, y por ello el demandado viene obligado a terminarla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.544 del Código Civil.

Doctrina de la Sentencia.—Una de las cuestiones que con mayor claridad se especifican en el proceso es la relativa a los pagos que debe verificar el propietario de la obra, sus cuantías y el momento concreto en que debe satisfacer el pago, premisas estas que son incuestionables, pues la obra aún no está concluida. La resolución de la Audiencia condena al actor al cumplimiento actual de una obligación que por ser condicional y no haber aún acaecido la misma, ni el acreedor ha adquirido su derecho ni el condenado tiene porqué satisfacerlo.

ACCION REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Fuengirola, en sentencia de 7 de abril de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a), en sentencia de 27 de mayo de 1994, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar el recurso de casación.

Hechos.—Por contrato privado de compraventa de fecha 31 de diciembre de 1985, suscrito exclusivamente entre «Frior Promoción» y al efecto los cheques bancarios y letras de cambio que se entregaran a la vendedora, fueron cargadas en sus cantidades respectivas en una cuenta corriente del Banco Atlántico de Benalmádena Costa, cuenta ésta en la que aparece como único titular doña Ghyslaine Belisle, y a la vista de la prueba documental se advierte que: *a)* independientemente de las cantidades entregadas a la celebración del contrato quedaron aplazadas otras que deberían hacerse efectivas; *b)* con fecha 2 de enero de 1987 fue ingresada una determinada cantidad de dinero y a lo largo de dicha anualidad otras cantidades; *c)* a la vista de lo expresado no puede cuestionarse el hecho de que existieran relaciones e intereses comunes —entre otros hechos—.

Doctrina de la Sentencia.—El propósito de la presente litis es combatir la valoración de los variados medios probatorios practicados en base a las siguientes razones: En el presente caso la sentencia recurrida hace un estudio de la cláusula penal adherida al contrato principal, que ha sido resuelto por la actitud de la parte recurrente, haciendo entrar en juego lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, libertad contractual, y el artículo 1.152 que regula la obligación con cláusula penal. Pero esta operación sobre la constitución del alcance y contenido de la cláusula penal es una operación exclusiva de la soberanía de la instancia. La valoración de la prueba de presunciones denunciando la infracción del artículo 1.249 del Código Civil, argumentando que la presunción se basa sobre otras presunciones porque basta con leer la resolución recurrida para comprobar que la Sala sentenciadora tuvo en cuen-

ta, y así lo hace constar expresamente las pruebas practicadas en la primera instancia y reseñando las razones que le llevan a tal resultado. Lo mismo sucede con la alegación que se hace a la infracción al artículo 1.253 del Código Civil y se argumenta la falta de enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de demostrar, cuando de los hechos que se tienen por acreditados y el que se deduce existe tal enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. También se niega que la prueba de presunciones utilizada por la Sala tenga carácter subsidiario, que opera una vez conculcadas y examinadas las pruebas practicadas en primera instancia y llegando a idéntico resultado que en la sentencia de Juzgado de Primera Instancia, por lo que es reconocido el carácter subsidiario de la prueba de presunciones que utiliza la Sala de Apelación. La infracción del principio de respeto a los actos propios, cuando el requerimiento realizado no es contrario a la postura procesal toda vez que el reconocimiento que en el mismo dice hacerse.

RESOLUCION CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR DEL BIEN INMUEBLE DE SU OBLIGACION DE PAGAR EL PRECIO. LA VALORACION DE LA CLAUSULA PENAL ES TAREA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA, POR LO QUE EN PRINCIPIO ESTA EXCLUIDA DE LA CASACION. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Algeciras, en sentencia de 21 de febrero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª), en sentencia de 3 de junio de 1964, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

El núcleo del actual motivo se deriva de la alegación constituida por la conducta del demandado, que según él, no supuso una voluntad rebelde y obstativa del cumplimiento de la obligación de pago.

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina jurisprudencial moderna establece que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado de causar al cumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta de voluntad obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó. Conducta obstativa voluntaria realizada por la parte recurrente que frustró la realización económica del contrato, suficiente para que entren en juego en su generalidad el artículo 1.124 y con su especificidad el artículo 1.504, ambos del Código Civil.

RECLAMACIONES A CARGO DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS AL HABERSE PRODUCIDO MODIFICACIONES CONSTRUCTIVAS EN LOS APARTAMENTOS VENDIDOS Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Zaragoza, en sentencia de 27 de julio de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª), en sentencia de 8 de junio de 1994, estima los recursos de apelación interpuestos.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Se hacen constar unas actas de Juntas de Propietarios acreditativas tanto de la vigencia del cargo de presidentes como de la autorización colectiva para demandar a la recurrente por defectos de obras y servicios comunes pendientes de corregir. Se trata de una autorización amplia y general que hace suficiente la legitimación tanto *ad processum* como *ad causam* para plantear el pleito.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 12 en relación con el 13 de la Ley de Propiedad Horizontal, autoriza y atribuye legitimación activa a los presidentes para litigar, actuando como órgano del ente comunitario en defensa de sus intereses, al sustituir la voluntad social con la suya individual. La excepción sólo procedería cuando la parte actora hubiera litigado atribuyéndose cualidad, condición, cargo o representación que se demuestre no le correspondía. Como consecuencia de lo expresado es que el poder otorgado al Procurador es suficiente para promover el pleito, al obrar los poderdantes en el ámbito de las facultades delegadas por los copropietarios de los tres edificios que conforman la parte actora del proceso, sin perjuicio de que se trata de defecto subsanable. Corresponde al presidente autorizado otorgar los poderes a procuradores que resultan válidos incluso cuando cambia la persona del presidente con posterioridad.

En el pleito, la acción que se ejercita es por incumplimiento contractual a cargo de la recurrente de las obligaciones asumidas en los contratos de enajenación de los apartamentos, al haber producido desviaciones constructivas, identificadas y suficientemente probadas de la oferta-propaganda, por razón de las modificaciones que se llevaron a cabo en la calidad de los materiales empleados y su sustitución por otros inferiores, lo que obedeció a su unilateral decisión y, con independencia de las relaciones de los técnicos con la recurrente, que fue la ejecutora material y la que celebró los contratos de ventas de pisos y locales, debiendo responder en los términos de los artículos 1.096, 1.097, 1.098 y 1.101 del Código Civil en relación con el 1.445. Se trata de sustitución de materiales y no defectos en la construcción y vicios ruinógenos, por lo que se está ante situación jurídica de incumplimiento contractual, y de cuyo incumplimiento obligacional solamente ha de responder la promotora-constructora y también la vendedora de los elementos del edificio y no el personal técnico al no afectarle la relación jurídica litigiosa. El problema se desvía hacia la solidaridad impropia de los intervinientes en el proceso constructivo, como si se tratase de supuesto de vicios ruinógenos del artículo 1.591 del Código Civil cuando la acción que este precepto autoriza no ha sido ejercitada en esta litis, lo que refuerza la exclusión de situación de litisconsorcio pasivo necesario al demandarse sólo a la entidad que recurre y sin perjuicio de las acciones que a ésta le pueden asistir contra los técnicos.

DEFECTOS CONSTRUCTIVOS. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Murcia, en sentencia de 5 de julio de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.^a), en sentencia de 22 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Presupuestos fácticos.—Se construye un edificio obteniendo cédula de calificación definitiva con fecha 3 de noviembre de 1978. Dicho edificio contaba con dos torres unidas entre sí, pero al poco tiempo de la terminación de la obra se comienzan a apreciar signos de deficiencia con aparición de grietas y fisuras que iban adquiriendo mayores dimensiones, los demandados cubren algunas de las grietas, pero no dan solución a las causas que las provocan. En 1985 se acude a «Controlex, S.A.», que es una empresa dedicada al control, cálculo, patología y reparación de estructuras. Así comenzaron a realizarse las pruebas y comprobaciones pertinentes que culminaron con un informe en agosto de dicho año, constatándose el movimiento relativo entre los bloques como consecuencia del giro hacia la derecha del bloque derecho, rompiendo la junta de dilatación de todos los forjados e igualmente se informó de la mala ejecución de la referida junta, lo que contribuyó a que el fallo de cimentación produjera la rotura de algunas jácenas, estimándose que la causa fundamental del estado del edificio fue la mala concepción o ejecución de la cimentación. Las pretensiones ejercitadas fueron estimadas por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Murcia, en sentencia de 5 de julio de 1993, en el sentido de declarar la existencia de defectos de construcción constitutivos de ruina parcial en el edificio «Rubén Darío», decretando la responsabilidad de los arquitectos demandados y condenándoles con carácter solidario, así como a los controles semestrales aconsejados por tiempo no inferior a cinco años y hasta el definitivo asiento del edificio, apercibiéndoles de que tales operaciones serán realizadas por la comunidad actora a cargo de ellos de no llevarlas a cabo.

Doctrina de la Sentencia.—Partiendo de la interpretación amplia que sobre el concepto de RUINA mantiene la doctrina jurisprudencial, la cuestión a debatir se limita a determinar si las obras a realizar deben ceñirse a las establecidas en las sentencias o sería necesario y aconsejable ampliarlas. Resulta obvio que las obras acordadas son no sólo insuficientes sino, incluso, contradictorias con los controles semestrales establecidos ya si se acometen las obras de reparación y tras el control semestral resulta que el asentamiento del edificio no es definitivo, el fallo quedaría vacío y sin contenido. Así, probados los daños que acuerden unas obras recomendadas por uno de los peritos, quien manifiesta que no se puede dar un informe completo al no disponer de datos para ello y que la solución completa es difícil, y olvidando que la solución definitiva propuesta por el resto de los peritos es la del recalce, y prohibir una condena de futuro como hace la sentencia recurrida y aceptar el fallo de la de instancia que impone una condena de futuro consistente en controles semestrales, además de una contradicción es un dislate, y dichos controles tienen fijado un tiempo mínimo de realización, cinco años, pero nada se dice del tiempo de su duración total, así como del procedimiento a seguir en el supuesto de que los controles denotaran que el asentamiento del edificio no es total, ni mejora la estructura y seguridad del edificio. Y es que la imposición del referido control periódico no debe entenderse cual una condena de futuro al ser su única finalidad la de comprobar el definitivo y regular asentamiento del edificio, control el indicado que quedó perfectamente establecido en su duración total: «hasta el definitivo asiento del edificio».

Paralelamente, se debería plantear una cuestión totalmente distinta y que, por supuesto, excedería de los límites normales y propios del recurso, es decir, la referente a que los controles comprobasen que el «asentamiento» no se

hubiera producido, ahora bien, esa cuestión no puede tener respuesta en el recurso pues su específico marco de discusión y resolución sería el correspondiente al período de ejecución de sentencia, de cualquier manera, y además, no cabe olvidar que el suplico de la demanda se concretó a la declaración de presentar el inmueble graves defectos y a la condena a efectuar de manera inmediata la reparación de los desperfectos y anomalías existentes, por lo que la condena no podía rebasar tales términos de actualidad y hacerse extensiva a daños que fuesen apareciendo con posterioridad, pues ello podría incidir en incongruencia. Finalmente, no es posible combatir en casación la apreciación que los Juzgados y Tribunales efectuasen de la prueba pericial, pues la misma, en consonancia con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se valorará según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen pericial, y esto es precisamente, lo llevado a cabo en el motivo, ya que en realidad está pretendiendo hacer una valoración de la prueba pericial de modo distinto y contrapuesto a la efectuada por los Juzgadores de instancia, lo que no es admisible en casación, permitiendo afirmar que la sentencia recurrida no incurrió en errónea interpretación de los preceptos denunciados.

En el presente caso, los vicios ruínógenos obedecen a una defectuosa proyección de la cimentación y de la dirección, así como de la ejecución de la obra, la responsabilidad del técnico es evidente y se dice que «el aparejador no está para cumplir las funciones que en cada caso le recomiende el arquitecto, sin que las funciones de inspeccionar y ordenar la obra le vienen encomendadas directamente por la Ley, deduciéndose de la normativa vigente que el aparejador no es ayudante del arquitecto sólo en cuanto sirve a la obra técnicamente considerada; conclusiones que confieren cierta autonomía operativa al aparejador o arquitecto técnico y también le confieren la consiguiente responsabilidad. Además, el aparejador, como colaborador técnico de la construcción, viene sometido a la responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y a la perfecta acomodación de las obras a los proyectos del arquitecto». Aún reconociéndose la responsabilidad solidaria que, en principio, se propugna en el artículo 1.591 del Código Civil, respecto a cuantos profesionales intervienen en la construcción de un inmueble, así como que la doctrina jurisprudencial establecida y que se hace extensiva a la responsabilidad del aparejador en lo concerniente a la solidez del edificio y a la perfecta acomodación de la obra al proyecto del arquitecto, al venirle encomendada las funciones de inspeccionar y ordenar la obra, es lo cierto que en cada caso concreto debe atribuirse la mencionada responsabilidad en función de la efectiva intervención que tuvo cada uno de los profesionales, con lo cual, la responsabilidad queda condicionada al resultado valorativo de la prueba practicada, especialmente la pericial, y es que atendiendo a presupuestos concretos: la enfermedad del edificio obedece a una defectuosa proyección de la cimentación y a una defectuosa dirección de su realización. Los defectos tienen su origen en un irregular asentamiento de los bloques. El inadecuado asentamiento es imputable a los propios directores de la cimentación. En el primer forjado existieron defectos en la junta atribuibles a los arquitectos que dirigieron esa parte del edificio, pero también a quien ha de dirigir la obra hasta su finalización. En la edificación se mezclan vicios de suelo y vicios de dirección, unido a la alteración de la altura inicialmente prevista, y la conclusión de la existencia de vicios de suelo y de dirección hace ilógico pensar que el cometido del aparejador trascendió a tales actuaciones, sin que pueda hablarse de una realización material de las obras sin ajustarse al proyecto o siguiendo

procedimientos, técnicas o métodos contrarios a las reglas del arte de la construcción, tampoco de un empleo de materiales defectuosos, de mala calidad o de calidad distinta a la prevista en el proyecto o no autorizados por los técnicos directores, no de la falta de capacidad técnica o inobservancia de los órdenes e instrucciones de los técnicos superiores. De acuerdo pues a esos presupuestos y conclusiones, el Tribunal —a quo— excluye de la responsabilidad decenal al aparejador al no existir prueba alguna que determinara incumplimiento de sus deberes, y en especial el de vigilancia e inspección. El Juzgado de Primera Instancia declara la existencia de ruina parcial así como los graves daños denunciados en la demanda y condena a los demandados a la realización de las obras de adecuación del edificio y a que por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, el mero hecho de obligar a esta parte a acudir a juicio, con los riesgos y gastos que supone, entraña en sí un daño que debe ser indemnizado por quien dio origen a ello. Por último, no cabe establecer conexión alguna entre la culpa o negligencia prevenida en el artículo 1.902 del Código Civil y las reglas comprendidas en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que el supuesto de «temeridad» recogido no guarda similitud con la «culpa o negligencia», entender lo contrario implicaría dejar sin contenido el precepto procesal.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. SOBERANIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA, EN PRINCIPIO, PARA LA APRECIACION DE LA PRUEBA. EL DEFECTO DE TECNICA CASACIONAL DE ALEGAR COMO INFRINGIDOS LOS PRECEPTOS «Y SIGUIENTES» O «CONCORDANTES», SIN DECIR CUALES SON EN EL CRITERIO DE LA RECURRENTE. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Zaragoza, en sentencia de 24 de febrero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª), en sentencia de 27 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos fácticos.—Don Francisco Andrade Córdoba demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad «Inmobiliaria Reyfa, S.L.», y entre otras peticiones interesa la condena a ésta de que le pague una determinada cantidad de dinero por la realización de diversos trabajos con aportación de materiales no satisfechos y relativos a la construcción de un inmueble.

Doctrina de la Sentencia.—El resultado de la confesión ha de valorarse en conexión con los demás medios acreditativos obrados en el proceso, ya que, según sienta la Sala desde la sentencia de 15 de diciembre de 1961, aquélla no es demostración plena de necesario acatamiento fuera del caso previsto en el artículo 580.2 de la Ley Rituaria, con lo que la recurrente trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba verificado por el de apelación y no tiene en cuenta que, según ha declarado reiteradamente la Sala, entre otras, en sentencias de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997, 15 de abril y 29 de julio de 1998, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica que son

supuestos de exclusión no concurrentes en este caso. La vulneración a la doctrina general sobre obligaciones y contratos se encuentra inmersa en los artículos 1.091, 1.254 y siguientes del Código Civil, y se desestima aquí por razones de técnica casacional, pues la Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 11 de febrero de 1993 y de 30 de junio de 1998, que constituye una anomalía alegar como infringidos los preceptos «y siguientes» o «concordantes» sin decir cuáles son en el criterio de la recurrente, debido a que ello contraviene la exigencia del artículo 1.707 de la Ley Procesal Civil. También la violación del artículo 1.544 del Código Civil en relación con los artículos 1.588 y siguientes, en cuanto que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que la recurrida no ha podido acreditar que ha satisfecho a la recurrente la totalidad de la obra ejecutada y se desestima también por méritos de técnica casacional debido a que el artículo 1.544 tiene carácter definitorio y, por su generalidad, no es válido para servir de soporte a motivo de casación alguno, y su conexión con los artículos 1.588 «y siguientes» adolece de los defectos expresados.

CONTRATO DE ADHESION. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villacarrillo, en sentencia de 29 de septiembre de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 27 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Doña Elisa Calero Calero se dedica al almacenamiento y comercialización de pescados y mariscos bajo la denominación de «Mariscos Castellar». Con fecha 25 de mayo de 1991, la citada doña Elisa Calero Calero concierta con la entidad «GAN ESPAÑA, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.», una póliza flotante de seguro para asegurar, valga la redundancia, el transporte de pescados y mariscos congelados, debidamente acondicionados en contenedores frigoríficos que habían de viajar desde puertos sudamericanos a puertos españoles «a designar». Así las cosas y mediante el correspondiente «aviso de seguro» referente a la aludida póliza flotante, el día 1 de agosto de 1991, doña Elisa Calero Calero aseguró el transporte marítimo de un contenedor. El embarque que tuvo lugar el día 1 de agosto de 1991, con la adecuada temperatura del contenedor y de la mercancía, según certificación expedida por la aseguradora de la exportadora, cuando llega el 4 de septiembre al puerto de Santurce (Bilbao) es rechazada por las autoridades sanitarias españolas.

Doctrina de la Sentencia.—Las dos cuestiones centrales a resolver son las siguientes: UNA, la determinación de la causa originadora de los daños sufridos por la mercancía transportada, y OTRA, la de si esa causa originadora o determinante del daño está incluida dentro de los riesgos cubiertos por el condicionado general y particular de la póliza de seguros. Para resolver la primera cuestión se ha de acudir a los informes técnicos que constan en autos y a los que ya hemos aludido: certificado de averías emitido por los expertos del comisionado marítimo español completado con la intervención del técnico de frigoríficos, el informe emitido por la aseguradora del exportador, etc.,

para lo que se llega a la conclusión de que el objeto de la litis debe centrarse en la determinación de la causa determinante de los daños. Para ello, y teniendo en cuenta los informes aportados, se fijan las siguientes premisas: a) la maquinaria frigorífica no tenía ningún fallo o avería en su funcionamiento; b) desde la instalación del termostato se conoce la temperatura en el interior del contenedor; c) no se conoce el control de temperatura desde el 25 de agosto hasta el 4 de septiembre; d) el aumento de la temperatura se debió a un fallo de circulación del aire frío en el interior del contenedor, debido a un bloqueo en la zona inferior del frente del contenedor, lugar por donde sale el aire frío y en el que existía agua procedente del exterior y que al congelarse taponó, casi totalmente, la salida del aire frío, impidiendo que éste penetrara y circulase en el interior. De todo lo cual resulta como aplicación lógica por aplicación de las reglas de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, que en todo caso la CAUSA primordial del siniestro o daño de la mercancía por falta de frío fue ocasionada por el fallo o paralización de los aparatos frigoríficos, entendiendo esto, no en un sentido exclusivo de paro absoluto, sino en la de impedimento, detención o entorpecimiento, y dado que nos encontramos ante un contrato de adhesión tiene declarado el Tribunal que en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de la póliza, se ha de adoptar de acuerdo con la regla del artículo 1.288 del Código Civil la interpretación más favorable al asegurado.

En un primer momento se alude en el presente litigio a la infracción al artículo 1.091 del Código Civil, conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse a su tenor. Ante lo cual se responde que, limitado el artículo 1.091 a establecer la fuerza vinculante que para las partes tienen los contratos, el mismo presenta un carácter genérico que le priva de posibilidad de ser citado por sí solo en casación, como violado, a no ser que se armonice con algún otro de los más específicos que para cada caso contiene el Código Civil. A esto hemos de añadir que, la única y exclusiva razón en que la entidad aseguradora demandada ha pretendido basarse para rechazar la cobertura del siniestro producido ha sido la de que entendía que el daño sufrido por la mercancía transportada fue debido a una defectuosa estiba de la misma y no a una paralización o a un defectuoso funcionamiento de la máquina frigorífica. Después, se menciona la norma del artículo 1.249 del Código Civil y la jurisprudencia que la interpreta como infringidas, así como la doctrina de las presunciones en general, a lo que hay que contestar, y como reiteradamente ya hemos aludido, que el siniestro producido fue debido a una paralización más o menos temporal o a un defectuoso funcionamiento del aparato frigorífico, y no a una deficiencia estiba de la mercancía, ajustada tal teoría a las reglas de la estricta lógica —reglas del criterio humano—, según el artículo 1.253 del Código Civil. Además, se añade por la Sala, cuando se pretende aplicar al seguro marítimo la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, que la única normativa que le es aplicable es la del Código de Comercio.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Logroño, en sentencia de 7 de septiembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Logro-

ño, en sentencia de 30 de mayo de 1994, desestima los recursos de apelación interpuestos.

Prospera el recurso de casación.

Presupuestos fácticos.—Petición de indemnización de daños y perjuicios en la muerte del esposo y padre de los actores a consecuencia de las lesiones sufridas al ser embestido por una vaquilla en una plaza de toros durante el transcurso de un festejo de «toreo de vaquillas» y en un momento en que en la plaza había tres vaquillas sueltas.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de la Sala, tanto la emitida antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro como la posterior, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro han de resolverse en favor del asegurado, dada la naturaleza de contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las consecuencias de las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó —art. 1.288 del Código Civil—, interpretación jurisprudencial que deriva del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, a cuyo tenor «las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito»; asimismo es doctrina jurisprudencial la de ser función privativa de los juzgadores en la instancia la interpretación de los contratos en litigio, fijando cuáles son las declaraciones de voluntad que forman el contenido obligatorio de los mismos determinando su sentido y alcance según la normativa vigente, debiendo prevalecer en casación el resultado alcanzado en esa actividad jurisprudencial, si bien el mismo es revisable en casación cuando se da una notoria infracción de las normas legales que regulan la labor exegética de los contratos contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, o cuando las conclusiones a que se llega son absurdas, desorbitadas o desprovistas de toda lógica. La póliza suscrita por el Ayuntamiento donde sucedieron los hechos era una póliza de responsabilidad no concertada con la finalidad de asegurar las consecuencias dañosas de los festejos taurinos programados, sino que dicha póliza aseguraba, entre otras, las responsabilidades derivadas de «manifestaciones festivas, culturales o deportivas organizadas por la Corporación Municipal durante el período de vigencia de la póliza». Además, el festejo en que se produjo el evento dañoso consistió en la suelta de vaquillas dentro de un espacio o recinto acotado para ser toreadas por las personas intervinientes en el festejo en el que toman parte todas cuantas personas quieran; con esta interpretación se establecen los justos límites del contenido de la póliza, la cobertura de responsabilidad civil por los daños que puedan sufrir los espectadores del festejo o terceras personas ajenas al mismo y que puedan resultar lesionadas.

La exclusión del objeto del seguro de la responsabilidad civil, que debe ser objeto de cobertura por un seguro obligatorio, se razona por la sentencia exponiendo que debe tenerse en cuenta que el perjuicio causado a los actores y que se reclama es notoriamente superior a dicha cantidad, se refiere a la cobertura del seguro obligatorio concertado con la codemandada «Winterthur» y no puede entrar en tal juego tal exclusión, además, la póliza concertada por el Ayuntamiento con la recurrente «Plus Ultra» no constituye un seguro voluntario y complementario del que, en cumplimiento de la Orden de 10 de mayo de 1982, artículo 3.º-6, concertó la Corporación Municipal con

Winterthur respecto a la muerte por accidente, por lo que la insuficiencia de la cobertura pactada en el seguro obligatorio no puede hacerse recaer sobre «Plus Ultra» sino sobre el propio Ayuntamiento tomador del seguro obligatorio que, al contratar tan exigua cobertura venía a asumir las consecuencias económicas que superasen la misma, pues ha de tenerse en cuenta que la obligación del Ayuntamiento era la de concertar un seguro «suficiente», no cualquier seguro con ínfima cobertura, ya que tampoco se trataba de un seguro obligatorio en que tanto la prima a pagar por el tomador como las indemnizaciones a satisfacer por la aseguradora están legalmente predeterminadas, lo que justificaría un seguro voluntario complementario del obligatorio, no en este caso en que el seguro obligatorio había de ser «suficiente». Las cláusulas limitativas examinadas fueron aceptadas de forma expresa por el Ayuntamiento tomador del seguro concertado con «Plus Ultra» que suscribió un «Pacto Adicional» por lo que tales cláusulas son oponibles por la aseguradora frente a terceros, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial a la que se refiere la sentencia de 21 de mayo de 1996, al decir que «una doctrina reiterada de la Sala viene proclamando que los riesgos excluidos habrán de ser expresados de una manera clara y precisa», además de destacarse en la póliza del contrato o en un documento complementario «suscrito por el asegurado», siendo lícito y oponible al tercero ofendido o perjudicado la estipulación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del asegurador respecto a concretos y específicos riesgos, siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos se den a conocer al asegurado y éste las acepte y, finalmente, las suscriba, requisitos todos que se dan en el presente supuesto.

DOCTRINA SOBRE «LA COSA JUZGADA». (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Denia, en sentencia de 2 de septiembre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), en sentencia de 1 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Objeto de la litis.—El médico forense que, en su día, reconoció al perjudicado lesionado, por error, no hizo constar en el parte médico emitido la existencia de la secuela por la que se reclama en la presente litis una determinada cantidad de dinero.

Doctrina de la Sentencia.—Se considera vulnerada la doctrina de la «cosa juzgada». Es doctrina de la Sala la que mantiene que cuando la acción civil no ha sido reservada dentro de la causa criminal o ésta ha terminado por sentencia absolutoria o no ha sido sobreseída, el ofendido por el delito no puede ejercitar en procedimiento distinto una responsabilidad no invocada en momento procesal oportuno, ya que no le es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción, criterio que también recoge la sentencia de 8 de junio de 1970, que insiste en que ejercitada la acción penal se entenderá utilizada también la civil a no ser que el dañado

o perjudicado la renunciase o reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiese lugar y en el caso de autos es evidente que se ejercitó la acción civil conexas con la penal. No le incumbe al orden jurisdiccional civil «subsanan errores o suplir omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a tribunales de otro orden jurisdiccional».

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA FECHA DE RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO ES LA DE LA ENTREGA DE LAS LLAVES AL ARRENDADOR Y NO LA DE INTERPOSICION DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Sevilla estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial, salvo en lo relativo a la fecha desde la que surte efectos la resolución del contrato litigioso.

No se admite la casación. Solicitado por los demandantes la declaración del incumplimiento de las obligaciones del arrendador y que éste devolviera la fianza constituida. En Primera Instancia se declaró resuelto el contrato de referencia desde la fecha de la demanda y la de apelación confirma salvo la fecha que es la de entrega de las llaves al arrendador llevada a cabo en el inicial juicio de desahucio por falta de pago, instado por este último contra aquéllas y en el que había recaído sentencia, declarando la resolución del contrato. Este estaba resuelto por el desahucio, pero no tuvo efectividad hasta la devolución de las llaves por los arrendatarios al dueño del piso, lo que está reconocido por las partes. La ocupación y disposición por los recurrentes del piso o local de autos no concluyó, aun estando resuelto el contrato, por la sentencia de desahucio de 1 de marzo de 1989, hasta que no se devolvieron las llaves en 12 de mayo del mismo año, lo que elude el recurrente que parte del incumplimiento inicial por el propietario de sus obligaciones como tal, obviando las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, que no han sido modificadas en este recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO.—AL DEDICARSE EL LOCAL ARRENDADO A DESPACHO DE ABOGADOS SE CONSENTIA TACITAMENTE EN LA INTRODUCCION DE UNA PLURALIDAD DE PERSONAS EN EL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 7 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia de Sevilla revocó la anterior.

No procede la casación. Se arrendó el local para despacho de abogados y el propietario solicitó la resolución por haber introducido la arrendataria a los dos codemandados en el uso del local. Desestimada la demanda en la apelación, el recurrente basa el recurso en la vulneración del artículo 1.281.1 del Código Civil, ya que, siendo claros los términos del contrato y sin dejar duda alguna sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas, no hallándose ajustada a Derecho la interpretación hecha por la sentencia. Esta dice que, al aceptar el arrendador como destino el despacho de abogacía, no sólo sabía qué iba a hacerse en el local, sino que la consentía plenamente. La interpretación de los contratos es función privativa de los tribunales de instancia, cuyo resultado ha de ser respetado en casación a no ser que el mismo se encuentre ilógico o contradictorio con alguna de las normas legales de hermenéutica de los artículos 1.281 al 1.289 del Código. La expresión «Despacho de abogados» denota la aceptación por el arrendador de que una pluralidad de personas ejerzan la abogacía en el piso arrendado, como es lo sucedido en este caso, en el que no existe limitación alguna atinente a las relaciones internas que pudieran existir entre los ejercientes en el mismo, siendo obvio que, al denegarse la resolución contractual, no se han infringido los artículos 1.543 del Código Civil y 114.2.^a y 5.^a LAU.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—ESTANDO EL NEGOCIO A NOMBRE DE LA MUJER, DEBIO SER ELLA LA QUE OTORGASE EL CONTRATO, Y SIENDO ADEMÁS EL LOCAL GANANCIAL Y, EXCEDIENDO EL CONTRATO DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACION, TAMBIEN DEBIA INTERVENIR ELLA. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Las Palmas desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió la apelación.

No se admite la casación. La esposa, a cuyo nombre figura el negocio, entabla la demanda de nulidad del arrendamiento del mismo, otorgado por su marido, quien había fallecido poco después de haber concertado este arrendamiento y la Audiencia Provincial, revocando la anterior, declaró dicha nulidad. Estando el negocio a nombre de la actora, debió ser ella la que tenía que otorgar el arrendamiento en lugar del marido, porque el negocio instalado era el elemento principal del complejo «local de industria» arrendado y la intervención de la mujer, siendo además el local ganancial (art. 1.347.3 del Código Civil) y excediendo el tiempo de duración contractual de los límites de los actos propios de administración, se considera un acto de disposición, y careciendo el arrendamiento del consentimiento *uxoris*, como declara la sentencia combatida, siendo nulo el contrato, que carece del consentimiento de la mujer (art. 1.377 del Código Civil).

ACTUALIZACION DE RENTAS DE LOCAL DE NEGOCIO.—NO SE EJERCITO LA ACCION DENTRO DEL PLAZO DE TRES MESES Y ADEMÁS EL CONCEPTO «RENDA ANTERIOR» DEL SOPORTE ADECUADO, YA QUE SIENDO FRUTO DEL INCREMENTO PRECEDENTE HABIA INCURRIDO EN EL DEFECTO DE RETROACTIVIDAD Y ADEMÁS NO SE APLICARON LOS REALES DECRETOS DE 1976 Y 1978 Y LA LEY DE 1980 SOBRE LIMITACION DE RENTAS. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 3 de Málaga desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Se alega que la sentencia recurrida es incongruente por haber alegado que en las notificaciones de actualización de renta no se habían tenido en cuenta las limitaciones de los Reales Decretos de 8 de octubre de 1976, 4 de enero y 26 de diciembre de 1978 y 1 de octubre de 1980, siendo así que la oposición a la demanda se había apoyado fundamentalmente en la excepción de cosa juzgada, la caducidad de la acción y la irretroactividad de la revisión. Ahora bien, comoquiera que las pretensiones de la demanda envuelven una declaración de licitud e idoneidad de los incrementos de cada uno de los períodos de actualización cuyas cuantías especifica, es evidente que el Tribunal no puede ignorar tales disposiciones y es obligado el conocimiento y aplicación del Ordenamiento jurídico —*iura novit curia*— sin que comporte alteración del equilibrio de las partes ni quebranto de la causa de pedir, que ha de descansar en la normativa vigente reguladora del tema. No se ejercitó la acción dentro de los tres meses de la negativa a su aceptación por la demandada y, en cuanto al último período de 1988-1989 de incremento, aun cuando éste oportunamente ejercitado en la demanda falla en su idoneidad y licitud porque el concepto «renta anterior» de cada una de las notificaciones carece del soporte que la viabilizaría, ya que siendo fruto del incremento precedente añadido a su vez a la renta del período correspondiente, había incurrido en los defectos de caducidad y retroactividad y en la no aplicación de la normativa antes aludida (RR.DD. de 1976 y de 1978 y Ley de 1980).

RETRACTO.—NO EXISTE ABUSO DEL DERECHO PORQUE CUANDO SE EJERCITA EL RETRACTO ESTABA VIGENTE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AUNQUE DESPUES SE RESOLVIERA ESTE POR VIRTUD DE UN PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Gerona estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. La sentencia de apelación deniega la acción de retracto ejercitada, amparándose en la aplicación de la doctrina del abuso de derecho de la LAU en su artículo 9 en relación con el artículo 7 del Código Civil. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que el ejercicio del derecho se haga con la intención de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal y sin provecho para el agente que lo ejercita. La acción es relativa a una nave que se ha transmitido mediante subasta en un procedimiento judicial hipotecario, reconociendo la Sala la concurrencia de los requisitos que la Ley exige para la viabilidad de esta acción y, en especial, la legitimación activa del retrayente que ostentaba la condición de arrendatario del inmueble en el momento de la transmisión al tercero y en el momento de interponer la demanda. Las circunstancias de las que deduce la Audiencia el abuso de derecho, surgen por haber recaído sentencia en un procedimiento de desahucio por falta de pago, iniciado, estando en tramitación el presente juicio de retracto y que dio lugar a la resolución del contrato, alegando el recurrente que la sentencia de 1990 adquirió firmeza porque la consignación de las rentas ante el Juzgado sufrió un retraso y no puede aportarse en el juicio de desahucio, pero estas vicisitudes en nada afectan al ejercicio de la acción de retracto, ya que la retrayente era titular de un contrato de arrendamiento que estaba en

pleno vigor, no sólo al enajenar la finca, sino también cuando se ejercita la acción, siendo indiferentes las vicisitudes posteriores que pudiera sufrir tal contrato, pues la acción había nacido tres años antes. La Audiencia no justifica la anormalidad del ejercicio del derecho ni la intención de perjudicar ni la naturaleza antisocial del daño causado que fundamenten tal resolución.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS VENIAN EXIGIDAS POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA SU ADAPTACION AL DESTINO REQUERIDO Y VENIAN AUTORIZADAS EN LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES SIN QUE POR OTRA PARTE ALTERASEN LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Sabadell declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. En el contrato de arrendamiento se autorizó la subrogación del arrendatario por una sociedad de la que forma parte, pactando también que el arrendatario podría construir una pista polideportiva con pavimento de hormigón y un campo de fútbol-sala en la parte lateral delantera de la casa principal, pero sin talar ningún árbol, quedando estas obras a beneficio de la propiedad sin perjuicio del derecho del arrendador, respecto de las no contractuales, a ordenar su derribo y restaurar la finca a su estado actual a cargo del arrendatario. La Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, dice que las obras realizadas no evidencian una alteración sustancial del conjunto, siendo necesaria la sustitución de la piscina antigua por una nueva para adaptarse a las normas vigentes, así como la escalera necesaria para evacuación como salida de incendios y, en cuanto a las obras del cobertizo, aunque impliquen una mutación o cambio de destino comercial, esta mutación no se contempla en la LAU como motivo resolutorio. Las obras eran exigidas o impuestas por la autoridad administrativa como requisito previo para su funcionamiento como «granja-escuela», principalmente las atinentes a la seguridad e higiene por cuanto iban a servir de albergue a los alumnos, estando autorizadas implícitamente en las cláusulas contractuales antes vistas. La configuración es algo contingente y circunstancial, deviniendo así en algo reservado al tribunal de instancia, así como las obras de carácter mueble que se puedan separar del inmueble sin deterioro ni menoscabo del mismo no pueden considerarse comprendidas en aquéllas a que se refiere el artículo 114.7 LAU. Ni la construcción de la fosa séptica en zona alejada del edificio y fácilmente suprimible al finalizar el contrato, ni la sustitución de la piscina antigua por una nueva entraña modificación de la configuración del inmueble, así como tampoco la colocación de una escalera metálica, por hallarse simplemente adosada a la fachada, ni la transformación del cobertizo, antiguo corral en habitáculo de la escuela, que, como vimos, sólo implica un cambio del destino primitivo del mismo.

SUBARRIENDO.—NO EXISTE CUANDO EL ARRENDAMIENTO INTRODUCE MAQUINAS DE JUEGO RECREATIVAS Y DE AZAR CON AUTORIZACION DEL ARRENDADOR, YA QUE AL NO HABER PRECIO CIERTO EN LA CESION DE LAS MAQUINAS, POR PERCIBIR UN PORCENTAJE, NO ESTA INCLUIDO DENTRO DEL AMBITO DE LA LAU. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Salamanca estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Valladolid.

Triunfa la casación. Existía un convenio privado en el que la parte actora concede autorización a la arrendataria para que en el local arrendado introdujera el recurrente tres máquinas de juego, de azar y recreativas pactándose el porcentaje de lo recaudado, que percibirían las tres partes implicadas, especificándose que le correspondía a la arrendadora su parte, por la autorización que otorgaba para la finalidad antedicha y, ante la falta de pago del porcentaje se interpuso demanda de desahucio que se tramitó por las causas del artículo 744 y siguientes de la LEC con las modificaciones de la LAU. No puede calificarse de subarriendo de local la relación jurídica creada. El subarriendo debe recaer sobre el objeto arrendado y ha de tenerse los mismos elementos, entre ellos el tiempo determinado y el precio cierto, y no se puede considerar cierto un precio que depende de la recaudación que se obtenga en el negocio. El precio no puede ser aleatorio o contingente pues, de lo contrario, la naturaleza jurídica queda afectada por claros motivos asociativos que desvirtúan el arrendamiento haciendo tránsito a la aparcería industrial o sociedad, salvo que se pactase, junto a una cuota de beneficios, una cuota fija. En consecuencia existe la infracción del artículo 151 LAU, pues la acción ejercitada no puede fundamentarse en derechos reconocidos en dicha Ley. Aquí se trata de la resolución de un contrato asociativo con su correspondiente liquidación y ello cae fuera de la LAU.

ARRENDAMIENTO CON OPCION DE COMPRA.—EL CONTRATO DE OPCION DE COMPRA DEPENDE DEL OPTANTE UNICAMENTE QUE SE PERFECIONE Y SE HA PROBADO EL PAGO DE LA RENTA DENTRO DE LOS PRIMEROS OCHO DIAS DEL MES, SIN QUE QUEPA ACEPTAR, COMO INCUMPLIMIENTO RELEVANTE, LO RELATIVO A LOS INCREMENTOS DE RENTA NI EL HECHO DE NO ABONAR LAS RENTAS DESDE LA FECHA DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Palencia desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

Triunfa la casación. Dice la sentencia recurrida que la condición, a cuyo cumplimiento se subordina la validez del documento de opción de compra, viene referida al pago puntual de rentas, conforme a la cláusula 3.ª de dicho contrato, y si esta condición no se cumpliera, el derecho de opción quedaría sin validez, y de la prueba se deduce el retraso reiterado en el pago de las rentas y, además, no se han revisado las rentas, incrementándolas conforme a lo pactado. Pero son hechos incuestionables del litigio, acreditados en autos: 1) Que por parte del actor se han satisfecho las rentas y en su poder constan los recibos suscritos por la arrendadora desde el 1 de junio de 1988. 2) Por oficio bancario constan los abonos correspondientes, sin solución de continuidad hasta el 1 de marzo de 1990. 3) Las fechas en que se realizan los abonos son durante los ocho primeros días de cada mes, por la práctica bancaria de abono en cuenta que siempre es posterior a la orden de pago. 4) Que, expirado el derecho de opción de compra, concedido sobre el local, no se accedió al otorgamiento de la correspondiente escritura de venta según lo estipulado. 5) Se procedió a la revisión convenida en la cláusula 5.ª del arrendamiento y se procedió al pago del incremento correspondiente. 6) Tras el requerimiento

notarial para el ejercicio del derecho de opción se ha continuado el disfrute del local arrendado, si bien no se han satisfecho las rentas desde la presentación de la demanda. 7) Unido a la demanda consta cheque por el precio fijado para la opción. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el contrato de opción la compraventa futura está plenamente configurada y depende únicamente del optante, que se perfeccione o no (sentencia de 16 de abril de 1979, 4 de abril de 1987, 24 de octubre de 1990 y 23 de diciembre de 1991), por lo que se deben desestimar las consideraciones del recurso de apelación, pues se ha probado el pago de las rentas, sin que la demandante se opusiera como lo prueba la entrega de los recibos cada mes hasta que se ejercitó el derecho de opción, sin que quepa aceptar, como incumplimiento relevante, el de los incrementos de renta, pues no consta la conducta infractora de abonar estos incrementos, y el hecho de no abonar las rentas desde la fecha de la demanda, comporta un factor económico a tener en la cuenta en la decisión que se emita, que habrá de computar el *quantum* dejado de satisfacer por la parte recurrente para añadir, a los fines de liquidación económica, lo que proceda por el abono de rentas dejadas de satisfacer con los intereses legales de demora, desde que se presentó la demanda hasta el otorgamiento de la escritura.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE CONSIDERARSE VALIDO, TRAS LA VENTA EN SUBASTA PROVOCADA POR LA ANOTACION DE EMBARGO ANTERIOR, EL ARRENDAMIENTO EN EL QUE LA ARRENDADORA SE RESERVO UNA HABITACION Y EL USO DE LA COCINA Y EL BAÑO. NO ES QUE SE RESUELVA EL CONTRATO, SINO QUE SE DECLARA INEXISTENTE. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. En un proceso por despido se embargó el piso, que se arrendó después al otro demandado, cuyo piso fue subastado y adjudicado el remate al actor, siendo claro que la conducta de la demandada de constituir un arrendamiento posterior a la anotación debe interpretarse como un intento de frustrar la ejecución desde el momento en que se reservó una habitación y el uso de la cocina y el baño, por lo que no puede sostenerse la subsistencia del arrendamiento tras la venta del piso. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por admitir el vínculo arrendaticio, contraído después de la constitución de la hipoteca o derecho limitativo del dominio, ha de apreciarse que, solicitada en la demanda, no la resolución del arrendamiento, sino su nulidad o inexistencia, y admitido que la conducta de la demanda fue un intento de frustrar la ejecución desde el momento en que se reservó una habitación y el uso de la cocina y el baño, no puede sostenerse la subsistencia del arrendamiento que se declara nulo o inexistente, basados en el recurso de combatir la resolución. No se puede proteger la posesión arrendaticia de buena fe, ya que la sentencia recurrida apoya su declaración de nulidad en la inexistencia de buena fe.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS PRESUNCIONES EN LAS QUE SE BASA LA SENTENCIA RECURRIDA INDICAN QUE EL ARRENDATARIO NO ESTABA EN EL LOCAL EN LAS HORAS DE ACTIVIDAD COMERCIAL Y SI LO ESTABA EL CODEMANDADO, SIN JUSTIFICAR LA RAZON DEBIDAMENTE Y SATISFACIENDO LA LICENCIA FISCAL POR LA ACTIVIDAD DE COMPRAVENTA DE AUTOMOVILES USADOS QUE DOMICILIO EN EL LOCAL. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 3 de Salamanca desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la casación. No se prueba el error en la apreciación de la prueba argumentado. En el acta levantada a instancia de la demandante y arrendadora sólo se recogen las manifestaciones del requerido en el sentido de que no explota el local en ningún concepto sino que era disfrutado por el otro recurrente. Se incorpora el recibo de la licencia fiscal de actividades comerciales que acreditan que el segundo se había dado de alta el 10 de marzo de 1988 y causó baja el 28 de abril del mismo año, es decir, el mismo día en que contestó, siendo la actividad de compraventa de automóviles usados la que se desarrollaba en el local. Ni la prueba documental ni la de confesión judicial tienen valor decisorio y la sala no fundó en ellas su decisión. Las presunciones, que basaron la resolución de la Audiencia, son las que el arrendatario no estaba presente en el local del arriendo en las horas de actividad comercial y sí el codemandado, sin justificar la razón de ello, pues no está dado de alta como empleado, trabajador o comisionista y, por el contrario, satisfacía impuesto por la actividad de compraventa de vehículos usados, que domicilió en el local y la coparticipación en el negocio resulta solo simple indicio o posibilidad que no se acreditó y carece de fuerza para destruir los hechos en los que la Sala fundó sus conclusiones, que son las de efectiva introducción de un tercero en el arrendamiento a espaldas de la parte arrendadora que constituya cesión o subarriendo, incluso traspaso, sin la concurrencia del consentimiento de la parte arrendadora, bastando para que se incurriera en causa de resolución.

RESOLUCION DE CONTRATO.—LA RECURRENTE NO SIGUIO DESPUES DE SU ADQUISICION POR TRASPASO DEL NEGOCIO EJERCIENDO LA MISMA ACTIVIDAD QUE VENIA DESARROLLANDOSE EN EL Y CUYA CONTINUACION EXIGIA EL ARTICULO 32.2 DE LA LEY DE 1964). (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Zaragoza desestimó la demanda y la apelación triunfó parcialmente, declarando la resolución del arrendamiento.

No se admite la casación. La recurrente, en su día adquirente por traspaso de un local de negocio dedicado a la fabricación de galletas y repostería, no ha seguido en la actividad de fabricación, incumpliendo así el compromiso que la Ley le impone en el artículo 32.2 de la LAU. Este hecho objetivo y que la misma recurrente admite, lo justifica en motivos puramente subjetivos que, no obstante, no impidieron adquirir por traspaso y asumir el susodicho compromiso, pero intrascendente para enervar los efectos legales de su incumplimiento en el artículo 114.6.º LAU. Al no existir ninguna causa de cese de la actividad que no le fuese imputable, producida fuera de la actividad empresarial, y que en una relación de causalidad la impidiera, la oposición de la

recurrente a la resolución del contrato no encuentra apoyo legal, pues nada obstaculizaba el que siguiera desarrollando la fabricación como antes del traspaso, aplazando sus deseos de mejora del negocio para mejor ocasión, en lugar de suspenderla.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA INTRODUCCION DE MAQUINAS TRAGAPERRAS EN EL LOCAL FORMA PARTE DEL DEBATE DEL LITIGIO Y NO ALGO EXTRAÑO QUE PUDIERA DETERMINAR LA MAQUINACION FRAUDULENTA QUE PROVOQUE LA REVISION DE LA SENTENCIA RECAIDA EN DICHO LITIGIO. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Burgos desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la revisión. El arrendatario introdujo máquinas tragaperras en el local, alegando que el arrendador, padre del actual, prestó su consentimiento tácito, y al ocultar el arrendador tal consentimiento se había producido una maquinación fraudulenta, generadora de indefensión. Pero la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que provoquen un nexo causal entre el proceder malicioso y la resolución judicial. Los hechos deben apoyarse en causas ajenas al litigio y no en cuestiones debatidas, objeto impropio del recurso de revisión. Por ello ha de entenderse que la existencia o no de consentimiento expreso o tácito en la introducción de máquinas tragaperras ajenas, constituye un factor integrante del tema que era objeto del debate principal mismo, no algo extrínseco, como propugna el recurrente, y su determinación es materia constitutiva del mismo, de suerte que si no se discutió sobre ello, pudiendo y debiendo haberse hecho en dicho procedimiento, es algo que no puede atribuirse sino a la parte aquí recurrente que no puede calificarse como «actuación procedente de la parte contraria», lo que es imprescindible para su tenencia en cuenta a efectos revisorios, ni menos como actuación *extra procesum*. El tema que se trae a colación es un elemento anímico pero susceptible de probanza, como estimó la Sala de apelación en su sentencia.

INCREMENTOS DE RENTA.—LOS INCREMENTOS HAN DE APLICARSE SOBRE LA RENTA RESULTANTE DE LA ULTIMA REVISION OPERADA, PORQUE ASI SE CUMPLE LA FINALIDAD DE QUE SE MANTENGAN LA EQUIVALENCIA Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PRESTACIONES RECIPROCAS. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 6 de Madrid estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. La Audiencia declaró la legitimidad de la revisión de la renta realizada por aplicación de la cláusula de estabilización 7.^a del contrato, condenando a pagar dicha renta desde agosto de 1989. En otro procedimiento entre las mismas partes recayó sentencia declarando válida y aplicable la referida cláusula 7.^a y la legalidad de los incrementos, lo que resuelve el proceso actual extendiendo su declaración a la circunstancia de que la actualización de la renta está calculada con la acumulación, no incluida en el suplico del proceso anterior y sí expresamente en el actual, por lo que no puede aplicarse la excepción de «cosa juzgada» como pretende el recurrente, por no existir perfecta identidad en la *causa petendi*. El Tribunal Supremo

tiene declarado (sentencias de 27 de enero y 25 de noviembre de 1987, 9 de marzo de 1988, 19 de abril de 1990 y 21 de marzo de 1995) que el coeficiente de elevación de renta pactada en los casos en que se conviene, simplemente que la renta pactada será revisada y ajustada anualmente, ha de aplicarse sobre la resultante de la última operada porque así se cumple la finalidad contemplada por los contratantes de que se mantenga la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones recíprocas y hacer que el valor inicial de la renta pactada permanezca a cubierto del insistente y progresivo movimiento que sufre el poder adquisitivo del dinero.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

POR JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ,
TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
(Departamento de Derecho Civil de la UNED. Director: Profesor LASARTE)

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION HOSPITALARIA POR CONTAGIO DE HEPATITIS C MEDIANTE TRANSFUSION SANGUINEA. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. García Varela.

Se interpone demanda ante un Juzgado de Palma de Mallorca contra el INSALUD en reclamación de daños ocasionados por un contagio motivado por una transfusión de sangre. Dicho Juzgado desestima la demanda, pero la sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, que condena al INSALUD a satisfacer al actor la cantidad de seis millones de pesetas.

El recurso de casación interpuesto por el INSALUD es desestimado por el Tribunal Supremo que declara que aunque las pruebas de detección del virus de la hepatitis C no eran exigidas sino desde la Orden de 3 de octubre de 1990, esta particularidad no exonera de responsabilidad a la entidad recurrente, ya que a partir de la primavera de 1989, no sólo en el espacio científico, sino también en el de la opinión pública, se conocía la gravedad de la hepatitis C, así como las fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre efectuada en centros hospitalarios, lo que nos lleva, por la vía de la responsabilidad patrimonial cuasi-objetiva derivada de actos dañosos efectuados por la Administración pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad del INSALUD.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO RESPECTO AL TRABAJADOR ACCIDENTADO POR NO HABER TOMADO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD QUE HUBIERAN EVITADO EL DAÑO. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Gullón Ballesteros.

Se demanda ante un Juzgado de Lucena por lesiones ocurridas a un trabajador al producirse una explosión de un barrilete existente en la fábrica del empleador, siendo estimada la petición y confirmada por la Audiencia Provincial de Córdoba, condenando al empresario al pago de veinte millones de pesetas.

Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo la desestima. Gira el motivo de la casación en torno al desconocimiento del contenido del barrilete por el empresario, pero sin tener en cuenta que ambas sentencias de instancia le imputan la responsabilidad por omisión de cuidados elementales. Dice la de primera instancia que: «permitió la presencia en su empresa de sustancias con especiales riesgos, sobre la que no había tomado ninguna medida de seguridad, teniendo en cuenta que si el barrilete procedía de una antigua fábrica de jabones, antes de instalar la planta orujera, debía haberse procedido a un rastro y limpieza de restos de la antigua fábrica, hasta dejar el lugar de trabajo en condiciones aceptables de seguridad e higiene. Y si dicha sustancia peligrosa no se aisló, no se puso en lugar seguro y seco y no se etiquetó haciendo constar el contenido del recipiente y las precauciones que hay que adoptar en su manejo, ciertamente son todas causas determinantes y conductas culposas que determinan que se produzca el accidente y de las que se debe responder, debiendo indemnizarse el daño causado en una correcta aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, procediendo en consecuencia la estimación de la demanda en todas sus partes».

Se confirman las apreciaciones de instancia y en consecuencia se declara no haber lugar a la casación.

FALTA DE CULPABILIDAD DE LA VICTIMA.—EMPRESA SUBCONTRATADA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan estima la demanda que pedía una indemnización de 7 millones de pesetas por un fallecimiento en accidente laboral, contra los dueños del edificio, la empresa que contrató la obra y la subcontratista. La Audiencia de Ciudad Real mantiene la sentencia respecto a los dueños y la empresa de la subcontrata, pero absuelve a la primera empresa contratante. El Tribunal Supremo declara que hay responsabilidad solidaria de todos los intervinientes.

Son datos probados que la muerte del señor Pérez (padre y cónyuge de los actores y hoy recurrentes) se produjo como consecuencia de un roce con un cable de alta tensión cuando trabajaba en la cubierta de una nave, sita en Socuéllamos, en la carretera del Bonillo, s/n. La nave en la que se encontraba trabajando el fallecido era propiedad, el día de los hechos, de don Enrique Bafdes Sánchez. El mismo encargó la construcción de ella al demandado don Dionisio Delgado, el cual subcontrató con la entidad Rocalla, S.A., también demandada, que a su vez subcontrató con la entidad mercantil Amcosa, el montaje de la cubierta, siendo el fallecido socio y trabajador. El cable de alta tensión, causa material de la muerte, «discurre —como precisa la sentencia de segunda instancia— por encima de la techumbre de la nave industrial a la que aquél subió para efectuar determinadas reparaciones». Valora, asimismo, la sentencia recurrida, el riesgo derivado de la escasa distancia entre el cable y

la cota del tejado de la nave que quedó reducida a setenta centímetros, pero al tiempo pondera que «no puede estimarse que el solo hecho de la construcción de la nave en ese concreto lugar constituya de por sí un acto imprudente» «pues para cualquiera que tuviera que acceder al tejado, se trataba de un riesgo plenamente previsible, evitable y fácilmente eludible». La sentencia recurrida termina apreciando la «culpa de la víctima y la paralela ausencia de responsabilidad de los demandados-apelantes, pues si el trabajador de otra empresa con la que la demandada no tiene vínculo de dependencia o jerarquía, asume un riesgo visible y evitable, no hay razón jurídica alguna para imputar a dichos demandados culpa o negligencia, que corresponde, exclusivamente, a la empresa para la que prestaba servicios la víctima, que es la que ha de controlar las condiciones laborales de seguridad de sus operarios». Mantiene, por tanto, la condena de primera instancia, respecto de Amcosa (la empresa familiar) y absuelve a los demás demandados.

Sigue diciendo la sentencia del Tribunal Supremo: El primer motivo del recurso (art. 1.692-4.º) denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, puesto que la Sala no extrae las consecuencias jurídicas atinentes del reconocimiento que efectúa sobre la generación del riesgo, ocasionando por la construcción de la nave. Efectivamente, mal puede concluirse que de un riesgo genérico (peligro del cable de alta tensión), especialmente agravados por una construcción que impide que un hombre de estatura mediana, pueda ponerse de pie o permanecer ni siquiera de rodillas o agachado sin una vigilancia continua y con una incomodidad manifiesta, no se deriven responsabilidades para quienes lo crearon, pues su mera existencia obligaba a que cualquier obra o reparación en la cubierta exigiera medidas especiales de prevención a cargo de aquéllos. Mal se conjugan estas obvias consideraciones con la valoración jurídica que de los hechos realiza la sentencia de instancia. Por tanto, se acoge el motivo. La precedente estimación torna, además, en inútil el examen de los demás motivos, por cuanto produce el efecto de recuperar la instancia.

En referido trance, y conforme a los hechos y razonamientos recogidos y expuestos, se aceptan sustancialmente los fundamentos de la sentencia de primera instancia que hace responsables solidarios a todos los demandados por culpa derivada del artículo 1.902, según los razonamientos que explicita. Tanto el propietario de la obra, como el constructor y las empresas subcontratadas, deben asumir las consecuencias jurídicas de la agravación de riesgos, por ordenar y ejecutar materialmente una obra, en sí mismo, peligrosa en estado permanente, sin que conste se adoptaran sistemas de seguridad eficaces, medidas preventivas adecuadas, ni advertencias específicas para la evitación de tales riesgos, al menos, para aquéllos que, por razón de trabajo, tuvieran que subir a la cubierta. Los argumentos de la sentencia recurrida sobre la culpa de la víctima no se comparte, ni siquiera como minoración del *quantum* indemnizatorio, que fuera resultado de la apreciación de una concurrencia de responsabilidades, pues, por patente que fuera el tendido del cable, el riesgo no se eliminaba y, según se reconoce en la propia sentencia, «cada vez que se trabajaba en la nave se procedía a cortar la corriente», lo que no se hizo el día del luctuoso suceso, pues aunque «no consta que el infortunado trabajador avisara» que iba a subir, tampoco consta lo contrario y, sí, en cambio, que el objeto de su trabajo fue «comprobar unas grietas o fisuras que habían aparecido en el tejado», razones que impiden fundar, basándose en conjeturas, la culpa de la víctima. En consecuencia, hacemos nuestro el fallo de la sentencia de primera instancia.

RECLAMACION EN VIA CIVIL DE INDEMNIZACIONES POR PADECIMIENTO DE DEPRESION A CARGO DE TRABAJADORA FRENTE A EMPRESA A CONSECUENCIA DE TRATO INDIGNO. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Villagómez.

Ante el Juzgado de Madrid número 52, se interpuso demanda en solicitud de indemnización fundada en responsabilidad extracontractual por depresión de una trabajadora motivada por tratamiento discriminatorio. En primera instancia se admite la excepción de incompetencia de jurisdicción, ya que corresponde el asunto a los Juzgados de lo Social. La Audiencia Provincial de Madrid confirma, pero el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación y concede a la demandante una indemnización de tres millones de pesetas.

Se combate la sentencia de apelación en cuanto desestimó la demanda de la recurrente, al negarle derecho a reclamar en vía civil, conforme al artículo 1.902, pues se decidió que es la legislación laboral la que prevé prestaciones para los supuestos similares al objeto del pleito, y ha de evitarse la duplicidad de indemnizaciones. Hay que decir que no se aportó prueba alguna de que el padecimiento psíquico que afecta a la actora hubiera obtenido alguna calificación referida a accidente en el trabajo y por ello se hubiera reclamado o satisfecho alguna indemnización.

Esta Sala de Casación Civil no acepta dicha conclusión decisoria. La responsabilidad que se exige a la mercantil demandada es por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio hacia la recurrente, que operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufre. Dicha relación laboral quedó extinguida en el acto de conciliación laboral de fecha 26 de noviembre de 1990, habiendo percibido la cantidad total de siete millones de pesetas por los conceptos de indemnización, saldo y finiquito, y que hay que referir necesariamente al contrato de trabajo resuelto.

La competencia de la Jurisdicción civil para conocer esta controversia judicial resulta así justificada, ya que la culpa extracontractual presupone la existencia de un daño real con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. No se excluye de manera tajante y plena dicha culpa aquiliana, cuando la actuación culpabilística, generadora del daño, rebasa y desborda lo exclusivamente pactado, ya que, como dice la sentencia de 8 de julio de 1996, se trata de una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato y esta negligencia, en cuanto conforma culpa civil, despliega sus efectos propios y consecuentes en forma independiente y conforme al artículo 1.902 del Código Civil, pudiendo darse yuxtaposición de responsabilidades de clase contractual y de clase extracontractual, y la subsistencia de ésta complementa a aquélla «en cuanto integra todos los efectos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne al patrimonio del perjudicado», por tratarse de actividades que exceden la específica órbita del contrato laboral, lo que es aplicable al caso que nos ocupa. Son numerosas las sentencias de esta Sala que declara la compatibilidad y procedencia de las indemnizaciones civiles en el ámbito de la culpa extracontractual (sentencias de 2-1-1991, 27-11-1993, 7-3-1994, 22-7-1994, 31-5-1995, 21-11-1995, 15-6-1996 y 14-11-1996, entre otras).

CUANDO SE ACCEDE A UNA ACTIVIDAD PELIGROSA POR SI MISMA, ACEPTANDO VOLUNTARIAMENTE LOS RIESGOS DE SU PRACTICA, HAY QUE TENER POR CAUSANTE A LA PROPIA VICTIMA. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sra. María Martínez Pardo.

La actora se inscribió en un curso organizado por el Servicio Territorial de Cultura de la Junta de Castilla y León, que se impartió en el Club de Vuelo Libre de Segovia, cuyo director es el demandado; pocos días después del comienzo del curso, la actora sufrió una caída, no se le había explicado el funcionamiento y manejo del parapente, no existía ni médicos ni ambulancias en el lugar; como consecuencia de la caída, los Servicios Sociales declararon la condición de minusvalía en el grado de 33 por 100.

La demanda de indemnización basada en el artículo 1.902 del Código Civil fue desestimada en primera instancia, confirmándose en la Audiencia Provincial de Valladolid.

El Tribunal Supremo desestima la casación.

Se trata de un curso que, como dice la propia parte en el motivo, era sobre actividad «peligrosa por sí misma», curso al que se accede voluntariamente, aceptando los riesgos del aprendizaje y práctica y nada hay en los autos que permita deducir que no le suministraron las enseñanzas suficientes para realizar los ejercicios de despliegue del parapente en carrera sobre el suelo, ni de la práctica de pequeñas elevaciones para posarse después, maniobra en la que no siguió las enseñanzas sobre tracción por poleas.

Al caso de autos no es de aplicar la doctrina de la creación del riesgo ni de la inversión de la carga de la prueba y no puede indiscriminadamente atribuir responsabilidad por hechos de los que razonablemente hay que tener por causante a la propia víctima.

NEGLIGENCIA MEDICA. RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA POR LA ACTUACION DE LOS MEDICOS A SU CARGO. «QUANTUM» INDEMNIZATORIO.

Ante un Juzgado de Gerona demanda el actor una indemnización por actuación incorrecta de los médicos dependientes de dos mutualidades, a las que también se demanda. La sentencia de primera instancia y de la Audiencia son concordantes.

El Tribunal Supremo las confirma.

Resulta conforme a los hechos probados que concurren todos los elementos fácticos exigidos para que sea adecuada la calificación jurídica que imputa culpa por negligencia al médico, sin que por ello pueda hablarse de infracción del artículo 1.902. Pero también resulta probada la relación de dependencia que se objeta. En efecto, como establece la sentencia impugnada con fuerza de hechos probados, «en el caso concreto, el doctor Pere Vila Vila, médico de la "Asociación Mutual Layetana", previo reconocimiento de don Teodoro Romero Madera, consideró oportuno remitir al mismo a la Clínica Bofill, por cuenta de "Asociación Mutual Layetana", para que fuera visitado por el médico que se hallare en tal clínica, que resultó ser el doctor Antoni Bordas». Luego la Clínica Bofill designó al interviniente, doctor Bordas. Es igualmente responsa-

ble la «Clínica Bofill, S.L.», no por razones de responsabilidad extracontractual, sino también por responsabilidad contractual, pues existe una dependencia funcional y económica de la Clínica Bofill, S.L., con respecto a la Mutua.

La indemnización de daños y perjuicios y determinación de su cuantía dentro de lo pedido, como cuestiones de hecho una y otra, son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador y el ejercicio de su prudente arbitrio no puede impugnarse en casación (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1982, reiterada por otras muchas). No es cierto, además, que la sentencia de instancia haya procedido de manera desproporcionada, sin tomar en consideración aspectos probatorios relevantes.

CORRESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL AYUNTAMIENTO POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PUBLICO DE BOMBEROS EN UN INCENDIO. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL 1999).

Ponente: Sr. O'Callaghan.

La Audiencia Provincial de San Sebastián confirmó íntegramente una sentencia del Juzgado número 1 de dicha capital, condenando a indemnizar por los daños sufridos por razón de un incendio a todos los codemandados, menos uno; uno de los condenados es el Ayuntamiento de Lezo, que recurre en casación. Este recurso es desestimado:

«Por último, en cuanto al Ayuntamiento de la Universidad de Lezo, su responsabilidad deriva de un mal funcionamiento del servicio público del que es responsable, porque está acreditado, como lo establece la sentencia recurrida que en el polígono industrial de dicho Ayuntamiento, donde hay más de cien talleres abiertos, no funcionó adecuadamente el sistema de hidrantes sin que pueda alegarse como causa de exclusión de la responsabilidad la falta de agua, cuando dicho Ayuntamiento también es el responsable del abastecimiento del agua. Pero es que, además, la empresa Garazi, S.L., no había tramitado el correspondiente expediente de actividad peligrosa, pero por otro lado también el Ayuntamiento había ejercido sobre ella el control correspondiente, exigiendo la tramitación de dicho expediente, que hubiera supuesto las exigencias de determinadas medidas de seguridad adecuadas a la actividad peligrosa desarrollada, lo cual, evidentemente, hubiera supuesto una reducción de los riesgos de que se produjeran los daños efectivamente producidos».

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. REQUISITOS PARA EXIGIRLA. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta.

Como consecuencia de un accidente laboral del que se derivó la muerte de la persona encargada del trabajo, se condena al pago de una indemnización a sus herederos a la empresa que contrató sus trabajos. Confirmada la sentencia de un Juzgado de Valladolid por su Audiencia Provincial, es igualmente confirmada por el Tribunal Supremo.

Los hechos son: A) La empresa «Fumigación Aérea Andaluza, S.A.» contratada por la Junta de Castilla y León, realizaba un tratamiento de orugas en los pinares, habiendo sido contratada mediante concurso. B) En el pliego de cláusulas administrativas que regían la contratación, se determinó que serían de cuenta del adjudicatario, entre una serie de cosas, la presencia continua de un técnico ingeniero superior o técnico de montes especialista en trabajos aéreos (cláusula 4.ª); asimismo que en los precios ofertados se inclufan toda clase de seguros de material y personal (cláusula 7.ª); e igualmente que el adjudicatario del concurso se responsabilizaba de la correcta aplicación de los productos y de los riegos de los siniestros del material y personal implicado (cláusula 18) (folios 57, 58 y 63). C) Para realizar la labor de fumigación se contrató por «Fumigación Aérea Andaluza, S.A.» al joven Javier Gutiérrez Urbón. Así se admite por todas las partes en sus escritos, y por el codemandado señor Obama al confesar. D) La organización y programación del trabajo le incumbía al codemandado Eduardo Obama, quien trabajaba contratado por «Fumigación Aérea Andaluza, S.A.» y como técnico encargado también de la instrucción a los trabajadores sobre cómo debía realizarse el trabajo (folio 22 y confesión del señor Obama). E) El trabajo de Javier Gutiérrez consistía en el manejo de una pértiga de aluminio de 8,44 metros de longitud con un círculo destellante en el extremo superior, que debía de ser izada a cada paso del avión que vertía el líquido fitosanitario para que el piloto advirtiera a través de los reflejos de la parte superior de la barra metálica el lugar que debía fumigar. Tras cada paso del avión, los señaleros tenían que bajar la pértiga y caminar con ella en horizontal dando 35 pasos para levantarla de nuevo y hacerse ver. G) El día 28 de enero de 1990, sobre las 8,30 horas, Javier realizaba su recorrido al borde del pinar que se estaba fumigando, llevando la pértiga de aluminio. Al lado del pinar existe una línea de alta tensión elevada 7,20 metros del suelo, según reconoce al confesar el señor Obama. H) El señor Obama, a pesar de ser el director técnico de los trabajos, no reparó en que los cables de alta tensión, que al parecer todos vieron (folio 24), significaban un riesgo si se utilizaba la pértiga de aluminio en la señalización. I) Tampoco el señor Obama Obono incluyó entre sus simples instrucciones la advertencia del peligro de la línea eléctrica; únicamente indicó a los señaleros que cuando dieran los 35 pasos tenían que llevar la pértiga y sólo subirla cuando se estuviera en el punto. J) En un momento determinado, Javier Gutiérrez recibió una descarga eléctrica del cable de alta tensión a través de la pértiga que manejaba, bien porque ésta tocara directamente o bien por la aproximación de la misma a los cables.

Desde luego es inquestionable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala, y sobre todo la más actual, tiende hacia establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1.902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la sentencia de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que «la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1.902 del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado», y, sigue diciendo «por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del —riesgo—, bien de su equi-

valente del de —inversión de la carga de la prueba—, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado (dicho art. 1.902 del Código Civil)». Ello, no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica (no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero)».

Y centrado todo lo anterior al presente caso controvertido, hay que afirmar que permitir al asalariado en cuestión la utilización de unas pértigas metálicas superlativamente conductoras de electricidad de casi ocho metros y medio de largas en un lugar en que se sabía que había unos cables transportadores de electricidad de alta tensión a una altura de siete metros y veinte centímetros, supone por parte del empleador la omisión de normas inexorables o aconsejadas, y no prever lo que pudo y debió ser previsto para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en un accidente real mortal. En otras palabras, que nos encontramos en una acción culpable —no hace falta llegar a la objetivación culpabilista— que permite la perfecta aplicabilidad del artículo 1.902 del Código, como correctamente se ha efectuado en la sentencia recurrida.

NEGLIGENCIA MEDICA EN UNA CURA DE URGENCIA AL NO HABER PREVISTO LAS CONSECUENCIAS ADVERSAS DE UNA TERAPEUTICA DEFICIENTE. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Sr. Menéndez Hernández.

La sentencia desestimatoria dictada por un Juzgado de Málaga fue revocada por la Audiencia Provincial, que consideró que el médico actuó erróneamente y por ello le condenó, con el INSALUD, a pagar una indemnización de siete millones de pesetas al demandante.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia.

Evidentemente la atención terapéutica tuvo carencias importantes. Según las opiniones médicas más autorizadas, un politraumatismo en la mano izquierda con herida a nivel de la primera comisura y fractura de las bases de los metacarpianos y sobre todo con lesión por compresión vascular y edema y en previsión de posibles necrosis, debe provocar un ingreso del paciente para la debida observación y seguimiento de posibles infecciones y graves complicaciones futuras. No se hizo así, sino que se optó por escayolar el miembro afectado, generando una presión insoportable al accidentado; posteriormente se hicieron cortes en la escayola y se vendó la mano por encima de la escayola, recetando al paciente, para paliar los dolores, supositorios de Nolotil. Ante la insistencia del enfermo y al advertir el color morado de la palma de su mano y el olor fétido, es cuando se decide, ya tarde, su ingreso en el Hospital Carlos Haya, y doce días después la amputación de la mano lesionada a nivel del tercio inferior del antebrazo.

La negligencia médica es patente al no haberse ordenado el ingreso hospitalario inmediato del paciente, aconsejándole que volviese a consulta varios días después. Como exculpación de responsabilidad, se arguye: «La ausencia

de la historia clínica completa en el procedimiento hace imposible una adecuada valoración de la asistencia prestada a José A. Pino Pinazo».

El argumento hay que interpretarlo *a contrario sensu*. La ausencia de historial clínico constituye una negligencia adicional de carácter burocrático, que impide la aplicación del párrafo último del artículo 1.903 del Código Civil («La responsabilidad —por actos ajenos— cesará cuando los responsables prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»). Y como no hubo diligencia sino, por el contrario, patente negligencia, la responsabilidad del INSALUD es innegable.

Y ello en estricta y literal aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, según el cual la responsabilidad extracontractual es exigible también por los actos u omisiones de aquellas personas de las que se debe responder. Y entre estos responsables por actos de otro figuran los establecimientos (por ejemplo, un hospital) respecto de los perjuicios causados por sus dependientes (los médicos) en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados (los facultativos en las prestaciones sanitarias) o con ocasión de sus funciones (asistencia médica).

RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO Y DE LA CLINICA AL REALIZAR UNA OPERACION SIN LA CONCURRENCIA DE ANESTESISTA CON FALLECIMIENTO DEL PACIENTE. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Sr. Martínez Calcerrada.

El Tribunal Supremo casa las sentencias de un Juzgado de Bilbao y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que desestimaron la demanda por entender que se debía probar la negligencia. Dice el Juez, con evidente desacierto, «...No han acreditado los actores la ausencia de información a la familia de la forma en que aquélla se produciría, y aún habiéndolo hecho tampoco se prueba que la desautorizaran, sino que, por el contrario, la admitieron expresamente en la autorización antes referida»; y es que, no cabe compartir la irrelevancia de esta información, según pretende la Audiencia, pues es una exigencia ineludible dentro de la total estructuración de repetida *Lex artis ad hoc*.

Dice el TS que la responsabilidad de consiguiente del médico codemandado es bien expresiva, pues, entre otros argumentos, además, del ampliamente examinado de su omisión del deber de información —se reitera— que no siendo especialista —F.J. 3.º-2-2 de la Sala *a quo*—, aplica la anestesia y, por otro lado, elude cualquier prueba de tolerancia del anestésico empleado; por lo que es aplicable asimismo la doctrina de la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1998, que dice así: «La responsabilidad civil de los anestelistas se exige cuando éstos no son rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de esta especialidad médica, cuya funcionalidad no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y proporcionar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito, y entre éstos resulta imprescindible en todo momento la oxigenación, ventilación y circulación del paciente».

CULPA EXTRACONTRACTUAL. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA CONOCER DE RECLAMACIONES INDEMNIZATORIAS DERIVADAS DE ACCIDENTE LABORAL. LA ACTIVIDAD PREVENTIVA DE ACCIDENTES MINEROS.

La demanda contra la Empresa Nacional de Hulleras del Norte (HUNOSA) por fallecimiento de un minero fue estimada por el Juzgado de Pola de Laviána, pero la sentencia de primera instancia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que declaró de oficio la incompetencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda y previno a las partes para que usaran de su derecho ante la jurisdicción social.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia con argumentos dirigidos a la actividad preventiva de la empresa para evitar accidentes.

La causa del evento de autos fue un derrame de carbón motivado por la existencia de una bolsa de grisú, cuyo escape produjo el desprendimiento súbito del mineral que atrapó a los mineros, y, sin perjuicio de que su efectividad no ha provocado para la empresa «HUNOSA», ni para sus empleados o directivos, consecuencias nocivas de índole penal o administrativo, como tampoco recargo en las prestaciones de la Seguridad Social por omisión de medidas de seguridad, es evidente, como demuestra la numerosa estadística atañente a los desgraciados sucesos de esta índole, recordada a menudo en las informaciones oficiales, que las tareas laborales en las minas de carbón ofrecen clara y singular peligrosidad, muchas veces derivada de emergencias con resultado de muerte o de lesiones gravísimas en los operarios, dadas las contingencias inminentes y repetidamente acaecidas, de manera que la actividad preventiva ha de manifestarse aquí con mayor sensibilidad que en otros campos del trabajo, mediante la rigurosa adopción no sólo de las previsiones reglamentarias, sino de otras *ad hoc*, y, según la *lex artis*, en verdad, técnicamente imaginativas para evitar y reducir los efectos de los desfavorables acontecimientos de referencia.

La falta de la referida diligencia preventiva provoca la declaración de culpabilidad civil de la empresa «HUNOSA», debido a que, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, para que la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1.902 del Código Civil, sea admitida, se hace precisa la conjunción de los requisitos siguientes: uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta.

ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE POR EL AYUNTAMIENTO (EN 1940) PARA CASA-CUARTEL DE LA GUARDIA CIVIL Y DEVOLUCION, AL TERMINAR EL ARRENDAMIENTO (EN 1991) CON DAÑOS. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL AYUNTAMIENTO Y EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Sr. O'Callaghan.

Con fecha 7 de mayo de 1940, el propietario de la casa, causante de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación, propietarios hoy de la misma, y el Ayuntamiento de Balmaseda (el Alcalde-Presidente de la Corpo-

ración Municipal, previo Acuerdo de 20 de abril de 1940, de ésta) celebraron contrato de arrendamiento de dicha casa, cuyo destino sería servir de casa cuartel de la Guardia Civil; fue ocupada y poseída por miembros de ésta pagando la renta la Dirección General de la Guardia Civil, hasta que en fecha 22 de julio de 1991 es desalojada y se entrega el inmueble al Ayuntamiento de Balmaseda, que lo recibe y lo entrega a los propietarios, causahabientes de aquél que contrató como arrendador (demandantes y recurrentes en casación): éstos advierten el grave deterioro que sufre el inmueble y formulan demanda en reclamación de indemnización de los daños, contra el Ayuntamiento de Balmaseda, como arrendatario y contra la Administración del Estado, en la que está integrada el Ministerio del Interior y la Dirección General de la Guardia Civil como causante de los daños.

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Bilbao estimó parcialmente la demanda y condenó a indemnizar al Ayuntamiento de Balmaseda, absolviendo a la Administración del Estado. Fue confirmada por la de la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de la misma ciudad. El Ayuntamiento de Balmaseda ha formulado recurso de casación en un solo motivo. Los demandantes lo han formulado asimismo en nueve motivos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso del Ayuntamiento y estima el de los demandantes, condenando a dicho Ayuntamiento como contratante del arrendamiento y solidariamente a la Administración del Estado por culpa extracontractual.

La obligación de indemnizar del Ayuntamiento de Balmaseda deriva de su calidad de arrendatario, ya que como tal contrató (en 1940) y como tal devolvió el inmueble al propietario (en 1991) y subsiguientemente como tal, incurrió en responsabilidad contractual (art. 1.556) por incumplimiento de su obligación de custodia (art. 1.559 del Código Civil) y la de devolver la cosa tal como la recibió (art. 1.561) que se presume fue en buen estado (art. 1.562), que se corresponde a la obligación de usar la cosa como un diligente padre de familia (art. 1.555.2.º).

La obligación de indemnizar por la Administración del Estado deriva de la llamada responsabilidad extracontractual, plasmada como principio en el artículo 1.902 del Código Civil y en la del Estado se recoge, como responsabilidad objetiva, en relaciones de derecho privado, en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, vigente al tiempo de la reclamación: *cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración*. Los agentes del Estado, miembros de la Guardia Civil, poseyeron el inmueble, casa-cuartel, en relaciones de derecho privado, y causaron en el mismo daños; la responsabilidad directa y objetiva del Estado es indudable, sin perjuicio de la yuxtaposición de la misma a la contractual del arrendatario.

ACCIDENTE DEL TRABAJO. CAIDA DE TEJADO. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Sr. Villagómez.

El obrero lesionado demanda a la empresa en la que está empleado por accidente laboral y el Juzgado número 10 de Bilbao desestima la demanda

por entender que faltó litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado también a la sociedad propietaria del edificio. La Audiencia Provincial anuló la demanda porque considera que no era necesario demandar a la sociedad que no había participado en absoluto en las operaciones.

El recurso de casación interpuesto por la empresa empleadora es desestimado, confirmando el fallo de la Audiencia de indemnizar al operario. La excepción aducida no cabe ser acogida, ya que no se demostró que la empresa comitente hubiera desplegado actividad alguna, tanto directa como indirecta en la causación del accidente. El caso que nos ocupa se trata de responsabilidad por culpa extracontractual (art. 1.902 del Código Civil), y de acuerdo con la jurisprudencia civil, el litisconsorcio pasivo necesario no deviene en estos supuestos por razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieran resultar obligadas, y de este modo el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de ellas, como responsable y deudora por entero de la obligación de reparar el daño causado, según dispone el artículo 1.144 del Código Civil.

El actuar culposo y negligente de la recurrente se basa en los hechos demostrados que acreditan que en ningún momento hubiera impartido instrucciones para que el trabajador sujetara el cinturón de seguridad a los elementos estructurales del edificio, lo que hay que entender que no medió prohibición expresa y menos control adecuado para que no realizara los trabajos más allá del ámbito que permitía el anclaje del cinturón, teniendo en cuenta que se trataba de realizar actividades que exigían movilidad sobre la cubierta de referencia.

J. M.^a C. G.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NACE EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL DAÑO, NO EN EL QUE SE DICTA LA SENTENCIA; NO SE APRECIA CASO FORTUITO NI FUERZA MAYOR, Y SI EN CAMBIO RELACION DE CAUSALIDAD; ARTICULO 106 DE LA CONSTITUCION. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1999.)

Hechos.—Un paciente ingresado en un hospital fallece como consecuencia de una caída sufrida en el mismo.

Doctrina de la Sentencia.—La obligación de indemnizar nace en el mismo momento en que la actitud negligente causa el daño, y no en el tiempo posterior de pronunciarse la sentencia. La sentencia tiene un valor declarativo de la obligación, no es constitutiva de la misma ... declara que la obligación de indemnizar se ha producido en una época anterior, coincidente con la producción del daño ... declara, no pro futuro, sino retroactivamente.

No hubo un temblor de tierra que provocase la caída, ni un mareo incontrolable en una persona dotada de una gran salud; fue la caída totalmente previsible de una persona muy enferma y muy debilitada, incapaz de sostenerse sin ayuda ajena.

De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución los particulares, en los términos establecidos por la ley (en nuestro caso los arts. 1.902 y siguientes del Código Civil), tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza

mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Comentario.—Resulta especialmente interesante la primera afirmación que realiza la Sala, en el sentido de que la responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar, nacen en el mismo momento en que la conducta negligente causa el daño, y no en el tiempo posterior de pronunciarse la sentencia. Dicha afirmación parece casi innecesaria, porque en ninguno de los textos legales civiles se exige declaración judicial para el nacimiento de una obligación (recuérdense los arts. 1.089 y 1.902 del Código Civil, relativos a las obligaciones en general y a las obligaciones extracontractuales específicamente). Es, además, doctrina unánime que la existencia de responsabilidad extracontractual requiere la concurrencia de tres elementos, un daño, conducta culposa del agente, y nexo causal entre ambos, siendo la declaración judicial necesaria para reconocer la existencia de dicha responsabilidad (que surge cuando concurren los tres requisitos citados), pero no para crearla, como si fuera un cuarto requisito. No obstante, en el supuesto resuelto ha hecho falta recordarla para rechazar el sorprendente argumento utilizado por el Insalud, que intenta zafarse de su responsabilidad alegando que, aunque los actos causantes del daño se produjeron antes de haberse transferido los servicios de salud al Instituto Catalán de la Salud, en el momento de producirse el fallo judicial, dicho Instituto era ya titular de tales servicios, por lo que él debía ser el obligado a responder.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: TEORIA DE LA CREACION DEL RIESGO, PRINCIPIO DE LA CAUSALIDAD ADECUADA. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Un menor sufre lesiones por la explosión de una bengala, que había sustraído de unas dependencias municipales, y a la que estaba golpeando con una piedra.

Doctrina de la Sentencia.—Para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños ocasionados por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose además esta doctrina por esta Sala con un sentido limitativo, no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con estándares medios ... y tampoco es causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también, como tiene proclamado esta Sala, es muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño ... No puede afirmarse que el depósito en locales municipales, cerrados y no abiertos al público, de tres bengalas de señalización para usos náuticos constituya una actividad que implique un riesgo considerablemente anormal para terceros que no tenían acceso al recinto, salvo que se quiera dar a la teoría de la creación del riesgo una extensión desmesurada, comprensiva de actividades que sólo en condiciones muy excepcionales puedan considerarse generadoras del mismo.

De otra parte, para la determinación de la existencia de un enlace preciso y directo entre la acción u omisión y el daño resultante, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige la

determinación de si la conducta generadora del daño es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño ... en este caso, las precarias condiciones del cerramiento del local no pueden considerarse como antecedente necesario o causa originaria del daño producido, que sólo es efecto del proceder negligente de los menores que, forzando la puerta de entrada, se apoderaron de la bengala y procedieron a su manipulación, golpeándola con una piedra a fin de extraer la pólvora que contenía ... tal conducta es la causa necesaria del daño habido, la única que tiene virtualidad suficiente para ello, eliminando así del curso, causa de los hechos, la incidencia que en la producción del daño haya podido tener cualquier otro antecedente coincidente en el tiempo.

Comentario.—La llamada doctrina del riesgo se ha formulado por la doctrina para atenuar los problemas que una exigencia rigurosa de prueba de la culpa del actor para el nacimiento de responsabilidad podía plantear en la vida moderna, y puede resumirse en el postulado de que toda actividad que crea para terceros un riesgo especial hace a su autor responsable del daño que dentro de ese margen de riesgo se pueda causar, sin comprobar si ha existido o no culpa de su parte. Esa doctrina ha sido ya recogida a nivel legal para supuestos concretos, pero su aplicación con carácter general es contemplada todavía de manera restrictiva por el Tribunal Supremo, que en diferentes ocasiones ha señalado que no se aplicará a riesgos indirectos, ni a riesgos «normales», sino sólo a riesgos especialmente creados por la actividad de que se trate, y que se encuentren por encima de los niveles medios admisibles en cada momento determinado, y siempre, además, teniendo en cuenta la conducta del perjudicado (véanse las sentencias de 10 de mayo de 1982, 20 de enero de 1989, 25 de junio de 1991 ó 17 de noviembre de 1998, y toda la doctrina sobre la compensación de culpas). En esta línea se inscribe la sentencia que comentamos, que se pronuncia por la exigencia de la creación de un riesgo considerablemente anormal para el nacimiento de responsabilidad por esta vía, y sin olvidar además la conducta de la víctima.

En cualquier caso, lo que siempre será necesario para la existencia de responsabilidad es un nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido. Para determinar, de entre los varios hechos que pueden concurrir, cuál de ellos merece la consideración de causa, el Tribunal Supremo utiliza por lo general, teniendo en cuenta que ha de resolver buscando la solución más justa en cada caso concreto, la teoría de la causa adecuada que requiere para apreciar la existencia de nexo causal que la conducta del actor, aún concurriendo con otras conductas, sea la generalmente apropiada para producir el resultado de que se trate, la decisiva para el evento dañoso en las circunstancias concretas del supuesto planteado. La sentencia que comentamos no hace sino inscribirse, por tanto, en una línea ya generalizada (véanse las sentencias de 30 de diciembre de 1981, 14 de julio de 1982, 25 de noviembre de 1988 ó 31 de enero de 1992, entre otras muchas).

Otra cuestión es que pueda hablarse de concurrencia de culpas, a los efectos de poder moderar la indemnización, cuando una de las conductas es de un menor. Para estos supuestos, aunque el Tribunal Supremo (sentencias de 15 de

noviembre de 1982, 25 de mayo y 8 de noviembre de 1985, 17 de junio de 1986, ó 5 de noviembre de 1997) reconoce la inimputabilidad del menor, manda tener en cuenta su conducta si es capaz de discernir, porque además sus propios actos son en ocasiones los únicos causantes del daño. En todo caso, lo que importa es que la conducta del menor interfiere en el nexo causal entre la conducta omisiva de precauciones y el daño sufrido, y en el supuesto examinado incluso rompe dicho nexo causal, por lo que debe tenerse en cuenta.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL; LA EXISTENCIA DE NEGLIGENCIA DEBE MEDIRSE DE ACUERDO CON LA «LEX ARTIS AD HOC». (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Hechos.—Una paciente atendida por el Servicio Andaluz de Salud, e incluso intervenida quirúrgicamente, pero que sólo empieza a mejorar después de una intervención llevada a cabo por un médico particular, demanda al primero por entender que ha habido error en el diagnóstico y negligencia en la actividad quirúrgica.

Doctrina de la Sentencia.—A pesar de las dificultades que en la práctica vienen existiendo en punto a la adscripción de casos semejantes al de autos al orden jurisdiccional civil o al contencioso-administrativo, procede conceder preferencia a la jurisdicción civil, atendiendo a la vis atractiva que se le reconoce en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a un elemental principio de economía procesal, para evitar el peregrinaje de jurisdicciones, y al valor «justicia» insito en nuestra Constitución.

La cuestión a debatir se centra en si los médicos del S.A.S., como profesionales técnicos, han actuado con la pericia que ineludiblemente exige su *lex artis ad hoc*, ya que en caso contrario deberán responder adecuadamente. Dicha doctrina de la *lex artis ad hoc* supone una forma de valoración que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales médicas ante casos similares, y que debe ser aplicada a una concreta y determinada actuación médica, sin que ello pueda significar una apuesta segura de curación total o parcial. En este supuesto los médicos del S.A.S. han diagnosticado correctamente y de manera genérica las dolencias de la enferma, y han actuado a través de unas operaciones quirúrgicas que, si no obtuvieron el éxito que a todos nos hubiera gustado, no fue por un error de diagnóstico ni por haber efectuado las operaciones contrariando la técnica al caso; y si más tarde la actuación del «médico particular» tuvo más éxito, pudiera ser debido a una mayor competencia del mismo, pero nunca a que los facultativos del S.A.S. hubieran errado en el diagnóstico o actuado negligentemente en su actividad quirúrgica. Al no existir en el sujeto pasivo actuación u omisión negligente, no puede hablarse de la exigencia de indemnización de daños, pues la responsabilidad es de naturaleza subjetiva, enmarcada en el concepto clásico de la culpa como omisión de la diligencia exigible en cada caso.

Comentario.—La sentencia, de todas formas, ya hace referencia a que la cuestión competencial antedicha está resuelta de manera definitiva por el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuya virtud la responsabilidad patrimonial de

las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, deberá conocerse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no pudiendo la Administración ser demandada por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

Por lo demás, esta sentencia responde a una doctrina ya reiterada, en cuya virtud la responsabilidad del profesional sanitario no se inclina hacia un sistema cuasi objetivo, sino que sigue obedeciendo a criterios tradicionales, en cuya virtud es necesaria la concurrencia de auténtica culpa. Esto se justifica porque la obligación del médico no es de resultado, sino de medios, de actuar de acuerdo con el estado de la ciencia en cada caso (con la *lex artis ad hoc*, que mide la conducta profesional en relación a la técnica normal requerida, la capacidad técnica del profesional y la adecuación al caso concreto). No son coincidentes, por tanto, los términos de «error médico» (actividad no ajustada al comportamiento objetivamente correcto para la circunstancia concreta) y «culpa médica» (ignorancia inexcusable, temeridad, faltar a la *lex artis*), y puede existir el primero sin la segunda, lo que ocurrirá si el daño no se debe a la negligencia del profesional sino a limitaciones de la ciencia médica. La culpa y el nexo causal han de ser además cumplidamente probados, limitándose mucho la admisión de presunciones.

Para ampliar estas cuestiones pueden verse las sentencias de 26 de mayo de 1986, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991, en la que se recoge una completa definición de la *lex artis ad hoc*.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN BASE A LA DOCTRINA DEL RIESGO, LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA EN LA QUE SE PUEDA ATACAR LA VALORACION DE LAS PRUEBAS, LA EXISTENCIA DE UNA SUBCONTRATA NO EXIME DE RESPONSABILIDAD AL CONTRATISTA. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Incendio en un hospital en el que se estaban desarrollando trabajos de soldadura.

Doctrina de la Sentencia.—La inversión de la carga de la prueba, al demandado, en base a la doctrina del riesgo, exige que haya un sujeto que haya causado un daño, que su acción u omisión sea cierta e incontrovertible, y que el perjudicado haya sido víctima de actividades lucrativas de terceros. En este supuesto la experiencia demuestra que en este tipo de trabajos se desprenden chispas, que producen por lo general ignición de materiales combustibles, y, acreditada verosímilmente esta causa, sin existir prueba alguna en contrario, ni demostración de fuerza mayor o caso fortuito, o de que los daños se produjeran al margen de los trabajos realizados, procede estimar la obligación legal de indemnizar, tanto de quienes realizaron los trabajos como de quienes no adoptaron las suficientes medidas de prevención.

Por otra parte, es doctrina reiterada y constante de la Sala que el dictamen pericial ha de quedar incólume en casación, salvo que se demuestre que es ilógico, arbitrario o infundado, lo cual no puede confundirse con dar el recurrente su propia versión, parcial e interesada.

Finalmente, se establece que no se han atacado los nexos de independencia y subordinación del subcontratista a la recurrente como contratista, además

de que la actora no contrató en absoluto con la primera, luego las relaciones jurídicas que pueda tener la contratista de la obra ni dan ni quitan ningún derecho a la actora, ni le imponen ninguna obligación (art. 1.257 del Código Civil).

Comentario.—Es conocido que la jurisprudencia ha ido evolucionando, a la vista del desarrollo de la técnica y del aumento de las actividades peligrosas, hacia un sistema de responsabilidad cuasi-objetiva, que imputa la responsabilidad al creador de una situación de peligro; es la llamada teoría del riesgo. Esta doctrina del riesgo no debe llevar a prescindir en absoluto del elemento de la culpa en el agente (la responsabilidad objetiva debe aplicarse únicamente cuando esté especialmente establecida), pero sí se traduce en otros postulados, como la exigencia de la diligencia adecuada atendiendo al sector del tráfico de que se trate, y no sólo la adecuada a las circunstancias, la ampliación de la obligación *in vigilando*, o la presunción de culpa en el agente, invirtiendo la carga de la prueba. La sentencia que comentamos se inscribe así en una línea ya muy reiterada por el Tribunal (véanse las sentencias de 10 de mayo de 1982, 20 de marzo de 1987, 10 de abril y 8 de julio de 1988, 20 de enero de 1989, o 29 de diciembre de 1997).

También es doctrina reiterada de la Sala que la casación no es una tercera instancia, en la que se pueda atacar la valoración de las pruebas con la simple alegación del artículo 1.902 del Código Civil, y sin desvirtuarlas de forma adecuada (sentencias de 27 de enero y 26 de mayo de 1989, o de 29 de septiembre o 6 de noviembre de 1998, entre otras muchas).

Por último, es igualmente doctrina muy consolidada la responsabilidad del empresario por los daños ocasionados dentro de la organización económica empresarial, en base a la doctrina del riesgo; y no sólo por sus actos u omisiones propios, sino también por los de todas aquellas personas causantes concretas del daño, siempre que tengan con respecto a él una relación de dependencia o subordinación, y, tratándose de subcontratas, cuando el empresario se hubiese reservado participación en los trabajos y en la vigilancia o dirección (sentencias de 4 de mayo de 1982, 2 de noviembre de 1983, 9 de julio de 1984, 6 10 de mayo de 1986, entre otras muchas).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ARTICULO 1902, CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Un trabajador fallece, arrollado por un tren, mientras realizaba trabajos previos a la construcción de colectores e interceptores.

Doctrina de la Sentencia.—La omisión de diligencia de la sociedad se concreta en que no tomó las precauciones debidas, en cuanto consintió que el operario a sus órdenes se colocara para hacer mediciones en el lugar donde fue arrollado por el tren; el hecho positivo de colocar las miras en aquel lugar, y el negativo de no tomar precauciones, contribuyeron causalmente al accidente.

Si hubo negligente actuación de la constructora, mal puede sostenerse que la culpa fue exclusiva de la víctima, la cual también concurrió causalmente a su propia muerte, pero ello ya se ha tenido en cuenta al valorar la indemnización.

Comentario.—La admisión de la figura de la compensación de culpas, que se traduce en la reducción de la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima, desde hace muchos años (sentencias de 20 de mayo de 1986, 31 de diciembre de 1997, o 9 de septiembre de 1998, entre otras), hace que no resulte necesario explicar de nuevo su aplicación.

RESPONSABILIDAD CIVIL: INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR APRECIAR LA PRESENCIA DE CULPA CONTRACTUAL CUANDO LA ACCION EJERCITADA ERA POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL.
(SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Una ganadería de reses bravas sufre daños y perjuicios durante su estancia en la finca de otros propietarios.

Doctrina de la Sentencia.—El principio de unidad de culpa civil ha de compaginarse con el de congruencia de las sentencias, porque el Juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda, sin que pueda variarla, de manera que, si se ejercita la acción extracontractual invocando los artículos 1.902 y 1.903 citados, no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su incumplimiento, y a la inversa ... en modo alguno puede el Tribunal sustituir los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada ... pues en otro caso se hará efectiva la situación de indefensión que el artículo 24.1 de la Constitución Española prohíbe, al entrañar la decisión de instancia un pronunciamiento sobre materias no debatidas en el proceso y respecto de las cuales no existió la necesaria contradicción.

Comentario.—Las analogías entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, sin perjuicio de las diferencias evidentes entre ellos, son muy claras, por responder a una misma finalidad, que es resarcir el daño causado; por ello, el Tribunal Supremo ha afirmado en muchas ocasiones la aplicación subsidiaria del régimen de las obligaciones contractuales respecto de las extracontractuales.

Es posible incluso la concurrencia de ambas responsabilidades yuxtapuestas, porque la existencia de un contrato entre el causante del daño y su víctima no puede excluir por sí sola la responsabilidad extracontractual, al no existir una regulación absoluta de los intereses de las partes. En tales supuestos, el perjudicado podrá elegir una u otra acción, o acumularlas, para que el Tribunal utilice la más conveniente. Lo que no es posible, ni para el actor ni para el Tribunal, es modificar la acción alegada durante el proceso, pues se dejaría a la otra parte en una situación de indefensión, al defenderse de una determinada pretensión y verse sorprendida después con otra distinta, que quizá hubiese ocasionado un medio de defensa diferente. Por ello, aunque en el supuesto de que se trate coincidan ambos tipos de responsabilidad, si el perjudicado elige libremente una de las acciones, habrán de aplicarse las reglas correspondientes, y no las otras.

Coincide así la sentencia comentada con el criterio sostenido en otras muchas anteriores, como las de 10 de febrero de 1966, 24 de junio de 1969, 30 de diciembre de 1980, o 18 de febrero y 24 y 26 de diciembre de 1997.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NO SE APRECIA LA CONCURRENCIA DE CULPAS, POR LO QUE NO SE MODERA LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1999.)

Hechos.—Un conductor de taxi inicia y continúa durante largo trecho la marcha, estando su pasajera asida a la cerradura del vehículo, lo que causó a dicha pasajera graves lesiones y secuelas.

Doctrina de la Sentencia.—De las pruebas practicadas la Sala llega a la conclusión de que la única causa del evento dañoso es imputable al taxista; aunque materialmente la damnificada coadyuvó con su obstinación al hecho dañoso, y sin su actuación no se hubiese producido el accidente, jurídicamente tal participación es irrelevante, porque era el conductor el que, atendidas las circunstancias del caso, debió abstenerse de realizar maniobras que pudieran suponer peligro para las personas ... ni por acción ni por omisión la demandante causó daño a nadie, ni podía causárselo con su conducta, ni supuso riesgo para persona alguna (sólo pretendía abrir la puerta para dialogar con el conductor), por lo que no se le puede imputar ninguna causalidad en la producción del siniestro asegurado.

Comentario.—La figura de la concurrencia de culpas, o mejor de la compensación de causas, del agente y del perjudicado, en la producción del hecho dañoso, que debe traducirse en una moderación de la indemnización, está admitida desde hace muchos años y no necesita mayor explicación.

Lo que sí merece destacarse es que esta sentencia nos recuerda que, para que la conducta de la víctima interfiera el nexo causal, y pueda en consecuencia entrar en juego dicha doctrina de la compensación, es necesario que se trate de una actuación verdaderamente negligente, que cree una situación de riesgo atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, y esto no se aprecia en el hecho de abrir una puerta de un taxi, aunque «materialmente» (dice literalmente el Fundamento segundo) la obstinación de la pasajera en continuar asida a dicha puerta durante un trecho ha coadyuvado a la producción del daño.

P. L. P.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. INCENDIO EN MAQUINA COSECHADORA PRODUCIDA POR SU CONTACTO CON CABLE DE CONDUCCION ELECTRICA EN MAL ESTADO. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid, con fecha 2 de marzo de 1992, dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), estimó el recurso de apelación y condenó a las entidades demandadas al pago de una indemnización.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* a los recursos de casación.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la Comunidad de Madrid y la sociedad IBERDROLA, S.A., en concepto de

responsables civiles, por el siniestro ocurrido cuando el demandante maneja una máquina cosechadora de su propiedad, y al circular por el campo, entre dos postes de tendido eléctrico, los cuales estaban torcidos, tocó el cable y se incendió, quedando la máquina cosechadora totalmente destruida.

Doctrina.—Son diferentes los motivos alegados en los sendos recursos de casación. La Comunidad Autónoma basa los dos primeros motivos del recurso en la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer del asunto, al ser una entidad pública. Son desestimados, ya que, como afirma el Tribunal: «Corresponde el conocimiento de los hechos a la jurisdicción civil. El artículo 41 de la LRJAE, impone la responsabilidad del Estado o, en su caso, como el presente, de la Comunidad Autónoma cuando actúa en relaciones de Derecho privado: no queda fuera del mismo el hecho de que una entidad pública incurra en imprudencia omisiva al no controlar el estado de líneas eléctricas, cuyo control y seguridad le competen y, desde luego, corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento de la acción si ésta se dirige contra una entidad pública y una entidad privada en reclamación de una indemnización que debe ser satisfecha por ambas, solidariamente». En el motivo tercero se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, cuando en realidad sólo es de aplicación el 1.903, como así es considerado por la Sala cuando dice: «En el presente caso, no se ha aplicado el artículo 1.903 del Código Civil, sino el 1.902 por considerar que la conducta omisiva de la Comunidad Autónoma ha causado el daño consistente en el incendio de la máquina del demandante en la instancia parte recurrida en casación. Este hecho base de la norma aplicada es inalterable, y la norma está correctamente aplicada». En cuanto a los motivos cuarto y quinto, que hacen referencia al *quantum*, no ofrecen mayor dificultad, ya que no puede ser revisable en casación, por lo que es desestimado.

En cuanto a los motivos alegados por IBERDROLA, S.A., son de resaltar, el primero, en el que se alega infracción del artículo 120.3 de la Constitución Española, en relación con la motivación de las sentencias. Afirmando en este sentido la Sala, haciendo alusión a la doctrina mantenida por la misma, que: «La falta de motivación de la sentencia recurrida se debe iniciar el tema afirmando que en nuestro derecho el artículo 120.3 de la Constitución Española elevó a rango constitucional el principio procesal de la motivación de las sentencias explicitado en el artículo 372 de la LEC y en el artículo 248.3 de la LOPJ. Suponiendo en todo caso que dicha motivación no sólo ha de existir sino que ha de ser lógica y jurídicamente suficiente, tanto respecto a los hechos debatidos como del derecho aplicable a éstos (...). Y como el término *motivación suficiente* es un concepto jurídico indeterminado, *se habrá de determinar en cada caso en concreto, en razón de la importancia intrínseca y de las cuestiones que se planteen en una determinada contienda judicial*. Es más, la sentencia del TC de 25 de abril de 1994, dice que el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo atendiendo no sólo al contenido de la resolución considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso.

En el motivo quinto del recurso se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, los cuales no han sido infringidos, porque lo fundamental en la responsabilidad es el daño causado, en este caso, por una actuación omisiva de la parte recurrente, ya que era de su competencia el mantenimiento de las líneas, siendo indiferente de quién sea la propiedad de las mismas.

Comentario.—En relación con la competencia jurisdiccional, la doctrina del Tribunal Supremo es constante en este sentido, al querer evitar lo que denomina «peregrinaje de actuaciones», en los supuestos en los que en los demandados concurren una entidad pública con una entidad o sujeto privado; siendo en este caso competente la jurisdicción civil. De esta forma se evita el que pueda haber dos causas abiertas por un mismo motivo, pudiéndose llegar a resultados diferentes. Así lo han manifestado, entre otras, las sentencias de 18 de febrero y 23 de diciembre de 1997.

RESPONSABILIDAD POR CULPA DE LOS TITULARES DE CENTROS DOCENTES: MOMENTO A PARTIR DEL CUAL COMIENZA SU OBLIGACION DE VIGILANCIA DE LOS ALUMNOS. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia de Chantada, el 25 de enero de 1993, dictó sentencia estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción civil, absolviendo a los demandados. La Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia el 6 de mayo del mismo año, confirmando la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de menor cuantía contra el Ayuntamiento de la localidad a la que pertenecen los actores, y la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma correspondiente, por los daños causados a la hija de los demandantes. El daño se produjo cuando la niña jugaba dentro del recinto escolar, inmediatamente antes de entrar a las clases de la tarde, que al ser empujada por un compañero tuvo que asirse a la cancilla, momento en el que otro compañero cerró aquélla, y le aprisionó los dedos, produciéndole heridas por aplastamiento de la mano derecha.

Doctrina.—Dejando a un lado los motivos formales y jurisdiccionales, nos centramos en el razonamiento que hace la Sala respecto del artículo 1.903, afirmando que: «La responsabilidad de las personas y entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior que establece el artículo 1.903, en su apartado quinto, por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados «durante los períodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias», lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del Centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar».

Comentario.—Pone de manifiesto la sentencia que no se ha probado que los daños ocasionados a la menor hayan sido causados en el intervalo de tiempo en que los alumnos quedan sujetos a la vigilancia del personal del Centro, ya que tuvieron lugar en el recinto exterior del colegio cuando la

alumna accedía al colegio. Es cierto que el número 5.º del artículo 1.903 del Código Civil, contempla este deber de vigilancia dentro de las actividades escolares, extraescolares y complementarias. Pero hacer esta afirmación supone preguntarse en qué momento preciso comienza el deber del personal docente, cuando ya están sentados cada uno en su aula, o desde el momento en que acceden al colegio.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Córdoba, dictó sentencia el 4 de abril de 1994, estimando la demanda, condenando a los codemandados de forma solidaria. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª), en fecha 4 de julio de 1994, revocó la sentencia del juzgado de instancia y absolvió a los codemandados.

El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por el fallecimiento del esposo de la actora cuando estaba trabajando de forma eventual en la finca de los demandados. El hecho se produjo cuando el fallecido procedía a la tala de un acebuche, a las órdenes de uno de los codemandados (que prestaba sus servicios como trabajador fijo en la citada finca). Al intentar separar una de las ramas que había quedado sujeta, teniendo en cuenta que la posición del fallecido estaba en la zona de caída de la rama, ésta se desprendió, le impactó en el pecho, lo arrojó al suelo y se golpeó con una piedra; todo ello le provocó la muerte.

Doctrina.—El motivo segundo del recurso se basa en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, y en él se ataca la declaración de la sentencia recurrida de no concurrir culpa o negligencia en la actuación del operario, como el nexo causal entre el actuar y el resultado. El Tribunal estima el motivo y hace el siguiente razonamiento: «Esa expresa y reiterada aceptación por la sentencia *a quo* de la resultancia fáctica declarada en la primera instancia pone de manifiesto la existencia de una conducta imputable al operario que merece ser calificada como negligente, siquiera por culpa leve, ya que procedió a realizar la retirada de la rama del árbol mientras su compañero de trabajo se hallaba en el lugar en que habría de caer aquélla al ser liberada de los obstáculos que impedían su caída a tierra y siendo fácilmente previsible que golpearía a aquél, debiendo haber tenido en cuenta, igualmente, el tamaño de la rama que manipulaba. Se omitió, por tanto, por el codemandado la diligencia mínima exigible al realizar esas operaciones sin cerciorarse de que la rama cortada no podría alcanzar en su caída a su compañero de trabajo, diligencia, que de haber sido observada, hubiera evitado el evento dañoso acaecido. (...). Se acredita, igualmente, una relación de causalidad directa entre ese actuar culposo y el daño producido».

En el motivo tercero se alega infracción del artículo 1.903 del Código Civil, es evidente y queda probada la relación de dependencia del agente causante del daño y los copropietarios de la finca.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CORRECCION DEL CRITERIO SUBJETIVISTA DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaca, dictó sentencia el 16 de junio de 1993, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Huesca, el 7 de octubre de 1994, dictó sentencia confirmando la del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en reclamación de una indemnización de 15.000.000 de pesetas por los perjuicios causados por el fallecimiento de la esposa del actor. El fallecimiento tuvo lugar cuando la fallecida, en compañía de unas amigas, acudió a una de las pistas de la estación de Candanchú, no para practicar el deporte del esquí, sino para practicar juegos relacionados con el citado deporte, práctica que era habitual en esa pista. Sin embargo, se salieron de la misma y se deslizaron sobre un plástico en una de las laderas, al final de la cual había una caseta contra la que colisionaron provocando el fallecimiento de la mujer del actor.

Doctrina.—El recurso de casación se interpone con un único motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil. El Tribunal considera que no ha tenido lugar dicha infracción y lo argumenta de la siguiente forma: «En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso. (...) La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, 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, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor». En el supuesto que nos ocupa, queda totalmente demostrado que el accidente se produjo por culpa exclusivamente de la víctima.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ARTICULO 1.903. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA POR ACTOS DE SUS EMPLEADOS. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Murcia, dicta sentencia en abril de 1994, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia

(Sección 3.^a), el 13 de octubre de 1994, revoca la sentencia del Juzgado de Instancia, condenando a la demandada al pago de una indemnización, aunque no llega a la cantidad solicitada por el demandante.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, por un trabajador de la entidad demandada sobre daños y perjuicios por las lesiones ocasionadas en el lugar de trabajo al sufrir un accidente. El accidente se produjo cuando el demandante se encontraba encima de una cinta transportadora, sin que nadie se lo hubiera ordenando, estando por lo tanto prohibido; la cinta transportadora se puso en funcionamiento porque uno de los trabajadores de la entidad accionó por error un botón distinto al que debía apretar. El resultado del accidente ha sido que el demandante ha sido declarado en invalidez permanente total para su trabajo.

Doctrina.—El recurso de casación se interpone por la entidad demandada en primera instancia, al considerar que se vulnera lo establecido en el artículo 1.903 del Código Civil, y por la infracción de la jurisprudencia aplicable por vulneración sobre culpa extracontractual. La Sala considera que no es admisible en casación, «No cabe duda que la responsabilidad por hecho ajeno —que es la prevista en el artículo 1.903 del Código Civil— ya se base en intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, requiere como elemento ineludible una relación jerárquica o de dependencia entre los sujetos, la cual, concurre en el hecho de autos, tanto respecto al accidentado, como respecto al trabajador que, por error, pulsó un botón por otro, en relación con la mercantil demandada-recurrente, y es evidente, también, que la responsabilidad que impone el precepto dicho al empresario no es subsidiaria sino directa, al derivarse del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, como así ha venido declarándose de manera constante la jurisprudencia de la Sala».

En cuanto al segundo de los motivos del recurso, establece la sentencia: «En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa. La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, 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, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en ámbito de la circulación de vehículo de motor».

Comentario.—La responsabilidad por hecho ajeno que regula el artículo 1.903, y más concretamente la del empresario, es una responsabilidad directa, como así lo pusiera de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencias como la de 24 de marzo de 1953 o 16 de abril de 1963, entre otras; contemplando el deber del empresario de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo su dependencia y la obligación de emplear la debida cautela en la elección de sus actos. Otra cosa diferente es luego el hecho de que el empresario pueda repercutir en la persona que ha causado el daño (art. 1.904 del Código Civil). En el supuesto que nos ocupa el accidente se produjo porque un compañero del accidentado pulsó indebidamente un botón que puso en marcha la cinta transportadora, hecho sin el cual no se hubiese producido el accidente, a pesar de estar prohibida la estancia en dicha cinta.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL. RESULTADO DAÑOSO AL APRECIARSE UNA CONDUCTA OMISIVA. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia de Loja, por sentencia de 18 de noviembre de 1991, absolvió a la Junta de Andalucía al apreciar la falta de jurisdicción civil, y desestimó la demanda del resto de los codemandados. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), en sentencia de 5 de julio de 1994, revocó la sentencia apelada, rechazando las excepciones planteadas y condenando a parte de los codemandados.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía por reclamación de cantidad, en concepto de indemnización por el fallecimiento del esposo y padre de las demandantes. La demanda se interpone contra la Junta de Andalucía, la Compañía de Electricidad de la zona, la empresa constructora que lleva a cabo las obras, el propietario del camión en el que se produjo el accidente y su compañía de seguros. Estos dos últimos fueron absueltos en primera instancia y en apelación. El recurso de casación fue interpuesto sólo por la Junta de Andalucía, quien fue condenada por la Audiencia, de forma solidaria con la Compañía Eléctrica y la Empresa constructora al pago de una cantidad, menor a la solicitada por la demandante, al considerar la Audiencia que podía haber concurrencia de culpas.

La Junta de Andalucía adjudicó las obras de construcción de un tramo de autovía a una determinada empresa constructora. En un trazado concreto de la obra existían unos tendidos eléctricos de alta tensión, y debido al peligro que ello entrañaba, el Director Ingeniero de la empresa constructora hizo una petición a la Compañía de Electricidad para que se modificase el trazado. Dicha petición fue elevada a la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía; la propuesta se formuló en el año 1987 y la aprobación

no llegó hasta julio de 1988, sin embargo, a pesar de la aprobación, no se ejecutaron obras para evitar el riesgo. En mayo de 1989, el fallecido, que era empleado de una empresa de camiones que había contratado la empresa constructora, adjudicataria de la obra, estaba maniobrando con el camión en la zona peligrosa (parece ser que se desprende de los hechos probados, que los trabajadores estaban advertidos del peligro de la zona y tenían prohibido acercarse a ella), al levantar el volquete del camión, colisionó con uno de los cables de alta tensión y al abrir la puerta del camión se produjo una descarga eléctrica que lo mató en el acto.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación en base a dos motivos. El primero por infracción en la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, así como de la reiterada jurisprudencia que exige para que pueda prosperar la acción por culpa extracontractual, la existencia de una acción u omisión culposa o negligente. La doctrina, que utilizada por la Sala para rechazar el motivo, es exacta a la utilizada en la de 8 de mayo, que se resume en el último párrafo, cuando afirma: «La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, 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». Es evidente, en todo caso, la actitud negligente de la Junta al no proceder inmediatamente al cambio del trazado, obligando a la Compañía Eléctrica a su ejecución.

En cuanto al segundo motivo del recurso, en el que se considera que hay infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, por aplicación indebida de los mismos en relación al nexo causal que tiene que haber entre la acción u omisión culpable y el resultado lesivo. Se rechaza el motivo, afirmando la Sala: «La “causalidad adecuada” permite, dentro de su ámbito, aquellas conductas que, de alguna manera, tienden a contribuir a la producción del resultado dañoso, siempre y cuando que tales conductas tengan una matriz culpable o negligente, y de aquí, que atendiendo al relato de los hechos no quepa negar a la Junta de Andalucía su inclusión en la relación de causalidad adecuada en razón a la “conducta omisiva” de que se habló anteriormente.» No obstante, la responsabilidad por riesgo, tan presente actualmente, no sólo como consecuencia de los vehículos de motor, no se basa en la mera causalidad.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ROTURA DE CABLES DE TELEFONO SUBTERRANEOS POR OBRAS DE ALUMBRADO PUBLICO. LA PRESUNCION DE INOCENCIA NO ES APLICABLE A SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Badalona, dictó sentencia el 24 de enero de 1994, estimando la demanda y condenando a los demandados solidariamente. La Audiencia Provincial de Badalona (Sección 14), en

fecha 21 de noviembre de 1994, revocó en parte la sentencia del Tribunal de Instancia, absolviendo a uno de los codemandados.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en reclamación de cantidad por Telefónica España, debido a los daños causados en su red. El Ayuntamiento de Badalona encargó a una empresa constructora las obras de alumbrado de una calle municipal, al proceder a la instalación de una varilla de 2 metros para la toma de tierra por un operario de la empresa adjudicataria de las obras, se produjeron daños en las instalaciones telefónicas subterráneas; no se procedió a una cata de comprobación antes de iniciar las obras.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación al amparo del número 4 del artículo 1.692 de LEC, en base a seis motivos, de los que cabe destacar el tercero y el quinto.

En el tercer motivo se alega indefensión de la recurrente (empresa adjudicataria de la obra), por infracción del artículo 24 CE. El Tribunal declara no haber lugar a este motivo, cuyo fundamento dice así: «El artículo 24 CE no ha resultado vulnerado, pues la presunción de inocencia invocada no es aplicable al caso de culpa extracontractual, ya que la indemnización que contemplan los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil es de naturaleza reparadora del daño ocasionado, y mediante la misma lo que se pretende es obtener en lo posible su compensación (...), el principio de presunción de inocencia se aplica a otros campos del Derecho, además del penal, pero siempre que se trate de una norma sancionadora o represiva.

El motivo quinto del recurso se basa en la infracción del principio de solidaridad por existir concurrencia de culpas. Como dice la Sala: «La concurrencia de culpa de la víctima o parte que resulte perjudicada en los supuestos de daños materiales como el presente, exige que confluayan la actividad del causante activo y directo del daño y la conducta del que lo sufre, no generándose plena ruptura de la causalidad eficiente, pero se requiere que a éste pueda atribuírsele un actuar culpabilístico o coadyuvante en la acusación del daño que lo facilita y, a veces, hasta llega a provocarlo, lo que repercute disminuyendo la indemnización debida». No se ha demostrado en este supuesto concreto que la víctima haya interferido en el proceso provocando o ayudando a la causación del daño.

J. R. J.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LA OBJETIVACION DE LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL MEDIANTE LOS MECANISMOS DE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

Hechos.—M.A.C.P. de diez años de edad (hijo de los demandantes), se encontraba jugando con otros compañeros en un recinto cerrado, cuando se

cayó al suelo, sufriendo lesiones consistentes en fractura oblicua del tercio proximal del fémur derecho, de las que tardó en curar ciento sesenta y dos días, habiéndole quedado como secuela un acortamiento del fémur derecho en dos centímetros y medio, que según prescripción médica podría recuperarse, bien por un hipercrecimiento del miembro afectado, bien a través de una futura intervención quirúrgica.

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia número dos de Ciudad Real, dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 1994, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de M.A.C.R. y su esposa R.P.A., en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra MAPFRE SEGUROS GENERALES, donde se suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de la suma de 5.896.875 pesetas por los daños y perjuicios sufridos por su hijo menor, más los intereses legales, así como que se declarase la obligación futura de la entidad demandada de asumir el importe a que ascienda en su día la intervención quirúrgica, correctora de alargamiento del fémur del menor a causa de la lesión sufrida, si eso llegare a ser preciso, estimándose parcialmente la demanda y condenando a la parte demandada al pago de la cantidad de tres millones de pesetas con sus intereses legales y reservando expresamente las acciones que pudieran corresponder al menor o a terceros para reclamar los gastos que impliquen futura o futuras intervenciones quirúrgicas, tendentes a aminorar o a hacer desaparecer el acortamiento del fémur que actualmente sufre el menor.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, dictó sentencia con fecha 11 de julio de 1994, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de MAPFRE, S.A. SEGUROS, revocando la sentencia de Primera Instancia.

La representación de los padres del menor interpuso recurso de casación que fue desestimado.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, ordinal cuarto, denuncia infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita, viniendo a sostener que las tendencias objetivadoras de la responsabilidad aquiliana, manifestadas a través de la inversión de la carga de la prueba y de presunción de culpa en el agente, han de llevar a la apreciación de negligencia por parte de los cuidadores del menor lesionado en el centro docente, al no haber probado que adoptaron todas las precauciones necesarias para evitar la caída del menor lesionado.

Dicho motivo se desestima, ya que fundamenta la Sala que la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba, de presunción de culpa en el agente o de la teoría del riesgo no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso no intervino culpa alguna por parte de aquellos a quienes se le imputa, sino que el daño fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de caso fortuito, ha de excluirse la respon-

sabilidad de dichos supuestos agentes (o de la entidad que los tiene asegurados).

Comentario.—La responsabilidad «por hecho ajeno o responsabilidad por hecho de otro» del artículo 1.903 del Código Civil se fundamenta en una «presunción de culpa» de las personas que teniendo facultad de elección o de guarda sobre otras, actúan descuidadamente, permitiendo o dando ocasión a que estas últimas dañen a terceros; pero se excluye la existencia de responsabilidad, conforme al artículo 1.903 *in fine*, cuando quienes hayan de responder por otro «prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Desde hace algún tiempo se viene admitiendo por nuestro Tribunal Supremo la inversión de la carga de la prueba en beneficio de la víctima (excepción hecha, por ejemplo, de los supuestos de responsabilidad médico-sanitaria) según la cual será el sujeto tendencialmente responsable quien haya de acreditar haber actuado sin culpa; argumento en el que se apoya el motivo del recurso que analizamos, pero que se desestima por el alto tribunal al declarar que de la prueba practicada en el proceso, se advierte que no intervino absolutamente ninguna culpa a quienes se le imputa y que el juego fue el causante del accidente sin intervención de ningún factor extraño o peligroso que hubiera evidenciado una falta de celo por parte de los cuidadores, y que en definitiva el daño fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de caso fortuito que excluye la responsabilidad.

En relación con el caso fortuito, el Tribunal Supremo ha señalado en múltiples ocasiones que la presencia en cualquier supuesto de hecho de un caso fortuito determina la exoneración de responsabilidad por inexistencia de relación de causalidad. Para sostener tal argumento, ante la inexistencia de norma particular de aplicación en materia de responsabilidad civil extracontractual, se ha considerado aplicable el artículo 1.105 del Código Civil (véase STS de 16 de febrero de 1988 y 28 de febrero de 1991).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. LA ACCION DERIVADA DE UNA CULPA CONTRACTUAL Y OTRA EXTRA CONTRACTUAL SON INTERCAMBIABLES. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Hechos.—Fue sustraído un vehículo de la zona de aparcamiento específica del hotel, sin que se haya logrado su recuperación.

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia número siete de los de Marbella, dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 1994, estimando la falta de legitimación *ad causam* invocada por la representación de la parte demandada HOTELES COACH, S.A., absolviendo en la instancia a dicha demandada, sin entrar a conocer del fondo de la pretensión deducida por la representación de la parte actora: Entidad PROMOCIONES C.Y.P. que en la demanda suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de la cantidad de 11.822.608 pesetas, más los intereses legales.

La Audiencia Provincial de Málaga, Sección quinta, dictó sentencia con fecha 8 de noviembre de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Entidad PROMOCIONES C.Y.P.

La representación de Entidad PROMOCIONES C.Y.P. interpuso recurso de casación que fue estimado con fundamento en la doctrina que se expone a continuación.

Doctrina de la Sentencia.—El primer motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, ordinal cuarto, denuncia infracción de los artículos 1.089 del Código Civil en relación con los artículos 1.101, 1.104 y 1.902 del mismo texto legal, y el segundo motivo al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación de la propia doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

Dichos motivos, que se estudian conjuntamente por la Sala, se estiman, argumentándose «que son conocidas las dificultades de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, que en muchas ocasiones, como en el hecho que se analiza, tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que en términos procesales determina un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum indemnizatorio*».

Se dice, además, que tomando como base el principio de «unidad de culpa» en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimientos originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho que causa el daño sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro.

Por otra parte se argumenta, en virtud del principio *iura novit curia*, que no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad extracontractual, en vez de la extracontractual o viceversa.

Sobre la «unidad de la culpa civil» véanse las sentencias de 25 de marzo y de 23 de diciembre de 1952, y 1 de abril de 1994.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA CONDUCTA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS. NO OPERA LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA QUE QUEDA A CARGO DEL PRESUNTO PERJUDICADO. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Hechos.—J.A.G. ingresó el 22 de diciembre de 1989 en el H. de C. hasta su fallecimiento el 26 de dicho mes.

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia número uno de los de Baracaldo, dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 1993, desestimando la demanda interpuesta por la representación de T.I.L., en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra EL SERVICIO VASCO DE SALUD OSAKIDETZA, HOSPITAL DE CRUCES, y contra L.M.C., C.L.M., M.U.S. y A.I.A., donde se suplicaba se condenase a los demandados a que

abonen solidariamente la cantidad de 50.000.000 de pesetas más los intereses legales desde la interposición de la interpelación judicial.

La Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de T.I.L.L.

La representación de T.I.L.L. interpuso recurso de casación que fue desestimado.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, ordinal cuarto, denuncia infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, en relación con el artículo 1.104 del mismo texto legal.

Dicho motivo se desestima, ya que fundamenta la Sala que «la obligación contractual o extracontractual del médico, y en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios, es decir, está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requieran según el estado de la ciencia; pudiendo añadirse que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del presunto perjudicado la demostración de la existencia de una acción culposa o negligente»; y en el supuesto de hecho que se analiza, los recurridos actuaron utilizando todos los medios adecuados conforme a las circunstancias del caso, utilizando la técnica científica normal y que les fue requerida.

En relación con la posible responsabilidad de OSAKIDETZA por incumplimiento de obligaciones contractuales al no haber aportado todo lo necesario para el tratamiento del enfermo y en particular una habitación acolchada, se pronuncia la Sala manifestando que no se ha comprobado que la causa de la muerte esté determinada por las carencias asistenciales, añadiendo que la organización sanitaria debe proporcionar una asistencia médico-sanitaria, pero que dichos medios deben estar disponibles dentro de un parámetro de normalidad.

Comentario.—En los supuestos de responsabilidad médico-sanitaria no opera el principio de inversión de la carga de la prueba, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 1.214, en cuya virtud «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento»; es decir, el actor ha de probar la existencia de una acción culposa o negligente por parte de los profesionales médicos que intervienen en los hechos.

Se descarta, en tales casos, toda clase de responsabilidad objetiva o sin culpa, que supondría reparar el daño en todos aquellos casos en que los resultados sean lamentables, aún cuando el personal médico-sanitario actuase de forma diligente. La recuperación del enfermo, como se señala en la sentencia comentada, no es ni puede ser una obligación de resultado del profesional sanitario, sino más bien una obligación de medios, consistente en velar porque el paciente tenga todos los cuidados acordes con el estado de la ciencia.

Véase sobre los aspectos tratados, por todas, la sentencia de 8 de mayo de 1991.

EL PROMOTOR DE UNA CONSTRUCCION ESTA LEGITIMADO ACTIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DECENAL. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Condena el Juzgado de Primera Instancia solidariamente al constructor y a los herederos de A. B. C. (nada dice la sentencia sobre la intervención de A. B. C. en la obra. Es de suponer que se trata del director de la obra a juzgar por la condena que el Juzgado impone) a responder por los perjuicios ocasionados por la defectuosa ejecución de una obra que trajo como consecuencia el desplome de la fachada de un edificio y el agrietamiento de sus paredes, declarando que la ruina se produjo por vicios de la construcción y de la dirección de la obra.

La Audiencia Provincial mantiene la sentencia del Juzgado, excepción hecha de los gastos ocasionados para reparar los desperfectos producidos por unas humedades y los desprendimientos de unas piezas cerámicas de los cuales debe responder únicamente la entidad constructora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

El objeto del debate que se plantea en este supuesto es si el promotor de una construcción está legitimado para ejercitar la acción decenal.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, define al promotor como aquella persona física o jurídica que ordena, programa y busca los medios financieros para realizar una determinada construcción, y pone de manifiesto que la figura del promotor no aparece recogida en el artículo 1.591 del Código Civil, siendo la doctrina científica y jurisprudencial la que ha ido trazando los perfiles de la misma.

Concluye el alto Tribunal diciendo que el promotor está legitimado activa y pasivamente en cuanto al ejercicio de la acción decenal derivada de una declaración de ruina, y esta legitimación procesal proviene de una declaración legal llevada a cabo a través de una interpretación jurisprudencial del artículo 1.591.

Para recalcar la legitimación activa del promotor, trae a colación las sentencias de 26 de noviembre de 1984 y 9 de junio de 1989. Esta última afirma que los promotores pueden actuar en interés propio, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios.

RECLAMACION DE CANTIDAD. RESPONSABILIDAD DE ASOCIACION PROTECTORA DE MINUSVALIDOS PSIQUICOS POR FALLECIMIENTO DE UN INTERNO A CAUSA DE TOXI-INFECCION ALIMENTARIA. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia, ante la demanda presentada por los padres del interno fallecido, condenó a los codemandados, entre los que se encontraba la Asociación Protectora de Minusválidos Psíquicos, a satisfacer la cantidad de ocho millones de pesetas en concepto de indemnización por la muerte de su hijo e imponiéndole el pago de las costas devengadas en el procedimiento.

La Audiencia Provincial revocó la anterior resolución, absolviendo a los demandados. El Tribunal Supremo ratificó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La esencia de este caso, según el Tribunal Supremo, está en dilucidar si la intoxicación alimentaria que produjo el fallecimiento fue un mero accidente imprevisible, o bien, se produjo por la ingesta de mahonesa contaminada con salmonela debida a una mala conservación de la misma o a deficiencias en la higiene y manipulación de los alimentos.

Se trata de un problema de prueba, ya que la inspección del Centro se realizó bastantes días después del suceso, precisamente cuando se había vaciado como consecuencia de la investigación que se abrió a results del mismo. Habían transcurrido dieciséis días desde que se detectó el brote, lo que hace que sea necesario adoptar una especial cautela a la hora de valorar el informe, pues, aunque las dependencias de la Residencia se hallaban en mal estado, los arcones frigoríficos presentaban un estado aceptable de limpieza. Lo que se encontraba en un estado deplorable era la cámara frigorífica, ya fuese porque la Residencia estaba desocupada, ya fuese por negligencia de los trabajadores encargados de la misma.

RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA. ODONTOLOGIA: PROTESIS. CONTRATO DE OBRA. FRACASO DEL RESULTADO: CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LA OBLIGACION POR EL MEDICO. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Trata de una reclamación contra un odontólogo por los daños materiales y morales sufridos como consecuencia del incorrecto tratamiento médico recibido.

El Juzgado de Primera Instancia condenó al odontólogo a indemnizar con la cantidad de 11.670.776 pesetas más las costas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia anteriormente aludida y absolvió al demandado de los pedimentos que en su contra se formulaban sin declaración de costas en ninguna de las instancias.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia sustituyéndola por la de primera instancia en todos sus pronunciamientos. En cuanto a las costas, se imponen las de primera instancia a la parte demandada, no se pronuncia sobre las de segunda y, por lo que a la casación respecta, cada parte satisfará las suyas.

Dos puntos interesantes presenta la sentencia del Tribunal Supremo:

El primero se refiere a la apreciación y valoración de la prueba de peritos en casación. Es doctrina reiterada del alto Tribunal la que considera que, en principio, no tiene acceso a la casación la valoración de la prueba pericial. Una excepción a esta regla la constituyen los casos de error notorio en la valoración de la prueba de peritos. La sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1992, citada, en la que es objeto de este comentario, señalaba que cuando el juzgador tergiversa las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas podrá revisarse el dictamen pericial en casación.

En el caso de autos dice el Tribunal Supremo que el dictamen pericial es impreciso y poco clarificador, ya que no parece admitir incorrecciones en el tratamiento médico, pero tampoco se pronuncia sobre la bondad del mismo. Tampoco se pronuncia el perito sobre el informe del Colegio de Odontólogos que manifiesta de forma clara la incorrección del tratamiento prescrito por el médico demandado. Califica el Tribunal Supremo de ilógica y absurda la valoración que de este dictamen hace la sentencia de instancia cuando concluye que no puede decirse que el tratamiento fuera incorrecto, habiendo durado nueve años pese a no conseguir el resultado pretendido, habiendo tenido que recurrir a otros médicos para que le rehabilitaran la boca y, sin embargo, exime de toda responsabilidad al médico demandado.

El segundo de los aspectos a destacar lo constituye la relación jurídica que liga a demandante y demandado, derivada de un contrato de obra caracterizado esencialmente por la obtención de un resultado. Se trata de un tratamiento dental consistente en una intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis.

Generalmente la relación contractual médico-paciente queda enmarcada dentro del contrato de servicios, teniendo el médico una obligación de prestar sus servicios profesionales, pero sin asegurar la curación. Existen, sin embargo, algunos casos en los que el médico se obliga a producir un resultado, son, entre otros, los que tienen por objeto la cirugía estética, la vasectomía y la odontología y, dentro de esta última especialidad, muy particularmente, los que tienen por objeto la ejecución de prótesis dentales.

T. S.-S. M.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO: POR FALTA DE ASESORAMIENTO A SUS CLIENTES RESPECTO A LAS POSIBILIDADES DE UNA RECLAMACION EN EL ORDEN CIVIL POR CULPA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL. INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Burgos, en sentencia de 11 julio de 1994, desestimó la demanda sobre reclamación de cantidad formulada por don Domingo I. C. y doña Amalia G. R. contra el abogado don Fernando D. T. y Cía. de Seguros Allianz-Ras, S.A., imponiendo las costas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de Burgos (sección segunda) en sentencia de 2 de diciembre de 1994, desestimó el recurso interpuesto por don Domingo I. C. y doña Amalia G. R., y confirmó la resolución con la sola aclaración de que, en su parte dispositiva donde dice «Fernando D. T.», debe decir «Miguel D. T.», y con expresa imposición de las costas procesales a la parte apelante.

Prospere el recurso de casación interpuesto por los demandantes don Domingo y doña Amalia, y el Tribunal Supremo casó y anuló las sentencias anteriormente referidas, con estimación parcial de la demanda, declarando la obligación de los codemandados de abonar a los actores la cantidad de quinientas mil pesetas con los intereses legales desde el momento de la presente resolución, sin pronunciamiento expreso sobre las costas.

Hechos.—A raíz del triste fallecimiento del hijo de los actores, menor de edad, por parada cardio-respiratoria, como consecuencia de ahogamiento en una piscina municipal, se inician en el Juzgado de Instrucción número seis de Burgos, diligencias previas penales. Los actores encomiendan la defensa de sus intereses al letrado don Miguel D. Las citadas diligencias fueron archivadas por auto, resolución que fue comunicada por el letrado a sus clientes por carta, al manifestarles que las diligencias se habían sobreesido y que no merecía la pena recurrir. El auto devino firme al no ser recurrido.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se fundó en un motivo único, infracción de los artículos 1.902, 1.101 y siguientes del Código Civil, en relación con los artículos 102, 53 y 54 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, su desarrollo argumental responde, resumidamente, a cuanto sigue: las normas del Estatuto imponen al abogado actuar con una diligencia que debe ser mayor que la de un padre de familia (según sentencia de 4 de febrero de 1992), la elección del abogado constituye el inicio de una relación contractual basada en la confianza, la carta remitida por el señor letrado a sus clientes no garantizaba ni que llegase a su destino, ni que a su recepción fuera debidamente comprendida, como así sucedió. La conducta del abogado produjo un daño objetivo, impidiendo el ejercicio de un acción legítima y adecuada a las circunstancias del caso «...La carta que les dirigió en la fecha de 6 de febrero de 1992, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecería la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del Código Civil, se tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida...

...el comportamiento que ha quedado explicado vino a suponer un quebrantamiento, por vía omisiva, en la observancia de los deberes y obligaciones profesionales que incumbían al letrado ...y que le eran exigibles a tenor de la disposición general contenida en el artículo 9 de los Estatutos ... y de los concretos deberes profesionales reseñados en los artículos 53 y 54, en una interpretación lógica y racional de los mismos, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión y como tal, comprendida en el artículo 1.101 del Código Civil y, especialmente, en el artículo 1.902 de dicho texto legal, si como en el artículo 102 del repetido Estatuto, y susceptible de indemnización en cuanto originó un daño de índole moral al matrimonio actor...»

Notas.—Objeto de especial atención nos merece esta sentencia donde se debate el tema de la responsabilidad civil profesional del abogado. En el caso de autos, como se ha señalado, a consecuencia del fallecimiento del hijo de los actores, en una piscina municipal, se abren diligencias penales y para su defensa los actores nombran como letrado a don Miguel D. Posteriormente se produce auto de sobreseimiento de las diligencias y el señor letrado se limita a comunicar por carta a sus clientes el citado sobreseimiento y su consejo de

no recurrir, sin asesorarles sobre las posibilidades que tenían de ejercitar acciones por responsabilidad en la vía civil.

El problema a dilucidar radica en si la falta de asesoramiento por parte del abogado a sus clientes, les produjo un daño y en consecuencia la obligación de indemnizarles, es decir, si el abogado incurrió en negligencia profesional. Centrado así el tema, conviene empezar recordando previamente que desde antiguo, sentencia de 27 de diciembre de 1915, la jurisprudencia ha considerado que la relación del cliente con el abogado se trata de un contrato de arrendamiento de servicios (recientemente en las sentencias del TS de 25 de marzo de 1998 y de 26 de enero de 1999), si bien, no falta alguna sentencia aislada que lo ha calificado como un mandato.

Además, se genera para el abogado en el ejercicio de su profesión una obligación de medios, no de resultados (en este sentido, entre otras, se pronuncia la sentencia del TS de 25 de junio de 1998). Por tanto, la posible responsabilidad profesional se desenvuelve normalmente en el ámbito contractual, por lo que entra en juego el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de que pueda regir también el artículo 1.902 del Código Civil, cuando la actuación profesional, fuera de los límites contractuales, produzca daño.

Dicho esto, es necesario saber cuál es el grado de diligencia exigible para los profesionales de la abogacía. El cliente basa su relación en la confianza, y el abogado en su actuar profesional por sus propias características, tiene que tener una diligencia que ha de ser más rigurosa que la de un simple padre de familia, así lo ha señalado el TS en alguna de sus sentencias, al imponer al abogado tener que actuar con «una diligencia mayor que la del padre de familia, como la de 4 de febrero de 1992».

Estamos ante un profesional que se dedica a defender a otros, es claro que tiene un deber de informar y asesorar al cliente con una claridad que alcance a comprender cualquier hombre medio y de llevar cualquier asunto hasta su finalización, es decir, debe actuar correctamente y con el máximo celo en sus deberes profesionales, conforme a lo que la jurisprudencia denomina *lex artis ad hoc*.

El TS ha declarado aplicable, en ocasiones, en los supuestos de responsabilidad civil de abogados, los artículos 53, 54 y 102 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, al señalar que «aunque existe una reiteradísima jurisprudencia, según la cual no pueden servir de apoyo en casación por el número 5 del artículo 1.692, los preceptos reglamentarios, también es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamientos de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el soporte del artículo 1.902 del Código Civil cuando la actuación profesional, fuera de los límites contractuales, produzca daños. Sentencia del TS de 4-2-1992».

Criterio, este último, que es seguido en el caso de autos que recoge expresamente la citada sentencia. Frente a otros pronunciamientos jurisprudenciales, igualmente recientes, como la sentencia de 25 de junio de 1998, que declara que exclusivamente se puede aducir en casación preceptos que tengan su apoyo en normas del ordenamiento jurídico de carácter civil con cita de la sentencia de 6 de febrero de 1996, por lo que no se admitió los preceptos del Estatuto General de la Abogacía.

Con independencia de que se puedan o no invocar los preceptos del Estatuto de Abogados, es claro que el señor letrado incumplió sus deberes profesionales y como consecuencia de este incumplimiento se originó un daño

objetivo al perder la oportunidad real de defenderse. Y ello, aunque resulte totalmente imposible saber cuál es el resultado que hubiese tenido la acción judicial, «...sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas ... cierto es que la negligente conducta profesional originó un daño moral... (sentencias de 25 de junio de 1998 y 26 de enero de 1999)».

Queda, por tanto, señalar qué tipo de daño se produjo, lo que pasamos a hacer a continuación, en este caso el profesional, con su comportamiento omisivo ha producido un daño moral (pérdida de la posibilidad de defensa efectiva), imputable al letrado, ya que al no asesorar debidamente sobre las posibilidades del ejercicio de la acción civil a sus clientes ha incumplido sus deberes y obligaciones profesionales, o de la *lex artis*, y de este daño deriva la necesidad de reparar.

RESPONSABILIDAD MEDICA. OBLIGACION DE MEDIOS. «LEX ARTIS AD HOC». CASO FORTUITO. FUERZA MAYOR. (SENTENCIA DE 24 MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Román García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia número treinta y tres de Barcelona, dictó sentencia con fecha 24 de mayo de 1994, en la que estima parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad promovida a instancia de doña María del Valle G.L., contra don Angel M.R., don Plácido M.G., don Luis B.M., y contra el «Institut Català de la Salut» y la «Central de Seguros, S.A.», condenando a dichos demandados a pagar a la actora solidariamente la cantidad de doce millones de pesetas, más los intereses legales, incrementados en dos puntos desde la fecha de la condena y sin expresa condena en costas.

Apelada por los demandantes la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección primera), en sentencia de 20 de octubre de 1995, desestima los recursos interpuestos por los demandantes y se les imponen las costas.

Don Angel M.R., don Plácido M.G., don Luis B.M. y la «Central de Seguros, S.A.», don Luis B.M., de una parte, y el «Institut Català de la Salut», de otra, interponen recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación de los codemandados.

Hechos.—Durante el transcurso de una intervención quirúrgica de histerectomía practicada a la actora se le secciona el uréter derecho.

Doctrina de la Sentencia.—Respecto al primer recurso, se alega por los recurrentes, de un lado, infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, por considerar que no se ha seguido la posición jurisprudencial de obligación de medios de la actividad médica, por estimar que la sección del uréter fue un hecho imprevisto al producirse no por corte, sino por presión del citado conducto y, de otro, inaplicación del artículo 106.2 de la Constitución Española, en relación con el 1.105 del Código Civil, por entender que los hechos se producen como consecuencia de la fuerza mayor. Ambos motivos se desestiman conjuntamente: «...la sentencia recurrida pone de relieve que lesión de un uréter constituye una incidencia de relativa frecuencia en

operaciones ginecológicas... así como el conocimiento por la ciencia médica de tal hecho... y que, por tanto, los médicos intervinientes en una operación de tal tipo, ...han de actuar con la diligencia debida para evitar tal incidencia, o cuanto menos, para repararla inmediatamente, ...en el transcurso de la misma operación, ...es evidente que la sentencia de la Audiencia ha respetado la reiterada línea jurisprudencial relativa a que, cuando el médico realiza un acto profesional, se obliga a emplear la diligencia adecuada —los medios— ...y no garantiza el acto terapéutico —la sanidad del enfermo—, ...el médico no se compromete a curar, sino a intentar curar...»

«...la obligación de medios comprende: 1) la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el paciente concreto; 2) la información, en cuanto sea posible, al paciente, o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posibles recidivas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta.»

«...la resolución ha seguido la pauta facilitada por las *lex artis*...», además carece de tacha el razonamiento de la sentencia sobre la exclusión de la incidencia de un caso fortuito.

«La doctrina científica configura la fuerza mayor como aquel acontecimiento que por su propia naturaleza excede del concepto de diligencia, debido a que todo esmero hubiera sido irrelevante para evitarlo, a diferencia de lo que acontece con el caso fortuito; en la coyuntura de este juicio no es apropiada la calificación de la situación como incardinada en esta figura a causa de la eficacia de referida previsibilidad médica en el supuesto de que se hubiese actuado con el rigor aconsejable a las características de la intervención quirúrgica que habría evitado».

En cuanto al recurso deducido por el «Institut Català de la Salut» adolece de claras deficiencias y también es desestimado en todos sus motivos.

Notas.—Esta sentencia es un claro reflejo de la doctrina tradicional del Tribunal Supremo donde se insiste en que en el actuar profesional de los médicos para comprender el alcance de su responsabilidad ha de utilizarse el parámetro de la *lex artis ad hoc*, al señalarse: «la resolución ha seguido la pauta facilitada por la *lex artis ad hoc* para la valoración de la negligencia profesional, cuya regla significa que los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estimen correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia, y que, según las sentencias de 25 de abril de 1994 y 2 de octubre de 1997, supone tomar en consideración el caso concreto donde se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo—, o exógenos —incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica media normal requerida».

También se pone de manifiesto que la diligencia debida en este supuesto, requería evitar esta frecuente y previsible incidencia, puesto que no sólo se

seccionó el uréter de la paciente sino que ni tan siquiera se dieron cuenta en el transcurso de la operación. Que es un accidente frecuente en este tipo de operaciones, lo pone de manifiesto, entre otras, las sentencias de 28 de julio de 1997 y la de 29 de abril de 1998, donde se aprecia la responsabilidad de los ginecólogos, al actuar negligentemente al seccionarse el uréter de las pacientes en el transcurso de las operaciones.

Además, esta sentencia subraya el alcance de la obligación de medios en la actividad médica, y destaca la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR OBRAS EN FINCAS COLINDANTES. CONTRATO DE PERMUTA. PRECONTRATO. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zamora, en sentencia de 17 de febrero de 1992, estima parcialmente la demanda interpuesta por los cónyuges doña Esperanza L.S. y don Macario J.V., y de la Cía. Proinza, S.A., contra los codemandados Cía. Mercantil Promotora Andrés (promotor de la obra total) y Rodríguez, don José C.R. (contratista de la obra de demolición) y don Juan C.M. (ejecutor de la demolición), condenándolos de modo conjunto y solidario a satisfacer a los cónyuges una determinada suma, a la vez que desestima la pretensión formulada por Proinza, S.A. contra la totalidad de los codemandados.

La Audiencia Provincial de Zamora dictó sentencia con fecha 19 de julio de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges doña Esperanza L.S. y don Macario J.V., y de Proinza, S.A. Estimando el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Andrés Rodríguez, S.A. Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don José Manuel C.R., contra la sentencia de primera instancia, revocando parcialmente dicha sentencia, y en consecuencia, se desestima la demanda formulada por los demandantes contra el demandado, Andrés Rodríguez, S.A., absolviendo a los demandados de las pretensiones de los actores e imponiendo a los actores las costas de primera instancia. Reduciéndose la cuantía de la indemnización a favor de los cónyuges. Se impone al recurrente, cuyo recurso se desestima, las costas de este recurso, sin hacerse expresa condena de ellas en los otros dos recursos.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Proinza, S.A.

Hechos.—La sociedad promotora Proinza, S.A., y los cónyuges don Macario y doña Esperanza, acordaron en documento privado el 5 de abril de 1989, un compromiso de permuta de una finca urbana propiedad de la parte doña Esperanza por una vivienda situada en la planta segunda, letra A, de un edificio que se estaba construyendo, propiedad de los promotores.

En el inmueble, propiedad de doña Esperanza, se hallaba un edificio con dos viviendas alquiladas a terceros y un local que su esposo ocupaba en el ejercicio de su actividad comercial, la citada finca sufre daños consistentes en el derrumbamiento del edificio y subsiguiente demolición de la parte no

derrumbada, a consecuencia de unas obras que se realizan en la finca colindante.

Más tarde, el 21 de noviembre de 1990, en escritura pública, la propietaria del inmueble, doña Esperanza, celebra contrato de permuta de la citada finca a cambio de la vivienda mencionada, haciendo constar que aquél «actualmente es solar debido a la demolición de tal casa por las obras realizadas en una finca colindante».

Doctrina de la Sentencia.—De particular interés nos parece el primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por Proinza, S.A., al amparo del número 4 del artículo 1.692 de LEC, denuncia violación por no haberse aplicado los artículos 1.281 y 1.282, en relación con el artículo 1.902 del Código Civil. Motivo que debe ser estimado: *«No tanto es una cuestión de interpretación, como de calificación de negocios jurídicos. La sentencia de instancia se fija excesivamente en el contrato de permuta y destaca que Proinza, S.A. adquiere un inmueble consistente en un solar y prescinde de la calificación del precontrato anterior que concedía a dicha sociedad el derecho a ponerlo en vigor y adquirir el inmueble ocupado para una edificación; prescindir de ello es infringir tanto el artículo 1.281 del Código Civil, en su aspecto de calificación del contrato, como el artículo 1.902, ya que queda sin indemnizar a nadie el daño consistente en la pérdida del edificio».*

Al estimarse dos de los motivos del recurso de casación, debe aplicarse el artículo 1.715.1.3 de LEC, y resolver lo que corresponda, asumiendo en esta Sala la instancia, *«En este sentido, Proinza, S.A., tiene derecho a que se le repare el daño consistente en la destrucción del edificio; no se acepta la valoración del daño que reclama en la demanda ni el dictamen pericial que la justifica en base de una hipotética reconstrucción; se deberá valorar en ejecución de sentencia por el valor en sí mismo que tenía aquel edificio, dada su antigüedad y su estado, no su reconstrucción con el límite cuantitativo derivado de su pretensión dineraria contenida en el suplico de la demanda».*

Notas.—La clave de este supuesto para saber si la sociedad demandante (permutante) tiene derecho a reclamar por los daños que ha sufrido la edificación es, como dice el TS, la calificación de los negocios jurídicos llevados a cabo por las partes.

Calificación que claramente conceptúa el TS al exponer: «La calificación jurídica de los anteriores negocios jurídicos es:

El primero, de precontrato, con el concepto seguido actualmente por la doctrina y jurisprudencia, en la que la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y, en un momento posterior, ambas partes de acuerdo o si una de ella lo exige, se pone en vigor el contrato preparado.

El segundo, de contrato de permuta que puso en vigor el precontrato anterior, como contrato por el que cada parte se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa, contrato consensual, bilateral, oneroso, que produce obligaciones en cada parte de transmitir la propiedad de la cosa que se produce por la tradición.

Consecuencia jurídica: la parte permutante, Proinza, S.A. tuvo el derecho a que se pusiera en vigor el contrato, y por ende, que se le transmitiera la propiedad del inmueble edificado desde el día 5 de abril de 1989, más tarde, se produce el derrumbamiento del edificio y la total demolición; posteriormente, en el contrato de permuta de 21 de noviembre de 1990, se aclara que

el inmueble no es más que un solar. Por tanto, la pérdida de la edificación le alcanza jurídicamente, se ha destruido algo sobre lo que tenía un derecho subjetivo, por lo cual tiene derecho material a que se le resarza el daño y legitimación procesal para pretenderlo.»

CULPA EXTRACONTRACTUAL. LA APRECIACION DE LA CULPA O NEGLIGENCIA REQUIERE LA PRESENCIA DE LA NOTA DE LA PREVISIBILIDAD. LA PATRIA POTESTAD CONSTITUYE UNA OBLIGACION PERSONAL, NO EXTRAPOLABLE, POR LA EXISTENCIA DE UNA RELACION DE PRECARIO ENTRE EL PADRE Y UN TERCERO A ESTE ULTIMO. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Roman García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Vicente de Raspeig, en sentencia de 21 de septiembre de 1992, desestimó la demanda de don Juan P.E., contra don Fernando M.R., por considerar prescrita la acción interpuesta por él e imponiéndole las costas procesales.

La Audiencia Territorial de Alicante dictó sentencia el 25 de octubre de 1996, por la que se estima el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia y entrando a resolver sobre el fondo del asunto, absuelve a don Fernando M.R.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del demandante.

Hechos.—Muerte por ahogamiento de una niña de tres años en la piscina propiedad del demandado. Entre el demandante y el demandado existía una relación de precario al ceder don Fernando M.R., al demandante la vivienda de los caseros a cambio de determinadas labores en el jardín y en la finca.

Doctrina de la Sentencia.—Destacamos el motivo primero del recurso de casación en que se denuncia infracción de los artículos 1.089, 1.902 y 1.903 del Código Civil, por no tenerse en cuenta la concurrencia en el demandado de una omisión ilícita civil por falta de la diligencia exigible, según las circunstancias del caso. «El motivo se desestima al no existir la omisión denunciada por la recurrente, pues la apreciación de la culpa o negligencia requiere la presencia de la nota de previsibilidad, y aquellas figuras no se producen si la consecuencia fue imprevisible, atendidos los parámetros correspondientes y socialmente aceptados, como ha sucedido en suceso del debate, toda vez que es ilógico pensar que, al estar la piscina dentro de un recinto vallado en que está prohibido su acceso, así como protegido con cerramientos adecuados, una niña de tres años, dejada con el resto de la prole menor de edad del demandante, al cuidado de la hermana mayor de trece años de edad, pueda entrar en el mismo a escondidas y caer en la piscina, de manera que corresponde sentar que, al haber tomado don Fernando M.R. las precauciones referidas, el hecho de que se haya producido el siniestro se presenta como un hecho imprevisible».

Y el segundo motivo donde se sostiene la transgresión del artículo 1.903 del Código Civil en relación con el artículo 1.903 y la doctrina que cita, al señalarse que no se ha estimado la concurrencia en el demandado de una omisión ilícita civil (*culpa in vigilando*), representada por el descuido de dejar

abierta, sin cadena ni candado, la puerta de acceso al jardín y la piscina, imputable al mismo, bien por acción u omisión propia o de las personas por las que deba responder. El motivo se desestima porque el recurrente «...*parece suponer que, al considerarse empleado del señor M., éste debe responder por la negligencia de aquél, y olvida que ha dejado a su hija de tres años con el resto de la prole bajo la vigilancia de otra de trece años, acto, en verdad, inadecuado, así como que la institución de la patria potestad, donde se engloba el cuidado de los descendientes menores de edad, constituye una obligación personal, no extrapolable, por la existencia de una relación de precario entre el progenitor y un tercero a este último.*»

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES: HAN DE PROBAR QUE HICIERON LO POSIBLE PARA PREVENIR EL DAÑO.
(SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Bisbal, en sentencia de 5 de noviembre de 1993, estima parcialmente la demanda, sobre reclamación de cantidad formulada por doña María B.A. contra don Julio D.O. y otros.

La Audiencia Provincial de Gerona, en sentencia de 1 de julio de 1994, confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Menor que causa la muerte de un hombre que tiene a su cargo el cuidado de su hermana minusválida, al disparar una escopeta de balines y huir del lugar sin prestar ningún tipo de auxilio.

Doctrina de la Sentencia.—El motivo segundo alega infracción del artículo 1.903 del Código Civil, párrafos primero, segundo y último, en relación con el artículo 1.902, ambos del Código Civil. Su eje argumental es la falta de culpa *in vigilando* por parte de los recurrentes. El motivo se desestima, ya que el menor reveló tener unas escasas, por no decir nulas, condiciones para la convivencia social. La sentencia de instancia da como probados unos hechos de los que se infiere sin lugar a dudas: «*que no es caso fortuito el hecho de tirar con una escopeta de balines hacia una persona que se le causó la muerte por un disparo. En el caso concurre una evidente imputabilidad como autor material de la muerte en el hijo de los recurrentes, el cual, efectuado el disparo, huyó del lugar sin pedir ninguna clase de auxilio... Los recurrentes no han vigilado a su hijo, nada prueban en tal sentido, salvo que le dieron permiso para ir a la piscina, y que lo educaron bien (lo cual casa mal con la narración de la sentencia recurrida) ...es obvio que vagaba libremente, a su aire, y que en ese vagar ocurrió el desdichado suceso que acabó con la vida de una persona sin que se le pudiese prestar el más elemental auxilio...*»

L. T. M.

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Se define la figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación jurisprudencial, como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. La vía procesal adecuada para su planteamiento es el ordinal 3.º del artículo 1.692 LECiv, y no el número 4.º Además, debe apreciarse, incluso de oficio, por los órganos jurisdiccionales en cualquiera de las fases del procedimiento, aunque esta última actuación judicial tenga que ser adoptada con las debidas cautelas para evitar que con ello se favorezcan las posturas dilatorias.

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

Reitera la conocida postura de la Sala y, una vez más, al declarar no haber lugar al mismo recuerda que éste «incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley», y que «no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso.»

En igual sentido la sentencia de 1 de febrero de 1999, de la que es Ponente el Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz, donde se recoge toda la doctrina jurisprudencial sobre esta figura.

RECURSO DE REVISION.—EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD Y REQUIERE, DE MANERA INEXORABLE, LA FIJACION POR LOS RECURRENTES DEL ELEMENTO TEMPORAL «DIES A QUO», QUE DEBE PROBARSE CON PRECISION. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

En igual sentido, la sentencia de 18 de febrero de 1999, cuyo ponente es el Excmo. Sr. Don Romá García Varela, que reitera que el plazo de tres meses de interposición es de caducidad, y la necesidad para la viabilidad del recurso, de que el *dies a quo* de dicho intervalo, cuya observancia soportará el recurrente, se acredite con precisión.

RECURSO DE REVISION.—EXISTE MAQUINACION FRAUDULENTE DE LA CAUSA 4.º DEL ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, CUANDO SE OCULTA EL DOMICILIO DEL DEMANDADO EN EL JUZGADO, A FIN DE QUE SE VERIFIQUE SU EMPLAZAMIENTO POR CITACION EDICTUAL, IMPIDIENDO EJERCITAR SU DERECHO DE DEFENSA. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

En igual sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1999, de la que es Ponente el Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, donde se estima la revisión, puesto que se realizó la citación y emplazamientos por edictos, cuando la parte actora del litigio conocía, o por lo menos, pudo conocer el domicilio real y legal de la demandada, ya que ésta es una Sociedad Mercantil cuyo domicilio consta en el Registro Mercantil, al que se hubiera podido acceder con una simple actividad de solicitud de nota simple o certificación registral.

RECURSO DE CASACION.—NO SON SUSCEPTIBLES DE RECURSO DE CASACION LAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS DE ORDINARIOS EN QUE LA CUANTIA SEA INESTIMABLE O NO HAYA PODIDO DETERMINARSE, CUANDO LAS SENTENCIAS DE APELACION Y DE PRIMERA INSTANCIA SEAN CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

RECURSO DE CASACION.—EL RECURSO DE CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA Y EN EL MISMO NO CABE VOLVER A VALORAR EL MATERIAL PROBATORIO, NI REVISAR NUEVAMENTE LA PRUEBA, NI SUSTITUIR EL CRITERIO OBJETIVO E INDEPENDIENTE DE LA AUDIENCIA POR EL SUBJETIVO E INTERESADO DE LA PARTE Y, EN DEFINITIVA, LOS HECHOS DECLARADOS ACREDITADOS EN LA INSTANCIA NO SON ALTERABLES EN CASACION. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

COSA JUZGADA.—LA JURISDICCION CIVIL NO ESTA VINCULADA POR LO QUE OTRAS JURISDICCIONES PUEDAN HABER DECLARADO. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

La «cosa juzgada» no puede ampararse en el ordinal 3.º del artículo 1.692 LECiv, sino en el 4.º, ya que no es una norma reguladora de la sentencia, sino una presunción legal cuya alegación impide conocer del litigio, u obliga a fallarlo del mismo modo que el anterior. Aparte de ello, la jurisdicción civil no está vinculada por lo que otras jurisdicciones puedan haber declarado sobre lo mismo.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.—SI SE TRATA DE UN BIEN GANANCIAL O PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL, LA ACCION DEBE DIRIGIRSE CONTRA AMBOS CONYUGES. EN CASO CONTRARIO SE ACEPTARIA LA EXCEPCION POR «DEFECTUOSA CONSTITUCION DE LA LITIS». (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Es preciso demandar a todos los sujetos, cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte. Por lo tanto, si se ejercita una acción contradictoria de dominio, cuya titularidad dominical afecta a ambos cónyuges por ministerio de la ley, aunque sea adquirido por uno sólo de ellos, como la disposición del mismo exige el consentimiento de ambos cónyuges —arts. 1.375 y 1.377 del Código Civil—, la sentencia que declara el dominio sobre dicho inmueble, o lo modifique, afectará al derecho mismo y a sus dos cotitulares, y la acción deberá dirigirse contra ambos cónyuges.

RECURSO DE CASACION.—DESESTIMACION POR RAZON DE SU CUANTIA. LOS MOTIVOS DE INADMISION DEL RECURSO DE CASACION SON PERTINENTES, AL RESOLVER, PARA LA DESESTIMACION, AUN CUANDO SE HUBIESE ADMITIDO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Es doctrina jurisprudencial la que proclama la inadmisibilidad de los recursos cuando ha habido reducción de la cuantía litigiosa operada en la sentencia de apelación, si ésta acoge la demanda solo parcialmente y en cantidad no superior a seis millones de pesetas, con el dato de que sólo recurre en casación el demandado.

MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

No es de exigencia legal proceder a un exhaustivo y pormenorizado estudio de todos los aspectos y opiniones que las partes puedan tener respecto a la cuestión sometida a debate procesal. Lo que se excluye son las decisiones arbitrarias y las ausentes de la debida explicación de la *ratio decidendi* que determina la resolución. En definitiva, existe falta de motivación cuando se da intensa ausencia del proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión judicial del pleito.

RECURSO DE CASACION.—INADMISION EN SENTENCIAS CONFORMES DE CUANTIA INESTIMABLE. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1999.)

Cuando en el asunto no se fija o determina cuantía alguna, y las sentencias de instancia y apelación son conformes de toda conformidad, no cabe el

recurso de casación. Las causas de inadmisión de un recurso de casación (como es este caso) se convierten, al resolver, en causas de desestimación, aún cuando se hubiese admitido.

RECURSO DE REVISION.—DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Los documentos decisivos, que se dicen recobrados, han de ser decisivos, esto es, contradecir categóricamente lo contenido en el pleito y en la sentencia, o ser «aptos por sí mismos» para provocar un pronunciamiento distinto del propuesto con desconocimiento o ignorancia por parte del Tribunal. Además, debe demostrarse que ese documento estuvo oculto por fuerza mayor o por intervención de la contraparte.

RECURSO DE REVISION.—MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1999.)

Es doctrina de la Sala que la maquinación fraudulenta del número 4.º del artículo 1.796 LECiv entraña una actividad de la parte actora encaminada a dificultar, ocultar o disimular al demandado el planteamiento de la litis, empleando para ello ardidés y artificios, a fin de impedir a la otra parte el planteamiento del pleito, como es alegar desconocer el domicilio para que el emplazamiento se realice por edictos y se sustancie el juicio en rebeldía de la demandada, cuando una mínima diligencia del actor, haciendo gestiones adecuadas, hubiera permitido conocer con mayor exactitud el domicilio de la demandada.

Pero en el presente caso no se estima el recurso de revisión, ya que no consta que la parte actora haya tenido un comportamiento malicioso, ni que haya buscado deliberadamente la citación en estrados, y así se infiere de los siguientes datos: a) Que el ahora recurrente en revisión, como persona física, fue el que firmó como arrendatario los contratos de arrendamiento de los locales de negocio; b) Que no fue hallado en dichos locales ni en el domicilio que había fijado al suscribir los referidos contratos; c) Que su domicilio real estaba situado en una finca cuya titularidad estaba a nombre de otra persona y fuera de la ciudad en la que se encontraban sitios los tantas veces mencionados locales comerciales.

RECURSO DE REVISION.—DOCUMENTOS DECISIVOS RECOBRADOS Y MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No se estima, ya que el núcleo de la pretensión resolutoria de la parte recurrente se circunscribe a la alegación de un dictamen pericial, sin visar y fechado posteriormente a la sentencia cuya revisión se pretende, y realizado por un arquitecto técnico a instancia de la parte recurrente en revisión, y con base a

unos documentos —certificaciones registrales y un fax bancario— que pudo y debió haber aportado al pleito cuya resolución definitiva trata de revisar.

RECURSO DE REVISION.—CAUSA 1.ª DEL ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Los datos esenciales para que pueda surgir el supuesto recogido en el artículo 1.796.1.º LECiv, son: *a)* Que los documentos en cuestión se hayan recuperado después de pronunciada la sentencia firme; *b)* Que los mismos hubieran sido detenidos por causa de fuerza mayor o por la parte en cuyo favor se hubiera dictado el fallo impugnado, y *c)* Que sean decisivos para la justa decisión de la litis, siendo la carga probatoria de los citados extremos o datos, obligada para la parte recurrente.

E. C. C.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL

POR FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO

TODA BASE DE DATOS QUE INCORPORE CREATIVIDAD U ORIGINALIDAD EN ALGUN EXTREMO ES SUSCEPTIBLE DE PROTECCION POR LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. NO EXISTE PLAGIO SI LA OBRA COPIADA CARECE DE ORIGINALIDAD. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Señor Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, por lo que se presenta como una actividad mecanizada, muy poco intelectual y creativa, carente de toda originalidad y concurrencia de genio o talento humanos, aunque manifieste cierto ingenio, dándose en las circunstancias de identidad y en aquellas otras que, aunque encubiertas, descubren similitud con la creación original, una vez despojadas de ardidés y disfraces, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno; más no procede confusión con todo aquello que es común, integra el acervo cultural generalizado o está anticipado y al alcance de todos.

PARA QUE LOS DISTINTIVOS SEAN INCOMPATIBLES COMO MARCAS NO ES SUFICIENTE CUALQUIER GRADO DE SEMEJANZA. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Se discute sobre la identidad de las marcas «Up And Down» y el rótulo «Pandau».

Entre los criterios directos y complementarios fijados, ocupa lugar preferente el que propugna una revisión del conjunto sintético, de la totalidad de los elementos integrantes de cada marca confrontada sin romper su unidad fonética y gráfica. Para que dos distintivos sean incompatibles como marcas, no es suficiente cualquier grado de semejanza gráfica o fonética, sino que ha de ser de grado suficiente para confundir a los consumidores y haga imposible la convivencia en el tráfico mercantil, de ambas marcas, por el riesgo de confusión.

CABE NULIDAD POR IDENTIDAD AUNQUE LAS MARCAS SE HALLEN EN DISTINTO NUMERO DEL NOMENCLATOR. LA PROTECCION SE ESTABLECE TANTO EN BENEFICIO DE LOS INTERESADOS COMO DEL CONSUMIDOR. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Las marcas, como signo más importante del empresario en el tráfico mercantil y como fundamental protección al consumidor, constituyen uno de los elementos patrimoniales intangibles de más trascendencia en las empresas modernas; la fuerza atractiva de la marca forma parte de la cultura empresarial del mundo actual y su valor patrimonial puede ser incalculable. Todas las normativas nacionales e internacionales han tendido a la protección de la marca, no sólo en beneficio del empresario, sino también en consideración a los consumidores que, en constantes ocasiones, se interesan más por la marca que por el producto y, en todo caso, éste se halla cubierto por las características y garantías que emanan de la marca.

La identidad de las marcas, en su denominación y gráfico, produce un indiscutible error en el público consumidor, ya que la coexistencia de marcas idénticas causa una confusión que produce inseguridad jurídica.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL. AUTORIZACION NECESARIA PARA USAR DETERMINADA PROPIEDAD INTELECTUAL POR LA ADMINISTRACION PUBLICA. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Don Pedro González Poveda.

Versa la litis sobre el uso por la Junta de Andalucía de determinada obra denominada «Carmen, Carmen». La Junta de Andalucía alegó incompetencia de jurisdicción por deberse someter la litis al procedimiento contencioso-administrativo. Punto este que el Tribunal Supremo rechaza diciendo:

«Los Tribunales contencioso-administrativos tienen una función revisora de los actos administrativos, constituyendo estos actos el presupuesto procesal indispensable; dentro de los actos administrativos deberán incluirse las disposiciones de carácter inferior a ley, y la validez de las actuaciones administrativas; en la revisión de los actos procedentes de la Administración Pública se necesita, para que corresponda su conocimiento a la jurisdicción especializada, que esta administración actúe con sujeción al derecho administrativo, y no como cualquier otro sujeto de derecho, es decir, actuando para satisfacer una necesidad pública y no como persona privada. En el caso es

claro que la demanda va dirigida a obtener protección jurisdiccional de un derecho privado, siquiera se trate de un derecho de propiedad especial, sujeto a normas de derecho privado, sin que pueda afirmarse la existencia de un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico-administrativo que pretenda impugnarse, sino una conducta presuntamente infractora de ese derecho de propiedad cuya sanción viene establecida en el derecho privado, de ahí que deban ser los órganos de la jurisdicción del orden civil los competentes para conocer de este litigio, no obstante, el carácter público de la demandada».

Para que por vía de excepción se pueda comunicar en público una obra sin necesidad de previa autorización es necesario que se realice en un acto oficial del Estado o de las Administraciones Públicas, sin que la expresión «acto oficial» sea tan extensa que deba incluir cualquier acto de la Administración Pública, sino aquellos de carácter institucional y conmemoraciones solemnes oficialmente declaradas, y no siendo así en el caso de autos, el perjudicado puede elegir como indemnización entre el beneficio que presumiblemente hubiere obtenido de no mediar la utilización ilícita de su obra o la remuneración que hubiese percibido de autorizar la obra.

PRIORIDAD REGISTRAL DEL MODELO DE UTILIDAD SOBRE EL MODELO INDUSTRIAL. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Don Antonio Gullón Ballesteros.

Sí existe entre ambos, modelo de utilidad y modelo industrial, esencial confusión, todo ello referido exclusivamente a la forma, configuración o representación del objeto o producto, aunque el modelo de utilidad no reivindique una determinada forma, sino una determinada técnica de ensamblaje de los elementos componentes del producto, sí el modelo industrial posterior la tiene esencialmente idéntica y confundible con el anterior, no podrá gozar de protección.

DEFENSA DE LA MARCA. NOMBRE ARTISTICO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor Don Alfonso Villagómez Rodil.

Supuesto de hecho.—La RENFE utilizó en determinado anuncio el nombre de Antoñita Linares, estando patentado el nombre artístico Antoñita de Linares, y en cuanto a la coincidencia de denominación, el Tribunal Supremo nos dice:

«La protección que otorga la Ley de Marcas ampara tanto la inscrita respecto a la que se utiliza en el mercado con condición idéntica, como cuando se trata de signo semejante para distinguir productos iguales o similares que pueden inducir a errores. En este caso se trata de actividades artísticas desempeñadas por la recurrente como intérprete de canción española.

La Ley emplea el adjetivo semejante que no significa igualdad plenamente coincidente, sino más bien parecida, imitada, o que cabe equiparar al utilizarse en sentido de comparación. En este caso la desemejanza entre los signos enfrentados lo constituye la palabra “de”, que carece de identidad diferencia-

dora suficiente para permitir su nítida distinción, con lo que la semejanza fonética —e incluso gráfica— resulta evidenciada».

LEGITIMACION ACTIVA DE LA SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor Don Pedro González Poveda.

El legislador, unas veces de forma expresa y otras de forma presunta, con presunción que ha de entenderse *iuris tantum*, atribuye legitimación a las entidades y asociaciones encargadas de la protección y defensa de determinados derechos e intereses, sin necesidad, por tanto, de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados. Entre esas entidades, a las que se reconoce legitimación presunta, nacida del régimen jurídico a que están sometidas y de los derechos que gestionan, están las entidades de gestión de los derechos de autor para cuando se trata de la defensa de los derechos de comunicación que requieren autorización global.

REIVINDICACION DEL DERECHO DE LA TITULARIDAD DE MARCA. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

La regla general, según la cual la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, en su artículo 3.1 tiene excepciones en los apartados 2 y 3. Así se otorga al usuario una marca notoriamente conocida en España, no inscrita, el ejercicio de la acción de nulidad de la marca inscrita para productos idéntico o similares y que puedan crear confusión con la marca notoria.

Sin la exigencia de notoriedad, si el «registro de marca ha sido solicitado con fraude de los derechos de terceros, o con violación de la obligación legal o contractual, la persona perjudicada podrá reivindicar la propiedad de la marca, siempre que ejercite la oportuna acción reivindicatoria con anterioridad a la fecha de concesión o en el plazo máximo de cinco años desde la fecha de publicación de dicha concesión».

MODELO DE UTILIDAD, NECESIDAD DE AUTORIZACION PARA SU UTILIZACION. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor Don Alfonso Villagómez Rodil.

En el caso de autos, un determinado arquitecto realizó una serie de estudios para una junta de compensación, quien utilizó, a más, un determinado modelo de utilidad cuya propiedad estaba registrada a favor del arquitecto. El Tribunal Supremo estima que la entrega de planos para determinar un conocimiento del modelo de utilidad y la conveniencia, o no, de su uso, no supone una efectiva autorización de uso del modelo de utilidad.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. JAVIER y otros: *Guía del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Editorial CISS, Valencia, 1999. Un tomo de 341 págs.

El clásico «Impuesto de Derechos Reales» fue de siempre uno de los comeditos normales de los Registradores de la Propiedad, que antes tenían que aprenderse los temas correspondientes para superar las pruebas de la oposición, una de las cuales consistía en hacer una liquidación. Y a lo largo del ejercicio de la profesión, el liquidar los títulos era el paso inicial de las oficinas de partido.

Por eso es un tema que nos toca de cerca y aún sigue siéndolo, tras los vaivenes y las pujas competenciales de los organismos autonómicos. Tras la tempestad ha venido la calma y de nuevo han vuelto las aguas a su cauce y se sigue liquidando en nuestras oficinas. Ello es natural, puesto que este Impuesto tiene un fuerte sustrato jurídico no siempre apto para funcionarios de tinte solo administrativo; hace falta saber Derecho, y mucho, para enfocar los diversos actos que se pueden contener en los documentos sujetos a liquidación. Por eso, es natural que sigamos siendo considerados los profesionales más adecuados para llevar este Impuesto con la garantía de una correcta aplicación de sus normas.

Por otra parte, este tributo es ciertamente uno de los más complejos del sistema tributario español, pues además del ya apuntado sustrato jurídico, tiene un contenido variado que comprende hasta tres modalidades diferentes, como son las transmisiones patrimoniales propiamente dichas, o sea, las onerosas, pues las gratuitas van a las sucesiones o donaciones, por otro lado las operaciones societarias y por fin los típicos actos jurídicos documentados. Se trata, pues, de una estructura no sencilla que requiere una buena preparación.

Ya existen buenos estudios sobre estos temas, algunos de ellos debidos a un Registrador de la Propiedad de todos conocido, pero ahora se nos presenta este libro que tiene por autores técnicos-fiscales, expertos en materia tributaria que conocen no sólo los aspectos teóricos del impuesto, sino también los supuestos prácticos de su aplicación. Son ellos los inspectores de Hacienda, don J. JAVIER PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, doña CRISTINA SÁNCHEZ CORRALES y doña CARMEN FERNÁNDEZ MUÑOZ, del Cuerpo Especial de Gestión de la Hacienda Pública, los que nos ofrecen esta obra teórica y práctica.

Comienza el libro reseñando los antecedentes, de todos conocidos, de este impuesto, la estructura ya dicha y detallando la regulación actual contenida en el Texto refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de

septiembre, y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. A eso hay que añadir la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y las normas especiales de Navarra y las provincias vascongadas. Y por si fuera poco, hay que tener en cuenta las normas aplicables de la Unión Europea. Una delicia; una vez más, la multiplicidad de normas que dificulta la claridad y la seguridad jurídica.

En el capítulo II se estudian las disposiciones de carácter general aplicables a todas las modalidades de este impuesto. Se empieza por su naturaleza, calificándolo de indirecto, de carácter objetivo y de devengo instantáneo; otra nota de su naturaleza es que actualmente se encuentra cedido a las Comunidades Autónomas, no sólo en cuanto a su gestión y recaudación, sino también en determinados aspectos de su normativa.

Tiene las tres modalidades dichas de transmisiones, actos societarios y actos documentados y se estudia la situación del impuesto en relación con el total sistema tributario español, especialmente al ponerlo en contacto con otros tributos con los que puede cruzarse. La calificación de los actos, como es sabido, se hace por su verdadera naturaleza, prescindiendo de la denominación que hayan querido atribuirle las partes interesadas. Otras normas generales se refieren al ámbito de aplicación territorial, delimitando las competencias, las exenciones, el devengo, la prescripción y la devolución cuando proceda. Todas estas normas, con arreglo a lo establecido y lo declarado por la jurisprudencia, son expuestas de modo claro y completo.

En el capítulo III se expone lo referente a la parte de las transmisiones patrimoniales onerosas, caracterizadas por la onerosidad en la transmisión, que sean operaciones realizadas inter vivos y que impliquen un desplazamiento de bienes de contenido económico. Sin embargo, en los casos de intervención de un empresario o profesional, el acto puede derivar al IVA. Hay varios supuestos estudiados por la jurisprudencia en decisiones que se contemplan a título ilustrativo.

El hecho imponible supone la búsqueda de los supuestos de aplicación de este impuesto, que contempla diversos casos típicos según se trate de verdaderas transmisiones o constitución de derechos reales o de préstamos o fianzas, con reglas especiales para los arrendamientos, las pensiones y las concesiones administrativas. Según sean estos supuestos también serán distintas las reglas para la obtención de la base liquidable, lo que se expone detalladamente. A seguido se contemplan los sujetos pasivos y la cuota tributaria, todo con gran detalle y reflejando las decisiones jurisprudenciales en los diversos casos que se han presentado en la práctica.

En el capítulo IV se analizan las operaciones societarias, empezando por estudiar la Directiva 69/335/CEE del Consejo, sobre el derecho de aportación, o sea, el impuesto armonizado sobre las aportaciones de capital a las sociedades, recogiendo algunos fallos del Tribunal de la Unión Europea sobre el particular. Ya en la regulación interna española, el libro expone los elementos de esta modalidad del impuesto detallando las diversas operaciones sujetas, las no sujetas y las exenciones; también se estudian los sujetos pasivos, los responsables, la base imponible, el tipo y la cuota y el modo de su devengo. Todo con las ideas doctrinales y la información jurisprudencial suficiente para ilustrar debidamente el tema.

En el capítulo V se aborda la aplicación del impuesto cuando se trata de los actos jurídicos documentados en sus diversos tipos de documentos notariales, mercantiles y administrativos y, dentro de cada subclase, analizando

los puntos básicos de aplicación respecto al hecho imponible, sujeto pasivo, base y cuota, de modo que se aclaran todos los supuestos posibles.

La comprobación del valor es uno de los puntos más importantes de este impuesto. Es sabido que la liquidación se ha de girar sobre la base que resulte superior entre la declarada y la comprobada. Lo normal es que los interesados traten de declarar por debajo del valor normal del derecho transmitido o constituido y más en los supuestos de autoliquidación. Por ello, ya la Ley General Tributaria contiene la norma de su artículo 52 donde se regulan los medios de comprobación. Los autores hacen un estudio acabado de la cuestión que comprende la normativa aplicable, los trámites del expediente de comprobación y sus efectos, contemplando la posibilidad de su impugnación que puede llegar a la tasación pericial contradictoria.

El último capítulo del libro, que es el VII, estudia la gestión de este impuesto, empezando por la competencia para las funciones de esta gestión y la liquidación. La Disposición Adicional 2.^a del Texto refundido de la Ley dice que las Comunidades Autónomas podrán encomendar estas funciones a las Oficinas de Distrito Hipotecario a cargo de los Registradores de la Propiedad. Ya hemos reseñado los vaivenes, aunque lo normal, salvo alguna excepción, es que se haya mantenido esta situación tradicional.

Se estudia en este apartado todo lo referente a la presentación de los documentos, la autoliquidación que es el sistema más corriente, y las actuaciones de la oficina liquidadora con posterioridad, especialmente las liquidaciones complementarias, acabando con el pago del impuesto y el estudio del sistema de sanciones por el retraso en verificarlo.

De gran utilidad práctica es el anexo normativo que se incluye y que contiene el texto refundido de la Ley y el del Reglamento vigentes, ambos actualizados con las últimas modificaciones, lo que facilita su consulta sin tener que recurrir a textos diferentes.

El libro contiene una gran dosis de doctrina jurisprudencial y acertados comentarios de los autores que apuntan además los criterios que se aplican en la práctica y las diversas soluciones que pueden darse en los casos planteados.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO: *Derecho Privado Romano*, Málaga, 1999. Un tomo de 373 págs.

Las innumerables ventajas que presenta este manual de enseñanza en relación con otros, nos sitúa ante una obra excepcional desde el punto de vista pedagógico: una cuidada sistemática, la claridad de los argumentos y la concisión de los mismos constituyen los pilares fundamentales sobre los que se asienta su exposición temática, convirtiéndolo en una obra idónea para el adecuado aprendizaje del Derecho romano. La presente edición, obra de madurez de su autor, ANTONIO ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Málaga, ha quedado estructurada en cuarenta y cuatro temas, repartidos entre seis bloques de materias, cuyas rúbricas expondremos en breve.

Comentemos la sistemática, desarrollada siempre conforme al mismo plan: ante todo, cada una de las lecciones va precedida de una breve introducción

que a veces se designa con esta misma palabra y ocasionalmente se presenta bajo la expresión «nociones generales» o «ideas generales». Después le sigue un escueto estudio terminológico del vocablo con el que en latín se expresó la institución, identificándose enseguida la palabra castellana que de él deriva. Lejos de parecer inútil, esta técnica resulta eficaz y de gran ayuda: se nos ocurre, por ejemplo, que al estudiar la responsabilidad del vendedor por evicción, cuya mecánica no resulta fácil asimilar, acudir al significado de *evincere* proporciona una pista sólida, optimizando la comprensión y aprendizaje (pág. 272). Además, en algunos casos, se reseñan a continuación las particularidades de la evolución histórica de los institutos, algo que a menudo hace entender el porqué de las cosas: por ejemplo, el concepto de hipoteca se hace más accesible si descendemos a los pormenores de su surgimiento, en el ámbito de los arrendamientos rústicos (pág. 210). Y ya en detalle, éste es el método formal de la obra: I. Introducción; II. Persona y familia; III. Acciones. El proceso civil romano; IV. La posesión y los derechos reales; V. Derecho de obligaciones; VI. Derecho de sucesiones.

I. En la introducción, utilizando el recurso didáctico de la confrontación entre conceptos, al que se acude con relativa frecuencia a lo largo de la obra, el profesor ofrece ciertas nociones fundamentales con las que el lector deberá familiarizarse enseguida; entre otras: Derecho Civil y Honorario; Público y Privado; Natural, de gentes y Civil.

II. Persona y Familia acoge un total de cinco lecciones, dedicadas, por este orden, al estudio de: 1. El concepto «persona» y sus implicaciones jurídicas, y a la capacidad de obrar y sus limitaciones, con una breve referencia a las tutelas y curatelas; 2. *Status libertatis* y *status civitatis*; 3. La estructura de la familia romana y conceptos de agnación, cognación y afinidad, adquisición y pérdida de la patria potestad y distinción entre personas *sui iuris* y *alieni iuris*; 4. El matrimonio: concepto, elementos, requisitos, impedimentos, leyes augustaeas, efectos, dote, bienes parafernales y disolución; 5. Personas jurídicas: corporaciones y fundaciones.

III. Acciones. El proceso civil romano. Tras el primer tema, orientado a esclarecer ciertas nociones generales, como el concepto y las clases de acción, y a ilustrar sobre las distintas etapas históricas por las que pasó el proceso civil romano, en los cuatro siguientes se explica: 1. El procedimiento de las acciones de la Ley, con sus tres acciones declarativas (*legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y *legis actio per condictionem*) y sus dos ejecutivas (*legis actio per manus iniectionem* y *legis actio per pignoris capionem*); 2. El procedimiento formulario: fase *in iure*, fase *apud iudicem* y remedios complementarios, entre los que destacamos las estipulaciones pretorias, *missio in possessionem*, *restitutio in integrum* e interdictos; 3. La *cognitio extra ordinem*.

IV. En «la posesión y los derechos reales», reúne ORTEGA doce temas, considerados de importancia vital para el estudio del Derecho Romano. Así, después de una aproximación al concepto técnico-jurídico de cosa y su clasificación en ocho categorías, se aborda tanto la noción de derecho real como los rasgos que distinguen los derechos reales de los personales, expuesto lo cual, las explicaciones se suceden de esta forma: 1. La propiedad: evolución, definiciones históricas y concepto aportado por el propio autor; limitaciones, impuestas tanto en interés general como en interés privado y, finalmente, medios de defensa del propietario ante perturbaciones ajenas; 2. El condominio, poniendo especial énfasis en las facultades de los condóminos y en la

división de la cosa común como modo de extinción; 3. La posesión: concepto y naturaleza, elementos, terminología romana (*possessio*, *possessio naturalis*, *possessio civilis*), adquisición y pérdida de la posesión, protección judicial de la posesión; 4. Modos originarios de adquirir la propiedad: ocupación, especificación, accesión, adquisición del tesoro, examinando pormenorizadamente la definición contenida en D. 41, 1, 31, 1 (*Paul. 31 ad De.*); 5. Modos derivativos de adquirir la propiedad, con particular atención a la *traditio*, en comparación con la *mancipatio* y la *in iure cessio*; 6. La *usucapio*: evolución, concepto y requisitos, expuestos según la regla nemotécnica que sigue: *res habilis, titulus, fides, possessio y tempus*; 7. Servidumbres prediales: cuestiones preliminares, donde se consigna un ejemplo para explicar que la relación jurídica se constituye entre personas, con relación a los fundos de los cuales son propietarios. A continuación, se examinan los rasgos distintivos, la clasificación, los modos de constitución y extinción y, por último, la tutela procesal; 8. Usufructo: concepto, de dónde se derivan las características del aludido derecho real sobre cosa ajena; contenido, facultades y obligaciones del usufructuario, constitución y extinción, tutela procesal. Respecto a los derechos de uso y habitación, dada su menor entidad, sólo se ofrecen sus conceptos respectivos; 9. Superficie y enfiteusis; 10. Derechos reales de garantía: concepto, rasgos que los identifican y evolución. Prenda e hipoteca: objeto, facultades del acreedor pignoraticio, pluralidad de hipotecas y clandestinidad de la hipoteca romana.

V. Derecho de obligaciones. Bajo esta rúbrica se agrupan un total de trece temas, de los cuales los seis primeros están dedicados al estudio de cuestiones teóricas generales, como concepto y contenido de la obligación, clasificación de las obligaciones, garantía, extinción e incumplimiento de la obligación, con especial detenimiento en el sistema romano de responsabilidad contractual y, para concluir, fuentes de las obligaciones. Las otras siete lecciones versan, por este orden, sobre: 1. Contratos verbales y literales. Entre los primeros, se explica la *stipulatio* detenidamente; respecto a los segundos, tanto los *nomina transcripticia*, como *chirographa* y *syngrapha*; 2. Contratos reales: mutuo, comodato y depósito; 3. Contratos consensuales: compraventa, *locatio-conductio*, sociedad y mandato. Toda la exposición se desarrolla según las mismas directrices: concepto y características del contrato, elementos, obligaciones de las partes, extinción, tutela procesal y responsabilidad por el incumplimiento. Esta mecánica, no sólo mejora la comprensión e interiorización del negocio, sino que además contribuye a ordenar las ideas de los futuros juristas. 4. Donación: concepto, elementos, régimen jurídico, revocación y donaciones *mortis causa*; 5. Cuasicontratos. Después de una introducción donde se recuerda la categoría, ya citada en «las fuentes de las obligaciones», el tema se centra en dos de los cuasicontratos más significativos: la gestión de negocios y el pago de lo indebido; 6. Los pactos: *adiecta*, *praetoria* y *legitima*; 7. Delitos y cuasidelitos. Tras una semblanza de los delitos públicos y privados, el profesor explica únicamente los segundos, deteniéndose en el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. Respecto a los cuasidelitos, enumera y expone someramente las tres hipótesis de mayor relevancia: *si iudex litem suam fecit*; *positum et suspensum*; *effusum et deiectum*.

VI. Derecho de sucesiones acoge ocho lecciones, de las que las tres primeras giran en derredor de la noción fundamental de *hereditas*, extendiéndose el autor en su concepto y contenido, características, delación y adquisición, y efectos de la adquisición, con particular referencia a la comunidad hereditaria

y división de la herencia, responsabilidad del heredero por las deudas y cargas hereditarias, derecho de acrecer, colaciones y la protección jurídica de los derechos hereditarios. Los cinco temas que restan están dedicados, como veremos, a la sucesión testamentaria, legítima y necesaria: 1. Concepto de testamento y rasgos distintivos; formas de testamento y testamentos especiales, capacidad para testar y suceder por testamento, nulidad y revocación del testamento y los codicilos; 2. La institución de heredero y sustituciones; 3. Legados: concepto, tipos, sujetos y objeto, adquisición, límites a la facultad de legar, nulidad de los legados. Fideicomisos; 4. Sucesión *ab intestato*. Introducción, sistema del antiguo Derecho Civil, régimen arbitrado en el edicto del pretor, reformas imperiales y novelas de Justiniano 118 y 127; 5. Sucesión necesaria en el antiguo Derecho Civil, en el edicto del pretor, *querella inofficiosi testamenti* y reformas justinianeas.

En lo que atañe al Derecho inmobiliario, merecen destacarse especialmente dos temas: «las cosas y su clasificación», que inaugura las explicaciones relativas a los derechos reales y «la propiedad». En el primero, encontramos la antiquísima categoría *res Mancipi* y *nec Mancipi* (págs. 102 y 103) que puede resultar interesante por sus implicaciones jurídico-inmobiliarias. En efecto, prescindiendo ahora de todas las conjeturas doctrinales sobre esta oscura distinción, lo cierto es que las *res Mancipi* eran las más importantes para la sociedad romana, comprendiéndose entre ellas, los fundos situados en suelo itálico y aquellos ubicados en provincias a las que se hubiera concedido el *ius italicum*; los esclavos; los animales que *collo dorsove domantur*, es decir, de tiro y carga, y las servidumbres rústicas, sin que sepamos a ciencia cierta si todas estarían incluidas o sólo las de *via, iter, actus* y *aquaeductus*. Además, es al exponer los conceptos de *res mobiles* e *immobiles*, en las páginas 104 y 105, cuando ORTEGA aporta ciertas consideraciones importantes para el Derecho inmobiliario, teniendo en cuenta que constituye la categoría fundamental de las cosas en el ordenamiento jurídico español, si bien advierte que aquella *summa divisio* de las cosas en Derecho español ha derivado hacia la de cosas registrables y no registrables. Históricamente, sólo en época justinianeas se generaliza la aludida terminología, pero a diferencia del Derecho actual, la distinción no se basa tanto en el criterio puramente físico de la transportabilidad, sino más bien en el de «prevalente interés social» de los inmuebles respecto a los muebles, como se deduce del elenco de bienes inmuebles que nos ofrece el artículo 334 del Código Civil, en que se alude también a los inmuebles por destino, una noción que ya perfiló el derecho justiniano. El diferente régimen jurídico que el ordenamiento romano arbitró para unos y otros prelude en esencia el actual, sobre todo en lo que hace al tiempo para usucapirlos, o respecto a los derechos reales de garantía que sobre ellos puedan constituirse, si bien a diferencia del Derecho Romano, la vigente Ley de Hipoteca Mobiliaria prevé que determinados bienes muebles puedan ser objeto de hipoteca. En cuanto al segundo de los temas que hemos destacado, merecen particular atención las páginas 117 y siguientes, en las que ORTEGA delinea la evolución del derecho de propiedad en Roma. Sólo el concurso de tres circunstancias habilitaba para ser titular del *dominium ex iure quiritium*: tener el *ius commercii*; que la cosa fuera idónea, entendiéndose por esto —en lo atinente a los inmuebles— que estuviesen en suelo itálico y además un modo específico de adquisición, concretado en la *mancipatio* para las cosas *Mancipi*, la *traditio* para las *nec Mancipi* y la *in iure cessio* para ambas indistintamente. La ausencia de alguno de estos requisitos, provocando la intervención judicial

del pretor, originó el surgimiento de algunas figuras paralelas al *dominium ex iure quiritum* y que junto a él coexistieron a lo largo de la época clásica (llamadas por la doctrina actual propiedad peregrina, propiedad de los fundos provinciales, y aquello que en las fuentes se conoce como *in bonis habens* o propiedad pretoria) para comenzar a desvanecerse paulatinamente desde el siglo III, merced a circunstancias como la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio en el 212; la decadencia de la *mancipatio e in iure cessio* como modos de transmisión de la propiedad; la unificación del *ius civile* y el *ius honorarium* y el pago de tributos impuesto también a los propietarios de fundos itálicos, secularmente exentos.

Junto a las cualidades de estructuración que mencionamos antes, aún observamos otras relacionadas con la claridad y concisión a que nos referíamos al principio y que atañen, sobre todo, a la forma de argumentar: la redacción que, por elaborada, no deja de ser liviana, se conduce a través de las fuentes jurídicas y literarias con maestría, sin agobiar en exceso a los lectores con nociones, ideas y expresiones que serían baladíes. Persistiendo hasta la saciedad en el uso de los ejemplos para ilustrar las explicaciones, el autor resta dificultad al manejo de las abstracciones jurídicas, y todavía se detiene a veces en dudas que a él mismo se le han planteado, haciendo partícipes de las mismas a los lectores, con frecuencia sorprendidos por la espontaneidad que así cobra la cuestión debatida (pág. 165). Ante ciertas polémicas doctrinales, adopta una posición decidida, infundiendo espíritu crítico y fomentando el «deber» de optar, que tanto preocupa a algunos discentes, siempre que se haga razonadamente (págs. 175 y 178). Finalmente, no queremos dejar de reseñar aquello que nos parece más original: cada tema inserta un paralelismo entre lo dispuesto por el Derecho romano y lo recogido en el articulado relativo del Código Civil español, revelando de esta forma las diferencias y semejanzas en ambos ordenamientos, y ello con un objetivo fundamental: constatar tanto las raíces romanas del Derecho Civil español como la pervivencia del Derecho Romano en numerosas instituciones que apenas se han transformado desde entonces, proporcionando insensiblemente una percepción distinta del método utilizado por los juristas romanos y el utilizado por los juristas modernos.

En definitiva, nos encontramos ante una obra imprescindible para la comprensión actual del Derecho romano, que trasluce no sólo el saber aguilatado de su autor, sino sus dotes para la docencia, evidenciadas apenas vemos el libro: el atractivo color fresa que tiñe sus tapas llama la atención de todo aquél que lo tome en las manos.

BELÉN MALAYÉ OSUNA

Profesora de la Universidad de Málaga

GARRIDO, JOSÉ MARÍA: *Garantías reales, privilegios y «par condicio»*. Un ensayo de análisis funcional. Edita: Centro de Estudios Registrales, 1999. Un manual de 151 págs.

Don JOSÉ MARÍA GARRIDO, LL. M. por la Universidad de Londres, Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Vigo, autor de esta insigne y magna monografía acerca de las garantías reales, privilegios y *par condicio*, desarrolla su estudio divi-

diendo su análisis y desarrollo en cinco grandes capítulos, uno a uno de estos capítulos los iremos brevemente esbozando acogiendo lo más destacado de su iter.

En el capítulo PRIMERO trata de introducir unas claras ideas sobre el concepto de «tutela conflictual» del crédito como problema esencial del Derecho concursal destacando los principios de preferencia y de proporcionalidad, también el análisis económico del Derecho y, por último, la aplicación del método del análisis funcional. Pues bien, la «tutela conflictual» la define como el conjunto de normas que protegen los derechos de crédito ante determinados riesgos y, en particular, ante el riesgo que, para la satisfacción de los créditos, presenta la existencia de otros derechos de crédito preferentes o concurrentes, y comprende las distintas instituciones que protegen los derechos de crédito frente al riesgo que implica la existencia de otros créditos, tal conflicto entre créditos puede plantearse en el contexto de la ejecución singular —tercería de mejor derecho— o en el contexto del concurso, y es que la función primaria del Derecho concursal no es otra que la de proporcionar tutela a los acreedores. En realidad, los procedimientos concursales son el medio específico de actuación en materia de tutela conflictual del crédito con la que se pretende conseguir una satisfacción adecuada de las necesidades de los diversos acreedores, incluso, de manera indirecta, de las necesidades propias del deudor. En el concurso se reducen, o pueden reducirse, las pretensiones de los acreedores proporcionalmente al valor activo (*principio de proporcionalidad*), o bien pueden respetarse íntegramente algunas pretensiones de determinados acreedores en perjuicio de otros (*principio de preferencia*).

De su estudio, nuestro autor revela que en un primer análisis el concurso tutela, ante todo, la jerarquía de acreedores a través de la graduación de créditos con causas de preferencia al mismo tiempo que protege a los acreedores ordinarios mediante el reconocimiento del principio de proporcionalidad. Pero, tales principios dan soluciones opuestas al problema de la concurrencia de acreedores y ello porque mientras el de preferencia resuelve el conflicto mediante la imposición de un orden jerárquico, el de proporcionalidad coloca a los acreedores al mismo nivel y reparte las pérdidas entre ellos, es decir, tutela a todo acreedor ordinario ante la concurrencia de créditos de la misma categoría y constituye el punto de cierre del sistema de tutela conflictual del crédito en la medida en que protege a cada uno de los acreedores ordinarios frente a los demás. Y ante el conflicto que se presenta cuando una pluralidad de créditos recae sobre el patrimonio insuficiente del deudor común, el Derecho reacciona mediante la creación de «*causas de preferencia*» que consisten en la atribución a un determinado crédito de un derecho de cobro con prioridad sobre otros créditos, pudiendo ser creadas directamente por la ley (*causas de preferencia de origen legal*, normalmente identificadas con los privilegios) o por la voluntad de las partes (*causas de preferencia de origen convencional*, normalmente identificadas con las garantías reales), y que en el siguiente capítulo se esbozan.

Paralelamente a esto, alude el autor a la aplicación del análisis económico del Derecho, a los problemas de la tutela conflictual del crédito, y consiste este análisis económico del Derecho en la utilización de las técnicas de la economía para estudiar las normas jurídicas y adquiere su máxima importancia en el estudio de los problemas de Derecho patrimonial privado, distinguiendo entre análisis positivo y análisis normativo, *el positivo* estudia la lógica económica que se encuentra implícita en las distintas reglas e instituciones jurídicas, ex-

plica la existencia de dichas reglas e instituciones basándose en los problemas económicos que tienden a resolver, y *el normativo* examina la manera en que el Derecho contribuye a la eficiencia del sistema y si la norma se percibe como una rémora para el funcionamiento del sistema económico, postula su sustitución o derogación. El principal problema que suscita la utilización de las técnicas del análisis económico del Derecho es el recurso al concepto de «eficiencia» como criterio supremo, tanto para la interpretación de las normas como para la defensa de propuestas de *lege ferenda*.

Y, por último, trata el autor en este primer capítulo la aplicación del método del análisis funcional entendiendo que las normas cumplen algún tipo de función y esa función se manifiesta en el modo en que la norma actúa y en sus consecuencias, la función es, pues, el objetivo al que tiende la norma, y el método funcional así evidenciado atiende a los efectos que las normas causan en la realidad regulada para analizar la función que desarrolla cada norma. El análisis funcional intenta explicar la existencia de una lógica inherente a las normas e instituciones jurídicas y está guiado por la finalidad de dichas normas.

Se dedica el SEGUNDO de los capítulos al estudio de la función de las garantías reales, de las que mantiene nuestro autor que conforman una de las instituciones fundamentales de lo que se denomina tutela conflictual del crédito y uno de los exponentes más importantes del principio de preferencia, y es que para tutelar un determinado crédito se concede un derecho de preferencia limitado al valor de un bien, y asimismo se confiere al acreedor un derecho real que, recayendo sobre el mismo bien, protege el derecho de preferencia otorgado al acreedor. La función de dichas garantías reales («secured credit») es el incrementar la protección de un determinado derecho de crédito. Concreta en dos las aproximaciones al análisis de las garantías reales: de un lado, aquella que busca justificar el *status quo*, y de otro, la que se somete a la discusión de la existencia misma de las garantías reales. En cuanto a la búsqueda del sentido de las causas de preferencia de origen negocial sitúa su origen remoto en las investigaciones desarrolladas en el ámbito de la ciencia de las finanzas por FRANCO MODIGLIANI y MERTON H. MILLER, prestigiosos economistas que examinaron la opción de la que dispone toda empresa en la conveniente elección de sus medios de financiación, tomando como modelo la situación de las sociedades cotizadas en los mercados de valores, sociedades que pueden financiarse mediante la emisión de acciones, la llamada *financiación interna*, a base de recursos propios o mediante la emisión de obligaciones, la llamada *financiación externa*, a base de recursos ajenos. Se llegó, pues, a la conclusión conocida como *teorema de la irrelevancia o de la indiferencia* cuya premisa es que una sociedad no puede aumentar su valor de mercado a través de la introducción de modificaciones en su estructura de capital, por lo que la decisión de acudir a la financiación externa o interna resulta irrelevante, es decir, la decisión de acudir a la emisión de acciones o de obligaciones no tiene ninguna relevancia económica. Tal proposición de irrelevancia exige algunas explicaciones como la que formula su autor: «si una empresa deudora busca un crédito para financiar su actividad, deberá decidir entre constituir una causa de preferencia que proteja el nuevo crédito y obtener un tipo de interés más bajo debido a la reducción de riesgo de impago del acreedor, o bien conseguir un crédito ordinario a un tipo de interés más elevado, ya que el riesgo asumido por los acreedores ordinarios es superior». Y es que el crédito tutelado por causas de preferencia soporta un menor riesgo, y por

lo tanto tiene un valor económico superior para el acreedor, que éste debe «pagar» mediante la reducción del tipo de interés correspondiente a su préstamo.

Trata también este capítulo la *teoría de los costes de vigilancia*. Los primeros juristas que intentaron dar una solución al problema de la eficiencia del crédito con garantías reales como fundamento de su tratamiento preferencial fueron THOMAS H. JACKSON y ANTHONY T. KRONMAN, dos conocidos y reputados especialistas del análisis económico del Derecho, que estudiaron el teorema de MODIGLIANI-MILLER, ambos formularon una articulada explicación de la racionalidad económica de las causas de preferencia de origen negocial sobre la base del análisis del comportamiento de los deudores, y es evidente que cuando un deudor constituye una causa de preferencia a favor de uno de sus acreedores, la disminución del riesgo de impago del crédito protegido por la causa de preferencia ocasiona un aumento del riesgo de impago de los demás créditos; a su entender, del teorema de la indiferencia se deduce inexorablemente la inutilidad de las causas de preferencia de origen negocial, ampliamente desmentida por el uso masivo de estas técnicas de tutela del crédito en la realidad empírica, y considera absolutamente necesario, en consecuencia, encontrar algún factor que supere la aparente antinomia entre la validez del teorema de la indiferencia y el innegable uso de las causas de preferencia en el tráfico económico, de ahí que sea indispensable hallar las imperfecciones del mercado o cualesquiera otros factores que expliquen la utilidad de las causas de preferencia de origen negocial. Además, el aumento de riesgo de impago de los acreedores ordinarios es cuantitativamente equivalente a la disminución de riesgo del acreedor preferente y ello porque los acreedores ordinarios no pueden contar, para la satisfacción de sus créditos, con el bien o bienes sobre los que recae la preferencia, salvo que exista un residuo patrimonial una vez satisfecho el crédito preferente. En este devenir mantienen que al deudor lo que le interesa es desarrollar una actividad de alto riesgo económico, sólo él recibirá los beneficios que obtenga por encima de las cantidades necesarias para pagar los intereses y amortizar el principal, así a mayor riesgo, mayor es la posible ganancia del deudor, y a los acreedores, en cambio, les interesa que el deudor continúe desarrollando una actividad del mismo nivel de riesgo económico que la llevada a cabo en el momento de serle concedido el préstamo o préstamos, ya que los tipos de interés que perciben los acreedores reflejan ese concreto nivel de riesgo, pero de un momento de riesgo imprevisto aumentan las posibilidades de impago de los créditos por insolvencia del deudor, sin que se produzca un aumento correlativo de los rendimientos de esos créditos, así que para evitar esta situación, los acreedores deben utilizar instrumentos de vigilancia que les permitan controlar las actividades del deudor, y tal actividad de vigilancia tiene ciertos *costes económicos*, y estos costes son los llamados *costes de supervisión o de vigilancia* («*monitoring costs*»), costes que en su parecer son la clave del problema de la justificación de las causas de preferencia de origen negocial o de la justificación de las garantías reales, pues constituyen una garantía real a favor de un acreedor y al deudor le posibilita que los costes del acreedor tutelado por esa causa de preferencia sean reducidos en una cantidad apreciable, puesto que el acreedor deberá preocuparse sólo de vigilar la integridad económica y jurídica del bien objeto de la garantía real, sin que tenga que vigilar todos los elementos comprendidos en el patrimonio del deudor. *Tal teoría presentó importantes defectos*, no obstante, lo único que pretendieron demostrar los

profesores JACKSON y KRONMAN fue que una garantía real reduce los costes de supervisión del acreedor tutelado por la causa de preferencia, pero ignoraban los efectos de la constitución de la garantía real sobre los demás acreedores, y el efecto más importante respecto de los terceros acreedores del deudor común es el aumento del riesgo de impago de los créditos.

También se alude en este capítulo a la *teoría invertida de los costes de vigilancia*, y es ahora el profesor LEVMORE el que la reformula aceptando la explicación de que las garantías reales están relacionadas con las peculiaridades en materia de costes de vigilancia pero evitando la reduplicación del esfuerzo de vigilancia sobre la actividad y el patrimonio del deudor, y, en este orden de cosas, serían los acreedores con más experiencia en la supervisión de deudores los titulares de causas de preferencia, recibiendo los mismos un derecho de preferencia como compensación por la realización de la tarea de vigilancia del deudor. Pero *tal teoría presenta también problemas*, pues no resulta infrecuente la existencia de una pluralidad de acreedores con garantías reales sobre los bienes de un único deudor, y esto supone la existencia de un esfuerzo de supervisión reduplicado y «excesivo», además, las causas de preferencia de origen negocial se constituyen sin tener en cuenta la existencia de otros acreedores, y tampoco se comprende por qué el acreedor que disponga de una garantía real estaría dispuesto a supervisar actividades del deudor que no ponen en peligro la integridad de su garantía, pues la conservación del derecho de preferencia atribuido al acreedor no está condicionada a que éste desarrolle una efectiva función de vigilancia que beneficie a los demás acreedores.

Por otro lado, y en lo atinente a la *teoría relacional del crédito tutelado por causas de preferencia*, el profesor SCOTT es el que la ha elaborado. Tal teoría trata de explicar la existencia de causas de preferencia de origen negocial como importante elemento de las relaciones de financiación que se desarrollan a largo plazo, y dichas causas constituyen un vínculo de unión que refuerza la relación contractual a largo plazo entre financiador y deudor, su existencia da al financiador un considerable poder sobre el desarrollo de la actividad económica del deudor. Tal teoría subraya el poder que el acreedor adquiere sobre la actividad empresarial del deudor. Pero el propio autor reconoce que el resultado de control del deudor también se podría alcanzar mediante la imposición de cláusulas contractuales en los préstamos que se conceden al deudor sin que exista necesidad de constituir causas de preferencia. *También tal teoría tiene objeciones*, pues si bien es cierto que la misma ofrece una perspectiva interesante al encuadrar la causa de preferencia dentro de una relación de financiación que se desarrolla a largo plazo, lo cual sucede en la experiencia jurídica europea, también es cierto que en los países anglosajones es más frecuente que se establezca un monopolio de financiación de una empresa a favor de una entidad de crédito.

Ahora con la *teoría de la señal* se pretende argumentar que las causas de preferencia de origen negocial consisten en una «señal» que el deudor emite al mercado, según ella, los acreedores consideran que un deudor que haya obtenido un crédito tutelado por causas de preferencia presenta un bajo nivel de riesgo, y la existencia de créditos tutelados por garantías reales constituiría un signo de una sólida posición económica. Pero, tal teoría no demuestra que los beneficios sociales producidos por las causas de preferencia sean superiores a sus costes, ni que la función desarrollada por las garantías reales provoque efectos económicos positivos. La teoría de la señal convierte garantías

reales en artificios que sirven para inducir a error a los sujetos participantes en el mercado.

Por su parte, las *teorías de vinculación de los bienes del deudor y aversión al riesgo*, son tratadas por el profesor WHITE. En su estudio ofrece dos teorías sobre la existencia y justificación de las causas de preferencia de origen negocial. La *primera* se encamina a la búsqueda de una explicación de las garantías reales, puesto que resulta indudable que la existencia de garantías reales sobre los activos más importantes de la empresa del deudor impide que éste, cuando se encuentre en una situación de crisis económica, pueda transmitir tales activos, esquivando la acción de los acreedores. El problema de esta teoría es demostrar que la sujeción de los bienes a la acción del acreedor garantizado beneficia a los demás acreedores. La *segunda* se basa en el concepto de aversión al riesgo y prevé que los acreedores con tendencia a evitar el riesgo intentarán «pagar una prima» para conseguir un derecho de preferencia que reduzca su exposición al riesgo de impago e insolvencia del deudor, mientras que otros acreedores preferirían percibir un tipo de interés más alto y soportar un riesgo mayor. Problemas que presentan: *a)* en cuanto a la *primera*, no toma en consideración que la sujeción de los bienes objeto de la garantía real, sólo favorece al acreedor garantizado; *b)* en cuanto a la *segunda*, a su tenor los acreedores tienen distintos niveles de tolerancia del riesgo de incumplimiento o de insolvencia del deudor, pero sólo prueba lo evidente que es que los acreedores ordinarios tienen menos probabilidades de cobrar sus créditos que los acreedores tutelados por causas de preferencia; de tal manera que un acreedor podrá elegir su condición de acreedor ordinario o preferente guiado por la valoración del riesgo.

Y, por último, la *teoría distributiva* se basa en una crítica al modelo teórico utilizado por la mayoría de los especialistas del análisis económico del Derecho. Tal teoría presenta dos variantes, la variante «*ofensiva*» y la variante «*defensiva*», y parte de que los acreedores ordinarios, o cuando menos, la mayoría de ellos, carecen de la posibilidad de adaptar automáticamente el tipo de interés de sus créditos a las alteraciones del riesgo de impago. En la variante *ofensiva*, el crédito tutelado por causas de preferencia redistribuye riqueza al trasladar los rendimientos económicos al acreedor, y en la variante *defensiva* se sostiene que el deudor constituye las causas de preferencia a favor de los acreedores que más poder e influencia tienen sobre él, de este modo el deudor confiere un tratamiento preferencial a ciertos acreedores para que éstos ejerzan una menor presión sobre él. Y, finalmente, las dos variantes (ofensiva y defensiva) de esta teoría se combinan y de tal combinación resulta que los deudores constituyen causas de preferencia de origen negocial para «defenderse» frente a la presión de los acreedores poderosos y bien informados y para aprovecharse de los acreedores que carecen de información y de poder financiero.

El tema final que trata el capítulo segundo es el ensayo de reconstrucción teórica de la función de las causas de preferencia de origen negocial, del que podemos decir, brevemente, que de la crítica hecha a los modelos económicos empleados para el análisis de las garantías reales existen limitaciones para comprender las técnicas de tutela del crédito, pues en la mayor parte de los casos, los deudores recurren a la constitución de causas de preferencia sólo después de haber agotado sus posibilidades de financiación mediante crédito ordinario, afirmación que conduce al hecho de que los fundamentos del crédito ordinario y del crédito tutelado por causas de preferencia son parcialmente diversos, pues el crédito ordinario se basa en la valoración del flujo de

caja futuro del deudor, mientras que para la concesión de un crédito tutelado por una causa de preferencia, fundamentalmente una garantía real, el valor del bien o bienes, objeto de la garantía, constituye un factor de cierta importancia, aunque debe destacarse que el flujo de caja del deudor tiene una importancia superior. Son varios los factores que justifican la existencia de las causas de preferencia de origen negocial: 1) la variabilidad de la capacidad de obtención de crédito de los deudores; 2) por otro lado, el racionamiento hecho del crédito, pues a un determinado nivel de riesgo de las actividades económicas del deudor no existe un correspondiente tipo de interés del crédito ordinario, etc.

También se deja clara la relación existente entre la constitución de garantías reales y la existencia de los acreedores que cuentan con causas de preferencia de origen legal (privilegios), así como la existente entre las garantías reales y los procedimientos concursales, esta última extraordinariamente compleja.

En el capítulo TERCERO se estudian los privilegios y divide el mismo en tres subepígrafes, dedicando el primero a la unidad y heterogeneidad funcional de los privilegios, el segundo a los efectos económicos de la existencia y de la proliferación de las causas de preferencia de origen legal, y el tercero a los privilegios y a los procedimientos concursales. Comienza su análisis aludiendo, como ya pudimos ver en el capítulo I, a que las causas de preferencia de origen legal son identificadas con los privilegios, pero no se agotan con los mismos sino que también comprenden las garantías reales de origen legal (hipotecas legales), sin embargo, presentan una característica común y es *su origen legal*, es la ley la que dispone que determinados créditos han de contar con la protección especial de un derecho de preferencia; los *privilegios*, pues, *dotan* de un derecho de preferencia a acreedores que no han negociado la atribución de la causa de preferencia con el deudor y *operan* una redistribución, pues *confieren* derechos de preferencia a acreedores que no los hubieran obtenido, además, *sirven* para aumentar las probabilidades de satisfacción del crédito al que protegen, pues se concede al acreedor el derecho de satisfacerse con prioridad sobre otros acreedores, y siempre sobre los acreedores ordinarios, el crédito favorecido por la causa de preferencia. *Su función* fundamental es la adopción de medidas de protección que favorecen a ciertos acreedores sin que sea necesaria una negociación al efecto entre acreedores y el deudor. La función de los privilegios es esencialmente *tuitiva* y ello porque la ley selecciona los créditos que han de ser tutelados por causas de preferencia y establece un orden jerárquico entre ellos distinguiendo dentro de la misma categoría de créditos privilegiados aquéllos que merecen una tutela más intensa. Pero son los privilegios ineficientes cuando distribuyen derechos de preferencia de una manera diversa y a lo que se llegaría mediante acuerdo de las partes, pero cabe la posibilidad de privilegio eficiente y ello cuando la ley al atribuir un derecho de preferencia reproduce el resultado al que hubieran llegado las partes, es decir, cuando los acreedores estarían de acuerdo en reconocer a uno de ellos un derecho de preferencia. El privilegio puede actuar *como incentivo* para que los acreedores otorguen crédito al deudor, incluso cuando éste se encuentra en una grave situación económica a fin de que el deudor pueda satisfacer sus necesidades básicas. En este orden de cosas, advierte nuestro autor que si bien las causas de preferencia de origen legal generalmente desarrollan una función consistente en la protección de los intereses determinados por el legislador, existen otros casos en los que, al

contrario, contribuyen a evitar algunos defectos en el mecanismo del mercado crediticio facilitando la concesión de un determinado tipo de crédito cuando el mercado no reacciona correctamente ante una necesidad económica y creando un privilegio que reduzca el riesgo del crédito asociado a un determinado contrato, prestación u operación de financiación.

En torno al tema de los efectos económicos de la existencia y de la proliferación de las causas de preferencia de origen legal, decir que a las mismas se les atribuye un efecto negativo sobre el crédito ordinario por la sola razón de que los acreedores tutelados por causas de preferencia son satisfechos con prioridad sobre los acreedores ordinarios afectando al valor de los bienes del deudor disponible para la satisfacción de dichos créditos ordinarios; el problema que se plantea es el de la difícil o imposible cuantificación de los efectos negativos de la existencia de esas causas de preferencia de origen legal, y esto se traduce en un incremento indeterminado del riesgo de los acreedores ordinarios que se produce de diversas formas dependiendo de la estructura de estas causas, así los *privilegios especiales* atribuyen a los acreedores tutelados un derecho de preferencia limitado a uno o varios bienes del deudor, incluso es frecuente que vayan acompañados de medidas de publicidad como la posesión del bien objeto del privilegio; los créditos tutelados por privilegios especiales pueden ser satisfechos con preferencia sobre los créditos ordinarios o en concurrencia con ellos, en cambio, los *privilegios generales* confieren a los créditos por ellos tutelados un derecho de preferencia referido a todos los elementos patrimoniales del deudor, es decir, aumentan el riesgo de concesión de crédito; los créditos que cuentan con la protección de estos privilegios generales son satisfechos con preferencia sobre los créditos ordinarios, y en un incremento paralelo del tipo de interés del crédito ordinario. En realidad los privilegios producen el efecto de destinar el patrimonio del deudor o algunos de sus elementos a la satisfacción preferente de los créditos protegidos por ellos.

El último inciso al que se alude en el capítulo III de esta importantísima monografía es el de los privilegios y los procedimientos concursales y ello porque la existencia de los privilegios plantea problemas cuando se considera su actuación dentro del funcionamiento de los procedimientos concursales y es que los privilegios pueden hacerse valer en la ejecución singular mediante la interposición de la denominada «tercería de mejor derecho», pero es en los procedimientos concursales donde puede apreciarse el efecto conjunto de los privilegios establecidos en las distintas leyes. Los *privilegios* se caracterizan por la «relatividad» del derecho de preferencia que confieren, es decir, el acreedor favorecido por un privilegio goza de un derecho de preferencia frente a los acreedores ordinarios y frente a otros acreedores privilegiados de inferior rango, estando el acreedor privilegiado obligado a respetar los privilegios que gocen de una posición superior. El *procedimiento concursal* por su naturaleza de proceso de ejecución colectiva es apto cuando concurren todos los acreedores con derechos de preferencia y puedan fijar un orden que establezca las relaciones de preferencia entre dichos acreedores.

El capítulo CUARTO se subdivide en cuatro apartados, el primero dedicado a la *par condicio creditorum*: proporcionalidad y concurso como medio necesario para la aplicación del principio de proporcionalidad; el segundo dedicado al aseguramiento y proporcionalidad y a los límites de la comparación entre ambos; el tercero que se contrae a una explicación del principio de proporcionalidad, y el cuarto a la aparición de la categoría de los acreedores subordinados. En el estudio de este capítulo el autor evoca al principio de

proporcionalidad del que dice que es conocido con la denominación, a veces equivoca, de *par condicio creditorum*, es unitario, *regula* las relaciones entre los acreedores ordinarios dejando aparte a los acreedores dotados de causa de preferencia, *postula* que, en caso de insolvencia del deudor, cada crédito ordinario será satisfecho en la proporción en que el producto de la liquidación de los bienes de la masa activa se corresponda con el importe total de los créditos ordinarios contra ese deudor común, *requiere* la apertura de un procedimiento concursal que impide que cada acreedor individual busque su beneficio particular sin procurar a la vez el beneficio común para ser aplicado a una situación de concurrencia de acreedores. Alude a la tesis del profesor JACKSON en torno a la naturaleza del concurso y su influencia en el análisis funcional del principio de proporcionalidad, iniciando su argumentación con la idea de que el Derecho concursal no es más que «una respuesta al crédito» o una respuesta al problema de la insolvencia, y el *concurso* lo que *procura* es la satisfacción de los acreedores, JACKSON analiza el problema de la insolvencia como una cuestión de «explotación» de recursos escasos por parte de una pluralidad de sujetos y considera que el concurso *proporciona* la estructura jurídica necesaria para que los acreedores maximicen el valor del patrimonio del deudor y pueda lograrse así la satisfacción del mayor número de acreedores en el porcentaje más alto posible; *debe imponer* la cooperación obligatoria de todos los acreedores del deudor; *trata de evitar* que los acreedores reduzcan el valor del patrimonio repartible a través del ejercicio de ejecuciones singulares que provocan la disgregación de los bienes productivos; su fin es la máxima satisfacción de los acreedores. El análisis económico de JACKSON se enfrenta a dificultades al tratar la cuestión de la distribución del activo concursal que considera no debe ser resuelto en el concurso sino que debe ser gobernado por el llamado «principio de neutralidad», según el cual el concurso no debe introducir cambios en los derechos de los acreedores, su consecuencia práctica es el respeto absoluto de las causas de preferencia. La posición de JACKSON es coherente con su definición de concurso como un proceso que busca la maximización del valor del patrimonio del deudor común, pero que no decide sobre la distribución de ese valor entre los distintos acreedores, *no es más que un instrumento neutral* al servicio de la aplicación del Derecho extraconcursal, *transforma* las pretensiones de los sujetos en créditos dinerarios y tales créditos son graduados conforme a lo dispuesto por el Derecho extraconcursal, y *debe* proteger el valor de los derechos y *respetar* la jerarquía de acreedores no es contenido de los derechos de los acreedores pues ello equivaldría a negar el propio fundamento del concurso. JACKSON subraya la existencia de una posición original en la que la ejecución patrimonial se rige por el principio *prior tempore potior iure*, que instituye, sin duda, un concepto preexistente al Derecho concursal, y ello porque cuando se produce una situación de posible insuficiencia del patrimonio del deudor, los acreedores tienen por finalidad obtener el pago de sus créditos. La tesis de JACKSON ha tenido críticas y de ellas la que más interesa es la hecha al tratamiento de la cuestión distributiva en los procedimientos concursales; según el análisis de JACKSON, el procedimiento concursal no desarrolla ninguna función en relación con la distribución del activo, se limita a respetar las causas de preferencia introducidas en el Derecho extraconcursal y, no obstante, la negación de la función distributiva del concurso equivale a negar la esencia misma del procedimiento concursal, pues bien, el análisis de JACKSON parece olvidar los aspectos centrales de la insolvencia, que es el rasgo más característico del concurso, además

de que no es posible evitar la decisión distributiva en el concurso, pues respetar los derechos de ciertos acreedores constituye ya una decisión distributiva, decidir no respetar esos derechos constituye una decisión distributiva, si todos los derechos creados fuera de la quiebra son respetados, la decisión distributiva todavía existe, aunque esté camuflada bajo la apariencia de una no-decisión, de ahí que no sea cierto que JACKSON esquivе la cuestión distributiva sino que, en realidad, trata de imponer una solución al problema bajo el disfraz de una aparente «neutralidad». En este orden de cosas, el Derecho concursal introduce un radical cambio respecto del Derecho extraconcursal y que viene determinado por el reparto del activo, según la regla proporcional, ya que fuera de los procedimientos concursales, el activo del deudor se reparte de acuerdo con el orden en que los acreedores ordinarios agredan el patrimonio del deudor cuando no existan causas de preferencia.

En un segundo apartado, el capítulo IV examina el hecho de que la regla de reparto proporcional opera como un seguro frente al riesgo de la insolvencia del deudor, mediante dicha regla los acreedores se protegen frente al riesgo de ese reparto, y el principio de proporcionalidad aquí aparece como un medio adecuado para minimizar las pérdidas de los acreedores ordinarios por medio de la división de la pérdida entre ellos.

El tercer epígrafe de este capítulo IV se encamina a dar una explicación del principio de proporcionalidad y es que la regla de reparto proporcional funciona como un mecanismo de reducción de pérdidas de los acreedores ordinarios, y su eficiencia depende de factores tales como el número y cuantía de los créditos preferentes, el control que sean capaces de ejercer los acreedores ordinarios sobre el patrimonio del deudor y, sobre todo, el momento en que se produzca la apertura del concurso.

Por último alude el capítulo IV a que en época reciente han hecho su aparición los llamados créditos «postergados» o «subordinados» que son aquellos que sólo pueden ser satisfechos una vez que los créditos ordinarios hayan recibido un pago completo; subordinación que puede ser *convencional*, a través de la cual se persigue incrementar la protección de los acreedores ordinarios que no entran en conflicto con esos acreedores, sino que gozan de una situación de preferencia respecto de los mismos o *legal*.

El capítulo QUINTO finaliza el estudio de tan importante monografía, examinando la relación entre garantías, privilegios y créditos ordinarios: los principios de graduación. En este examen riguroso, efectuado por el autor, se mantiene que en la graduación de los créditos tutelados por causas de preferencia *de origen negocial* es necesario distinguir dos aspectos: de un lado, (a) la graduación de estos créditos *inter se* y de otro lado, (b) la graduación de los mencionados créditos dentro del conjunto de las distintas categorías de créditos; en el primer caso (a) el criterio de prioridad temporal es de aplicación prácticamente universal. La garantía real asegura al acreedor favorecido por ella que su crédito será satisfecho con el producto de la venta del bien que constituye su objeto. La regla de la prioridad temporal se aplica con independencia de que las causas de preferencia de origen negocial sean garantías reales o causas generales de preferencia, aunque según nuestro autor existe una excepción típica del Derecho estadounidense y es el llamado «purchase-money security interest», se trata de una garantía que se constituye sobre el objeto cuya adquisición financia el acreedor, se trata de una garantía prioritaria. Y respecto a la posición de los créditos con garantías reales, en la graduación general gozan tales créditos de preferencia sobre los créditos pri-

vilegiados y sobre los créditos ordinarios. Y en el caso (b) su graduación es compleja y la solución consiste en colocar estos créditos tras los créditos tutelados por garantías reales y los créditos privilegiados. En cuanto a los créditos tutelados por causas de preferencia *de origen legal* también distinguimos entre las garantías reales de origen legal, que a efectos graduatorios se equiparan a las garantías reales de origen negocial y los privilegios, y en cuanto a los créditos privilegiados debe también distinguirse la graduación de los créditos privilegiados *inter se* y el lugar que dichos créditos privilegiados ocupan. Los privilegios, ya vimos, son fruto de decisiones dirigidas a proteger ciertos créditos, su graduación no es sino el resultado de la valoración legislativa de los diversos intereses en conflicto, hay, pues, una ausencia de criterio universal para la graduación de los privilegios *inter se* y ello porque cada sistema jurídico realiza una valoración diversa de los intereses de los acreedores, el único rasgo común puede encontrarse en el carácter legal del orden graduatorio de los privilegios. Es el Derecho el que establece un orden jerárquico entre los privilegios, por eso, en un orden de graduación general, los créditos privilegiados ocupan, en general, el puesto intermedio entre los créditos con garantías reales y los créditos ordinarios, estos últimos constituyen la base sobre la que se eleva el sistema de tutela preferencial, pues la preferencia *es posible* sólo si existe una categoría de acreedores ordinarios sobre la que poder ejercer el derecho de satisfacción preferente, *exige* que existan no sólo los sujetos que gozan de ella sino también aquéllos que la sufren. Y en último término se encontrarían los créditos subordinados contractualmente o legalmente postergados, siendo los créditos ordinarios preferentes respecto de estos créditos subordinados.

En conclusión, decir que las causas de preferencia de origen negocial constituyen un importante instrumento al servicio del desarrollo económico, y las causas de preferencia de origen legal representan las opciones tomadas por el legislador a favor de la tutela de ciertos acreedores. Además, la proliferación de los privilegios hace que sea cada vez más interesante para los acreedores la búsqueda de garantías reales, el fundamento de tal privilegio se encuentra en la existencia de una base de crédito ordinario sobre la cual disfrutar su preferencia, y también se reduce notablemente el sentido del principio de proporcionalidad, es decir, la difusión del daño dentro de la categoría de acreedores ordinarios. En definitiva, un sistema equilibrado de tutela conflictual del crédito ha de permitir la constitución de causas de preferencia de origen negocial y respetar el valor de la regla de la proporcionalidad en la tutela de los créditos ordinarios, y las causas de preferencia legal han de proteger a los sujetos que quedan desamparados ante la insolvencia del deudor y que merezcan la tutela. Destaca en este sentido la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor ANGEL ROJO y que se enfrenta con los problemas de las garantías reales, privilegios y tutela del crédito ordinario pues, sin duda alguna, la elaboración de una Ley Concursal supone la ocasión para el planteamiento de las cuestiones de tutela conflictual del crédito y no sólo desde el punto de vista procesal sino también sustantivo.

Llegados a este término, decir que, a lo largo de su obra, el profesor JOSÉ MARIA GARRIDO hace un fabuloso y destacado análisis de la realidad económica, análisis que acerca al lector a su naturaleza y factores a través de un magistral y entusiasta estudio.

DÍAZ AMBRONA BARDAJI, M.^a DOLORES y HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO: *Lecciones de Derecho de Familia*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999. Un tomo de 498 págs.

La familia no es sólo producto de la realidad jurídica, pues constituye una institución natural, superior y anterior al Derecho positivo. El individuo aislado es imperfecto e insuficiente para conseguir sus propios fines e incluso la persona individual misma ya es el fruto de la unión del hombre y la mujer, que son la base de la noción de la familia.

Empieza el libro con estas ideas que parecen elementales de puro sabidas, pero que son realmente fundamentales para construir toda la exposición sistemática que sigue. La obra ha sido redactada precisamente por un matrimonio que, además, dedica el libro a sus hijos, dando con ello una sensación aún más firme y completa de lo que es una familia, predicando los autores con el ejemplo.

Aparte de esto que, ciertamente, tiene su importancia, ambos autores son juristas notables y experimentados, pues son enseñantes universitarios, ella en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y él, además de fiscal, es profesor de la Complutense, y por eso el resultado había de ser necesariamente óptimo. Se trata de una institución que ha recibido, de poco tiempo a esta parte, uno de los mayores cambios, y no siempre para bien, tanto por la especial normativa como por la jurisprudencia y hasta por los comentarios y la doctrina de los autores.

El libro expone la materia a lo largo de veintitrés capítulos y se inicia por los conceptos generales, sigue por el matrimonio en sus aspectos personales y patrimoniales, la filiación, la patria potestad, el derecho de alimentos y las instituciones de guarda o tutelares. Como se ve, un abanico completo y, lo más importante, puesto al día de las diversas relaciones originadas por este núcleo vital en el que nacemos y nos desenvolvemos.

En el capítulo 1.º se arranca con el concepto de la familia, poco perfilado por la doctrina, pese a la cuantiosa literatura sobre el tema. Los autores la consideran en sentido amplio como el conjunto de personas constituido por todas las que descienden de un tronco común, por lo que es la estirpe o descendencia lo que determina la relación familiar. Pero en sentido estricto se reduce al matrimonio y sus hijos, constituyendo un todo unitario. Basándose en sus características de ser una institución vital y constituir una unidad que genera un conjunto de poderes y deberes, modelan los autores su naturaleza jurídica, considerando que la familia no tiene, como tal, personalidad jurídica, pero sí es un grupo orgánico, una estructura con interdependencia entre los individuos que la componen para la consecución de sus fines supraindividuales.

Siendo la familia la célula primaria y básica de la organización social, es lógico que su regulación atienda a los principios de derogación, o al menos de atenuación, de la autonomía de la voluntad, con predominio del deber sobre el derecho en cuanto que atiende a intereses supraindividuales, por lo que se destaca la intervención del Ministerio Fiscal. De ahí la conocida tesis del profesor CÍCU sobre la naturaleza pública del Derecho de Familia, que se recoge en el libro, exponiéndose a seguido la evolución de esta rama desde Roma a la actualidad, con un repaso detallado de la regulación en el Código Civil, la Constitución y las varias normas posteriores.

En el capítulo 2.º se entra ya en el estudio del concepto, naturaleza y fines del matrimonio, su evolución y configuración en el Derecho canónico, que ha

sido el tradicional en España. Actualmente las cosas han cambiado un tanto a partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que abrió la puerta a otras formas, habiéndose llegado después a esa figura, poco o nada jurídica, de las llamadas uniones de hecho que está originando bastantes problemas a los juristas.

Los esponsales, poco frecuentes en la práctica, han sido de siempre objeto de la atención de los autores y también se estudian en este libro analizando su concepto, naturaleza, constitución y extinción y sobre todo para analizar el valor jurídico y los efectos que produce su ruptura, que son pocos o casi ninguno si miramos a los artículos 42 y 43 del Código Civil. Los autores, en un curioso inciso, entienden que, por lo menos, se puede pedir la devolución de los regalos, cartas y fotografías porque son recuerdos muy personales que afectan a los derechos fundamentales de la intimidad y la propia imagen.

En el capítulo 4.º se estudia el matrimonio civil, sus requisitos de capacidad, las prohibiciones y sus posibles dispensas y en el 5.º el expediente matrimonial y las formas, normal y excepcionales, para celebrarlo, según se regula en los preceptos pertinentes del Código y la Ley del Registro Civil que se detallan.

El matrimonio en forma canónica, el tradicional en España, se expone en el capítulo 6.º, recogiendo la regulación del Código de Derecho Canónico, según el cual, la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo a la dignidad de sacramento entre bautizados. Según el artículo VI-2 de los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español, se reconoce la jurisdicción de los Tribunales de la Iglesia Católica sobre el matrimonio canónico en el orden jurídico interno, y así lo confirma el artículo 80 del Código Civil, aunque sus sentencias han de declararse ajustadas al Derecho español, recogiendo al efecto la doctrina del Tribunal Constitucional.

Ya dentro de las disposiciones comunes a las varias formas del matrimonio, el capítulo 7.º recoge los efectos personales de la unión conyugal, analizando los deberes recíprocos que la configuran y que son la vida común, la fidelidad, la ayuda mutua y el deber de respeto, principalmente.

La falta de los elementos que conforman el matrimonio, sobre todo la falta de afecto, suelen dar lugar a la ruptura, ese virus que ahora abunda más que en los aparatos informáticos. Se estudian en el capítulo 8.º la fase previa aún provisional de la separación, y en el 9.º cuando ya hay disolución definitiva bajo la forma de divorcio. La nulidad, que es más bien la declaración de que no ha existido verdadero matrimonio por falta de requisitos esenciales, se estudia en el capítulo 10 y los efectos respectivos de la separación, divorcio y nulidad se ven en el capítulo 11. Todos estos supuestos, condiciones, trámites y consecuencias de las pertinentes declaraciones judiciales al efecto son contemplados en el libro con el mayor detalle, incluyendo doctrina jurisprudencial puesta al día y extensamente expuesta.

A partir del capítulo 13 y hasta el 16 se entra en el aspecto de las relaciones patrimoniales entre los esposos, pudiendo o no mediar pacto sobre el particular. El pacto se denomina con la expresión clásica de capitulaciones matrimoniales, regulándose en el Código sus requisitos de capacidad y forma, así como la posibilidad de su modificación, cosa antes no permitida y ahora sí, lo que sirve en la práctica a veces como tapadera para encubrir fraudes y otras veces para encubrir separaciones «amistosas». De no pactarse ningún régimen especial, rige en las regiones de Derecho común el sistema de gananciales, de

honda raigambre y que tiene unas características peculiares derivadas de su naturaleza de comunidad de tipo germánico. Los autores analizan los preceptos del Código que determinan cuáles son bienes privativos y gananciales, el régimen de administración y disposición de los bienes y las consecuencias de la disolución y liquidación de la sociedad existente.

El régimen de participación se ha introducido en una reforma del Código, pero no parece que haya cuajado en la realidad española. El de separación, normal en algunas regiones forales, sólo se da en las de Derecho común cuando hay un pacto expreso que excluya la presunción de ganancialidad. Todos estos regímenes se estudian puntualmente y el libro nos proporciona una amplia información al respecto.

Las relaciones paterno-filiales se estudian en los capítulos 17 a 21, empezando por la filiación y sus clases, ahora en igualdad total según los nuevos aires constitucionales que se han reflejado también en el Código. La filiación matrimonial es la clásica y tradicional, que siempre ha gozado del respeto y la primacía que le conceden las normales reglas morales habituales en nuestra cultura. La filiación no matrimonial implica como previa su determinación especial mediante el reconocimiento voluntario o requerido mediante las acciones de la reclamación de la paternidad, o la de la maternidad, que de todo hay. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han venido a complicar el panorama y los autores aceptan el envite de la novedad y estudian también ampliamente la cuestión.

Junto a la filiación, el Código regula la adopción como figura análoga y que ha sido objeto de varias modificaciones legales hasta llegar a conceder a los adoptados en la actualidad una posición equiparable a la de los verdaderos hijos. Se estudia quiénes pueden adoptar y ser adoptados y los trámites y efectos de la adopción contemplando la variedad de la adopción internacional, práctica cada día más frecuente y que ha sido regulada recientemente. La adopción ha adquirido últimamente un tinte más administrativo, dando entrada cada vez mayor a las entidades públicas en el ejercicio de la protección a los menores por medio del acogimiento y la guarda, según las normas del Código y las autonómicas.

Las acciones de la filiación centran el último capítulo de esta sección, donde se estudian en primer lugar las disposiciones comunes a todas ellas bajo el criterio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, para pasar después a distinguir y exponer las acciones para su reclamación y luego las acciones de signo contrario o de impugnación.

El capítulo 21 nos presenta la patria potestad en su evolución desde el Derecho romano y el germánico al español, histórico y actual, que ya le configura no como una potestad que era, sino más bien como una función, pues comporta más deberes que derechos. Se estudian sus sujetos activos y pasivos y los efectos personales y patrimoniales que entran en esta institución.

Los alimentos entre parientes se estudian en el capítulo 22 con una amplia exposición de su concepto, antecedentes, fundamento y naturaleza. Quiénes sean las personas obligadas a prestarlos y quienes pueden exigirlos, la prelación, la cuantía, las formas de cumplimiento de la obligación y su extensión, son puntos que los autores examinan extensamente.

El último capítulo del libro, que es el número 23, se dedica a la tutela y demás instituciones de guarda. Es la tutela una institución de compleja normativa; el Código Civil la regula según sea de carácter familiar o de autoridad. Se determinan las personas sometidas a tutela, así como a quienes correspon-

de ejercerla, punto este que puede determinarse por testamento, por vía legítima o por vía dativa. Igualmente se analizan los demás detalles de la organización tutelar, como su constitución, órganos que la desarrollan y, por último, las figuras análogas pero diferentes de la curatela, la guarda de hecho y del defensor judicial.

Este resumen apretado puede dar idea de que se trata de un libro que contempla de modo muy completo toda la gran esfera del Derecho de Familia. Es una obra actualizada que nos expone de modo claro lo que se ha regulado y está vigente en las relaciones familiares. La mano de los enseñantes universitarios se nota netamente al conseguir una clara comprensión de esta materia compleja.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN
Profesor ayudante de la UNED

GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO: *La renegociación de préstamos hipotecarios (Estudio de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994)*. Fundación Matritense del Notariado. Prólogo de José Manuel González Porras, Madrid, 1999. Un tomo de 366 págs.

Varios son los libros y trabajos que se han publicado sobre esta Ley, motivando la atención de los autores, dado el alto interés de la materia. Nunca mejor aplicada esta expresión, pues precisamente se ha tratado de moderar el interés, notoriamente alto, que antes agobiaba a los pobres prestatarios frente a las entidades de crédito.

Ahora recibo este nuevo libro, escrito para hacer un análisis serio del tema y cuyo autor es ya habitual en los comentarios de esta revista. IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ ya vio publicado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores su Tesis Doctoral sobre «Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales»; a este autor también le hemos comentado otro libro sobre «Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales». O sea, que es éste, el tercer libro, en poco tiempo, que sale de la pluma, o del ordenador, de este profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba y del cual cabe esperar aún mucho, dada su preparación y juventud. Según se deduce del afectuoso prólogo del catedrático JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, el libro tiene su origen en el tema que utilizó el autor para presentarse al concurso-oposición para obtener su plaza de profesor titular, que después ha ampliado hasta constituir un acabado estudio.

Sea como fuere, el caso es que ha elaborado una obra importante al abordar y analizar con todo detalle la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que tanta aplicación está teniendo en la práctica, por lo que el libro resultará de utilidad indudable para los profesionales.

En su introducción nos explica la finalidad que impulsó a la redacción y promulgación de esta Ley, tendente a conseguir que se hiciese efectiva en la práctica la bajada de intereses de los préstamos hipotecarios. Había bajado el precio oficial del dinero y sin embargo las entidades prestamistas, antes tan diligentes en las subidas basadas en los pactos de intereses variables, se mostraban, no sólo perezosas, sino renuentes para proceder a la baja, aunque ésta era necesaria para ponerla acorde con el nuevo precio del dinero que había fijado el Banco de España.

El hecho era incontenible e hizo surgir en gran número de familias españolas, con créditos pendientes para pagar sus viviendas, unas expectativas lógicas de beneficiarse de la nueva situación. Los problemas se planteaban en los créditos ya concertados en los cuales parecía justo que los prestatarios pudiesen beneficiarse de la bajada del dinero. Existían, ciertamente, unas cláusulas de interés variable, pero los bancos no parecían muy dispuestos a obrar en consecuencia; era algo así como el cazador cazado.

Si bien los procedimientos jurídicos para obtener las nuevas condiciones ya existían, los resultados prácticos no eran siempre los adecuados. Los costos de la operación podían incluso anular las ventajas que se pretendían; si se cancelaba la hipoteca inicial para concertar un nuevo crédito, primero había que contar con la voluntad del acreedor, reacio a aceptar la terminación antes del plazo de un jugoso negocio (art. 1.127 del Código Civil); aparte de ello, llevaba un alto costo si se había de pagar la comisión pactada y los costes de escrituración y registración, más las tasas fiscales y, después, los gastos de la constitución de la hipoteca nueva.

Pero de ahí, nos dice el autor, que la doctrina se fijó en un precepto del Código que por su inaplicación dormía el sueño de los justos y que es el artículo 1.211, que permite al deudor hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado el dinero por escritura en la cual se haga constar su propósito.

Y con la finalidad de dar solución a estas cuestiones nació la Ley 2/1994, aprobada con la idea explícita de brindar medidas tendentes a que la repercusión de la bajada de los tipos de interés del dinero aproveche no sólo a los nuevos prestatarios, sino más bien, y preferentemente, a los ya concertados. De este modo se desarrolla el artículo 1.211 del Código Civil para resolver la problemática existente, cuando el primer acreedor y el que se subroga son entidades financieras a las que se refiere la Ley del Mercado Hipotecario.

GALLEGO DOMÍNGUEZ estudia primero los precedentes de esta norma y los avatares de su tramitación parlamentaria, para exponer a seguido su estructura, que se condensa en dos supuestos principales que son la subrogación propiamente dicha, con cambio de acreedor, y la novación modificativa, en el que no hay cambio del acreedor al obtener del mismo condiciones más beneficiosas.

Estudiadas las generalidades, en el capítulo II se hace una completa exposición de los preceptos que regulan la subrogación regulada en esta Ley. Se toma como básico, según se ha dicho, el artículo 1.211 del Código Civil, y el autor analiza la naturaleza jurídica de la figura consagrada a este precepto, sus precedentes históricos, los requisitos exigibles y los efectos que produce, habiendo discusión sobre si se puede sustituir al acreedor tanto en el crédito como en sus garantías o si la subrogación sólo opera sobre estas garantías. GALLEGO es partidario de la tesis más amplia, que defiende y se pregunta por qué no ha sido apenas empleada la vía de este artículo 1.211 del Código Civil. Cree, como nuestro compañero GÓMEZ GALLIGO, que se debe a la falta de preceptos expresos en la legislación hipotecaria que lo amparen, solventando dudas sobre el acceso de estas operaciones al Registro de la Propiedad, especialmente para el supuesto de que el primitivo acreedor se negase a otorgar carta de pago, dado que el principio de tracto sucesivo impediría la cancelación de la hipoteca inicial.

Entrando ya en la Ley 2/1994, se estudian los presupuestos para su aplicación; en lo personal, tanto el acreedor inicial como el subrogado han de ser

entidades financieras que puedan operar en el mercado hipotecario, mientras que para el deudor no se establecen limitaciones, lo que es natural, pues el objetivo de la Ley es darle facilidades; en cuanto al préstamo hipotecario ha de existir constituido previamente y producir interés, siendo indiferente la fecha de su celebración y su objeto y aunque fuese posible la amortización anticipada o se hubiese pactado expresamente la imposibilidad de la subrogación.

A seguido, el autor examina y resuelve atinadamente las cuestiones más interesantes que se plantean en esta Ley, sobre todo en los puntos en que se posibilita la modificación de los préstamos existentes, que se refieren principalmente a la mejora de las condiciones del tipo de interés, sea ordinario o de demora.

Cuestiones no menos importantes son las de si cabe reducir el principal de la hipoteca o modificar la responsabilidad respecto a la cobertura de intereses, establecer nuevos pactos, modificar el plazo o cambiar los domicilios del pago o el de los requerimientos o las fechas o períodos de amortización. GALLEGO analiza cada uno de los casos precedentes, alguno de los cuales son de admisibilidad dudosa; lo que no es aceptable desde luego, nos dice el autor, es establecer en el segundo préstamo condiciones que vengan a agravar la posición del deudor. Ello es natural, pues iría contra el propósito declarado expresamente por la Ley.

Las operaciones de subrogación hipotecaria han acudido al Registro en gran número, mejor dicho, todas las otorgadas, dado el carácter constitutivo de la inscripción para los negocios hipotecarios, por lo que no era muy necesario el artículo 5 de la Ley especial; de todos modos, mejor es que lo haya aclarado de modo expreso para evitar dudas. El libro detalla todas las operaciones que se han de llevar a cabo para que la subrogación llegue a ser efectiva, incluyendo la cancelación de la hipoteca primitiva.

Y termina este capítulo del libro estudiando los costes de la subrogación que se disminuyen, según el claro propósito de la Ley, a base de abaratar los gastos bancarios y los aranceles notariales y registrales, así como concediendo bonificaciones fiscales.

En el capítulo III se estudia la novación modificativa que se presenta cuando no hay cambio de entidad acreedora, si el banco, por no perder al cliente, se aviene a conceder condiciones más benignas de las inicialmente existentes. A este supuesto se refiere el artículo 9 de la Ley, que más bien se reduce al procedimiento y sobre todo a la concesión de beneficios fiscales y a la rebaja de los consabidos aranceles.

No obstante, GALLEGO DOMÍNGUEZ estudia con amplitud su naturaleza y ámbito de aplicación tendente a conseguir, como mínimo, la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o el vigente, aunque también pueden darse otras modificaciones que sean favorables.

La novación se lleva a cabo mediante escritura entre la entidad financiera y el deudor que suscribieron la hipoteca inicial y ha de inscribirse en el Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, según el cual sólo se conceden efectos a las modificaciones hipotecarias cuando se hacen constar en un nuevo asiento registral.

Aquí también se detallan en el libro los efectos y los costes de la novación.

Por último, el autor toca el problema de si será posible que, una vez celebrada la subrogación, la nueva entidad y el deudor celebren una novación modificativa; nos dice que aún cuando la operación podría plantear ciertas

dudas de fraude a la Ley, la doctrina entiende que es posible realizar tal operación en documentos diferentes.

Sólo nos queda repetir que el libro es, además de muy interesante, completo en cuanto que agota todo lo referente a esta Ley; además es de gran utilidad para cuantos estamos implicados en estas operaciones sobre la hipoteca, pan nuestro de cada día, porque van casi siempre unidas a la adquisición de inmuebles.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MEDINA DE LEMUS, MANUEL: *El Derecho Civil español en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000. Un tomo de 391 págs.

Han sido tan relevantes las modificaciones operadas en los últimos años, incluso en la concepción misma del Derecho civil, que se hace precisa una reflexión de conjunto con el fin de sentar pautas de control y seguimiento que hagan posible medir logros y retrocesos, pudiendo así perfeccionar progresivamente el estado de nuestra legislación civil actual. Todo ello en este fin de siglo que, además, es fin de milenio, época propicia para un recuento del pasado con una vocación de proyectos de futuro.

Con estas frases presenta, en la introducción, el libro, su autor MANUEL MEDINA DE LEMUS, profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid, asiduo colaborador de nuestra revista y a quien debemos ya varias valiosas obras jurídicas, editadas por el Colegio de Registradores, por lo que le consideramos como de casa.

Ahora nos ofrece un valioso resumen del desenvolvimiento del Derecho Civil en este medio siglo que va a terminar en diciembre del presente año, haciéndolo con la maestría que corresponde al buen profesional y gran bibliófilo que es MANUEL MEDINA. Para ello repasa con acierto los distintos eventos en que se ha manifestado el Derecho Civil en estos cincuenta años a través de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, consiguiendo así un completo contexto en este su interesantísimo trabajo.

En la primera parte, el libro estudia las principales figuras que han destacado en la doctrina civilística española de este último medio siglo, ofreciéndonos unas biografías matizadas de proyectos y principios que fueron elaborados por grandes maestros civilistas. El autor los considera espejos en que mirarnos, ya que constituyen testimonio de una actividad y profesionalidad aún presentes, sin desaliento a lo largo de sus vidas y que pueden servir de pauta para nuestros proyectos sugestivos de quehaceres.

Ante la imposibilidad de citar todas las aportaciones doctrinales de este período, el autor recoge las figuras más salientes, empezando por don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, de quien se ha dicho que es el jurista español de nuestro siglo que se ha entregado de manera más plena a las distintas manifestaciones del saber y la preocupación por el Derecho; resalta su pensamiento y su labor de docencia e investigación, así como su vida judicial y su labor en la formación de la jurisprudencia, citando las sentencias más salientes de las que fue ponente, especialmente la que delimitó el abuso del derecho con trazos indelebiles.

Le sigue don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, del que dice que se atuvo en todo momento y en cualquier ocasión a un método exquisitamente riguroso que

consistió en no desentenderse de una visión profunda de los hechos sociales; también consigna su pensamiento y su labor docente y de investigación, recordándonos que asimismo desempeñó un importante puesto judicial en el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya.

De don ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL dice que se caracterizó por una constante preocupación por la libertad que, junto al Derecho, le lleva a una combinación casi mágica entre ambos fenómenos y en ese eje discurre su pensamiento jurídico, la docencia que impartió y la abogacía que ejerció.

Sigue el autor su exposición de las principales manifestaciones doctrinales de este medio siglo con don JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, recordado porque fue consejero de esta revista. Dice de él que destacó por haber sabido dotar de un carácter científico al estudio del Derecho Inmobiliario y Registral, a partir del concepto de la publicidad y también por haber redactado un definitivo dictamen sobre la naturaleza jurídica de la función registral, en el que perfiló la importancia y el carácter de la figura del Registrador de la Propiedad; fue, como es sabido, destacado profesor y también ejerció con brillantez la abogacía.

De don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL reseña su autodefinición como jurista socialmente preocupado e intelectualmente insatisfecho y añade que en él la preocupación social en la reflexión jurídica supone el rechazo de posiciones formalistas; hay una compenetración entre Derecho y Sociedad, un encuentro de uno y otra, que presenta el problema de la convivencia entre los hombres y los pueblos bajo el signo de la paz. Fue gran maestro y desarrolló una importante labor como presidente del Tribunal Supremo, terminando su carrera profesional y política como presidente de las Cortes y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El autor termina su galería de maestros con don JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, catedrático de Salamanca, quien mostró gran preocupación por la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, tema que desarrolló en el discurso para su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; fue también magistrado del Tribunal Supremo, realizando una destacada labor jurisprudencial.

Resume MEDINA la labor de estos maestros diciéndonos que han seguido una trayectoria profesional que comporta una visión omnicomprensiva del Derecho, manifestada en las distintas tareas que desempeñaron. Participaron, activa y eficazmente, según el tiempo en que vivieron, en todas las reformas legislativas que aplicaron mediante sus impecables resoluciones judiciales o, en su caso, en sus dictámenes y la traza irrepetible de sus publicaciones, con lo que situaron a nuestra doctrina civilista en niveles y cotas difícilmente alcanzables. Por todo ello expresa el autor su veneración, respeto y gratitud a estos grandes juristas que tanto ayudaron a perfeccionar el Derecho en sus respectivos labores profesionales, docentes y judiciales.

La parte segunda del libro recoge todas las modificaciones legislativas surgidas en estos cincuenta años en el ámbito del Derecho Civil de España, modificaciones que se han potenciado considerablemente a partir de la Constitución. A eso hay que añadir la profusa y confusa legislación autonómica, lo que supone un entramado normativo compuesto por una multitud de «árboles que impiden ver el bosque». El autor manifiesta su tenue esperanza, bien lejana por cierto, de que se pueda producir con el tiempo una cierta simplificación de esta maraña, mediante la homogeneización, más necesaria ahora que se habla de unificación del Derecho Civil y Mercantil en el ámbito europeo.

A continuación recoge, con minucioso detalle, toda la normativa, tanto nacional como foral o autonómica, distribuida según las partes clásicas del Derecho Civil, o sea, la parte general y personas, obligaciones y contratos, derechos reales y familia y sucesiones.

En la parte tercera, la de más extensión, pues ocupa 260 páginas del libro, o sea, más de la mitad, da noticia de la jurisprudencia de estos años. Aunque empieza diciendo que no es posible diseñar claramente las líneas trazadas por la jurisprudencia de estos cincuenta años, dada la innumerable cantidad de datos que habrían de tenerse en cuenta, al menos sí se propone, y lo consigue, retratar los factores que han contribuido a su configuración actual.

Tales datos son la aparición de la jurisprudencia dimanante de la creación del Tribunal Constitucional y la potenciación de la antes llamada jurisprudencia menor, ahora dada por los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas, por un lado, y por otro la explosión del número de pretensiones justiciables, de suerte que se viene realizando una utilización abusiva de los Tribunales, los cuales han de resolver cuestiones que antes se solucionaban por transacción o arreglo entre las partes.

Recogiendo el fenómeno del pluralismo del Derecho civil en España a raíz de las competencias autonómicas reconocidas por la Constitución, los Tribunales han de aplicar en sus sentencias diversas normas, en una labor nada fácil y muy compleja. El autor hace una completa sinopsis de las más salientes sentencias dictadas en las distintas materias, distribuidas también por el patrón tradicional de parte general, obligaciones, derechos reales, familia y sucesiones, ofreciendo una visión muy completa de las directrices jurisprudenciales de estos últimos años.

Como resumen, concluye el libro expresando que se aprecia una evolución harto desproporcionada que oscila desde reformas pequeñas y puntuales antes de la Constitución y que luego se dispara en una auténtica tromba de disposiciones y trabajos doctrinales que, aunque han enriquecido el Derecho civil, provocan una no pequeña desorientación de lo que se considera el esquema fundamental del ordenamiento que son, en esencia, sus principios generales. Es necesaria una simplificación en beneficio de todos, nos dice el autor.

El libro es de una provechosa lectura. MANUEL MEDINA ha logrado una buena síntesis del panorama iuscivilista de España en estos cincuenta años, retratando de mano maestra su esencia; para ello destaca tanto los logros como los retrocesos, y así contribuye de modo acertado a facilitarnos el estudio y calificación de esta época que nos ocupa.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 666 (Marzo 2000)

«Tratamiento tributario de las adjudicaciones mediante subasta judicial de bienes pertenecientes a un patrimonio empresarial: Relaciones entre el Impuesto sobre el Valor añadido y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», por JAIME CAMACHO RUBIO, pág. 1851 (sin sumario).

«Una causa de resolución de arrendamientos urbanos en la nueva Ley 8/1999 de 6 de abril de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», por FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ, pág. 1857.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—III. EL ACUERDO DE LA JUNTA.—IV. LEGITIMACION PARA LA ACCION RESOLUTORIA.—V. RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—VI. AMBITO ESPACIAL DE LA CAUSA: ¿PISO Y/O LOCAL?—VII. PROCEDIMIENTO.

«Lectura constitucional de la ejecución provisional civil», por RICARDO YÁÑEZ VELASCO, pág. 1921 (sin sumario).

«La presunción de uso del procedimiento ajeno patentado del artículo 61.2 de la Ley de Patentes», por JAVIER VIDAL-QUADRAS TRÍAS DE BES, pág. 2299 (sin sumario).

«Aproximación al Sistema de Nombres de Dominio de Internet en la actualidad», por SOLEDAD RICHARD, pág. 2327.

SUMARIO: I. PRELIMINAR. NATURALEZA DEL PROBLEMA.—II. ANTECEDENTES.—III. EL PROCESO DE PRIVATIZACION: a) LA ICANN. b) SISTEMA COMPARTIDO DE REGISTRO. c) ACREDITACIÓN DE REGISTRADORES.—IV. PROCESO DE LA OMPI SOBRE LA GESTION DE LOS NOMBRES Y DIRECCIONES DE INTERNET: a) IMPORTANCIA. FASES DEL PROCESO. b) INFORME PROVISIONAL. c) INFORME DEFINITIVO.—V. SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS: a) PROCEDIMIENTO OBLIGATORIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. b) PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: 1) *Arbitraje*. 2) *Mediación*. 3) *El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI*.—VI. LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE GINEBRA Y EL PROGRAMA DIGITAL DE LA OMPI.—VII. CONCLUSION.

Número 667 (Abril 2000)

«El contrato de transporte aéreo: Revisión doctrinal y jurisprudencial», por NICOLÁS PÉREZ-URDAIBAI JIMÉNEZ, pág. 3767.

SUMARIO: I. EL CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO: A) CONCEPTO. B) REGULACIÓN: I.1. TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS. I.2. TRANSPORTE AÉREO DE MERCANCÍAS.—II. NATURALEZA JURIDICA: LOS CONTRATOS DE ADHESION: 2.1. LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA: LA RENUNCIA AL FUERO PROPIO. 2.2. LA CLÁUSULA DE BLINDAJE: LA NO ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL TRANSPORTISTA EN MATERIA DE HORARIOS Y ENLACES. A) *La cláusula de blindaje*. B) *Los horarios como plazo esencial para el cumplimiento de un contrato de viaje organizado*. B.1) *Los transportes turísticos: Las agencias de viaje*. B.2) *Clases de agencias: Responsabilidad*. C) *Las averías como causa justificativa del incumplimiento de horarios*.—III. LA RESPONSABILIDAD DE LAS COMPAÑÍAS AEREAS: A) DAÑO EN GENERAL. B) LUCRO CESANTE. C) DAÑOS INMATERIALES O MORALES. D) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y AQUILIANA DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS: D.1) POSIBILIDAD O NO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. D.2) REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA. D.3) RESPONSABILIDAD POR ACTOS U OMISIONES DE OPERARIOS AL SERVICIO DE LA COMPAÑÍA AÉREA. D.4) CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA AÉREA. D.5) EL ROBO DE LAS MERCANCÍAS TRANSPORTADAS. E) LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AEREO: EL TRANSPORTE COMBINADO: E.1) EL TRANSPORTE COMBINADO. E.2) LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LOS TRANSPORTES COMBINADOS. F) LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.—IV. EL «OVERBOOKING» O SOBRERRESERVA.

«Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿Hacia un Fiscal instructor?», por JOSÉ ANTONIO SAINZ RUIZ, pág. 3791 (sin sumario).

«La Certificación del Acta de Conciliación como título formal, válido y eficaz, para inscribir en el Registro de la Propiedad la partición de la herencia realizada por todos los herederos», por JOSÉ M.^a CUTILLAS TORNOS, pág. 3799.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL DOCUMENTO PUBLICO.—III. LAS ACTAS NOTARIALES DE PROTOCOLIZACION.—IV. LA CERTIFICACION POR EL SECRETARIO JUDICIAL DEL ACTA DE CONCILIACION.—V. LA PARTICION DE LA HERENCIA EFECTUADA POR LOS HEREDEROS. SU FORMA Y REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO.—VI. LA PARTICION DE LA HERENCIA REALIZADA POR TODOS LOS HEREDEROS A TRAVES DE ACTO DE CONCILIACION. CERTIFICACION DEL ACTA DEL MISMO COMO TITULO QUE CONCRETA LA ADQUISICION. SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VII. REFLEXIONES EN SEDE DE LEGISLACION, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.—VIII. LA CUESTION EN LA CONCILIACION INTRA-PROCESAL DEL ARTICULO 692 DE LA LEC.—IX. LA ANOTACION PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO.—X. EFECTOS DE LA ANOTACION DE DERECHO HEREDITARIO.—XI. CANCELACION Y CADUCIDAD DE LA ANOTACION DEL DERECHO HEREDITARIO.—XII. CONCLUSIONES.

«El proyecto de urbanización. Consideraciones jurídicas sobre su relación con el planeamiento y los instrumentos de gestión urbanística», por JOAQUÍN SALLARES, pág. 3827 (sin sumario).

«Unidad de mercado: Estado, Comunidades Autónomas y Comunidad Europea», por TEODORO LADRÓN RODA, pág. 3837.

SUMARIO: I. PRESENTACION.—II. LAS MANIFESTACIONES DE LA UNIDAD DE MERCADO: A) EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL B)

EN LOS PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES.—III. LAS APLICACIONES DE LA UNIDAD DE MERCADO: EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: a) EL CONCEPTO DE LEGISLACIÓN BÁSICA Y SUS CONSECUENCIAS. ACTOS DE EJECUCIÓN. b) LAS CONDICIONES BÁSICAS QUE GARANTIZAN LA IGUALDAD DE TODOS LOS ESPAÑOLES. c) LA COMPETENCIA SOBRE LAS BASES Y COORDINACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN GENERAL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. d) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES SEGÚN EL ARTÍCULO 139.2 DE LA CE.—IV. LA INCIDENCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN EL DERECHO INTERNO: IV.1. LA ESTRATEGIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA: LA UNIÓN ECONÓMICA COMO PRESUPUESTO DE LA UNIÓN POLÍTICA. IV.2. LOS EFECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL ORDEN CONSTITUCIONAL INTERNO DE COMPETENCIAS: 1.º LA FUNCIÓN ESTATAL DE GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS (ARTÍCULO 93 DE LA CE). 2.º LA COMPETENCIA ESTATAL DE RELACIONES INTERNACIONALES (ARTÍCULO 149.1.3. DE LA CE). 3.º LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE COMERCIO EXTERIOR (ARTÍCULO 149.1.10. DE LA CE). 4.º LA COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE SANIDAD EXTERIOR (ARTÍCULO 149.1.16. DE LA CE). 5.º LAS COMPETENCIAS DEL 149.1.1. DE LA CE Y LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO DEL ESTADO DEL 149.3 DE LA CE EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA. 6.º LA COMPETENCIA ESTATAL EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA SOBRE PROTECCIÓN DE MEDIO AMBIENTE (ARTÍCULO 149.1.23. DE LA CE). LAS NUEVAS COMPETENCIAS CREADAS POR EL DERECHO COMUNITARIO: LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.—V. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN: 1.º LEGISLATIVAS: LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN PARA CONVERTIR AL SENADO ESPAÑOL EN LA CÁMARA DE REPRESENTACIÓN DE LAS CCAA. 2.º ADMINISTRATIVAS: 2.º.1. DAR EL TRÁMITE DE AUDIENCIA A LAS CCAA EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA QUE AFECTE A LAS COMPETENCIAS DE AQUÉLLAS. 2.º.2. UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE RELACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS. 2.º.3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS Y DE LA TÉCNICA DE ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS. 3.º JUDICIALES: 3.º.1. EL DERECHO COMUNITARIO NO ES CANON DE CONSTITUCIONALIDAD. 3.º.2. LAS CCAA PUEDEN SOLICITAR AL JUEZ NACIONAL LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE A LOS ACTOS DE ESTADO QUE LO VULNEREN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

«Algunos apuntes sobre la progresiva configuración de la litispendencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano. El nuevo artículo 23.bis del Convenio revisado», por ELENA CANO BAZAGA, pág. 4293.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SITUACIÓN DE LITISPENDENCIA: EL ARTÍCULO 21 DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968: 1. LA IDENTIDAD ENTRE LAS DEMANDAS. 2. LA DETERMINACIÓN DEL ORDEN DE CONOCIMIENTO. 3. INCIDENCIA DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ARTÍCULO 16 Y DEL ARTÍCULO 17. 4. LA AUTOMATICIDAD DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN. III.— LA SOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN DE LITISPENDENCIA: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 21 POR EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO DE ADHESIÓN DE ESPAÑA Y PORTUGAL DE 1989: 1. LA SUSPENSIÓN COMO REGLA SIN EXCEPCIONES. 2. LA DECLARACIÓN DE COMPETENCIA DEL PRIMER TRIBUNAL.—IV. EL MOMENTO DETERMINANTE DE LA LITISPENDENCIA: EL NUEVO ARTÍCULO 23.BIS DEL CONVENIO REVISADO: 1. UNA APROXIMACIÓN A LA COMPLEJIDAD DE LOS DERECHOS NACIONALES. 2. INCONVENIENTES DE LA REMISIÓN A LOS DERECHOS NACIONALES. 3. LA ELECCIÓN DE UNA ÚNICA FORMALIDAD PROCESAL DE REFERENCIA. EL NUEVO ARTÍCULO 23.BIS.—V. UNA PRIMERA VALORACIÓN.

«El protocolo del Mercosur sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales», por ADRIANA DREYZIN DE KLOR, pág. 4321.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. ALGUNOS PLANTEOS QUE SE GENERAN A PARTIR DE LA APROBACION DEL PROTOCOLO DE LAS LEÑAS: 1. ¿QUÉ DESARROLLO OBSERVABA LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL ENTRE LOS ESTADOS PARTE EN LOS ALBORES DEL PROCESO? 2. ¿POR QUÉ EL LEGISLADOR MERCOSUREÑO ELABORA INSTRUMENTOS JURÍDICOS SOBRE TEMAS QUE YA HABÍAN SIDO OBJETO DE REGULACIÓN NORMATIVA EN EL MARCO CONVENCIONAL? 3. ¿QUÉ PRINCIPIOS PLASMA NORMATIVAMENTE EL PCAJ EN ORDEN A SUS FINES? 4. ¿QUÉ RECAUDOS CONDICIONAN EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN EL ESPACIO INTEGRADO?: a) *Requisitos formales*. b) *Requisitos procesales*. c) *Requisitos sustanciales*.—III. REFLEXIONES Y PROPUESTAS.

«Una nueva reforma en materia de adopción internacional en España», por ROSARIO ESPINOSA CALABUIG, pág. 4343.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PROBLEMAS HABITUALES EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES EN ESPAÑA: 1. CONTROL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL DE LA AUTORIDAD EXTRANJERA ANTE LA QUE SE CONSTITUYÓ LA ADOPCIÓN Y DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA QUE PROCEDE A SU RECONOCIMIENTO. 2. EQUIPARACIÓN DE EFECTOS ENTRE LA ADOPCIÓN CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO Y LA ADOPCIÓN ADMITIDA EN EL DERECHO ESPAÑOL: 2.1. *La adopción plena y el derecho de revocación*. 2.2. *Un supuesto paradigmático: Las adopciones nepalesas y la incidencia de la nueva Ley 18/1999 de 18 de mayo*. 3. La valoración de la idoneidad y sus consecuencias sobre la Ley 18/1999 de 18 de mayo.—III. CONSIDERACIONES FINALES.

«Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español», por GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, pág. 4363.

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.—II. CUESTIONES PREVIAS: 1. LA «INSEGURIDAD» DEL PRODUCTO COMO DEFECTO. 2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS. 3. EL PROBLEMA DE LA «AUTONOMÍA» DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS EN DIPr.—III. DETERMINACION DEL DERECHO APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS: 1. NORMATIVA APLICABLE. 2. «LEX LOCI DELICTI COMMISSI» Y RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS. 3. ESPECIALIZACIÓN NORMATIVA E INTERESES EN PRESENCIA: A) *La protección de la víctima a través de la «opción»*. B) *El «interés de empresa»: «cláusula de previsibilidad» versus «cláusula de comercialización»*. C) *El «interés de mercado»: La «seguridad» de los productos*. D) *Responsabilidad por productos y defensa de la competencia*. 4. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS Y SOLUCIONES DE DERECHO APLICABLE. 5. OTROS FACTORES QUE INCIDEN EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE: A) *La «conexión accesoria» en el ámbito de la responsabilidad por productos*. B) *Relevancia de la ley rectora del contrato de seguro*.—IV. ÁMBITO DE LA LEX RESPONSABILITATIS: 1. ASPECTOS GENERALES. 2. ASPECTOS PARTICULARES.—V. APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO Y OR-

DEN PUBLICO.—VI. VALORACION DE LA REGULACION ACTUAL Y PROPUESTA DE REGULACION.

«Aspectos concretos de la contratación pública en el Derecho comunitario y en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones públicas: El contrato de suministros», por ISABEL MATEU, pág. 4391.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA DIRECTIVA 89/665/CEE, DEL CONSEJO, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1989, RELATIVA A LA COORDINACION DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS REFERENTES A LA APLICACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN MATERIA DE ADJUDICACION DE LOS CONTRATOS PUBLICOS DE SUMINISTRO Y DE OBRAS.—III. DIRECTIVA 93/36/CEE, DEL CONSEJO DE 14 DE JUNIO DE 1992 SOBRE COORDINACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACION DE CONTRATOS PUBLICOS DE SUMINISTRO.—IV. LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS (LCAP). EL DEBATE: ¿INFRACCION DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE CONTRATACION ADMINISTRATIVA?—V. MODIFICACIONES DE LA DIRECTIVA 93/36/CE: LA DIRECTIVA 97/52/CE SOBRE COORDINACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACION DE LOS CONTRATOS PUBLICOS DE SUMINISTROS Y DE LOS CONTRATOS PUBLICOS DE OBRAS, RESPECTIVAMENTE.

«El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la “Kafala”», por ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, pág. 4419 (sin sumario).

«Hitos del sustrato social y económico del Derecho internacional privado», por FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT, pág. 4449.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL DEL OBJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. APARTADO ÚNICO: A) *Fragmentación jurídica y vida de relación*. B) *El elemento extranjero como caracterizador*. C) *Caracterización jurídico-formal y realidad actual del tráfico externo*.—II. EL SUSTRATO SOCIAL: LA MULTICULTURALIDAD: 1. APARTADO 1. EN GENERAL. 2. APARTADO 2. EL FENÓMENO EN LA UE Y EN LOS ESTADOS UNIDOS: A) *Emplazamiento*. B) *Algunos supuestos*.—III. RASGOS ESCOGIDOS DE LA MUNDIALIZACION ECONOMICA: 1. APARTADO ÚNICO: A) *El auge del comercio y la deslocalización empresarial: Consecuencias y respuestas*. B) *Incidencia de las nuevas tecnologías*. C) *Un modelo en crisis*.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 175 (Enero-Febrero 2000)

«El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás (II)», por JOSÉ LUIS GONZALEZ-BERENGUER, pág. 13 (sin sumario).

«Policía urbanística y reforma interior de las ciudades», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 17.

SUMARIO: 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MARZO DE 1998.—2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 24 DE ABRIL DE 1998.

«El desarrollo de la normativa urbanística en las Comunidades Autónomas y su relación con la ordenación de zonas inundables», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 27.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LAS ZONAS INUNDABLES Y SUS IMPLICACIONES EN LA LEY DE AGUAS: 2.1. DEFINICIONES Y AFECCIONES. 2.2. COMPETENCIA DEL ESTADO EN CUENCAS SUPRACOMUNITARIAS PARA ESTABLECER LA ZONA DE POLICIA COMO FORMA DE EVITAR LOS EFECTOS DE LAS INUNDACIONES Y AVENIDAS.—3. NORMATIVA DEL SUELO Y URBANISTICA: DESARROLLO E INCIDENCIA EN LA LEGISLACION DE AGUAS: 3.1. NORMATIVA DEL ESTADO Y SU INCIDENCIA DIRECTA EN EL PLANEAMIENTO URBANISTICO: 3.1.1. *Sobre régimen del suelo.* 3.1.2. *La legislación sectorial de aguas.* 3.1.3. *El planeamiento sectorial de aguas.* 3.1.4. *Incidencia directa de la Normativa estatal en el planeamiento sectorial urbanístico.* 3.2. NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 3.2.1. *Andalucía, Extremadura, Cantabria, Asturias, Baleares, Murcia, País Vasco, Cataluña y Galicia.* 3.2.2. *Aragón.* 3.2.3. *Canarias.* 3.2.4. *Cantabria.* 3.2.5. *Castilla-La Mancha.* 3.2.6. *Castilla y León.* 3.2.7. *Madrid.* 3.2.8. *Navarra.* 3.2.9. *La Rioja.* 3.2.10. *Valencia.*—4. EL INFORME DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO POR LA CONFEDERACION HIDROGRAFICA.—5. CONCLUSIONES.

«La urbanización y edificación simultáneas. Especial referencia a la fianza en garantía de la terminación de la urbanización», por JESÚS CATALÁN SENDER, pág. 53.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LEGISLACION DEL ESTADO.—III. LA LEGISLACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.—IV. FUNDAMENTO, FINALIDAD Y NATURALEZA DE LA URBANIZACION Y EDIFICACION SIMULTANEAS.—V. LA URBANIZACION Y EDIFICACION SIMULTANEAS EN ACTUACIONES AISLADAS: 1. PRESUPUESTOS LEGALES QUE HABILITAN LA URBANIZACION Y EDIFICACION SIMULTANEA. 2. CONTENIDO Y EXTENSION DE LA OBLIGACION DE URBANIZAR. 3. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE URBANIZAR.—VI. LA URBANIZACION Y EDIFICACION SIMULTANEAS EN POLIGONOS O UNIDADES DE EJECUCION. REMISION.—VII. LA URBANIZACION Y EDIFICACION SIMULTANEAS EN SUELO URBANIZABLE.—VIII. CONCLUSIONES.

«Introducción crítica al Anteproyecto de Ley del Suelo de Andalucía», por ANTONIO BAENA GONZÁLEZ, pág. 85 (sin sumario).

«Ordenación minera y medio ambiente. La intervención preventiva de las administraciones públicas en la explotación y aprovechamiento de los recursos de la sección a) de la Ley de Minas», por JOSÉ PÉREZ MARTOS, pág. 137.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACION MINERA: 2.1. LA LEY 22/1973, DE 21 DE JULIO, DE MINAS Y EL REAL DECRETO 2857/1978, DE 25 DE AGOSTO, POR EL QUE SE APRUEBA

EL REGLAMENTO GENERAL PARA EL RÉGIMEN DE LA MINERÍA. 2.2. LOS REALES DECRETOS 2994/1982, DE 15 DE OCTUBRE, Y 1116/1984, DE 9 DE MAYO, Y LAS ORDENES MINISTERIALES QUE LOS DESARROLLAN. 2.3. NORMATIVA AUTONÓMICA: A) *Aragón*. B) *Castilla y León*. C) *Cataluña*.—3. EL BINOMIO PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE-DESARROLLO ECONÓMICO MINERO: 3.1. LA LEGISLACIÓN POSITIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA REGLA DEL ARTÍCULO 116 DE LA LEY DE MINAS. 3.2. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—4. LA INTERVENCIÓN PREVENTIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA EXPLOTACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS DE LA SECCIÓN A) DE LA LEY DE MINAS: 4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS: A) *La confluencia de legislaciones sectoriales*. B) *Breve referencia a los residuos mineros*. 4.2. LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS EN LA EXPLOTACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS DE LA SECCIÓN A) DE LA LEY DE MINAS: A) *Autorización de explotación*. B) *Licencia municipal de apertura*. C) *Licencia urbanística*. D) *Evaluación de Impacto Ambiental y Plan de Restauración*. E) *Autorización de puesta en marcha y funcionamiento*. F) *Otras autorizaciones administrativas concurrentes*.—5. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 96/61/CE DEL CONSEJO, DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1996, RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y AL CONTROL INTEGRADOS DE LA CONTAMINACIÓN.

Número 176 (Marzo 2000)

«Estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», por FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 11 (sin sumario).

«Evaluación de Impacto Ambiental: problemas jurídicos», por JORGE AGUDO GONZÁLEZ, pág. 27.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN RELACIÓN CON LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 2.1. REGULACIÓN JURÍDICA: REPASO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA Y ESTATAL QUE REGULA LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. APUNTE SOBRE LA NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y OTROS INSTRUMENTOS DE CARÁCTER PREVENTIVO. 2.2. OBJETO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 2.2.1. *Proyectos sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental. Diferencias de régimen jurídico en atención a que los proyectos estén incluidos en anexo I o en el anexo II de las Directivas comunitarias*. 2.2.2. *La confusa regulación realizada por la Directiva 85/337: las distintas interpretaciones emitidas en relación con el régimen establecido por la Directiva a los efectos de determinar el sometimiento o exclusión a Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos incluidos en cada uno de los anexos de la Directiva comunitaria. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la nueva Directiva 97/11*. 2.2.3. *La incorrecta transposición del Derecho comunitario por la normativa estatal y su ratificación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 2.2.4. *Normativa aplicable en nuestro ordenamiento en el momento actual: eficacia directa, interpretación conforme y responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario*. 2.2.5. *Proyectos excluidos*. 2.3. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y PROBLEMAS COMPETENCIALES. 2.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

«Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», por BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 95.

SUMARIO: 1. URBANISMO Y ESPACIOS NATURALES: 1.1. OBTENCIÓN POR SILENCIO POSITIVO DE LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMICA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PISTA FORESTAL EN UN ESPACIO PROTEGIDO: 1.2. PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES (PORN): COMPETENCIA PARA SU APROBACIÓN; PREVALENCIA SOBRE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA; PREVISIONES LIMITATIVAS DE DERECHOS DOMINICALES Y SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS.—2. URBANISMO Y PUERTOS: 2.1. EL PLANEAMIENTO GENERAL SÓLO PUEDE ESTABLECER EN LA ZONA DE SERVICIO DEL PUERTO DETERMINACIONES DE CARÁCTER GENERAL Y DEBE CALIFICARLA COMO SISTEMA GENERAL.—3. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE: 3.1. LA AUSENCIA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y DE SU SOMETIMIENTO A INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE UN PLAN ESPECIAL PRODUCE LA ANULABILIDAD DEL ACUERDO DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE DICHO PLAN. 3.2. LA LEY DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS 11/1990, DE PREVENCIÓN DE IMPACTO ECOLÓGICO EXIGE QUE LOS PLANES PARCIALES SEAN SOMETIDOS A EVALUACIÓN DE IMPACTO ECOLÓGICO. 3.3. MEDIO AMBIENTE Y AUTORIZACIÓN DE CONSTRUCCIONES EN SUELO NO URBANIZABLE ORDINARIO Y PROTEGIDO.—4. MINAS Y MEDIO AMBIENTE: 4.1. TODAS LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS A CIELO ABIERTO ESTÁN SUJETAS A PREVIA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

«Crónica de jurisprudencia reciente de Tribunales Superiores de Justicia sobre costas», por ANA ONORO VALENCIANO y TERESA RIBERA RODRÍGUEZ, pág. 131 (sin sumario).

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 25 (Enero-Marzo 98)

«Régimen de transmisión de las participaciones sociales», por JUAN CARLOS MARTÍN ROMERO, pág. 9.

SUMARIO: I. REGIMEN DE TRANSMISION DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES: 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO COMPARADO. 2. DERECHO ESPAÑOL, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE SRL DE 1995. EXAMEN DE SUS POSTULADOS GENERALES. SU CARÁCTER CERRADO. 3. REGULACIÓN POSITIVA. 4. CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL. 5. CARACTERES. 6. SISTEMA ESPAÑOL.—II. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD: 1. EL CONSENTIMIENTO DE LA SOCIEDAD. 2. EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. 3. CLÁUSULAS ESTATUTARIAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR.—III. REGIMEN SUPLETORIO DE TRANSMISION INTER VIVOS: a) COMUNICACIÓN A LA SOCIEDAD. b) EL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL. c) EL ACUERDO SOBRE LA CONCESIÓN O DENEGACIÓN DEL CONSENTIMIENTO SOCIAL. d) CONTENIDO DEL ACUERDO. LA DENEGACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. e) EL PRECIO DE LAS PARTICIPACIONES, LA FORMA DE PAGO Y LAS DEMÁS CONDICIONES DE LA OPERACIÓN. f) EL DOCUMENTO PÚBLICO DE TRANSMISIÓN.—IV. BREVE REFERENCIA A LOS ELEMENTOS PERSONALES REALES Y FORMALES QUE CONSTITUYEN LA TRANSMISION. EL LIBRO REGISTRO.—V. LA TRANSMISION MORTIS CAUSA: a) RÉGIMEN LEGAL. b) RÉGIMEN ESTATUTARIO. c) RÉGIMEN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. d) PREVISIONES EN TORNO A

LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA A LA LIQUIDACIÓN DEL SOCIO PERSONA JURÍDICA.—VI. LA TRANSMISIÓN FORZOSA: a) REGULACIÓN POSITIVA Y PLANTEAMIENTO GENERAL. b) ÁMBITO DE APLICACIÓN. c) ALCANCE DE LA PREVISIÓN LEGAL.—BIBLIOGRAFÍA.

«Los componentes públicos de la función notarial», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 55 (sin sumario).

«La función notarial en la economía de mercado», por MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ, pág. 85.

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN NACIONAL Y ECONOMÍA DE MERCADO. UNIONES ECONÓMICAS (UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE LIBRE COMERCIO Y MERCOSUR) Y GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA. LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DE MERCANCÍAS, DE ESTABLECIMIENTO Y DE MOVIMIENTO DE CAPITALES: A) LA DESAPARICIÓN DE LOS SISTEMAS POLÍTICO-ECONÓMICOS DE INSPIRACIÓN SOCIALISTA. B) EFECTOS: 1. *La globalización de la economía*. 2. *El sistema neoliberal*. C) LAS UNIONES INTERESTATALES. LA UNIÓN EUROPEA: ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA, MECANISMOS, EFECTOS EN EL NOTARIADO. D) CONSECUENCIAS DE TODO ELLO. E) LA ACTIVIDAD NOTARIAL ANTE ESTA NUEVA SITUACIÓN.—II. LA SEGURIDAD JURÍDICA.—III. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL.—IV. ASPECTOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: A) PÚBLICA Y PRIVADA. B) REPRESIVA Y PREVENTIVA; ESTÁTICA Y DINÁMICA; EL NOTARIADO COMO MECANISMO DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA O CAUTELAR. C) PUNTO DE VISTA ECONÓMICO. D) LA CONSIDERACIÓN POPULAR DEL NOTARIO. E) LA SITUACIÓN ACTUAL DEL NOTARIADO EN LA SOCIEDAD.—V. LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO DE TIPO LATINO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: A) ESTADO DE LA CUESTIÓN NOTARIO FUNCIONARIO-NOTARIO PROFESIONAL: RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 18 DE ENERO 1994: a) *Asesoramiento jurídico*. b) *Conciliación de intereses*. c) *Control de legalidad y de legitimación*. d) *Redacción de instrumentos públicos*. B) LA INDEPENDENCIA DEL NOTARIO FRENTE A LOS AGENTES ECONÓMICOS: a) *Necesidad ineludible de mantenimiento de la independencia notarial*. b) *Los riesgos de la debilitación de la independencia notarial*. C) LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: a) *La legislación española de defensa de consumidores*. b) *El reforzamiento del deber de información*: 1. *Transmisiones de inmuebles, especialmente viviendas; el visado notarial de contratos privados*. 2. *Los préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito*. e) *El derecho a la libre elección de notario*. d) *Otras medidas: condiciones generales de la contratación*. D) FUNCIÓN NOTARIAL Y DERECHOS REALES. LA COLABORACIÓN DEL NOTARIO EN EL ACCESO A LA PROPIEDAD DE LAS PERSONAS MÁS DESFAVORECIDAS. E) FUNCIÓN NOTARIAL Y DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS: a) *Contratos civiles*: 1. *Cesión de suelo por vuelo*. 2. *La intervención notarial en el desarrollo territorial*. b) *Contratos mercantiles*: b.a) *Contratos bancarios*. b.b) *Contratos internacionales*. b.c) *Nuevas formas contractuales*: 1. *El leasing y sus derivados*. 2. *El préstamo «endowment»*. b.d) *Especial actuación en materia de sociedades*: 1. *Sociedades de tipo familiar*. 2. *Las grandes sociedades*. 3. *Las actas notariales de junta general*. 4. *Especialidades societarias en la Unión Europea*. b.e) *Contratación vía informática*. F) FUNCIÓN NOTARIAL Y DERECHO DE FAMILIA: a) *Matrimonio*. b) *Separación y divorcio*. c) *Uniones civiles o de hecho*. G) FUNCIÓN NOTARIAL Y DERECHO DE SUCESIONES: a) *La vivienda familiar*. b) *La sucesión en la empresa familiar agraria y ganadera*. H) EL

NOTARIO Y LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES: a) *Ejecución de prenda*. b) *Ejecución de hipoteca inmobiliaria*. c) *Ejecución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*.—VI. LA INFLUENCIA DE LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL PARA LA EFICACIA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.—VII. EL DOCUMENTO NOTARIAL: A) CARACTERES DEL DOCUMENTO NOTARIAL: a) *Ámbito extrajudicial: título de legitimación para el tráfico*. b) *Ámbito judicial: eficacia probatoria privilegiada*. B) DOCUMENTO PÚBLICO Y DOCUMENTO PRIVADO: a) *Eficacia probatoria del documento privado*. b) *Eficacia probatoria del documento público*. c) *Eficacia ejecutiva*. C) LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL. D) UNIDAD DE ACTO Y TRANSACCIONES INTERNACIONALES.—VIII. INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAXÓN EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES: A) VENTAJAS DEL NOTARIADO LATINO PARA LA SEGURIDAD EN LAS TRANSACCIONES ECONÓMICAS. B) VALOR AÑADIDO Y COSTO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL.—IX. AMPLIACIÓN DE LAS FUNCIONES NOTARIALES ANTE LA APERTURA COMERCIAL: A) ACTUACIÓN EN LOS DENOMINADOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. B) ACTUACIÓN EN RELACIÓN CON FUNCIONES ACTUALMENTE ATRIBUIDAS A REGISTRADORES. C) ACTUACIÓN SUSTITUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN. D) UNA CAUTELA FINAL.—X. CONCLUSIONES SOBRE LA APORTACIÓN NOTARIAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA ECONOMÍA DE MERCADO.

Número 26 (Abril-Junio 98)

«Las entidades de fiabilidad de las comunicaciones electrónicas. El estado de la cuestión en España», por FERNANDO GALINDO AYUDA, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS, EN SÍNTESIS.—III. LA SOLUCIÓN JURÍDICA: 1. EL MARCO GENERAL. 2. LA SOLUCIÓN.—IV. PROPUESTAS PARA UNA ARQUITECTURA DE RED SEGURA Y CONFIABLE: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. TÉCNICAS CRIPTOGRÁFICAS. 3. MECANISMOS DE CIFRADO. 4. PROPIEDADES DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS. 5. INSTITUCIONES. 6. ARQUITECTURAS DE SEGURIDAD Y GARANTÍA. 7. LA POSICIÓN ESTATALISTA. 8. LA POSICIÓN INDIVIDUALISTA. 9. LA POSICIÓN COMUNICATIVA. 10. LA POSICIÓN DEL DESCONOCIMIENTO.—V. REGULACIONES REFERIDAS A LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS POR OFICINAS DE CONFIANZA DE CARÁCTER TRADICIONAL: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. INSTITUCIONES DE CONFIANZA. 3. LEYES. 4. REGLAMENTOS: a) *Reglamento del Banco de España de 29 de marzo de 1996*. b) *Decreto 263/1996, de 16 de febrero*. c) *La Instrucción de 29.10.96, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. d) *Orden de 22.3.1996, del Ministerio de Economía y Hacienda*. 5. CONSIDERACIONES.—VI. PROPUESTA PARA LA UNIÓN EUROPEA: 1. UNA DIRECTIVA: a) *Mecanismos y métodos. Mecanismos. Métodos de cifrado*. b) *Conexión con el resto del ordenamiento jurídico*. c) *Esquema de la directiva*. 2. LAS LEYES ESTATALES COMPLEMENTARIAS: a) *Ley sobre firma digital*. b) *Redefinición del delito de obstrucción a la justicia*. c) *Regulación de la interceptación legal de las comunicaciones*. d) *Ley sobre la Autoridad Competente*. e) *Ley sobre Autoridades de Certificación de clave pública*. 3. PRUEBA PREVISTA: a) *Constitución de una autoridad de certificación*. b) *Constitución y puesta en funcionamiento de dos oficinas de confiabilidad*. SISCER. AD AEQUITA-

TEM. c) *Regulación de la actividad de las instituciones*.—VII. CONCLUSIÓN.

«Significado del Código civil cubano de 1987 en el proceso de codificación», por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 61.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXCURSUS: NATALINO IRTI NO FUE PROFETA EN SU TIERRA.—III. SOBRE LA CENTRALIDAD DEL CÓDIGO Y SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA CODIFICACIÓN.—IV. CARACTERÍSTICAS DE LAS NUEVAS CODIFICACIONES.—V. LA DIFUSIÓN DEL MODELO DEL C.C. ESPAÑOL EN EL MUNDO.—VI. CARACTERES GENERALES DEL C.C. CUBANO DE 16 DE JULIO DE 1987.—VII. ES UN CÓDIGO DE ESTRUCTURA INSPIRACIÓN MARXISTA.—VIII. POSEE ALGUNOS RASGOS ORIGINALES PROCEDENTES DE LA MODERNA DOCTRINA JURÍDICA.—IX. REPRODUCE BUEN NÚMERO DE REGLAS DEL C.C. ESPAÑOL, HASTA AHORA VIGENTE EN EL PAÍS.—X. A MODO DE CONCLUSIONES.

«Problemática del análisis de la Disposición Transitoria 6ª.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho, en conexión con la Disposición Transitoria 8ª del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS, pág. 91.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DOS TEXTOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA LIQUIDACIÓN. 3. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA REACTIVACIÓN: A. *Introducción*. B. *La disolución de pleno derecho. Reactivación*. C. *El artículo 242 del nuevo RRM, en relación con la Disposición Transitoria 8ª relativo a la reactivación*: C.1) *Introducción*. C.2) *Requisitos de la reactivación*: a) *Debe desaparecer la causa que motivó esa disolución*. b) *Habrà que tomar el propio acuerdo de reactivación*. c) *Acuerdo de reactivación y derecho de separación de los socios*. d) *Hasta qué momento se puede tomar el acuerdo de reactivación*. e) *La protección de los socios y de los acreedores. Los aspectos formales*. f) *La Resolución de 11 de diciembre de 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. g) *El patrimonio contable no sea inferior al capital social*. h) *El nombramiento de nuevos administradores*.—III. CONCLUSIONES.

«Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», por JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ, pág. 123.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXPRESIÓN AUTODELACIÓN DE LA TUTELA.—III. TÉRMINO PODER.—IV. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: A) Código civil. B) Derecho Aragonés. C) Derecho Navarro.—V. EL NOTARIO Y LAS DISPOSICIONES DE AUTOPROTECCIÓN.—VI. AUTODELACIÓN DE LA TUTELA: A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS: 1. *Derecho Romano*. 2. *El Derecho Germánico*. 3. *Derecho histórico español*. B) DERECHO ESPAÑOL ACTUAL: 1. *Ámbito*. 2. *Incidencia de la reforma del artículo 232 del Código civil*. 3. *Personas que pueden ser tutores*. 4. *Nombramiento del tutor*: a) NEGOCIO UNILATERAL. b) PLASMACIÓN DOCUMENTAL.—VII. TESTAMENTO.—VIII. DOCUMENTOS NOTARIALES DISTINTOS DEL TESTAMENTO. CATA-

LUÑA. EXAMEN DE LA LEY DE 29 DE JULIO DE 1996: 1. CUALQUIER PERSONA. 2. EN PREVISIÓN DEL CASO DE SER DECLARADO INCAPAZ. 3. PUEDE NOMBRAR UNO O MÁS DE UN TUTOR, PROTUTORES Y CURADORES Y DESIGNAR SUSTITUTOS DE TODOS ELLOS, ASÍ COMO NOMBRAR CUALQUIER OTRO ORGANISMO TUTELAR. 4. PLURALIDAD DE DESIGNACIONES. 5. EN ESCRITURA PÚBLICA. 6. QUE LOS NOMBRAMIENTOS REALIZADOS EN ESCRITURA PÚBLICA NO SEAN IMPUGNADOS. 7. PUBLICIDAD.—IX. CURATELA: A) DISPOSICIONES GENERALES: 1. *Obligatoriedad y excusas*. 2. *Retribución e indemnización*. 3. *Prohibiciones*. 4. *Inscripción*. B) DISPOSICIONES PARTICULARES: 1. *Concepto*. 2. *Supuestos en que procede y efectos*. 3. *Normas comunes a los tres supuestos*.—X. PODERES DE AUTOPROTECCION. ¿ES DE ESENCIA EN LA REPRESENTACION EL QUE EL REPRESENTANTE ACTUE EN NOMBRE AJENO?: a) INCAPACIDAD. b) INCAPACITACIÓN. c) CAUSA O MOTIVO DEL OTORGAMIENTO.—XI. RENTA VITALICIA Y EL VITALICIO: A) RENTA VITALICIA: 1. *Concepto*. 2. *Propósitos perseguidos por las partes*. 3. *La aleatoriedad*. 4. *Elementos personales*. 5. *Elementos reales*. 6. *Elementos formales*. 7. *Resolubilidad del contrato oneroso de renta vitalicia*. 8. *Hipoteca en garantía de las rentas*. B) VITALICIO: 1. *Concepto*. 2. *Caracteres*. 3. *Régimen jurídico*.—XII. LA RENTA VITALICIA, EL VITALICIO Y LAS LEGITIMAS.—XIII. REDUCCIÓN DE DISPOSICIONES INOFICIOSAS: A) PERSONAS LEGITIMADAS ACTIVAMENTE PARA EJERCITAR LA ACCIÓN FUNDADA EN INOFICIOSIDAD. B) CARGA DE LA PRUEBA DE LA INOFICIOSIDAD. C) ORDEN A SEGUIR EN LA REDUCCIÓN: 1. *Reducción de legados*. 2. *Reducción de donaciones*. D) EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN FUNDADA EN INOFICIOSIDAD DE LA DONACIÓN: 1. *Efectos respecto del donatario*. 2. *Efectos respecto de terceros (adquirentes del donatario)*. 3. *Efectos en general*. E) EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN POR INOFICIOSIDAD.—XIV. IMPUGNACION DE ACTOS SIMULADOS O FRAUDULENTOS REALIZADOS POR EL CAUSANTE EN PERJUICIO DE LA LEGITIMA.—XV. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL: A) PRIMERA ETAPA: RECHAZO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. B) SEGUNDA ETAPA: RECONOCIMIENTO MATIZADO. C) TERCERA ETAPA. D) ESTATUTO BÁSICO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. E) APLICACIÓN ESPECÍFICA DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL A LAS TÉCNICAS DE AUTOPROTECCIÓN.—XVI. SOLUCIONES POR VÍA SUCESORIA: A) INTRODUCCIÓN. B) INSTITUCIÓN DE HEREDERO: 1. *Derecho Romano*. 2. *Evolución en España*. C) REQUISITOS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO: 1. *En el instituyente*. 2. *En el instituido*. D) FORMAS DE DESIGNACIÓN: 1. *Designación nominal*. 2. *Designación por las circunstancias*. 3. *Formas excepcionales*. 4. *Error en la institución*. E) SUPUESTOS A ESTUDIAR EN LA VÍA SUCESORIA EN MATERIA DE AUTOPROTECCIÓN.—XVII. DESIGNACIÓN DE HEREDERO A FAVOR DE LA PERSONA QUE PRESTE AL TESTADOR ENFERMO LOS CUIDADOS Y ALIMENTOS QUE PRECISE HASTA EL DÍA DE SU FALLECIMIENTO.—XVIII. LA FIGURA DEL ALBACEA Y LA AUTOPROTECCIÓN: A) ES UN CARGO NORMALMENTE TESTAMENTARIO. B) ES UN CARGO VOLUNTARIO EN LA ACEPTACIÓN, OBLIGATORIO EN EL DESEMPEÑO. C) ES UN CARGO TEMPORAL. D) ES UN CARGO NATURALMENTE GRATUITO. E) NATURALMENTE PERSONALÍSIMO. F) FACULTADES DEL ALBACEA A LOS EFECTOS QUE AQUÍ NOS INTERESA DE AUTOPROTECCIÓN. SE CITAN LAS FACULTADES QUE CONSIDERAMOS MÁS INTERESANTES EN RELACIÓN AL TÍTULO DE LA PONENCIA: 1. *Facultad de interpretación*. 2. *Facultad para apreciar el cumplimiento de condiciones*. 3. *Facultad de apreciar la mayor proximidad de parentesco*. 4. *Obligación de desempeñar el cargo*.—XIX. EUTANASIA: A) EUTANASIA GENUINA. B) EUTANASIA PASIVA U ORTOTANASIA. C) EUTANASIA INDIRECTA O LENITIVA. D) EUTANASIA ACTIVA.—XX. EUTANASIA Y EL CODIGO PENAL ESPAÑOL.

«Visión panorámica de los protocolos notariales», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRAPOS, pág. 381 (sin sumario).

Número 27 (Julio-Septiembre 98)

«El rol del notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal», por ADOLFO CALAFATEAD SIERRA, pág. 9.

SUMARIO: INTRODUCCION: I. LA CARGA PUBLICA: I.1. CONCEPTO. I.2. CARACTERES. I.3. EL EXCESO EN LA IMPOSICIÓN DE LA CARGA PÚBLICA Y LA VIOLACIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.—II. LA CARGA PUBLICA Y LA ACTIVIDAD NOTARIAL.—II.1. EL NOTARIO, INTÉRPRETE DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS: a) *Prohibición de admitir documentos no liquidados*. b) *Calificación jurídico-sustantiva*. c) *Advertencias legales*. d) *Función asesora jurídico-tributaria del notario*. e) *Gestión del documento*: II.1.1. CERTEZA RESPECTO DE LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA Y SOBRE SU VIGENCIA Y PERMANENCIA. II.1.2. LA AUTORIDAD FISCAL COMO LEGISLADOR TRIBUTARIO. DEFECTOS EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA. MULTIPLICIDAD Y SUPERPOSICIONES NORMATIVAS. II.1.3. COMPLEJIDAD, POCA CLARIDAD E INMEDIATA ENTRADA EN VIGENCIA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS. II.1.4. FALTA DE UNIFORMIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS POR LOS DISTINTOS AGENTES FISCALES. II.1.5. CONVENIENCIA DE CONSULTAS PREVIAS DE LEGISLADORES Y AUTORIDADES FISCALES CON ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE PROFESIONALES Y DE OTROS AGENTES DE RECAUDACIÓN O RETENCIÓN, ANTES DE DICTAR NORMAS TRIBUTARIAS RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES QUE A ELLOS INCUMBEN. II.2. EL NOTARIO COMO LIQUIDADOR DE IMPUESTOS. II.3. EL NOTARIO COMO AGENTE DE RETENCIÓN. II.4. EL NOTARIO COMO RESPONSABLE DEL PAGO DEL TRIBUTO RETENIDO. II.5. LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRIBUYENTE Y LA DEL NOTARIO: II.5.1. NECESIDAD DE DIFERENCIAR LA DISTINTA RESPONSABILIDAD DE AMBOS SUJETOS DE LA RELACIÓN TRIBUTARIA. II.5.2. RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO POR LA ELUSIÓN O EVASIÓN IMPOSITIVA EN ACTOS EN LOS QUE INTERVIENE. II.5.3. IMPROCEDENCIA DE LA DETERMINACIÓN, A TRAVÉS DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL, DEL ORIGEN DEL DINERO CON EL QUE SE EFECTÚAN LAS OPERACIONES OTORGADAS EN ESCRITURA PÚBLICA. II.6. EL NOTARIO COMO AGENTE DE INFORMACIÓN DEL FISCO: II.6.1. MULTIPLICIDAD, COMPLEJIDAD, FRECUENCIA Y SUPERPOSICIÓN DE INFORMES: a) *Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. b) *Impuesto de Sucesiones y Donaciones*. c) *Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. d) *Número de Identificación Fiscal*. e) *Activos financieros*. f) *Catastro*. g) *Relación de operaciones realizadas por entidades jurídicas*. h) *Información en virtud de requerimiento individualizado*. II.6.2. EL SECRETO PROFESIONAL Y LA INFORMACIÓN REQUERIDAPOR EL FISCO. II.6.2.BIS. OTROS DEBERES DE COMUNICACIÓN: a) *Colaboración con los órganos rectores de los mercados de valores*. b) *Registro de Actos de última Voluntad*. c) *Registro de Inversiones Extranjeras*. d) *Prevención del blanqueo de capitales*. e) *Expedientes de reagrupación familiar de extranjeros*. II.6.3. PROBLEMAS QUE OCASIONA EL DEBER DE INFORMAR. II.7. EL NOTARIO COMO CONTROLADOR DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES Y ADMINISTRATIVAS AJENAS AL ACTO JURÍDICO QUE AUTORIZA: a) *Prohibición de admitir documentos no liquidados*. b) *Obligación de consignar advertencias sobre las obligaciones tributarias*. c) *Obligaciones relativas a la legislación sobre inversiones extranjeras en España y sobre control de cambios*. d) *Urbanismo y vivienda*. e) *Para la protección de los bienes públicos*. f) *Para la protección*

de los derechos de tanteo y retracto administrativos. II.8. El FISCO COMO JUEZ Y PARTE.—III. LOS LÍMITES DE LA CARGA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL: III.1. CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN. FUNDAMENTOS. III.2. SUPUESTOS DE ACTIVIDADES COMPRENDIDAS DENTRO DE LOS LÍMITES LÍCITOS Y RAZONABLES DE LA CARGA PÚBLICA, IMPUESTA AL NOTARIO EN MATERIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. III.3. SUPUESTOS DE ACTIVIDADES QUE EXCEDEN LOS LÍMITES DE LA CARGA PÚBLICA IMPUESTA AL NOTARIO EN MATERIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. III.4. PROPUESTAS PARA LOGRAR LA OBSERVANCIA POR PARTE DEL ESTADO DE LOS LÍMITES LEGALES DE LA CARGA PÚBLICA EN LO RELATIVO A LA ACTUACIÓN NOTARIAL.—IV. EVOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA EN ANÁLISIS DESDE EL VIII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO-MÉXICO 1965.—V. BENEFICIOS A BRINDAR POR EL NOTARIADO A LA COMUNIDAD: V.1. INSTITUCIONALMENTE. V.1.1. *Registro de Actos de última Voluntad.* V.1.2. *Los Protocolos notariales.* V.1.3. *Organización de la distribución del trabajo oficial de interés social.* V.1.4. *Contratación electrónica.* V.1.5. *Incremento del protagonismo social del Notariado.* V.2. FUNCIONALMENTE: V.2.1. *Jurisdicción voluntaria.* V.2.2. *Obtención de autorizaciones de carácter administrativo.* V.2.3. *Colaboración del Notariado en el proceso electoral.* V.2.4. *Acreditación de la vigencia de los poderes.* V.2.5. *La gestión del documento.* V.2.6. *El control de la veracidad del contenido del negocio.* V.2.7. *Colaboración entre los notarios y los Registros de la Propiedad.* V.2.8. *Notarialización de determinados ámbitos de contratación.* V.3. PROFESIONALMENTE. CONCLUSIONES.

«El *gentleman's agreement*: aspectos teóricos y prácticos en derecho español», por M.^a ANGELES EGUSQUIZA BALMAEDA Y M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OBLIGACIONES NATURALES Y LOS DEBERES MORALES.—III. LAS CARTAS DE PATROCINIO.—IV. OTROS FENÓMENOS.

«Ejecución testamentaria: La prescindibilidad del contador-partidor por parte de los herederos. Nuevo enfoque y perspectivas», por JOSÉ-LUIS FERNÁNDEZ ALVAREZ Y CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE, pág. 233.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REFERENCIA HISTÓRICA: A) CONSIDERACIONES GENERALES. B) DERECHO ROMANO. C) DERECHO MEDIEVAL. D) ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL. E) RECAPITULACIÓN.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS: IDEA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.—IV. ¿PUEDEN LOS HEREDEROS, PUESTOS DE COMUN ACUERDO (NEMINE DISCREPANTE), HACER LA PARTICIÓN PRESCINDIENDO DE LA INTERVENCIÓN DEL CONTADOR-PARTIDOR?: A) LA DOCTRINA. B) LA JURISPRUDENCIA.—V. LOS HEREDEROS SON LOS CONTINUADORES DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CAUSANTE Y EJECUTORES NATOS DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: A) LA COEXISTENCIA DE FACULTADES COMPARTIDAS CON LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS: FORMULACIÓN DE LA TEORÍA. B) SISTEMA LATINO VERSUS SISTEMA INGLÉS. C) APOYO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO DE LOS PRINCIPIOS ANTERIORMENTE ENUNCIADOS.—VI. CRÍTICA COMENTARIO DE LOS ARGUMENTOS NEGATIVOS. ESTUDIO DE LOS ARGUMENTOS FAVORABLES QUE CONFIRMAN NUESTRA POSTURA: ARGUMENTOS NEGATIVOS: A) LA INTERPRETACIÓN LITERALISTA ES INSUFICIENTE Y ERRÓNEA. B) PERO, ¿SE PUEDE IMPONER A LOS HEREDEROS, COMO OBLIGATORIO Y

NECESARIO, BIEN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA, BIEN PERMANECER EN LA INDIVISIÓN DE LA MISMA? C) EL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR-PARTIDOR NO DEBE LLEVARNOS A CRITERIOS ADIVINATORIOS SOBRE LO QUE EL TESTADOR PRETENDIÓ AL NOMBRARLO. ARGUMENTOS FAVORABLES: CUESTIÓN PRELIMINAR: ALBACEA Y CONTADOR-PARTIDOR SON DOS CARGOS DISTINTOS CON FUNCIONES DISTINTAS: 1. La posible renuncia de los herederos y demás interesados al cargo de ejecutor testamentario. 2. Las normas de la partición son dispositivas, y, por tanto, disponibles y renunciabiles por parte de los herederos: a) *Doctrina*. b) *Jurisprudencia*. 3. La asimilación de los cargos de ejecución testamentaria al mandato: sus consecuencias. 4. Los herederos pueden prorrogar el plazo del contador-partidor y aun dejar sin efecto su cargo, pero esto último no lo pueden hacer respecto del albacea. 5. El cumplimiento por parte de los herederos de la voluntad del testador extingue el cargo de contador-partidor. 6. ¿Se puede tolerar que el contador-partidor cumpla mal pudiendo los herederos ejecutar bien? 7. La posibilidad de venta del derecho hereditario en abstracto. 8. ¿Por qué no se les habrá de permitir a los herederos hacer por vía directa lo que sí podríán realizar por vía indirecta?—VII. EXCEPCIONES A LO EXPUESTO: LA EXISTENCIA DE OTROS POSIBLES INTERESADOS O BENEFICIARIOS EN LA PARTICIÓN; LA PROHIBICIÓN EXPRESA DEL TESTADOR EN SU TESTAMENTO.—VIII. CONCLUSIÓN.—IX. CRÍTICA-COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE OCTUBRE DE 1897.—X. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO REGISTRAL O HIPOTECARIO: A) CONSIDERACIÓN GENERAL DEL PROBLEMA: EL ARTÍCULO 885 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 81 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. B) ASPECTOS DOCUMENTALES CONCRETOS: 1. *Artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 79 del RH, distintos supuestos*: a) *Heredero único no existiendo contador-partidor*. b) *Heredero único existiendo contador-partidor*. c) *Varios herederos con intereses concurrentes (acuerdo unánime para partir y prescindir del contador-partidor)*. Supuesto asimilable al de concurrencia de un solo heredero como único interesado en la herencia. 2. *Artículo 81 del RH: personas facultadas y legitimadas para la entrega de legados existiendo contador-partidor y/o albacea especialmente facultado al efecto, siendo varios los herederos instituidos que concurren además con otros interesados, tales como legatarios y/o legitimarios*: a) *Entrega de legados antes de practicar la partición*. b) *Entrega de legados después de practicada la partición*. c) *Artículo 81 del RH: legados que no sean de inmuebles determinados y distribución de toda la herencia en legados*. C) CONCLUSIONES BÁSICAS.—XI. PREFERENCIA DE PARTICIONES: A) MIENTRAS LA PARTICIÓN NO SE PRACTIQUE DE MANERA EFECTIVA POR LOS HEREDEROS. B) PARTICIÓN VERIFICADA CON ANTERIORIDAD POR LOS HEREDEROS Y NOTIFICADA FENACIENTEMENTE AL CONTADOR-PARTIDOR. C) PARTICIÓN VERIFICADA CON ANTERIORIDAD POR LOS HEREDEROS PERO NO NOTIFICADA AL CONTADOR-PARTIDOR. D) PARTICIÓN VERIFICADA CON ANTERIORIDAD POR EL CONTADOR-PARTIDOR. E) RESUMEN DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS BÁSICOS POSIBLES: a) *Desde el punto de vista de la partición realizada por los herederos*. b) *Desde el punto de vista de la partición verificada por el contador-partidor*.

«La prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 439.

SUMARIO: I. LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS PROBATORIAS DEL CÓDIGO CIVIL.—II. ALGUNOS PRECEPTOS CONCRETOS.—III. LOS ME-

DIOS DE PRUEBA.—IV. EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES.—V. LA CONFESION EXTRAJUDICIAL.—VI. EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS.—VII. LOS DOCUMENTOS PUBLICOS.—VIII. LOS DOCUMENTOS PRIVADOS.—IX. CONCLUSION.

«Las implicaciones constitucionales de la participación de España en el proceso de integración europeo», por AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, pág. 487.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA ADHESION ESPAÑOLA.—III. LA RECEPCION DEL DERECHO EUROPEO EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—V. RECAPITULACION. NOTA BIBLIOGRAFICA.

Número 28. (Octubre-Diciembre 98)

«La partición hecha por contador partidor. Cuestiones prácticas», por JUAN BOLAS ALFONSO, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA EJECUCION DE ULTIMAS VOLUNTADES Y EL CONTADOR PARTIDOR.—II. EL CONTADOR PARTIDOR. ANALOGIAS Y DIFERENCIAS CON EL ALBACEA: 1. CARACTERES COMUNES. 2. NOTAS DIFERENCIALES.—III. EXEGESIS DEL ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL: 1. NATURALEZA DEL CARGO: SU CARÁCTER IMPERATIVO («EL TESTADOR PODRÁ ENCOMENDAR...»). 2. FORMA DE DESIGNACIÓN («... POR ACTO INTER VIVOS O MORTIS CAUSA PARA DESPUÉS DE SU MUERTE...»). 3. FACULTADES («... LA SIMPLE FACULTAD DE HACER LA PARTICIÓN...»): A) *Actuaciones previas*: a) La interpretación del testamento. b) Liquidación de la sociedad conyugal. B) *Operaciones particionales propiamente dichas*: a) Inventario: los bienes reservables. La colación. El párrafo 2.º del artículo 1.057. b) Avalúo. c) Liquidación: legítimas. Sustitución. Derecho de transmisión. Acrecimiento. Preterición. Desheredación. d) División: el artículo 1.061 C.c. e) Adjudicación: los suplementos en metálico. Las adjudicaciones en pago y para pago de deudas. C) *Actuaciones posteriores: la entrega de legados*. 4. CAPACIDAD («... A CUALQUIER PERSONA QUE NO SEA UNO DE LOS HEREDEROS»): A) *Los cesionarios*. B) *Los herederos en usufructo*. C) *Los legatarios de parte alícuota*. D) *El cónyuge viudo*. E) *Momento en el que debe apreciarse la capacidad del nombrado como contador partidor*.—IV. EL CONTADOR PARTIDOR DATIVO: 1. CARÁCTER SUBSIDIARIO. 2. NATURALEZA DEL CARGO. 3. RÉGIMEN: A) *Nombramiento*. B) *Efectos de la solicitud*. C) *Legitimados para la solicitud*. D) *Capacidad para ser nombrado*. E) *Facultades*.—V. EXTINCION DEL CARGO: 1. EXTINCIÓN DEL CARGO DE CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO. 2. EXTINCIÓN DEL CARGO DE CONTADOR PARTIDOR DATIVO.—VI. EFICACIA DE LA PARTICION: 1. EFICACIA DE LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO. 2. EFICACIA DE LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL CONTADOR PARTIDOR DATIVO. 3. EL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTITIONIS.—BIBLIOGRAFIA.

«El documento negocial informático», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 51 (sin sumario).

«El notario y los derechos fundamentales», por VICENTE L. SIMÓ SANTONJA, pág. 87.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. GARANTIA NOTARIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. EL NOTARIO COMO JURISTA, ENTRE EL DERECHO VIGENTE Y EL DERECHO EFICAZ: 2.1. PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO: 2.1.1. *Orden social y orden jurídico*. 2.1.2. *Derecho, seguridad y justicia*. 2.1.3. *Concepción normativa del Derecho. Tendencias actuales*. 2.2. CIENCIA JURÍDICA: 2.2.1. *Concepto y funciones de la ciencia jurídica*. 2.2.2. *El trabajo del notario: aplicación y creación del Derecho*. 2.2.3. *Metodología notarial en la ciencia jurídica*. 2.3. SOCIOLOGÍA JURÍDICA: 2.3.1. *Concepto de la sociología jurídica*. 2.3.2. *Sociología jurídica y sociologismo jurídico*. 2.3.3. *El Derecho y la realidad social*. 2.3.4. *La función social del notario*. BIBLIOGRAFIA.—CAPITULO PRIMERO: LOS DERECHOS Y EL DERECHO: 1. CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. NOTAS HISTÓRICAS DE LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 2.1. GRECIA. 2.2. ROMA. 2.3. EDAD MEDIA Y EDAD MODERNA. 2.4. LAS PRIMERAS DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES: 2.4.1. *Declaración de derechos formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia*. 2.4.2. *Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano*.—3. EL ESTADO DE DERECHO: 3.1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: 3.1.1. *Estado de Derecho*. 3.1.2. *Social*. 3.1.3. *Democrático*. 3.2. GARANTÍAS DE EFECTIVIDAD: 3.2.1. *Garantías jurisdiccionales*. 3.2.2. *Garantías extrajudiciales: el Defensor del Pueblo*. 3.3. SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES. BIBLIOGRAFIA.—CAPITULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES: 1. EL ARTICULO 10.2 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES: 1.1. CONVENIOS UNIVERSALES. 1.2. CONVENIOS EUROPEOS. 1.3. CONVENIOS ESPECÍFICOS.—2. LAS NACIONES UNIDAS (ONU): 2.1. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948) Y LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966): 2.1.1. *Derechos Protegidos*: 2.1.1.1. *Principios*. 2.1.1.2. *Vida, libertad, seguridad de la persona*. 2.1.1.3. *Prohibición de la esclavitud y la servidumbre*. 2.1.1.4. *Prohibición de la tortura*. 2.1.1.5. *Personalidad jurídica*. 2.1.1.6. *Igualdad ante la Ley*. 2.1.1.7. *Derecho a la tutela judicial*. 2.1.1.8. *Detención arbitraria*. 2.1.1.9. *Derecho de audiencia*. 2.1.1.10. *Presunción de inocencia*. 2.1.1.11. *Irretroactividad de la Ley*. 2.1.1.12. *Derecho a la intimidad*. 2.1.1.13. *Libre circulación*. 2.1.1.14. *Derecho de asilo*. 2.1.1.15. *Derecho a nacionalidad*. 2.1.1.16. *Derecho al matrimonio*. 2.1.1.17. *Derecho de propiedad*. 2.1.1.18. *Libertad de pensamiento, conciencia y religión*. 2.1.1.19. *Libertad de opinión y expresión*. 2.1.1.20. *Libertad de reunión y asociación pacíficas*. 2.1.1.21. *Participación en la vida política*. 2.1.1.22. *Derecho a la Seguridad Social*. 2.1.1.23. *Derecho al trabajo y salario justo*. 2.1.1.24. *Derecho al descanso*. 2.1.1.25. *Derecho al nivel de vida*. 2.1.1.26. *Derecho a la educación*. 2.1.1.27. *Vida cultural*. 2.1.1.28. *Derecho al orden social e internacional*. 2.1.2. *Mecanismos de protección*: 2.1.2.1. *Los informes de los Estados*. 2.1.2.2. *Reclamaciones entre Estados*. 2.1.2.3. *Reclamaciones individuales*.—3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA: 3.1. CONVENCIÓN DE ROMA DE 1950 Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES: 3.1.1. *Los derechos protegidos*. 3.1.2. *Mecanismos de protección*. 3.2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA DE 1961: 3.2.1. *Derechos reconocidos*. 3.2.2. *Mecanismos de protección*. 3.3. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA COMUNIDAD EUROPEA. 3.4. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ACTA FINAL DE HELSINKI.—4. REFERENCIA A OTROS CONVENIOS REGIONALES: 4.1. TRATADOS REGIONALES AMERICANOS. 4.2. TRATADOS REGIONALES AFRICANOS.—5.

ALGUNAS CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.—CAPITULO TERCERO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: 1. EVOLUCION HISTORICA HASTA LA CONSTITUCION DE 1978: 1.1. CONSTITUCIÓN DE BAYONA (1808). 1.2. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ (1812). 1.3. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ISABELINA (1834). 1.4. LA LLAMADA «TABLA DE DERECHOS» (1834). 1.5. CONSTITUCIÓN DE 1837. 1.6. CONSTITUCIÓN DE 1845. 1.7. PROYECTO CONSTITUCIONAL DE BRAVO MURILLO (1852). 1.8. CONSTITUCIÓN DE 1856. 1.9. CONSTITUCIÓN DE 1869. 1.10. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1873. 1.11. CONSTITUCIÓN DE 1876. 1.12. PROYECTO CONSTITUCIONAL DE 1929. 1.13. CONSTITUCIÓN DE 1931. 1.14. LAS LEYES FUNDAMENTALES DEL REINO.—2. CONSTITUCION VIGENTE (1978): 2.1. VALORES SUPERIORES Y PRINCIPIOS. 2.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 2.2.1. *Titularidad de los derechos y condiciones de su ejercicio*. 2.2.2. *Derechos y libertades*: 2.2.2.1. *Igualdad ante la ley*. 2.2.2.2. *Derecho a la vida y a la integridad física y moral*. 2.2.2.3. *Libertad ideológica y religiosa*. 2.2.2.4. *Derecho a la libertad y seguridad. Tutela judicial*. 2.2.2.5. *Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y al uso informático*. 2.2.2.6. *Inviolabilidad del domicilio*. 2.2.2.7. *Derecho al secreto de comunicaciones*. 2.2.2.8. *Derechos de residencia y circulación*. 2.2.2.9. *Derecho a la comunicación pública libre*. 2.2.2.10. *Derecho de reunión*. 2.2.2.11. *Derecho de asociación*. 2.2.2.12. *Derecho de participación política*. 2.2.2.13. *Derecho a la educación*. 2.2.2.14. *Derechos de sindicación y huelga*. 2.2.2.15. *Derecho de petición*. 2.2.2.16. *Derecho y deber de defender a España*. 2.2.2.17. *Derechos y deberes fiscales*. 2.2.2.18. *Derecho al matrimonio*. 2.2.2.19. *Derecho a la propiedad privada*. 2.2.2.20. *Derecho de fundación*. 2.2.2.21. *Derecho al trabajo*. 2.2.2.22. *Colegios y organizaciones profesionales*. 2.2.2.23. *Derecho a la negociación colectiva laboral*. 2.2.2.24. *Derecho a la libertad de empresa*. 2.2.3. *Principios rectores de la política social y económica*: 2.2.3.1. *Protección de la familia*. 2.2.3.2. *Derecho al progreso social y económico y a la formación y readaptación profesionales*. 2.2.3.3. *Defensa de emigrantes*. 2.2.3.4. *Derecho a la protección de la salud*. 2.2.3.5. *Derecho de acceso a la cultura*. 2.2.3.6. *Derecho al medio ambiente*. 2.2.3.7. *Derecho al patrimonio histórico, cultural y artístico*. 2.2.3.8. *Derecho a vivienda*. 2.2.3.9. *Protección de la juventud*. 2.2.3.10. *Derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*. 2.2.3.11. *Derechos de la tercera edad*. 2.2.3.12. *Defensa de los consumidores*.—3. REFERENCIA A LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA. BIBLIOGRAFIA.—CAPITULO CUARTO: EL NOTARIO, AGENTE DE GARANTIA Y DE EXTENSION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. NORMAS GENERALES: 1. EL CONCEPTO DE NOTARIO EN LA LEY ORGANICA DEL NOTARIO Y EN SU REGLAMENTO: 1.1. EL NOTARIO COMO PROFESIONAL DEL DERECHO: 1.1.1. *Información*. 1.1.2. *Asistencia*. 1.1.3. *Imparcialidad*. 1.1.4. *Adecuación*. 1.1.5. *El asesoramiento autónomo*. 1.2. EL NOTARIO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO: AUTENTICIDAD: 1.2.1. *Rogación y libertad de elección*. 1.2.2. *Autoría del documento*. Responsabilidad. 1.2.3. *Control de legalidad*. Función cautelar. 1.2.4. *Seguridad jurídica sustancial y formal*. 1.2.5. *Efectos del instrumento público*: 1.2.5.1. *La presunción de legalidad*. 1.2.5.2. *El instrumento público notarial: medio de prueba*. 1.2.5.3. *Título de legitimación en el tráfico jurídico*. 1.2.5.4. *Traditio y entrega*. 1.2.5.5. *Efectos ejecutivos*. 1.2.5.6. *Otros efectos*.—2. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTROS TIPOS DE FE PUBLICA: 2.1. FE PÚBLICA JUDICIAL. 2.2. FE PÚBLICA ADMINISTRATIVA. 2.3. FE PÚBLICA REGISTRAL. 2.4. LA LLAMADA FE PÚBLICA MERCANTIL.—3. CONTENIDO DE

LA FE PUBLICA NOTARIAL: COMPETENCIA DE LOS NOTARIOS EN TODOS LOS AMBITOS DEL DERECHO: 3.1. AMBITO CIVIL: 3.1.1. *Escrituras*: 3.1.1.1. *Supuestos del artículo 1.280 del Código Civil*. 3.1.1.2. *Supuestos testamentarios*. 3.1.1.3. *Otros supuestos*. 3.1.2. *Actas*. 3.1.3. *Testimonios*. 3.2. AMBITO MERCANTIL: 3.2.1. *Ejercicio del comercio por persona casada*. 3.2.2. *Actas*: 3.2.2.1. *Actas del Código de Comercio*. 3.2.2.2. *Actas de protesto*. 3.2.2.3. *Actas en la legislación complementaria del Código de Comercio*. 3.2.2.4. *Actas en materia de sociedades*. 3.2.3. *Poderes*. 3.2.4. *Legitimaciones*. 3.2.5. *Documentos inscribibles*: 3.2.5.1. *El naviero empresario individual y los empresarios individuales*. 3.2.5.2. *Las sociedades mercantiles*. 3.2.5.3. *Las sociedades de garantía recíproca*. 3.2.5.4. *Las cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y las entidades de previsión social*. 3.2.5.5. *Las sociedades de inversión colectiva*. 3.2.5.6. *Las cajas de ahorro*. 3.2.5.7. *Las agrupaciones de interés económico*. 3.2.5.8. *Los fondos de inversión*. 3.2.5.9. *Los fondos de pensiones*. 3.2.6. *Ámbito atípico compartido y/o excepcionado*. 3.2.7. *Competencia ordinaria y exclusiva no tipificada*. 3.3. AMBITO ADMINISTRATIVO. 3.4. AMBITO ELECTORAL.—4. SINTESIS: JUSTICIA, LIBERTAD E IGUALDAD.—5. LA OPINION PUBLICA ESPAÑOLA ANTE LA FUNCION NOTARIAL. BIBLIOGRAFIA.—CAPITULO QUINTO: EL NOTARIO AGENTE DE GARANTIA Y EXTENSION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SUPUESTOS ESPECIALES: 1. EXPLICACION Y CONTENIDO DEL CAPITULO.—2. DERECHO AMBIENTAL: 2.1. APROXIMACIÓN AL DERECHO AMBIENTAL. 2.2. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LA PRÁCTICA NOTARIAL. 2.3. MEDIO AMBIENTE Y AGRICULTURA: 2.3.1. *Interrelación entre el medio ambiente y la agricultura*. 2.3.2. *La función del notario en relación con el medio ambiente agrícola*: 2.3.2.1. *Legislación estatal*. 2.3.2.2. *Legislación autonómica*. 2.4. MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO: 2.4.1. *Interrelación entre el medio ambiente y el urbanismo*. 2.4.2. *Función del notario en relación con el medio ambiente urbano*: 2.4.2.1. *Legislación estatal*. 2.4.2.2. *Legislación autonómica*. 2.5. EL MEDIO AMBIENTE RELACIONADO CON OTROS ASPECTOS: 2.5.1. *Medio ambiente y espacios protegidos*. 2.5.2. *Medio ambiente y legislación forestal*. 2.5.3. *Medio ambiente y patrimonio histórico-artístico*.—3. DERECHO DEL CONSUMO: 3.1. TEXTOS LEGALES ESPAÑOLES: 3.1.1. *Textos anteriores a la Constitución de 1978*. 3.1.2. *La Constitución española de 1978*. 3.1.3. *Posterior a la Constitución española*. 3.1.4. *Textos de las Comunidades Autónomas*. 3.2. ANÁLISIS DE LA LEY GENERAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (LCU) Y DE LOS ESTATUTOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 3.2.1. *Defensa del consumidor como principio general del Derecho*. 3.2.2. *Concepto de consumidor*. 3.2.3. *Derechos básicos de los consumidores*. 3.2.4. *Condiciones generales de la contratación*. 3.2.5. *Modificaciones a introducir en la LCU según el anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (hoy Ley 7/1998 de 13 de abril)*. 3.3. COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS. 3.4. TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. 3.5. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN (HOY LEY 7/1998 DE 13 DE ABRIL, «BOE» DE 14 DE ABRIL). 3.6. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES: 3.6.1. *Constitución del régimen*. 3.6.2. *Escritura reguladora*. 3.6.3. *Condiciones de promoción y venta*. 3.6.4. *Régimen de las sociedades de servicios*. 3.6.5. *Otras disposiciones*.—4. INTIMIDAD DE LAS PERSONAS.—5. LA PROTECCION DEL DISCAPACITADO: 5.1. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DIRIGIDAS A SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA

INCAPACIDAD DEL DISMINUIDO PARA TOMAR DECISIONES SOBRE SU PERSONA Y BIENES. 5.2. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DIRIGIDAS A SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FALTA DE CAPACIDAD DEL DISMINUIDO PARA SUBVENIR A SU PROPIO CUIDADO Y SUSTENTO: 5.2.1. *Reforzamiento de la posición del cónyuge superviviente*. 5.2.2. *Disposiciones patrimoniales directamente favorables para el disminuido*. 5.2.3. *Disposiciones patrimoniales indirectamente favorables al disminuido*. 5.3. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DIRIGIDAS A SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FALTA DE CAPACIDAD PARA TESTAR DEL DISMINUIDO. BIBLIOGRAFIA. **CAPITULO SEXTO: LA INTERNACIONALIZACION DE LA MISION DEL NOTARIO RESPECTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. INTRODUCCION.—2. LA CIRCULACION INTERNACIONAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL: 2.1. PLANTEAMIENTO. 2.2. AUTORÍA DEL DOCUMENTO NOTARIAL. 2.3. FORMA DEL DOCUMENTO NOTARIAL. 2.4. EFICACIA DEL DOCUMENTO EXTRANJERO. 2.5. ADMISIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO EN EL PAÍS DE RECEPCIÓN. 2.6. POSIBLES COMPLEMENTOS (REFUERZOS) DEL DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO. 2.7. LAS CONCLUSIONES DEL XX CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO (CARTAGENA DE INDIAS, 1992).—3. LAS TECNOLOGIAS INFORMATICAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. EL PAPEL DEL NOTARIO EN EL ÁMBITO TELEMÁTICO. BIBLIOGRAFIA.**

ACTUALIDAD CIVIL

Número 1 de 2000

«Consideraciones a la buena fe contractual», por MANUEL GARCÍA AMIGO, pág. 1.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. INTEGRACION Y LIMITACION DEL CONTRATO CON LA BUENA FE.—3. ORIGEN ROMANO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.—4. DERECHO COMPARADO: A) CC FRANCÉS (E ITALIANO). B) BGB ALEMÁN. 5. LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.—6. LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL ART. 1.258 CC: A) DAR AL CONTRATO CUMPLIDA EFECTIVIDAD. B) CARÁCTER ÉTICO DE LA BUENA FE.—7. LA BUENA FE EN LA LGCU DE 1984.—8. LA BUENA FE EN LA DIRECTIVA DE CLAUSULAS ABUSIVAS DE 1993.—9. LA BUENA FE EN LA LEY CGC DE 1998.—10. LA BUENA FE COMO INSTRUMENTO DE POLITICA PARA LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES.

Número 2 de 2000

«El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Privado», por CARMEN CABRERA DELGADO, pág. 35.

SUMARIO: I. LOCALIZACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA.—III. AMBITO DEL DERECHO.—IV. SUJETOS DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.—V. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGITIMACION.—VI. CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—VII. LOS REQUISITOS PROCESALES Y EL DERECHO

A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—VIII. EL RECURSO DE APELACION Y EL RECURSO DE REVISION EN RELACION CON LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 24.1 CE.—IX. PROTECCION JURISDICCIONAL DEL DERECHO A LA JURISDICCION.

Número 3 de 2000

«La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña», por JUAN FRANCISCO BONE PINA, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. LA TUTELA DE FAMILIA Y LA TUTELA DE AUTORIDAD. 2. SISTEMA ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL. 3. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1889. 4. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE. 5. LA FUNCIÓN TUTELAR EN CATALUÑA.—II. LA TUTELA: 1. CONCEPTO. 2. PERSONAS SUJETAS A TUTELA: A) *Tutela individual*. B) *Tutela por el Director del Centro donde el incapaz se encuentra internado*. C) *Tutela por personas jurídicas*. 3. DELACIÓN DE LA TUTELA: A) *Tutela deferida por los padres*. B) *Autotutela*. C) *Tutela deferida por el Juez*. 4. EL CONSEJO DE TUTELA. 5. CAPACIDAD PARA EJERCER LA TUTELA: A) *Aptitud general para ser tutor*. B) *Incapacidades especiales para las personas físicas*. C) *Incapacidades especiales para las personas jurídicas*. 6. CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA: A) *Procedimiento a seguir*. B) *Competencia*. C) *Legitimación*. D) *Medidas durante el procedimiento*. E) *Procedimiento*. 7. EJERCICIO DE LA TUTELA: A) *Con relación a la persona del tutelado*. B) *Con relación al patrimonio del tutelado*. 8. REMOCIÓN. 9. EXTINCIÓN.—III. LA CURATELA: 1. CONCEPTO. 2. PERSONAS SOMETIDAS A CURATELA. 3. OBJETO DE LA CURATELA. 4. CONSTITUCIÓN. 5. EXTINCIÓN.

Número 4 de 2000

«Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria», por ALBERTO CALVO MEJIDE, pág. 127.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA USUCAPION EN EL CODIGO CIVIL.—III. LA USUCAPION Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) IDEAS PREVIAS. B) LA USUCAPION SECUNDUM TABULAS. C) LA USUCAPION CONTRA TABULAS. D) USUCAPION LIBERATORIA CONTRA TABULAS.—IV. LA PRESCRIPCION, SEGUN EL ARTICULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Número 5 de 2000

«Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997)», por JULIO CARBAJO GONZÁLEZ, pág. 157.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA ACCION EJERCITADA Y SU DIFERENCIA CON OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACION: 1. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. 2. LA ACCIÓN MIXTA DE RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN. 3. LA ACCIÓN DE IMPUG-

NACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.—II. LA SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1997.—
III. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FILIACION.

Número 6 de 2000

«La responsabilidad derivada del contrato de aparcamiento», por MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ, pág. 193.

SUMARIO: I. AMBITO DE APLICACION: INCLUSION O EXCLUSION DE LA LAU.—II. LAS DIFERENTES DISCUSIONES EXISTENTES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE GARAJE.—III. CONTRATO DE ADHESION, LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, Y LA NUEVA LEY SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—IV. ANALISIS DE LOS CRITERIOS ADOPTADOS EN LOS ULTIMOS AÑOS.—V. RESPUESTAS DADAS POR LA JURISPRUDENCIA RECIENTE AL CONTENIDO DEL CONTRATO DE APARCAMIENTO.—VI. EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE APARCAMIENTO.—VII. CONCLUSIONES.

Número 7 de 2000

«Consideraciones sobre la subrogación por el pago», por NIEVES BAYO RECUERO, pág. 217.

SUMARIO: 1. LA SUBROGACION. SU UBICACION EN EL CODIGO CIVIL: 1.1. LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. 1.2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA SUBROGACIÓN COMO NOVACIÓN MODIFICATIVA.—2. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA SUBROGACION: 2.1. EL RECIBO COMO POSIBLE PRUEBA DE LA SUBROGACIÓN. 2.2. PAGO ANTICIPADO Y SUBROGACIÓN.—3. MONTANTE DE LA CUANTIA DEL CRÉDITO QUE ADQUIERE EL SUBROGADO: 3.1. PRINCIPAL DEL CRÉDITO ADQUIRIDO POR EL SOLVENS. 3.2. INTERESES DEVENGADOS. 3.3. GASTOS QUE HA OCASIONADO EL PAGO.

Número 8 de 2000

«Un nuevo ejemplo de dación en pago: el art. 99 del Código Civil», por ANTONIO RODRÍGUEZ RAMOS, pág. 269.

SUMARIO: I. LA DACION EN PAGO DEL ART. 99 CC.—II. REQUISITOS DE LA DACION EN PAGO DEL ART. 99 CC: 1. ACUERDO DE LAS PARTES. 2. OBLIGACIÓN PREEXISTENTE. 3. CIERTA EQUIVALENCIA DEL VALOR OBJETIVO ENTRE LAS PRESTACIONES. 4. CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA PRESTACIÓN NUEVA.—III. EFECTOS DE LA DACION EN PAGO DEL ART. 99 CC.—IV. A MODO DE CONCLUSION.

Número 9 de 2000

«Responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación: juicio ejecutivo de la Ley del Automóvil», por LETICIA FONTESTAD PORTALÉS, pág. 283.

SUMARIO: A. TÍTULOS QUE LLEVAN APAREJADA EJECUCION: a) Título EJECUTIVO PRECEDIDO DE DILIGENCIAS PENALES; b) Título EJECUTIVO PRECEDIDO DE DILIGENCIAS CIVILES.—B. LEGITIMACION.—C. PROCEDIMIENTO.

Número 10 de 2000

«Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario *solvens*», por SALVADOR CARRIÓN, pág. 321.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.—II. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA: 1. CRITERIO CONTRARIO A LA ADMISIÓN DE LA SUBROGACIÓN. 2. CRITERIO FAVORABLE A LA SUBROGACIÓN. A) *Criterio según el cual la solidaridad subsiste tras el pago*. B) *Criterio favorable al carácter parciario del crédito en el que la subrogación se produce*. 3. CRITERIO QUE NIEGA LA EXISTENCIA DE UN DERECHO AUTÓNOMO DE REGRESIÓN.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 234 (Octubre-Diciembre 99)

«Participación de trabajadores y directivos en el capital de las Sociedades Anónimas. Examen de la cuestión en Derecho societario», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 1361.

SUMARIO: 0. PRENOTANDO.—I. INTRODUCCION.—II. LA PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN EL MARCO DEL DERECHO SOCIETARIO COMUNITARIO Y EN DERECHO COMPARADO.—III. EL MARCO POSITIVO ESPAÑOL. LA PRACTICA SOCIETARIA.—IV. ENCUADRE SISTEMATICO DE LOS NEGOCIOS DE PARTICIPACION FINANCIERA DE LOS EMPLEADOS EN LA SEDE DE ASISTENCIA FINANCIERA (ART. 81 LSA). INSUFICIENCIA NORMATIVA Y PROBLEMAS DE RÉGIMEN JURIDICO: 4.1. FISONOMÍA ECONÓMICO-FINANCIERA DE LOS NEGOCIOS DE «ASISTENCIA A TRABAJADORES»; 4.2. LA FINALIDAD DE LA ASISTENCIA FINANCIERA A TRABAJADORES. BENEFICIARIOS Y ADQUISICIONES FINANCIADAS; 4.3. EL PROBLEMA DE LA TUTELA DE LOS INTERESES DE SOCIOS Y DE TERCEROS EN LOS NEGOCIOS DE ASISTENCIA FINANCIERA A TRABAJADORES Y DIRECTIVOS: ASISTENCIA FINANCIERA A TRABAJADORES E INTERÉS SOCIAL; NEGOCIOS DE ASISTENCIA FINANCIERA A TRABAJADORES Y PROTECCIÓN DE TERCEROS. INTEGRIDAD DEL CAPITAL SOCIAL.—V. PROBLEMÁTICA SOCIETARIA DE LA INTEGRACION COMO SOCIOS DE LOS TRABAJADORES/DIRECTIVOS EN LA SOCIEDAD: 5.1. INTEGRACIÓN SIMULTÁNEA Y DIFERIDA DE LOS TRABAJADORES Y DIRECTIVOS; 5.2. LAS AMPLIACIONES DE CAPITAL RESERVADAS A TRABAJADORES/DIRECTIVOS; 5.3. LA DISTRIBUCIÓN EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES/DIRECTIVOS DE ACCIONES PROPIAS EN AUTOCARTERA; 5.4. LA INTEGRACIÓN COMO SOCIOS DE LOS TRABAJADORES/DIRECTIVOS EN EL SUPUESTO DE LAS OPCIONES DE VENTA/SUSCRIPCIÓN (SISTEMA DE LAS «STOCK OPTIONS»).

«El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de resolución por el empresario en la contratación con consumidores», por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ y FERNANDO JUAN Y MATEU, pág. 1469.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FINALIDAD DE LAS NORMAS ESTUDIADAS.—III. AMBITO DE APLICACION.—IV. CLAUSULAS QUE SE CONSIDERAN ABUSIVAS: 4.1. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS POR TIEMPO DETERMINADO: 4.1.1. *Cláusulas que reconocen un derecho de denuncia ad nutum al empresario pero no al consumidor.* 4.1.2. *Cláusulas de resolución sin causa justificada;* 4.2. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS POR TIEMPO INDEFINIDO.—V. CONCLUSIONES.

«La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades», por RAFAEL GUASCH MARTORELL, pág. 1489.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL CONCEPTO DE INFRACAPITALIZACION: 1. SÍNTESIS DE LAS APORTACIONES DOCTRINALES RELEVANTES EN TORNO A LA NOCIÓN DE INFRACAPITALIZACIÓN; 2. EL ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA FINANCIERA DE LA SOCIEDAD: RECURSOS PROPIOS VERSUS RECURSOS AJENOS; 3. APLICACIÓN Y VALORACIÓN DEL TEST DE LA CAPACIDAD DE CRÉDITO.—III. CLASES O MODALIDADES DE INFRACAPITALIZACION: 1. LA INFRACAPITALIZACIÓN MATERIAL Y LA INFRACAPITALIZACIÓN NOMINAL; 2. LA AMPLIACIÓN DE LA NOCIÓN DE INFRACAPITALIZACIÓN NOMINAL.

«El derecho comunitario de marcas: La noción de riesgo de confusión», por IGNACIO DE MEDRANO CABALLERO, pág. 1515.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL VIGENTE DERECHO COMUNITARIO DE MARCAS: A) EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LAS MARCAS; B) LA PROTECCIÓN AMPLIADA DE LA MARCA RENOMBRADA.—III. LA INTERPRETACION DEL RIESGO DE CONFUSION QUE INCLUYE EL RIESGO DE ASOCIACION POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: A) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL OBJETO ESPECÍFICO Y LA FUNCIÓN ESENCIAL DEL DERECHO DE MARCA; B) LA SENTENCIA «SABEL-PUMA»; C) LA SENTENCIA «CANON»; D) LA SENTENCIA «LLOYD».—IV. LA TUTELA DE LAS DIVERSAS FUNCIONES EJERCIDAS POR LA MARCA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—V. LA PROTECCION DE LAS MARCAS RENOMBRADAS CONTRA SIGNOS SIMILARES PARA PRODUCTOS IDÉNTICOS O SIMILARES.—VI. CONCLUSION.

«La calificación de las empresas en participación y su relevancia en el ámbito del Derecho de la Competencia. A propósito de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30-VII-1998 y de las últimas reformas sobre el control de las concentraciones», por IGONE ALZELAI, pág. 1547.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SINTESIS DE LA RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, DE 30-VII-1998: 1. Los HECHOS; 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y LA RESOLUCIÓN.—III. COMENTARIO DE LA RESOLUCION Y NOVEDADES LEGISLATIVAS AL RESPECTO: 1. LA CREACIÓN DE UNA EMPRESA EN PARTICIPACIÓN DE CARÁCTER COOPERATIVO Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: 1.1. *El Derecho comunitario ante el fenómeno de las empresas en participación:* 1.1.1. Ubicación sistemática y clasificación de la empresa en participación. 1.1.2. Remisión a las

normas sobre carteles o sobre concentraciones. Criterios para su distinción. 1.1.3. Reforma del sistema, introducida por el Reglamento (CE) núm. 1310/97 de 30 de junio de 1997; 1.2. *Tratamiento aplicable en España a las empresas en participación*: 1.2.1. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia: a) Ausencia de regulación expresa. b) Dificultades para el desarrollo del sistema establecido por la Ley. c) La opción entre cartel y concentración ¿a quién compete? 1.2.2. La reforma introducida por el RD-Ley 6/1999 de 16 abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia. 2. LA CALIFICACIÓN DEL TDC A LA OPERACIÓN OBJETO DE LA RESOLUCIÓN DE 30-VII-1998: 2.1. *Valor del concepto económico de «integración» en el Derecho antitrust*; 2.2. *Difusa delimitación entre «concertación» y «concentración»*: 2.2.1. Consecuencias para las autoridades de la competencia. 2.2.2. Consecuencias para las partes implicadas: a) Solicitud de autorización versus notificación. b) Procedimiento sancionador versus procedimiento de control. c) Autorización por el TDC versus autorización tácita o gubernamental.—IV. CONCLUSIONES.

«El plazo de prescripción de las acciones ejercitadas por el consignatario contra el naviero», por MERCEDES ZUBIRI DE SALINAS, pág. 1589.

SUMARIO: 1. PRELIMINAR.—II. NATURALEZA JURIDICA DE LAS RELACIONES QUE MEDIAN ENTRE EL CONSIGNATARIO Y EL NAVIERO: a) SU CONFIGURACIÓN COMO CONTRATO DE AGENCIA; b) SU CONFIGURACIÓN COMO CONTRATO DE COMISIÓN.—III. NECESIDAD DE RECLAMAR SUBROGÁNDOSE EN LA POSICION DEL TERCERO O EJERCICIO DE LAS ACCIONES PROPIAS.—IV. PLAZO DE PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES.

«La nueva regulación del contrato de transporte en Alemania «Transport-rechtsreformgesetz» (TRG)», por CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, pág. 1601.

SUMARIO: 1. ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA.—LA NUEVA REGULACION DEL CONTRATO DE TRANSPORTE: A) INTRODUCCIÓN; B) DISPOSICIONES GENERALES (§§ 407-450 HGB): 1. *Ámbito de aplicación*: a) *Ámbito de aplicación material*. *Sus aspectos objetivo y subjetivo*, b) *El papel de la autonomía de la voluntad*, c) *Aplicación del Derecho extranjero*; 2. *Noción y caracterización general del contrato de transporte*; 3. *Elementos formales*: a) *Carta de porte*, b) *Resguardo de carga*; 4. *Contenido del contrato*. *Derechos y obligaciones de las partes*: a) *Embalaje y marcado de la mercancía*, b) *Documentación e información complementaria*, c) *Mercancías peligrosas*, d) *Carga y descarga de la mercancía*, e) *Denuncia del contrato*, f) *Derecho al transporte parcial o incompleto*, g) *Derecho de disposición*, h) *Derechos del porteador en caso de impedimentos al transporte o a la entrega*, i) *Pago del porte y otras cantidades*, j) *Posición del destinatario*, k) *Entrega contra reembolso*; 5. *Responsabilidad*: a) *Responsabilidad del porteador*: a») *Naturaleza contractual y extracontractual*, b») *Responsabilidad por (y de) los colaboradores del porteador*, c») *Supuestos de responsabilidad*, d») *Fundamento de responsabilidad*, e») *Deuda indemnizatoria*; b) *Responsabilidad del remitente*; 6. *Reclamaciones y acciones*: a) *Denuncia del daño*, b) *Prescripción*, c) *Competencia judicial*; 7. *Privilegio del porteador*; C) TRANSPORTE DE MUDANZAS (§§ 451-451h, HGB); D) TRANSPORTE MULTIMODAL (§§452-452d HGB).

«La protección de la presentación comercial en Gran Bretaña», por CRISTINA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 1651.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE MARCAS BRITANICO.—II. LA FIGURA DEL PASSING OFF: 1. ORIGEN HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR; 2. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL PASSING OFF.—III. LA FIGURA DEL GET-UP o PRESENTACION COMERCIAL: 1. EL CONCEPTO DE GET-UP o PRESENTACIÓN COMERCIAL: LA APTITUD DIFERENCIADORA; 2. LA IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA DE UNA MARCA REGISTRADA PARA LA PROTECCIÓN DE LA PRESENTACIÓN; 3. RASGOS FUNCIONALES O ESTÉTICOS. LOS RASGOS COMUNES EN EL TRÁFICO.—IV. EL CONSUMIDOR MEDIO COMO PARAMETRO A TRAVES DEL CUAL MEDIR LA POSIBILIDAD DE ENGAÑO.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 146 (Enero-Junio 99)

(Sin sumarios)

«Fundamentos jurídicos de las decisiones sobre la exclusión de la sacramentalidad del matrimonio en la jurisprudencia reciente», por PABLO GONZÁLEZ CAMARA, págs. 9-70.

«Uniones estables de pareja y Magisterio de la Iglesia Católica», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 71-122.

«Los procesos de beatificación y canonización de los mártires del siglo XX», por VICENTE CÁRCEL ORTÍ, págs. 123-176.

«La enajenación de bienes de los Institutos de Vida Consagrada», por ISABEL ALDANONDO 177-202.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 6 (Enero-Febrero 2000)

«La reforma del derecho de reversión», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 2.

SUMARIO: I. La reversión: concepto y regulación.—II. Constitucionalidad del nuevo régimen.—III. Requisitos subjetivos.—IV. Requisitos objetivos: supuestos de reversión; excepciones.—V. Requisitos temporales: plazos.—VI. Efectos de la reversión: el pago de su precio.—VII. Efectos contra terceros.

«Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio», por ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ, pág. 29.

SUMARIO: I. Introducción.—II. La competencia para autorizar la entrada en domicilio.—III. Titular del derecho: persona física versus jurídica.—IV. Concepto de domicilio.—V. Fundamento.—VI. Presupuestos y límites.—VII. Procedimiento.—VIII. Conclusiones.

«La fe pública judicial, ante las nuevas tecnologías», por ERNESTO ESTEBAN CASTILLO, pág. 65.

SUMARIO: 1. Contenido de la fe pública procesal y su visión desde la informática.—2. Invocación del derecho procesal a la tecnología aplicada al proceso.—3. La documentación procesal electrónica.—4. La contabilidad procesal electrónica.—5. El archivo de la documentación judicial.—6. El proyecto de informatización judicial.

«El funcionario de la Administración de Justicia como usuario de las bases de datos judiciales», por JOSÉ ANTONIO SABÍN GONZÁLEZ, pág. 85.

SUMARIO: A. Introducción.—B. Clases de bases de datos.—C. Interacción del funcionario judicial con las bases de datos.—D. Responsabilidad funcional en el uso de las bases de datos.—E. Conclusiones.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 de 2000

«El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas», por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, pág. 9 (sin sumario).

«Algunas reflexiones en torno a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», por PEDRO A. MUNAR BERNAT, pág. 33.

SUMARIO: 1. LAS ETAPAS HASTA LA CONSECUION DE UNA LEY.—2. LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO.—3. LOS ASPECTOS DE LA LEY QUE SON DERIVACION DE LA DIRECTIVA 94/47 DE LA UNION EUROPEA: 3.1. EL DOCUMENTO INFORMATIVO. 3.2. EL CONTRATO Y SU CONTENIDO MÍNIMO. 3.3. LA LENGUA EN QUE SE DEBEN REDACTAR EL DOCUMENTO INFORMATIVO Y EL CONTRATO. 3.4. LA FACULTAD DE DESISTIR UNILATERALMENTE DEL CONTRATO SUSCRITO. 3.5. LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. 3.6. LA PROHIBICIÓN DE ANTICIPOS. 3.7. POSIBILIDAD DE RESOLUCIÓN DE LOS PRÉSTAMOS VINCULADOS.—4. LA PUBLICIDAD REGISTRAL: 4.1. LA PUBLICIDAD DEL RÉGIMEN. 4.2. LA FORMA DE ACCESO AL REGISTRO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO.—5. LA INEXISTENTE REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS.—6. LA SOLUCION QUE SE PLANTEA PARA LOS REGIMENES PREEXISTENTES: 6.1. NORMAS RELATIVAS A LA PROMOCIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS PREEXISTENTES. 6.2. TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS TRANSMITIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.

«Convenio arbitral y rigidez formalista», por ELÍAS CAMPO VILLEGAS, pág. 67.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—III. PANORAMA DE LA DOCTRINA CIENTIFICA.—IV. LOS ARGUMENTOS DE LAS TESIS FORMALISTAS.—V. NUESTRA PERSONAL OPINION: A) La «VOLUNTAS LEGISLATORIS» COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY: a) *Introducción al tema*. b) *El proceso parlamentario*. c) *La doctrina científica en torno a la voluntad legislatoris*. B) EL ANTECEDENTE HISTÓRICO-LEGISLATIVO Y LA ORIENTACIÓN DE LA REFORMA: a) *La orientación general de la reforma*. b) *Especial consideración de los Convenios de Ginebra y*

de Nueva York. C) EL ELEMENTO SISTEMÁTICO. LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL CONTEXTO DE NUESTRO ORDENAMIENTO: a) *La autonomía privada como fuente de las obligaciones*. b) *El principio espiritualista como principio rector del formalismo contractual*. c) *El principio de conservación del contrato*. d) *El valor integrador de los Reglamentos en el arbitraje institucional*. D) LA REALIDAD SOCIO ECONÓMICA.

«Notes sobre l'acció de cessació i la privació temporal de l'ús de la vivienda o local previstes a l'art. 7.2 de la Llei de Propietat Horitzontal», por JOSEP SANTIDIUMENGE I FARRÉ, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCIO.—1. ABAST DE LA REFORMA. 2. ELS CASOS EN ELS QUALS S'HA PLANTEJAT LA CONSTITUCIONALITAT DE L'ANTIC ARTICLE 19 LPH. 3. EL NOU ARTICLE 7 LPH I LA SEVA POSSIBLE INCONSTITUCIONALITAT.—II. REGIM JURIDIC DE L'ACCIO DE CESSACIO: 1. L'ACTUACIÓ ANTIJURÍDICA DEL PROPIETARI O DE L'OCUPANT DEL PIS O LOCAL. 2. L'INICI DEL PROCEDIMENT COMUNITARI PER EMPRENDRE ACCIONS JUDICIALS. 3. EL CONSENTIMENT DE LA COMUNITAT DE PROPIETARIS. 4. LA INTERPOSICIÓ DE LES ACCIONS JUDICIALS QUE RESULTEN DE L'ARTICLE 7.2 LPH.—III. VALORACIO DE LA PRIVACIO TEMPORAL DE L'US DEL PIS O LOCAL PER PART DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. LA SENTENCIA NÚM. 301/1993, DE 21 D'OCTUBRE DE 1993. 2. LA SENTENCIA NÚM. 28/1999, DE 8 DE MARZO DE 1999.—IV. OBSERVACIONS CRITIQUES A LA SANCIO DE PRIVACIO D'US DE L'ARTICLE 7.2 LPH: 1. SOBRE EL CARACTER EXORBITANT DE LA SANCIO. 2. SOBRE LA INTERPRETACIÓ JUDICIAL RESTRICTIVA.

«La cassació civil davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya durant l'any 1998», por LLUIS PUIG I FERRIOL, pág. 125.

SUMARIO: I. INTRODUCCIO.—II. RECURSOS DE CASSACIO EN MATERIA DE DRET DE FAMÍLIA: 1. QUESTIONS SOBRE FILIACIÓ. 2. QUESTIONS SOBRE REGIM ECONOMIC MATRIMONIAL DE SEPARACIÓ DE BÉNS. 3. QUESTIONS SOBRE CRISIS MATRIMONIALS.—III. RECURSOS DE CASSACIO EN MATERIA DE DRET DE SUCCESSIONS: 1. QUESTIONS QUE FAN REFERENCIA ALS REQUISITS DE FORMA DELS TESTAMENTS. 2. QUESTIONS SOBRE L'HERENCIA FIDEICOMISSARIA. 3. PROBLEMÀTICA EN RELACIÓ AMB ELS LLEGATS. 4. QUESTIONS SOBRE LA LLEGÍTIMA. 5. PRECISIONS SOBRE L'ACCEPTACIÓ DE L'HERENCIA.—IV. RECURSOS DE CASSACIO EN MATERIA DE DRETS REALS.—V. RECURSOS DE CASSACIO EN MATERIA D'OBLIGACIONS I CONTRACTES.

«Apuntes doctrinales y jurisprudenciales acerca de la problemática existente por la firma de pagarés en blanco como garantía de contratos mercantiles sin intervención de corredor de comercio», por RICARDO BALANSO ZAPATER, pág. 145 (sin sumario).

«Eficacia probatoria del atestado de tráfico. Su valoración en el juicio oral», por JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO, pág. 163.

SUMARIO: I. DOCTRINA GENERAL SOBRE LA VALORACION DE LA PRUEBA. II. DELIMITACION CONCEPTUAL DE LA DENOMINADA PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA.—III. ANALISIS ESPECIFICO DEL ATESTADO DE TRAFICO: A) CONSIDERACIONES GENERALES. B) EXAMEN DE LAS PARTES INTEGRANTES DEL ATESTADO: 1. *Actos de constatación de estado de cosas*. 2. *Declaraciones de testigos o eventuales responsables*. 3.

Dictámenes o informes de gabinetes policiales. 4. Documentos adjuntos al atestado. 5. Informe sobre la forma de producirse el accidente y otras apreciaciones subjetivas de los agentes.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Número 2 de 2000

«Les unions homosexuals en la Llei d'unions estables de parella. Aproximació crítica», por PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ, pág. 333.

SUMARIO: I. INTRODUCCIO: 1. UNIONS HOMOSEXUALS: DEBAT SOCIAL I JURIDIC. 2. CRITERIS POLÍTICS PER A LA REGULACIÓ JURÍDICA DE LES UNIONS HOMOSEXUALS.—II. CONTEXT INTERNACIONAL: 1. PRECEDENTS LEGISLATIUS EUROPEUS. 2. PROBLEMES DE RECONeixEMENT JURÍDIC A LA UNIÓ EUROPEA.—III. PROPOSTES DE REGULACIÓ A L'ESTAT ESPANYOL: 1. PROPOSICIÓ DE LLEI DE COALICIÓ CANARIA. 2. PROPOSICIÓ DE LLEI DEL PARTIT POPULAR.—IV. LA LLEI D'UNIONS ESTABLES DE PARELLA: 1. EL PROJECTE DE LLEI PRESENTAT PEL GOVERN CATALA. 2. LES UNIONS HOMOSEXUALS A LA LLEI D'UNIONS ESTABLES DE PARELLA.—V. CONSIDERACIONS FINALS.

«Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y fondos de inversión mobiliaria de carácter acumulativo. Su alcance sustantivo y fiscal», por CARMELO AGUSTÍN TORRES, pág. 357.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. TRANSMISION MORTIS CAUSA DEL DERECHO DE USUFRUCTO SOBRE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES: A) REGULACIÓN SUSTANTIVA. B) REGULACIÓN FISCAL: 1. *Efectos en el transmitente*. 2. *Efectos en el adquirente*: a) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. b) Impuesto sobre el Patrimonio. c) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 3. *Extinción del usufructo*. C) CONCLUSIÓN PRÁCTICA.—III. TRANSMISION MORTIS CAUSA DEL DERECHO DE USUFRUCTO SOBRE PARTICIPACIONES DE FONDOS DE INVERSIÓN MOBILIARIA DE CARACTER ACUMULATIVO: A) REGULACIÓN SUSTANTIVA. B) REGULACIÓN FISCAL: 1. *Efectos en el transmitente*. 2. *Efectos en el adquirente*: a) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. b) Impuesto sobre el Patrimonio. c) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 3. *Extinción del usufructo*. C) CONCLUSIÓN PRÁCTICA.

«Letra de cambio: nuevas exigencias formales, nuevo modelo oficial», por PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, pág. 379.

SUMARIO: I. PRELIMINAR Y ENCUADRAMIENTO.—II. LA REFORMA LEGISLATIVA: 1. CONTENIDO Y PROPÓSITO. 2. ASPECTO GENERAL: EL CARÁCTER FORMALMENTE PRESUNTUOSO Y MATERIALMENTE EXCESIVO DE LA REFORMA. 3. EL CONCEPTO DE CLÁUSULAS «FACULTATIVAS». 4. EL «ESPACIO RESERVADO POR LA NORMATIVA APLICABLE» PARA LAS CLÁUSULAS «FACULTATIVAS». 5. CONSECUENCIAS DE LA INCLUSIÓN DE «CLÁUSULAS FACULTATIVAS» EN ESPACIO DISTINTO DEL RESERVADO PARA ELLAS.—III. EL NUEVO MODELO DE LETRA DE CAMBIO Y LA REFORMA: 1. DE LA REFORMA «FORMAL» AL NUEVO «MODELO»: a) *La primera percepción: sorpresa, confusión y desorden*. b) *La segunda percepción: el menguante «espacio reservado por la normativa aplicable»*. 2. LAS CLÁUSULAS NECESARIAS. 3. ACEPTACIÓN, ENDOSO, AVAL Y TIMBRE.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-Junio 99)

«Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional», por ANTONIO REMIRO BROTONS, pág. 11.

SUMARIO: INTRODUCCION.—LOS TERMINOS DE REFERENCIA. MULTILATERALISMO Y REGIONALISMO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.—A VUELTAS CON LA SEGURIDAD ECONOMICA.—¿MULTILATERALISMO Y REGIONALISMO EN LA POLITICA INTERNACIONAL?—UNILATERALISMO FRENTE A NUEVAS AMENAZAS.—NACIONES UNIDAS FIN DE SIGLO.—¿UNIVERSALISMO, MULTILATERALISMO, UNILATERALISMO UNIVERSAL?—REGIONALISMO EUROPEO FIN DE SIGLO.—HABLEMOS DE LA OTAN.—LA OTAN, CENTRO DE LA ARQUITECTURA DE LA SEGURIDAD EUROPEA Y ALGO MAS: EL NUEVO CONCEPTO ESTRATEGICO.—UNA REFLEXION FINAL.

«El consejo de seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo», por SANTIAGO RIPOL CARULLA, pág. 60.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. VALORACIONES DEL EMPLEO DE LA FUERZA ARMADA POR LA OTAN SOBRE EL TERRITORIO DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DE YUGOSLAVIA. A) ACCIÓN CONTRARIA AL DERECHO DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. B) DOS ARGUMENTOS DE JUSTIFICACIÓN: a) *Acción adoptada en el desarrollo de las resoluciones del Consejo de Seguridad*; b) *Acción obligada por razones de humanidad*. C) KOSOVO COMO CONFIRMACIÓN DE UNA POSIBILIDAD PLANTEADA POR LA DOCTRINA.—II. SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA Y PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS: A) EL PARALELISMO EN LAS ACCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD ANTE LAS CRISIS DE BOSNIA-HERZEGOVINA Y DE KOSOVO. B) EL RESTABLECIMIENTO DE LA PAZ COMO PRINCIPAL OBJETIVO. C) MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES, UNA RELACIÓN MEDIATA.—III. MODALIDAD DE LA ACCION DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: A) REACCIÓN ANTE LAS PRÁCTICAS DE VIOLACIÓN MASIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. B) RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS INDIVIDUOS. C) MISIONES DE ASISTENCIA HUMANITARIA.—CONSIDERACIONES FINALES.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO Número 94 (Enero-Abril 99)

«El habeas data, el derecho a la autodeterminación informativa y la superación del concepto preinformático de la intimidad», por VÍCTOR BAZÁN, pág. 13.

«El Estado de derecho: una perspectiva histórico-estructural», por MARCOS KAPLAN, pág. 77.

«La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa», por JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL, pág. 103.

«Las exenciones de impuestos», por GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA, pág. 121.

- «La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense», por MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO, pág. 137.
- «La flexibilización y las condiciones generales de trabajo», por HÉCTOR SANTOS AZUELA pág. 177.

Número 95 (Mayo-Agosto 99)

- «La *Jury Constitutionnaire* en el pensamiento de Sieyes», por EDGAR CARPIO MARCOS, pág. 269.
- «El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva», por JORGE CARPIZO, pág. 321.
- «El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX», por SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, pág. 357.
- «La jurisprudencia como técnica», por CARLA HUERTA OCHOA, pág. 397.
- «La reforma del Estado británico», por FRANCISCO A. IBARRA PALAFOX, pág. 417.
- «Análisis de derecho comparado en materia concursal de cinco legislaciones», por ENRIQUE DE LA MADRID, pág. 453.
- «Clinton *versus* Jones», por MARTA MORINEAU, pág. 505.
- «Derechos humanos y prisión. Notas para el acercamiento», por MERCEDES PELÁEZ FERRUSCA, pág. 521.
- «La violencia intrafamiliar», por M.^a DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS, pág. 549.
- «Derecho y principio de libertad religiosa. Un breve análisis de la actitud promotora del Estado ante el hecho religioso», por JAVIER SALDAÑA, pág. 587.
- «Freedom of Association in a Time of Mobile Capital and Labor», por MARLEY S. WEISS, pág. 605.

Número 96 (Septiembre-Diciembre 99)

- «El sindicato ante la problemática de una nueva relación laboral», por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 717.
- «Los medios de comunicación masiva y el Estado de derecho, la democracia, la política y la ética», por JORGE CARPIZO, pág. 743.
- «El control normativo de la constitucionalidad en Perú: crónica de un fracaso anunciado», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 765.
- «Appraisal Rights: The «Fair» Valuation of Shares in Case of Dissent», por JULIÁN J. GARZA CASTAÑEDA, pág. 809.
- «El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones de México con su ratificación», por JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN, pág. 857.
- «La pena privativa de libertad en el Código Penal español de 1995», por MERCEDES PELÁEZ FERRUSCA, pág. 873.
- «Violencia contra menores; un acercamiento al problema en México», por M.^a DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS, pág. 903.

- «Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos», por JAVIER SALDANA, pág. 949.
- «Sistema de producción y principios formativos del derecho del trabajo. Perspectiva crítica frente a la modernidad y a la economía global», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 969.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 4 de 1999

- «Liability in international carriage by air - the new Montreal Convention (28 May 1999)», por MICHAEL MILDE, pág. 835.
- «Le droit comparé et le droit uniforme dans l'élaboration du projet de Code civil argentin (1998)», por JULIO CÉSAR RIVERA, pág. 863.
- «Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)-Part II», por WILLIAM TETLEY, pág. 877.

REVISTA JURIDICA DA UNIVERSIDADE MODERNA

Número 1 de 1998

- «Hipótesis Típicas de Responsabilidad Civil», por JORGE SIND MONTERO, pág. 1.
- «Actos consecuentes e osecico de sentença anulatória (Um caso exemplar em matéria de funcionalismo público)», por JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, pág. 29.
- «Algumas reflexoes sobre o estatuto dogmático do chamado *Direito Penal Informático*», por JOSÉ DE PARIÁ COSTA, pág. 47.
- «O Direito a Greve (análise doutrinal)», por J.J. GONÇALVES PROENÇA, pág. 65.
- «Elementos ou Meios das Empresas», por J.M. COUTINHO DE ABREU, pág. 111.
- «Direitos Humanos em Situações de Fronteira (A definição do âmbito de aplicação do Direito Comunitário e a sua relevancia para a protecção dos direitos humanos dos beneficiários de normas comunitárias)», por ALVARO CASTRO OLIVEIRA, pág. 123.
- «Os Actos Jurídicos Criadores de Obriga,coes e Direitos Internacionais Subjectivos», por ANTONIO CABRAL DE MONCADA, pág. 163.
- «As Relações Especiais de Poder no Direito Portugues», por LUIS CABRAL DE MONCADA, pág. 181.
- «A Autonomia das Ações para a Efectivação da Responsabilidad Civil da Administração por Danos Resultantes de Actos Administrativos Ilegais (Algumas considerações sobre o art. 7.º do Dec. - Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967)», por MARGARIDA CORTEZ, pág. 211.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 90 (Mayo-Agosto 99)

- «El marco legal internacional de regulación de los riesgos biotecnológicos», por VANESSA RETANA BARRANTES, pág. 9.

- «Derecho urbanístico, derecho ambiental y la técnica autorizatoria», por VIRGILIO F. CALVO MURILLO, pág. 61.
- «La fiscalización superior de la hacienda pública como garantía de los habitantes», por RONALD HIDALGO CUADRA, pág. 71.
- «Contratación pública internacional», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 97.
- «Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado: un problema de constitucionalidad», por ALONSO SALAZAR, pág. 131.
- «Documentos para la historia del derecho costarricense», por JORGE FRANCISCO SÁENZ CARBONELL, pág. 147.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 204 (Julio-Diciembre 98)

- «Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad», por DANIEL PEÑAILILLO AREVALO, pág. 7.
- «De las acciones de filiación», por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 31.
- «Patria potestad», por HERNÁN TRONCOSO LARRONDE, pág. 47.
- «Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna», por CARLOS ALVAREZ CID, pág. 63.
- «Las reformas al derecho sucesoral de la ley 19.585», por RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, pág. 73.
- «La prueba del estado civil», por FRANCISCO SEGURA RIVEIRO, pág. 97.
- «Disposiciones transitorias de la ley 19.585», por CARLOS ALVAREZ NÚÑEZ, pág. 105.
- «Actos de investigación del procedimiento preliminar penal y actos de prueba del juicio», por ORTELLS RAMOS, pág. 117.
- «El procedimiento preliminar en el proceso penal», por MANUEL ORTELLS RAMOS, pág. 129.
- «Naturaleza jurídica de la gestión judicial destinada a regular cuantitativamente la indemnización de perjuicios sustanciada en el procedimiento incidental de cumplimiento de la resolución que reconoció su existencia», por JULIO E. SALAS VIVALDI, pág. 141.
- «Principios básicos del futuro Código Procesal Penal», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 149.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 859 (Enero-Febrero-Marzo 2000)

- «El contexto ideológico y socioeconómico del Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial», por CARLOS A. GHERSI, pág. 19.
- «El artículo 269 del Proyecto de nuevo Código Civil y una disvaliosa innovación», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 35.
- «Prefacio», por NATALIO PEDRO ETCHEGARAY, pág. 45.

«Mandatos irrevocables póstumos y *post mortem*. Teoría y práctica», por FRANCISCO MARTÍNEZ SEGOVIA, pág. 47.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA.

Núm. 181 (Febrero 2000)

«Las iniciativas comunitarias de los fondos estructurales», por Ignacio Alvar-gonzález Rodríguez, pág. 9.

«El Fondo Europeo de desarrollo regional (FEDER)», por Juan Fernández Fernández, pág. 15.

«La coherencia entre los Fondos estructurales y las Ayudas regionales», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 37.

«Financiación del desarrollo rural en la Unión Europea», por JOAN MIER ALBER, pág. 51.

«Administraciones españolas y Fondos Estructurales Europeos», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 61.

«La cohesión económica y social en la Comunidad Europea: mito o realidad», por Luis Ortúzar Andechaga, pág. 79.

«El Fondo Social Europeo y la Europa social del siglo XXI», por JAVIER PAL-MERO ZURDO, pág. 87.

«El Fondo de Cohesión: experiencias y perspectivas», por ENCARNACIÓN RODRÍ-GUEZ CAÑAS, pág. 101.