

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.

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

Págs.

ESTUDIOS

«El acta de inscripción», por ANTONIO PAU PEDRÓN	9
«El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario», por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	27
«Ley Hipotecaria y Ley Moral: Deontología y ética profesional en los registradores», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	61
«La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», por MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS	87

DICTAMENES Y NOTAS

«La publicidad jurídica registral en Perú: eficacia material y principios registrales», por ALVARO DELGADO SCHEELJE	111
«El principio de publicidad en el Derecho registral peruano (Aproximaciones y perspectivas)», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	129
«El principio de legalidad y la calificación registral en el Perú», por EDILBERTO CABRERA YDME	145

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	169
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	185
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	193

	<i>Págs.</i>
B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA	227
 III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	227
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	258
f) Responsabilidad civil, por JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL Y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	266
4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	311
 INFORMACION BIBLIOGRAFICA	
«La teoría de la publicidad registral y su evolución», de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	319
«Libro homenaje a Juan Manuel Rey Portolés», de ANTONIO PAU PEDRÓN y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	322
«Problemas jurídicos del aprovechamiento del agua en la agricultura», de JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	324
«Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales», del UNIDROIT, por CARLOS VATTIER FUNZALIDA	327
«La diversidad de legislaciones civiles en España», de ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, por M. ^a DEL CARMEN CORRAL GUJÓN	333
 REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	 339

ESTUDIOS

El acta de inscripción

SUMARIO: I. EL ACTA EN LA PRACTICA Y EN LA LEGISLACION.—II. SIGNIFICADO DEL ACTA.—III. EL ACTA Y LA FORMA DE LOS ASIENTOS.—IV. EL ACTA EN EL DOCUMENTO INSCRITO (*).

I. EL ACTA EN LA PRACTICA Y EN LA LEGISLACION

La evolución de la doctrina y la práctica registral ha hecho que surgiera y se perfeccionara el acta de inscripción, es decir, la declaración expresa de la inscripción de un derecho —o, en general, una situación jurídica—, con la consiguiente sujeción de ese derecho —o situación jurídica— a las normas que establecen la eficacia de la publicidad registral. Esa declaración que hace el Registrador supone «la determinación oficial de la efectiva producción de la situación jurídica» (1). Los dos presupuestos del acta son la calificación favorable del acto jurídico y la adecuación del acto jurídico a la situación anteriormente publicada.

En el acta de inscripción es donde se manifiesta con mayor claridad la esencia de la función registral, y su naturaleza: se trata de una declaración *erga omnes* de situaciones jurídicas, lo que supone una actividad de jurisdicción voluntaria. «Se trata, en sentido material, de una función jurisdiccional: tiene como finalidad primordial proclamar oficialmente situaciones jurídicas. Responde, pues, a la idea etimológica del vocablo (*juris dictio*). Estas declaraciones tienen cierta eficacia análoga a las sentencias y, como ellas, son en principio, inmovibles. Ciertamente, los pronunciamientos del Registro no tienen carácter definitivo, y prevalecen las decisiones judiciales en juicio ordinario. Pero, en cambio, sobre las sentencias, aquellos pronunciamientos valen *erga omnes y a todos los efectos*» (2). En esta

(*) Trabajo destinado al libro-homenaje a don Jesús López Medel.

(1) La frase es de R. NICOLÒ, *La trascrizione*, Milán, 1973, pág. 9: «accertamento ufficiale della situazione giuridica».

(2) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 526.

misma línea, se afirma en la doctrina alemana que la inscripción es una *decisión* (*Entscheidung*) (3).

El núcleo decisorio que tiene la inscripción se refleja precisamente en el acta. Existe un visible paralelismo entre sentencia e inscripción de un lado, y fallo y acta de otro. Por eso se ha escrito que «el acta de inscripción pronunciará el *juicio* del Registrador, y resumirá lo que es objeto de publicidad legitimadora, haciendo eliminación de los demás actos que sirvieron de fundamento a ese juicio, y que quedan relegados [...] al “fondo” de la inscripción»; «en los asientos registrales, el acta de inscripción equivale al fallo de las resoluciones judiciales» (4).

En los asientos de la antigua Contaduría de Hipotecas no hay acta, no hay declaración alguna sobre la inscripción de derechos; la causa es evidente: el asiento registral se concibe como una simple «toma de razón», como un simple resumen del documento; al determinarse las circunstancias del asiento no se hace referencia alguna a derechos: «la toma de razón ha de estar reducida a referir la data o fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligación o fundación; diciendo si es imposición, venta, fianza, vínculo u otro gravámen de esta clase, y los bienes raíces gravados o hipotecados que contiene el instrumento, con expresión de sus nombres, cabidas, situación y linderos, en la misma forma que se exprese en el instrumento» (regla IV de la Pragmática de 1768).

Con la primera legislación hipotecaria —la Ley de 1861 y su reglamento del mismo año— la cuestión cambia. La inscripción gana autonomía frente al documento. Se habla, por primera vez, del «derecho que se inscribe» (art. 9 de la Ley y regla 5.^a del art. 25 del Reglamento). Esto hace que aparezca, en los asientos, el acta de inscripción, tanto en la práctica como en las normas (cfr. núm. 6.^o del art. 29 RH de 1861) (5). No obstante, en la evolución del contenido del acta pueden señalarse dos fases:

- a) En una primera fase, en que late todavía la idea antigua de la «toma de razón», se refleja en el acta, únicamente, el título. En el modelo número 1 del Reglamento de 1861, el acta de inscripción expresa el «título de compraventa»; en el modelo número 4, «la adquisición a título de legado»; en el modelo número 11, «el título de dote estimada».

(3) Vid. G. MEIKEL; W. IMHOF, y H. RIEDEL, *Grundbuchrecht*, t. 3, Frankfurt-München, 1988, pág. 2159, y, en general, todos los comentaristas del § 71, ap. 1 GBO. El carácter de *decisión* que tiene la inscripción es el que determina, según los autores, la necesaria independencia del Registrador.

(4) M. FIGUEIRAS DACAL, «La publicidad del acto registrado (como función social), y la fórmula del acta de inscripción (como protección jurídica)», en *RCDI*, núm. 552, septiembre-octubre 1982, pág. 1205.

(5) Habla ese número de «acto de inscripción», no de «acta». Pero la afirmación expresa sobre el acto de inscripción es, en definitiva, el acta de inscripción.

- b) En una segunda fase, en el acta se refleja el derecho que se inscribe o publica. Los modelos de los Reglamentos sucesivos siguen aludiendo a títulos («título de compraventa», «título de herencia», según los modelos del Reglamento de 1947), pero la práctica se va ajustando a los conceptos: el objeto de la publicidad registral son derechos —y, en general, situaciones jurídicas—.

La reforma reglamentaria de 12 de noviembre de 1982 llevó al derecho positivo la práctica del acta de inscripción, al dar nueva redacción a la regla décima del artículo 51: «En todo caso se hará constar el acta de inscripción, que expresará: El hecho de practicarse la inscripción, la persona a cuyo favor se practica, el título genérico de su adquisición y el derecho que se inscribe». El preámbulo del Real Decreto reformador explica: «Otra de las importantes novedades es la de consagrar la llamada acta de inscripción, que aunque ya aparecía en toda la práctica registral, carecía de suficiente reflejo en la legislación hipotecaria».

Podía haberse aprovechado esta reforma para eliminar, en la misma línea, dos previsiones del artículo 51 RH. Se trata de dos reminiscencias de la antigua «toma de razón». Debía haberse procedido, pues, a una doble supresión:

- a) La supresión de la referencia circunstanciada al título (actual regla 11.^a). Hubiera bastado con mantener la exigencia de que se exprese «el día y la hora de la presentación del título en el Registro» y «el número del asiento y del tomo del diario correspondiente». En el asiento de presentación consta ya, perfectamente identificado, el título, y con esta constancia es suficiente.
- b) La supresión del inciso que explica que la firma del Registrador «implicará la conformidad de aquélla (la inscripción) con el título presentado». La firma del Registrador no es una declaración de coincidencia de asiento y título, como la firma del Notario no es una declaración de coincidencia del título y las declaraciones de voluntad de los otorgantes, y como la firma del Juez no es una declaración de coincidencia o divergencia del fallo respecto de la demanda. Sobran también — como ha observado algún autor — las expresiones «Así resulta», «Todo ello resulta», o «Resulta» que, siguiendo los inadecuados modelos reglamentarios, se vienen arrastrando desde antiguo; se trata de expresiones «inexactas, porque no todo lo que en el asiento les precede (verbigracia, el acta de inscripción) resulta del título presentado» (6).

(6) P. ÁVILA ALVAREZ, *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, Madrid, 1985, pág. 39.

A pesar de que el preámbulo del Real Decreto 3215/1982 considera que la consagración del acta de inscripción es una «importante novedad», no toda la doctrina lo entendió así. Frente a algunos autores, que consideraron que el acta refleja la esencia de la actuación oficial del Registrador (7), otros afirmaron que la consagración reglamentaria del acta es «un retroceso», porque su contenido ya figura en el resto del asiento, y se trata, pues, de una «repetición innecesaria», de una mera «cláusula de estilo» (8).

II. SIGNIFICADO DEL ACTA

El acta es la esencia, el núcleo de la inscripción. Desde el punto de vista formal, determina con precisión los derechos que son objeto de publicidad; es decir, los derechos que quedan protegidos por los principios hipotecarios. No quiere decir esto —como ha pretendido algún autor— que el resto del asiento sea mera «publicidad-noticia», de manera que sólo el contenido del acta tenga «fuerza protectora del tráfico jurídico» (9). Como luego veremos, el acta ha de completarse, en algunos casos, con lo que suele llamarse «el fondo del asiento» o «el cuerpo de la inscripción». La distinción entre aquella parte del contenido del asiento que está dotada de eficacia registral, y aquella otra parte del contenido que no está dotada de tal eficacia, no coincide con la distinción entre «acta» y «fondo» o «cuerpo» de la inscripción, sino con la distinción entre contenido propio del Registro —la situación jurídico-real del inmueble— y lo que no es contenido propio del Registro —por ejemplo, el estado civil del titular—.

Desde el punto de vista de fondo, el acta de inscripción revela la función de la publicidad inmobiliaria. Esa función no es otra que la constatación de que se ha producido una determinada situación jurídica, con el fin de reflejarla en el Registro y se produzcan, respecto a ella, los efectos previstos por la ley. De dos precedentes —la situación jurídica previa que consta en el Registro, y el nuevo negocio que consta en el documento presentado— resulta una nueva situación jurídica, que el Registrador, previa comprobación de su legalidad, lleva a los libros registrales.

El contenido del documento y el contenido de la inscripción son distintos; el primero consiste en un negocio, y el segundo en una situación jurídica. El primero afecta a las partes, y sólo a ellas (*ex art. 1.257 del Código Civil*,

(7) P. AVILA ALVAREZ, *Comentarios...*, pág. 37.

(8) J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1994, pág. 707.

(9) M. FIGUEIRAS DACAL, «La publicidad del acto registrado (como función social), y la fórmula del acta de inscripción (como protección jurídica)», en *RCDI*, núm. 552, septiembre-octubre 1982, pág. 1202 y sigs.

principio de relatividad de los contratos), mientras que el segundo afecta a los terceros. Por eso no es exacto decir que la inscripción produce, simplemente, una extensión de los efectos del documento a los terceros. Eso equivaldría a decir que es el negocio el que, una vez inscrito, afecta a los terceros. Y eso no es cierto, por dos razones: primero, porque lo que se inscribe y publica no es un negocio, sino un derecho; y segundo, porque lo que, tras la inscripción, afecta a los terceros, no es el negocio, sino el derecho real inmobiliario derivado del mismo.

El acta de inscripción refleja la nueva situación jurídica derivada de los antecedentes registrales y del negocio documentado:

- a) El contenido del acta es autónomo, en el sentido de que se rige por unas reglas propias, distintas de las del documento, y en esencia, por la regla que exige expresar el derecho adquirido: «el derecho que se inscribe» (regla 10 del art. 51 RH). Frente a esta regla, las normas documentales —y concretamente el art. 176 RN— concretan el contenido del documento en «las declaraciones de voluntad», «los pactos o convenios entre las partes» («estipulaciones», dice el epígrafe que precede a ese artículo).

De manera que de un documento que da fe de «pactos» o «estipulaciones», el Registrador debe consignar en el acta de inscripción la situación jurídico-real estable que deriva de ellos y de los antecedentes registrales. En algunos casos, esa situación no vendrá expresamente consignada en el documento (basta, por ejemplo, con que en éste se diga que A vende a B un inmueble; pero el acta de inscripción ha de reflejar «el dominio» adquirido) (10).

Por las razones que acaban de exponerse, de entre los muchos desaciertos de los artículos 9 LH y 51 RH —que son, en definitiva, reminiscencias de la antigua «toma de razón»—, el más grave, y tan aberrante que es, en algunos casos, de imposible cumplimiento, es el contenido en el número 5 del artículo 51 RH; según este precepto, en la inscripción, «la naturaleza del derecho que se inscriba se expresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se le diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción». Baste con señalar dos razones en apoyo de esa crítica: primera, el número 10 de ese

(10) En algunos casos, el documento, al recoger las estipulaciones de las partes, no expresa el carácter con el que se adquiere el derecho: por ejemplo, en una adquisición por retracto de colindantes, siendo el retrayente casado y el inmueble privativo; o en excesos de adjudicación en particiones hereditarias. Es muy significativo que las reglas con que debe expresarse el carácter de la adquisición vayan referidas a la inscripción, y no a la escritura (arts. 90 a 95 RH). En otros casos, el documento expresa el derecho transmitido —dominio—, y lo que se inscribe, por la existencia de una inscripción vigente de usufructo, es la nuda propiedad.

mismo artículo exige que se exprese «el derecho que se inscribe», lo que no resulta compatible con la regla de que no se le dé nombre si no se lo da el título; segunda, si el derecho transmitido es típico, el principio de determinación resultará incumplido, porque a la inscripción le faltará la más elemental precisión en la expresión del derecho que se publica.

La citada regla del número 5 del artículo 51 plantea un problema aún más grave cuando en el documento se dé al derecho un nombre que no corresponda al contenido que resulte de las estipulaciones de las partes. Esa regla obligaría a consignar en la inscripción el nombre inexacto, lo que enervaría tanto la legitimación como la fe pública. La consecuencia es tan grave, que el más destacado autor de la primera legislación hipotecaria se vio obligado a escribir: «Si en el título se da al derecho un nombre que no sea el que jurídicamente le corresponda, ¿qué deberá hacer el Registrador? [...] Ha de estar a lo que realmente han hecho las partes, no a lo que han dicho que hacían, porque de otro modo se sacrificaría la realidad a la apariencia, y se aplicarían a unos contratos las reglas establecidas para otros, y a unos derechos lo que con ellos fuera incompatible, produciendo un caos inexplicable» (11). Frente a la regla del número 5 del artículo 51 RH, el Registrador debe tener autonomía para dar nombre al derecho configurado por las partes, cuando el nombre que se le dé en el título no coincida con las estipulaciones. El Registrador es responsable de su propia conducta, tanto si se limita a expresar en la inscripción el nombre —inadecuado— que se dé en el título al derecho transmitido o constituido, como sí, apartándose de ese nombre, expresa en la inscripción el que considera adecuado (12). Pero, en todo caso, a él le corresponde exclusivamente la determinación del texto del asiento. «El texto de la inscripción lo determina exclusivamente, y sin limitación alguna, al Registrador. Su fijación corresponde al núcleo mismo de la facultad de decisión que se atribuye al Registrador [...]. De ahí que ni le vinculen los modelos reglamentarios, ni quepa que la Administración imponga un determinado texto para una inscripción concreta. [...] El título justifica la inscripción, pero no la determina, igual que el demandante no puede, en un proceso civil, expresar cómo quisiera que se formulara la sentencia. El texto de las decisiones judiciales es algo que corresponde determinar exclusivamente al Juez; a él le corresponde la autoría, y a él, también, cualquier responsabilidad civil que pudiera derivarse de su actuación» (13).

- b) Los efectos del acta son también autónomos. El Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 12 de diciembre de 1988, que «a todos los

(11) P. GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, Madrid, 1862, pág. 454.

(12) E. HORBER, *Grundbuchordnung*, München, 1980, pág. 387.

(13) D. EICKMANN, *Grundbuchverfahrensrecht*, Bielefeld, 1994, pág. 220.

efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro». Y el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 24 de abril de 1997, afirmó que «los efectos registrales los producen los asientos, no los documentos de los que traen causa», lo que le lleva a añadir que las inscripciones registrales constituyen «un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos».

III. EL ACTA Y LA FORMA DE LOS ASIENTOS

El acta es, pues, el núcleo del asiento, la parte de él que refleja el tránsito del *acto* a la *situación jurídica*, o, lo que es lo mismo, de la *forma* a la *publicidad*, del *documento* a la *inscripción*. En el acta debe quedar reflejado *un derecho*, aparezca o no mencionado en el documento.

En el resto del asiento —el llamado «cuerpo» o «fondo» de la inscripción— se expresan los antecedentes jurídicos del acta: la finca registral y el titular registral, y las estipulaciones negociales de trascendencia real:

- a) La identificación de la finca debe hacerse por remisión a datos registrales (por ejemplo, «descrita en la inscripción 1.^a»). Cuando en el documento aparezca un dato descriptivo distinto de los que conste en el Registro, ese dato debe hacerse constar en la inscripción. Según el párrafo 4.º de la regla 4.^a del artículo 51 RH, «En caso de disconformidad (de los datos descriptivos que consten en los asientos anteriores y los que consten en el documento), se expresarán las diferencias que resultaren entre el Registro y el título». Este texto debe someterse a interpretación restrictiva. No toda «disconformidad» debe reflejarse en el asiento; cuando la disconformidad sea de tal entidad que no permita apreciar —por el cotejo de las descripciones— que se trata de la misma finca, lo que procede es la denegación de la inscripción.

Incomprensiblemente se ha suprimido en la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998, el párrafo de la regla 2.^a del artículo 51 RH que decía que «cuando los requisitos de los números anteriores constaren ya en inscripciones o anotaciones precedentes al asiento que se haya de extender, no se repetirán en éste si resultaren conformes con los consignados en los títulos que lo motiven». A pesar de la supresión, la práctica registral debe seguir siendo la que determinaba el párrafo suprimido.

- b) La identificación del titular debe hacerse, igualmente, por remisión a datos registrales (por ejemplo, «titular según la inscripción 4.^a»). Es absolutamente impropia la fórmula que establece el modelo II del

Reglamento Hipotecario: «Don [...] adquirió esta finca por compra, según la inscripción 6.^a, y la vende [...]». Se trata de una reminiscencia más de la técnica de la «toma de razón», de la concepción del Registro como simple resumen de documentos. Las inscripciones no tienen por objeto títulos, sino derechos. Lo que publica «la inscripción 6.^a», a que se refiere el modelo, no es que una determinada persona «comprara» —en un determinado momento histórico—, sino que es titular de un derecho —desde entonces hasta ahora—.

- c) Las estipulaciones negociales que ha de reflejar el fondo o cuerpo de la inscripción son sólo las que tengan trascendencia real. Aquí es donde debe constar la «expresión circunstanciada» de todo aquello que determine el ámbito del derecho —prohibiciones, condiciones, plazos, restricciones—, no en el acta de inscripción. En el acta deben reflejarse también las limitaciones que afecten al derecho inscrito, pero no con «expresión circunstanciada».

El contenido del acta de inscripción —que ya venía siendo uniforme en la práctica— ha sido precisado por la nueva regla 10.^a del artículo 51 RH:

- a) El hecho de practicarse la inscripción. ¿«Fórmula sacramental», como se ha escrito? (14). Si por sacramental se entiende, como define el Diccionario, lo meramente consagrado por la costumbre, no. La afirmación expresa de que se practica la inscripción es mucho más: es la proclamación *erga omnes* de una nueva situación jurídica.

Es evidente que el sujeto de esa declaración es el Registrador. Todavía se arrastra la fórmula de los desdichados modelos reglamentarios, según la cual es el nuevo titular registral el que inscribe. Esta fórmula, además de disparatada, da lugar a afirmaciones cómicas: «Don XXX inscribe sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial de la finca»; «Don XXX inscribe al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria con las limitaciones del artículo 207». Don XXX claro que «prejuzgó» el carácter de la adquisición, y, por supuesto, no ha leído nunca los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria (15).

- b) La persona a cuyo favor se practica. El artículo 51, circunstancia 9, sólo admite como titulares a las «personas naturales» o las «personas jurídicas»: es decir, que el titular registral ha de ser un sujeto dotado de personalidad jurídica. No cabe, por tanto, que los entes o patrimonios no personalizados por la Ley —comunidades de bienes, comunidad de propietarios en propiedad horizontal, determinadas socie-

(14) R. CHINCHILLA RUEDA, *La inscripción registral*, pág. 738.

(15) M. FIGUEIRAS DACAL, *La publicidad del acto registrado*, pág. 1206.

dades irregulares (cuando la inscripción es rigurosamente constitutiva) (16)...— accedan al Registro como titulares (17).

El legislador señala algunas excepciones en que cabe inscribir a favor de entidades sin personalidad. En algunos casos parece que esa previsión legal es más amplia [uniones temporales de empresas, comisiones de acreedo-

(16) La inscripción de las sociedades cooperativas es rigurosamente constitutiva (art. 6, Ley 3/1987). No sucede lo mismo con las sociedades capitalistas, que tienen personalidad jurídica tanto en su fase «en formación», como en su situación de «irregulares» (arts. 15 y 16 LSA, y 11, ap. 3, de la LSRL).

La Resolución de 31 de marzo de 1997 afirma que, tratándose de una sociedad civil, la inscripción ha de hacerse «a favor de todos los socios»; «si bien al tratarse, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, deberán recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe». Considera esta resolución, en aplicación del artículo 1.669 del Código Civil, que las sociedades civiles que mantienen secretos o reservados sus pactos «se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes», y, como no hay un Registro que les dé publicidad, nunca tienen personalidad jurídica.

La reforma reglamentaria llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998 ha abierto el Registro Mercantil a las sociedades civiles (art. 81, ap. 3 RRM). La inscripción no sólo se configura como declarativa, sino incluso voluntaria («podrán [...]»), frente a la rigurosísima regla contraria de la legislación registral mercantil. Inscrita la sociedad civil en ese Registro, la inscripción de sus inmuebles en el Registro de la Propiedad habrá de hacerse a nombre de la sociedad.

Si se trata de sociedad no inscrita en el Registro Mercantil, creo, con J. M. GARCÍA GARCÍA («La titularidad registral en las sociedades civiles», en *BCRE*, núm. 39, julio 1998, pág. 1519), que cabrá también la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad, siempre que en este Registro se hagan constar los pactos del contrato de sociedad; con ello dejan de ser reservados, y no se puede negar personalidad jurídica a la sociedad civil. No comparto, sin embargo, la fórmula que propone este autor para el acta de inscripción: «Inscribo el dominio de esta finca a favor de la sociedad civil X, por título de X, compuesta de los socios expresados y con las cuotas y pactos sociales también expresados anteriormente». Entiende GARCÍA GARCÍA que en el caso de la sociedad civil debe existir una doble titularidad registral: la de la sociedad, sobre el inmueble, y la de los socios, sobre el fondo social. Ello permitiría, a su juicio, la aplicación, en el ámbito del Registro, del artículo 1.699 del Código Civil; de manera que en el mismo folio cabrían anotaciones por deudas de la sociedad y anotaciones por deudas de los socios.

A mi juicio, las cosas no son así; no hay más titular del inmueble que la sociedad; sólo ella debe figurar en el acta. Los embargos que se traben a instancia de acreedores particulares de los socios no pueden acceder al Registro: no pueden recaer sobre el inmueble. Los socios no tienen «cuotas» sobre el inmueble. El embargo «de la parte del socio en el fondo social» recae, básicamente, sobre los derechos patrimoniales de la condición de socio, especialmente sobre el derecho al beneficio y sobre el derecho a la cuota de liquidación (cfr. PAZ-ARES, «Comentario al artículo 1.699», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1993, pág. 1488).

(17) Con alguna excepción: la jurisprudencia registral ha admitido que conste como embargante y como embargada. En el caso de elementos procomunales, habrá de admitirse también: lo que se quiere decir con ello es que serán titulares de esos elementos quienes en cada momento integren la comunidad horizontal.

res (18), fondos (art. 11 RH, tras la modificación por el Real Decreto 1867/1998)], y en otros más restringida (comunidades de propietarios, que, según el último párrafo del artículo citado, sólo pueden ser titulares de anotaciones preventivas de demanda y embargo).

Además, la designación de la persona a cuyo favor se practica el asiento ha de sujetarse, como todo el contenido del Registro, al principio de determinación: ha de estar perfectamente identificado. Sólo en los casos en que la legislación lo permite, el titular puede quedar expresado en el acta con una relativa indeterminación: herederos fideicomisarios (art. 82 RH), reservatarios (art. 265 RH), hijos nacederos en heredamientos contractuales (art. 77 RH). En el caso de las comisiones de acreedores (art. 11, párr. 3.º) se permite omitir la composición de las mismas.

A efectos de precisar el contenido del acta, es necesario resaltar lo que dispone el párrafo 2.º de la circunstancia 9: si el adquirente fuera casado, viudo o separado legalmente, y el acto o contrato que se inscriba afecte a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se hará constar el nombre y apellidos del otro cónyuge. Este inciso es impreciso (además de absurdo en lo que se refiere al viudo, cuyo «cónyuge» será difícil de consignar); debe entenderse, a mi juicio, así:

- a') Si el adquirente está separado, o si el adquirente está casado y la adquisición es privativa, la identidad de su cónyuge se expresará en el cuerpo de la inscripción, pero no en el acta.
- b') Si el adquirente está casado, y la adquisición se produce en comunidad —de gananciales, o cualquier otra de Derecho especial—, la identidad de su cónyuge debe expresarse en el cuerpo de la inscripción, y —lo que es más importante, y absolutamente ineludible— en el acta.

El Reglamento Hipotecario impone, cuando sea uno sólo el cónyuge que adquiera —y tanto si lo hace sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales (art. 94, ap. 1), como si expresa que adquiere para la sociedad de gananciales (art. 93, ap. 4)—, que en el acta de inscripción se consigne sólo la identidad del cónyuge adquirente. Notable error. Si el bien es ganancial, o presuntivamente ganancial, los titulares son ambos cónyuges, y por tanto, el inmueble debe constar inscrito a nombre de los dos. El Reglamento ha interpretado mal el artículo 1.384: cuando este artículo legitima para actos de administración al «cónyuge a cuyo nombre figuren (los bienes)», se refiere a

(18) Con motivo de un expediente en que interviene una comisión de acreedores, la interesante —aunque muy discutible— Resolución de 28 de enero de 1987, habla de «inscripciones transitorias o de mero puente» en favor de «colectividades imperfectamente determinadas en cuanto a su composición».

aquellos casos en que «concorre un signo suficiente para acreditar ordinariamente en el tráfico a ese cónyuge como titular» (19). El artículo 1.384 es una norma de legitimación formal, cuya finalidad es asegurar la protección de la confianza del tercero, derivada de la titularidad individual de un bien concreto (20). Pero la inscripción es mucho más que un signo externo y que un mecanismo de apariencia: es una declaración oficial. En los casos de los artículos 94, apartados 1 y 93, apartado 4, no hay un simple signo, sino una constatación de titularidad: los bienes —por declaración o por presunción legal— son gananciales; así consta en el acta; luego no hay razón para permitir los actos unilaterales de administración. El Reglamento, al ordenar que acceda al acta sólo uno de los cónyuges, está induciendo a error sobre la legitimación. Pero el problema es que el primero que cae en ese error es el propio Reglamento, que a continuación permite que el cónyuge que aparece como titular (porque aquél lo ha ordenado), pueda realizar determinados actos sin contar con su cónyuge.

c) El derecho que se inscribe. En cuanto a la extensión, carácter y titularidad del derecho deben hacerse las siguientes precisiones:

a') En cuanto a la extensión: En el caso de dominio y de derechos de goce con contenido típico —usufructo, uso, habitación...—, basta con expresar el nombre del derecho. En el caso de derechos de goce sin contenido típico, es decir, cuyo contenido viene determinado, en cada caso por las partes —censos, servidumbres...—, es necesario expresar en el acta, genéricamente, el contenido: «servidumbre de vistas», «servidumbre de paso», «servidumbre de acueducto»... No es necesario consignar una «expresión circunstanciada» del derecho, que es materia propia del fondo del asiento: artículo 51, regla 6.^a RH. En el caso de derechos de realización de valor, basta con expresar el nombre del derecho; no es necesario consignar en el acta la cantidad o cantidades garantizadas, materia que es propia del fondo del asiento.

Sí es necesario expresar si el derecho está condicionado o aplazado. El detalle de la condición o el plazo constituye «expresión circunstanciada», que no es materia del acta (21).

(19) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pág. 268.

(20) N. I. MORALEJO IMBERNÓN, *Los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge titular o poseedor*, Granada, 1988, pág. 257 y sigs.

(21) Como luego se verá, el contenido de la inscripción en el Derecho alemán coincide con los del acta de inscripción del Derecho español. Pues bien, en la doctrina

- b') En cuanto al carácter: En el caso de adquisición por personas casadas, debe precisarse si el derecho se inscribe «con carácter ganancial» (art. 93, ap. 1 RH), «para la sociedad de gananciales» (art. 93, ap. 4 RH), «con carácter presuntivamente ganancial» (art. 94, ap. 1 RH), «con carácter privativo» (art. 95, ap. 1 RH), «con carácter privativo por confesión» (art. 95, ap. 4 RH), o con carácter común y para la comunidad matrimonial de Derecho foral o especial que proceda (art. 90, ap. 1 RH).

Un caso particular en que el propio legislador consiente una indudable imprecisión en el acta es el de adquisición por persona o personas casadas sometidas a legislación extranjera, cuyo régimen económico-matrimonial no conste en el documento presentado a inscripción. En tal caso, en lugar de imponer al Registrador que precise en el acta el carácter de la titularidad (por conocimiento propio de la legislación extranjera, por informe de diplomático español o extranjero, o por otra de las vías previstas en el art. 36 RH), permite que en el acta se consigne la sujeción del derecho inscrito «a su régimen matrimonial», sin concretar de cuál se trata (art. 92 RH).

- c') En el caso de titularidad compartida, debe precisarse en el acta la cuota de cada cotitular. «Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente», según el artículo 54, apartado 1 RH. También en el caso de complejas adquisiciones hereditarias —y precisamente por su complejidad— es necesario precisar en el acta el derecho adquirido por cada heredero —dominio, usufructo, nuda propiedad....—, aunque ello implique repetición en el acta de cuotas que ya están en el cuerpo de la inscripción; no debe bastar, *en ningún caso*, con remitir a las cuotas expresadas en el cuerpo de la inscripción.

En el caso de comunidad distinta de la romana, deben expresarse en el acta las reglas esenciales de la comunidad pactada (22). Respecto de las comunidades germánicas reguladas por el legislador español (comunidad ganancial

alemana no se duda de que la condición y el plazo deben constar en la inscripción, y que cabe remisión prevista en el § 874 BGB para el detalle de una y otra modalización del derecho. Vid., por todos, A. WACKE, comentario a ese parágrafo en el *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1986, pág. 140.

(22) Por la razón que se indica en la nota anterior, tienen interés las precisiones que sobre esta cuestión hacen K. HAEGELE, H. SCHÖNER y K. STÖBER, *Grundbuchrecht*, págs. 585 a 590.

—*plus an gesamter Hand*—, comunidad hereditaria —*minus an gesamter Hand*—), no es necesaria la expresión de regla alguna de funcionamiento.

- d) El título genérico de adquisición. La expresión «título genérico» no es una expresión técnica, por lo que no tiene un sentido preciso. Podría entenderse referida al título oneroso o gratuito de la adquisición —decisivo a los efectos de la protección del tercero—; ya que en el cuerpo o fondo de la inscripción se ha expresado el contrato que ha servido de causa a la adquisición del derecho, podría considerarse suficiente la expresión en el acta del carácter oneroso o gratuito. Sin embargo, es más probable que la expresión utilizada por el Reglamento se refiera al título material o título de la adquisición («Los contratos [...] serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante [...]», dice la base 20 de la Ley de Bases del Código Civil).

Inmediatamente después del acta debería ir la fecha y la firma del Registrador, como autorización de la declaración que contiene. Pero vuelve a interferirse la vieja idea de la «toma de razón»: a continuación del acta ha de identificarse con todo detalle el título —ahora título formal—; este emplazamiento de los datos identificativos del título es lógico, si, como dice el propio Reglamento, la firma del Registrador «implica la conformidad de la inscripción con el título presentado». Pero no es así: la firma del Registrador significa que, calificada la legalidad del documento, y comprobada su adecuación a los antecedentes registrales, se constata la producción de un cambio real. La firma del Registrador desencadena, desde el instante en que se extiende, una pluralidad de efectos sustantivos, determinados por la Ley (23). Desde el momento de la firma, se presume que el derecho existe y pertenece a su titular, y, todo ello, «en la forma determinada por el asiento respectivo». No hay una presunción semejante en ninguna de las regulaciones documentales: ni en la legislación notarial, ni en la procesal, ni en la administrativa. Si concurren los requisitos del artículo 34 LH, desde el momento de la firma se produce la adquisición inatacable del tercero.

Si la firma sólo sirviera para acreditar la conformidad del asiento con el título (como entienden el art. 9, 8.ª LH y el art. 51, 14.ª RH), carecería de base el que la falta de firma determine la nulidad del asiento (como se desprende del art. 30). Como se ha escrito (24), si la falta de firma determina

(23) G. MEIKEL; W. IMHOF, y H. RIEDEL, *Grundbuchrecht*, Frankfurt, 1988, pág. 1493.

(24) J. KUNTZE; R. ERTL; H. HERRMANN, y D. EICKMANN, *Grundbuchrecht*, Berlín, 1979, pág. 811. La doctrina alemana, precisamente, tras profundizar en el significado de

la nulidad, es precisamente porque la firma lo que refrenda y da vida es la declaración oficial de un derecho —o, en general, de una situación jurídica— y, consiguientemente, el momento en que empiezan a producirse los efectos sustantivos vinculados a la publicidad registral.

Es necesario, pues, una modificación del régimen formal de los asientos:

- a) El cuerpo o fondo del asiento debe expresar la finca y el titular por referencia a los datos del Registro (suprimiendo la referencia al «título de adquisición» del transmitente; el que dispone es titular registral, y con eso basta).
- b) El mismo cuerpo o fondo de la inscripción debe contener una «expresión circunstanciada» de los pactos con trascendencia real.
- c) Y el cuerpo o fondo de la inscripción debe incluir también una referencia *genérica* al documento, y *precisa* al asiento del Diario:
 - a') Por ejemplo, con esta fórmula, situada antes del acta: «Así resulta de la escritura (o el testimonio de la sentencia, o la certificación administrativa) presentada en el asiento 12, folio 2, Diario 25». Aquí sí tiene sentido el «Así resulta», porque los pactos con trascendencia real proceden del documento.
 - b') O, por ejemplo, con esta fórmula probablemente más adecuada por menos repetitiva, situada al comienzo de los pactos con trascendencia real: «Don F.C.L., titular según la cuarta, vendió, por escritura (o testimonio o certificación) presentada en el asiento...»

El acta debe extenderse en párrafo separado del cuerpo o fondo de la inscripción. Nada impide que, dentro de un asiento, se dejen espacios en blanco —debidamente inutilizados—; lo que la Ley prohíbe es «dejar claros entre los asientos» (art. 243 *in fine*).

En lugar de la arcaica expresión «En su virtud...», o las inexpressivas «En consecuencia...» o «Por tanto...», podría iniciarse el acta con su propia denominación: «ACTA: Inscribo el dominio...» (de modo semejante a como el *fallo* de una sentencia comienza con el empleo de esa palabra) (25).

la firma del Registrador —y, con ello, de su falta—, ha dado lugar a una reforma legal, por la que se ha pasado de considerar la inscripción sin firma como meramente irregular, a considerarla nula. Escriben los autores citados que «antes se consideraban eficaces —aunque irregulares— las inscripciones sin firma; hoy no caben ya inscripciones eficaces sin firma. La finalidad de esta reforma consistió, precisamente, en dejar claro que la firma determina la eficacia de la inscripción».

(25) Adaptado el modelo II del anexo al Reglamento Hipotecario a las consideraciones que se hacen en el texto, resultaría la siguiente redacción:

Aunque la regulación del acta viene referida exclusivamente al asiento de inscripción, de diversas normas legales y reglamentarias resulta que también las anotaciones preventivas y las cancelaciones deben contener una declaración expresa del Registrador sobre la situación jurídica que publica, a través de esos tipos de asientos, en los libros registrales:

- a) Por lo que se refiere a las anotaciones, debe tenerse en cuenta que el artículo 72 LH dispone que «las anotaciones preventivas contendrán las circunstancias que se exigen para las inscripciones en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados para exigir las mismas anotaciones». Parece que la interpretación lógica de este precepto lleva a entenderlo en el sentido de que expresa dos reglas: 1.^a Las anotaciones deben contener las circunstancias que se exigen para las inscripciones. 2.^a Cuando se trata de las circunstancias que deben proceder del título, sólo será obligatorio expresar las que consten en los documentos presentados. El Reglamento confirma esta interpretación: según el artículo 166, «Las anotaciones preventivas se practicarán en la misma forma que las inscripciones, y contendrán las circunstancias determinadas en general para éstas [...]».
- b) Por lo que se refiere a las cancelaciones, la necesaria constancia del acta en ellas resulta aún más clara del Derecho positivo. Según el artículo 103, circunstancia 4.^a, «La cancelación de toda inscripción o anotación preventiva contendrá necesariamente las siguientes circunstancias: [...] La expresión de quedar cancelado total o parcialmente el asiento de que se trate». El artículo 193, circunstancia 5.^a del Reglamento reitera la misma exigencia.

Resulta indudable que «la expresión de quedar cancelado» es precisamente el acta del asiento. Se exige, además, que este acta de las cancelaciones tenga un contenido concreto: debe expresar, según los casos, que la inscripción o anotación de que se trate «queda cancelada totalmente», o bien «queda cancelada parcialmente». Al igual que sucede con la firma de los asientos de inscripción, la firma de las cancelaciones marca el instante en que empieza a producir efectos una presunción legal —en este caso, inversa a la referida a

Rústica: Huerta en el Romeral descrita en la inscripción 4.^a, gravada con la hipoteca de la inscripción 5.^a Don XXX, casado, es titular según la 6.^a, y por escritura presentada en el asiento 12, folio 2, Diario 21, la vende con dos más a Don YYY, soltero, propietario y vecino de Villalba, en precio total de cuarenta mil pesetas, declaradas recibidas, correspondiendo diez mil pesetas a la de este número.-----
- ACTA: Inscribo el dominio de esta finca a favor de Don YYY, por título de compraventa. Navalcarnero, diez de junio de mil novecientos cuarenta y seis. FIRMA DEL REGISTRADOR.

las inscripciones—: cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera (art. 97 LH).

Los modelos reglamentarios confirman la necesidad de una declaración expresa de cancelación: «se cancela totalmente» (dicen los modelos XV y XVI), «queda totalmente cancelada» (dice el modelo XVII). Ahora bien, con su habitual imprecisión, esos modelos (además de emplear, impropriamente, una forma impersonal) involucran el acta con el cuerpo o fondo del asiento. Lo correcto sería diferenciar claramente dos partes en el asiento: el extracto del acto cancelatorio (precedido o seguido de la referencia al documento del que «resulta» y su correspondiente asiento de presentación) y el acta de cancelación, seguida de la firma del Registrador.

Resulta curioso que el acta de cancelación —la «forma ritual de hacer constar que la inscripción- anotación de que se trate queda cancelada», como se dijo en su momento, reconociendo su valor de acta— (26) se introdujera en el texto refundido de 1946, y sin embargo el acta de inscripción no se consagrará —y con un rango normativo inferior— hasta la reforma reglamentaria de 1982. Hay, no obstante, un precedente de esta última acta en el primer Reglamento Hipotecario; según el número 6.º del artículo 29, en el asiento debe hacerse una referencia expresa al «acto de inscripción». Pero la exigencia de esta circunstancia fue efímera: desapareció en el segundo Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870.

La forma española de los asientos registrales, con su estructura bipartita —fondo o cuerpo de la inscripción y acta de inscripción— es, sin duda, más acertada que la de los sistemas latinos y germánicos de Registro:

- a) El sistema francés, llamado de *l'enlissement* (27) —que ha venido a sustituir al antiguo sistema de transcripción—, es inadecuado. El *bordereau* contiene un simple resumen del título, y además insuficiente para los terceros. No es obra del Registrador; éste se limita a visarlo y archivarlo.
- b) El sistema alemán, que combina la llamada inscripción inmediata (*unmittelbare Eintragung*) con la llamada inscripción mediata (*mittelbare Eintragung*), es igualmente inadecuado. La preocupación por la claridad de los asientos ha llevado al legislador alemán a una solución poco satisfactoria. «Mientras que la identificación del derecho no plantea dificultades —se ha escrito— (28), la inscripción de los pactos con trascendencia real que lo matizan y delimitan sí las plantea,

(26) R. DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.ª parte, modificaciones, Madrid, 1949, pág. 228.

(27) Sobre el nuevo sistema puede verse, entre otros, PH. SIMLER y PH. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1995, pág. 633.

(28) D. EICKMANN, *Grundbuchverfahrensrecht*, Bielefeld, 1994, pág. 227.

dado que con frecuencia esos pactos tienen gran complejidad; la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado una y otra vez de la cuestión: el principio de especialidad —que exige una perfecta delimitación del derecho inscrito— entra en pugna con la necesidad de que los libros del Registro sean claros y perfectamente comprensibles».

La solución ideada por el legislador para conjugar el rigor del principio de especialidad con la debida concisión de los asientos ha consistido en limitar el contenido del asiento al acta de inscripción (publicidad inmediata), y remitir, respecto de las demás circunstancias registrales, al documento que contiene la autorización para la inscripción —*Eintragungsbewilligung o Bewilligungsurkunde*—, que queda archivado en el Registro (y que, por una ficción, se considera publicidad mediata). La propia doctrina alemana está insatisfecha con esta solución. El hecho de que esa autorización para la inscripción sea un documento otorgado por una sola de las partes es también motivo de que se ponga en duda como medio adecuado para la publicidad registral.

La inscripción en el Registro alemán —es decir, el texto del asiento, dejando a un lado lo que, por ficción legal, se considera que forma también parte de ella (§ 874 BGB)— se limita, pues, a lo que, en nuestra terminología, sería el acta de inscripción; expresa: el inmueble objeto de inscripción; el contenido y ámbito del derecho que se inscribe; y la identidad del adquirente (con expresión del régimen de su comunidad, cuando sean varios). Lo que en nuestra terminología sería la «*expresión circunstanciada* de todo lo que determine el derecho o limite las facultades del adquirente» (regla 6.ª del art. 51 RH) —materia, no del acta, sino del cuerpo o fondo de la inscripción—, queda, en Alemania, fuera de los libros registrales. Su publicidad se hace a través de «inscripción mediata»: por remisión a la autorización para inscribir.

IV. EL ACTA EN EL DOCUMENTO INSCRITO

El contenido del acta de inscripción debe expresarse en el propio documento inscrito. Según el artículo 253 LH —en la redacción dada por la Ley 7/1998—, «Al pie de todo título que se inscriba en el Registro de la Propiedad pondrá el Registrador una nota, firmada por él, que exprese [...] el derecho que se ha inscrito, la persona a favor de quien se ha practicado [...]».

Esta exigencia legal deriva del diverso objeto que tienen el documento (negocio) y el asiento (situación jurídica). Por el documento inscrito conoce el adquirente el contenido exacto del contrato. Por el traslado del acta conoce el adquirente el alcance exacto del derecho adquirido —y publicado frente a terceros—. Precisamente por ser esta nota a que se refiere el artículo 253,

apartado 1 LH, un traslado del acta, debe expresar el derecho inscrito con el mismo alcance con que se ha consignado en el acta; es decir, indicando su extensión, carácter y régimen de cotitularidad en su caso. No debe consignarse, como es evidente, la «expresión circunstanciada» del derecho, que no es materia del acta, sino del cuerpo o fondo del asiento.

La comunicación del contenido esencial del asiento es regla general en los sistemas registrales de carácter germánico (es decir, en los sistemas en que no existe inscripción, no en los de transcripción o de archivo, en los que no tendría sentido esa comunicación) (29). En algún caso se impone que la comunicación se haga con una certificación literal (§ 42, ap. 1 de la *Grundbuchverfügung* alemana). Por lo que se ha dicho *supra* (III) sobre la publicidad inmediata y mediata, esta regla prácticamente coincidente con la del Derecho español: el contenido de la inscripción en el Derecho alemán coincide con el contenido del acta de inscripción del Derecho español.

El legislador español no ha derivado consecuencia alguna de esta norma de comunicación del contenido del acta. Tampoco el legislador alemán, pero el Tribunal Supremo de ese país ha hecho diversas afirmaciones de gran interés: el titular debe examinar cuidadosamente (*hat sorgfältig nachzuprüfen*) la comunicación sobre el contenido de la inscripción, en la medida en que por su situación y grado de formación esté capacitado para comprenderla (*nach seiner Stellung und seinem Bildungsgrad*); no debe por tanto archivarla sin prestarle atención (*unbesehen ablegen*); en casos de duda debe acudir inmediatamente al Registro para obtener aclaraciones. Y, lo que es más llamativo, el Tribunal Supremo alemán ha declarado que el incumplimiento de esa obligación —es decir, el no prestar atención a esta comunicación del contenido de la inscripción— determina la pérdida de posibilidad de reclamar al Registro la indemnización de los daños y perjuicios (*der Verlust des Schadenersatzanspruches*) que le haya ocasionado cualquier error en la inscripción (30), que con la sola lectura del acta hubiera advertido.

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

Decano-Presidente del Colegio de Registradores

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

(29) E incluso en el sistema registral francés de Alto Rhin, Bajo Rhin y Mosela, según el artículo 49 del Decreto de 18 de noviembre de 1924. Vid. F. LOTZ y A. WEILL, *Droit civil alsacien-lorrain*, París, 1986, pág. 82.

(30) Vid., entre otros, E. HÖRBER, *Grundbuchordnung*, München, 1980, pág. 490; K. HAEGELE, H. SCHÖNER, K. STÖBER, *Grundbuchrecht*, München, 1979, pág. 73. Como escriben estos últimos autores, de esa doctrina del *Bundesgerichtshof* hace que la comunicación, al interesado, del contenido de la inscripción practicada, sirva también para la seguridad del Registro.

El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INSTITUCION SUPERFICIARIA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE MARZO DE 1997: A. CUESTIONES GENERALES. B. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES DE 1998 Y EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA AUTONÓMICA: a) *Estudio en concreto de las derogaciones introducidas por la Ley Urbanística Estatal. Regulación contenida en la normativa autonómica;* b) *Conclusiones.*—III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: A. CONSIDERACIONES PREVIAS. B. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. C. EXAMEN DETALLADO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN CADA REQUISITO: a) *Plazo de duración del derecho de superficie;* b) *Reversión parcial de la construcción superficiaria;* c) *Prórroga del plazo de existencia del derecho;* d) *Cuestiones relativas a las características generales y al destino de la construcción superficiaria;* e) *Cuestiones relativas al plazo para la construcción de la obra por el superficiario y su incumplimiento;* f) *Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.* D. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La finalidad de la breve exposición que vamos a realizar a continuación, reside únicamente en poner de relieve la situación actual de la figura jurídica del derecho de superficie tras los cambios introducidos en los últimos meses en su regulación, y, cómo éstos han afectado a la institución en sí. Estudio que no tiene visos de exhaustividad, sino que pretende dar a conocer la nueva

problemática que se ha planteado con la existencia de las nuevas modificaciones. Análisis que lo hemos estructurado en dos partes, la primera referida a la situación producida tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, donde intentaremos concretar el régimen particular aplicable a la institución superficiaria, que como veremos se moverá dentro de ciertos límites (vigencia expresa del TRLS de 1992, legislación autonómica, y preceptos del TRLS de 1976); y, la segunda parte en donde se detallan las modificaciones introducidas por la reforma del Reglamento Hipotecario.

Como paso previo y necesario queremos indicar algunas cuestiones referentes a la institución del derecho de superficie que consideramos esencial para el estudio que nos proponemos desarrollar a continuación.

Tal y como hemos mantenido en otros trabajos (1) entendemos que en nuestro ordenamiento existe un único derecho de superficie, aunque hay dos modalidades del mismo, propiciadas precisamente por la regulación urbanística. Criterio que, como veremos, se reafirma en la actualidad por las modificaciones introducidas.

Así pues, frente a la concepción decimonónica de la institución donde se entendía el derecho de superficie como un dominio dividido (al igual que ocurría en sistemas cercanos al nuestro como en el francés, el italiano y el portugués), surgió una nueva tendencia a mediados del presente siglo de configurar a la institución como un derecho real originador de una propiedad superficiaria de carácter separado, y ello precisamente por el nuevo giro introducido por la legislación urbanística fundamentalmente. De manera que nos encontramos una modalidad urbana común basada en el artículo 1.611 del Código Civil, en el principio de autonomía de la voluntad de las partes que posibilita la flexibilización del principio de accesión existente en nuestro ordenamiento jurídico, y sobre todo, en base al *numerus apertus* de derechos reales. Y, otra, la denominada modalidad urbanística sustentada por la regulación de las sucesivas reformas de la Ley del Suelo (2).

(1) Vid., principalmente, mi monografía *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996. Y mis artículos relativos a la «Duración del derecho de superficie urbano», en *AC*, núm. 21, 1996, págs. 445 a 480, y «Algunas consideraciones acerca del lease-back y su conexión con el derecho de superficie urbano», en *RCDI*, núm. 635, 1996, págs. 1393 a 1432.

(2) Recordemos su concreción en el artículo 157 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 («El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario»); en el artículo 171.1.º de la posterior reforma de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1975, sancionada por el Real Decreto de 9 de abril de 1976

II. LA INSTITUCION SUPERFICIARIA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE MARZO DE 1997

A. CUESTIONES GENERALES

Iniciamos estas notas recordando la existencia del recurso de inconstitucionalidad planteado por diferentes Comunidades Autónomas contra el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (en adelante TRLS). Recurso que fue resuelto, como es sabido, por la STC 61/1997, de 20 de marzo (3).

Tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que anula prácticamente dos tercios del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, se produce una situación en relación con la legislación urbanística de falta de unidad. Posteriormente, la nueva Ley del Suelo de 1998 contiene la estructura de la legislación urbanística de orden estatal (4), junto a la que aparece, unas veces, la incipiente regulación de las Comunidades Autónomas (5) y, otras, la publicación de unos textos minuciosamente desarrolla-

(donde se establece expresamente que «El Estado, las Entidades Locales y Urbanísticas especiales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, cuyo derecho corresponderá al superficiario»), y, posteriormente, por el artículo 287.1.º TRLS (que señalaba que «Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario»).

(3) Sentencia 61/1997, de 20 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 2477/1990, 2479/1990, 2481/1990, 2486/1990, 2487/1990 y 2488/1990 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias, contra la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y en los recursos de inconstitucionalidad, acumulados a los anteriores, 2337/1992, 2341/1992 y 2342/1992, promovidos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente al Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (*BOE* de 25 de abril de 1997).

(4) El Tribunal Constitucional deja al Estado un reducto sumamente limitado sobre el que sólo puede operar a nivel nacional a partir de las competencias que se le reconocen con carácter exclusivo (que en relación con la institución superficiaria se reducirán al ámbito civil y registral); atribuyendo a las Comunidades Autónomas el marco del urbanismo. Lo que, en definitiva, producirá como veremos, en este estudio, una plural y exhaustiva legislación autonómica.

(5) No queremos ser exhaustivos, simplemente señalar la existencia de alguna de las normativas que han sido publicadas hasta este momento:

dos (6), donde se recoge el contenido de la competencia urbanística, entendiendo como urbanismo el modelo de desarrollo de una ciudad.

Como veremos, la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 (en adelante, LRSV) incide fundamentalmente en lo recogido en el TRLS de 1992, que es la regulación de las condiciones básicas del derecho de propiedad, en base al artículo 149.1.8.^a CE.

Centrándonos en nuestro estudio, y según recoge el Fundamento de Derecho número 38 de la STC, la Generalidad de Cataluña impugna los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 del TRLS por entender que la regulación del derecho de superficie ha sido configurada siempre desde la normativa urbanística (7). El TC señala que el motivo de la impugnación aducido por el letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, pone de manifiesto de

— El País Vasco, por Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana (no realiza una ley exhaustiva ni hace referencia alguna al derecho de superficie).

— Andalucía, por Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana (BOJA de 26-6-1997), se dedica a declarar nulos los artículos de la LS de 1992 tras su declaración de inconstitucionalidad por la sentencia del TC.

— Al igual ocurre con la Comunidad Autónoma de Extremadura, la cual, mediante Ley 13/1997, de 23 de diciembre, reguladora de la actividad urbanística, señala la declaración de nulidad de los artículos de la LS de 1992 (DOE de 24 de febrero de 1998).

— O las de Castilla y León, que por Ley 9/1997, de 13 de octubre, de medidas transitorias en materia de urbanismo (BOCL de 16 de octubre de 1997) que no señalan nada acerca del Derecho de superficie.

— Ni la de la Comunidad de Madrid, Ley 20/1997, de 15 de julio, de medidas urgentes en materia de suelo y urbanismo (BOCM de 18-7-1997).

(6) La Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia (DOG de 26-3-1997), regula dentro del Título V, dedicado a los instrumentos de intervención en el mercado del suelo, y en el Capítulo I bajo la rúbrica de Patrimonio Municipal del Suelo, la figura del derecho de superficie en dos artículos: el 158 y el 159.

— La Comunidad de Castilla-La Mancha, por Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 19 de junio de 1998), regula con cierta exhaustividad la institución superficiaria que se encuentra encuadrada dentro del Título IV dedicado a «El régimen urbanístico de la propiedad del Suelo», en su Capítulo III, dedicado a la Intervención pública en el mercado inmobiliario, y específicamente en la Sección 2.^a, artículos 80, 81 y 82.

— La Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (BOLR de 4 de julio de 1998), recoge la regulación del derecho de superficie dentro del capítulo dedicado al Patrimonio Municipal del Suelo, y en la Sección 2.^a dedicado a cesiones, en un único precepto, el 172.

Sin olvidarnos de aquellas comunidades como Cataluña y Canarias en las que existe una legislación acabada sobre urbanismo.

(7) Debemos tener presente, además, como el propio TRLS, en su Disposición Final única, apartado 3.^o establecía que «los restantes preceptos (entre los que se encuentran el 287.1.^o, 288.1.^o y 290) serán de aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades en ejercicio de sus competencias».

forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el TRLS y que consiste en sostener que el contenido tradicional —de los últimos decenios— del derecho urbanístico constituiría una suerte de «título atributivo de competencias», de modo que al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrían atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía estableciendo (8).

Con acierto, el Tribunal Constitucional entiende que «la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna».

En conexión con dicho planteamiento, en su fallo, la sentencia declara en su número 2.º que son *inconstitucionales y nulos* el apartado 3.º de la Disposición Final única, y consiguientemente, los siguientes preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria, entre los que se encuentran el apartado 1.º del artículo 287, el apartado 1.º del artículo 288, y el artículo 290 del TRLS de 1992.

B. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES DE 1998 Y EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA AUTONÓMICA

En conexión con la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional y ante el vacío normativo creado en determinados aspectos, se publicó con fecha 13 de abril de 1998, la Ley número 6 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, la cual, en su parte articulada, no hace referencia alguna a la institución superficiaria, pero que en su Disposición Derogatoria única, tras dejar constancia como premisa genérica de la derogación del TRLS en su totalidad, exceptúa los apartados 2.º y 3.º del artículo 287, 2.º y 3.º del artículo 288 y el artículo 289 (9).

(8) Continúa manteniendo la sentencia que «tal concepción, además de “petrificar” o “congelar” el contenido, por definición cambiante en cada tiempo y lugar del Derecho Urbanístico, desconocería el entero orden constitucional de competencias al otorgarle a la regla del artículo 148.1.3.ª CE, en relación con la legislación urbanística entonces vigente, un valor absoluto susceptible de desplazar y anular los restantes criterios y títulos competenciales que integran el sistema».

(9) Disposición Derogatoria que según afirma GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 833 y 834)

a) *Estudio en concreto de las derogaciones introducidas por la Ley Urbanística Estatal. Regulación contenida en la normativa autonómica*

Con carácter genérico cabe poner de manifiesto la dificultad que entraña la técnica utilizada por el legislador estatal para conocer los preceptos derogados y los que se hallan en vigor teniendo que acudir continuamente al TRLS de 1992, o, como veremos, acudir en determinados casos al TRLS de 1976 (10), y a la legislación autonómica que, evidentemente, aún se encuentra en una fase de desarrollo incipiente, sin olvidar su dispersión.

Vamos a intentar en este estudio exponer cuáles han sido las derogaciones concretas y cuál es el estado actual de la regulación del derecho de superficie.

* Así pues se deroga el apartado 1.º del artículo 287 del TRLS de 1992, que recordemos señalaba que:

«Las entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección

sigue un sistema usual en los textos legales más recientes, pues no se limita a la cláusula genérica de derogar las normas que se opusieran a lo en ella establecido, pero tampoco enumera todas las normas que deroga, única fórmula congruente con el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9 CE, sino que adopta una fórmula mixta pues, por un lado, deroga expresamente determinadas disposiciones legales (entre las que se encuentran las relativas al derecho de superficie), y, por otro, la general de derogar cuantos preceptos legales se opongan o sean incompatibles con lo previsto en ella.

(10) Baste recordar la opinión mayoritaria actual centrada en que tras la derogación del TRLS de 1992, por la LRSV de 1998, en base a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la mayoría de sus preceptos, se produce el restablecimiento de la Ley de 1976.

Según señala MARTÍNEZ LASO («La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997. Breve reflexión sobre su repercusión en el ordenamiento urbanístico español», en *Otrosí*, 1997, pág. 21, 1997), «se produce en este punto una de las singularidades más relevantes de la sentencia... los preceptos que no son de aplicación plena, por no ser inherentes a la competencia del Estado, no pueden ser regulados tampoco por vía supletoria, a pesar de que conforme al inciso final del artículo 149 CE, el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas. Para la sentencia el derecho estatal preconstitucional, salvo en lo que resulta afectado por la dinámica derogatoria de la propia Constitución, constituye un *corpus* intocable por el Estado, petrificado e inerte, pero vivo mientras todas y cada una de las Comunidades Autónomas no lo derogan expresamente para su territorio o se produzca su derogación tácita. Por eso, el Texto Refundido de 1976 revive también en lo no anulado por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, si bien esta reencarnación no es integral sino clónica, valga el lenguaje de la época al uso, por cuanto habrá tantos Textos Refundidos de 1976 como Comunidades sin un desarrollo legislativo pleno... A su vez en aquellas Comunidades, como es el caso de Cataluña y Canarias, en las que existe una legislación acabada sobre el urbanismo, el Texto de 1976 se convertirá en una Ley muda...»

pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

Apartado que se deroga como consecuencia de lo establecido en el punto 2.º del fallo de la STC donde se declara expresamente su inconstitucionalidad y nulidad, al ser dicho precepto estatal de aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias.

Paradójicamente, tras la derogación por la nueva LS estatal de un precepto clave, como entiendo que es éste, el cual contiene la configuración del derecho de superficie en su modalidad urbanística, pasa a ser regulado, y así continúa en este momento, y según nuestro conocimiento por sólo tres Comunidades Autónomas, que, además, con expresión exacta a la que el Estado mantenía en el TRLS, recogen ahora en su regulación autonómica (11).

La legislación autonómica continúa manteniendo idéntica configuración del derecho que la hasta ahora señalada por el texto estatal de carácter supletorio (esto es, concesión de un derecho real para construir sobre suelo ajeno —patrimonio municipal— cuyo derecho de propiedad corresponderá al super-

(11) Así, Galicia, por Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo (DOG de 26-3-1997), regula la constitución del derecho de superficie en el artículo 158, que señala en su apartado 1.º que «Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo, con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

En cuanto a la Comunidad de Castilla-La Mancha, su labor ha sido vertiginosa. Por Ley 5/1997, de medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (DOCM de 18-7-1997), recogía en el artículo 75, apartado 1.º que «Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

Normativa que ha sido derogada con posterioridad por la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 19 de junio de 1998), que concreta la constitución del derecho en su artículo 80, señalando que «La Administración de la Junta de Comunidades y los Municipios podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

También La Rioja, por Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BOLR de 4 de julio de 1998), declara la concesión del derecho de superficie en un precepto, el 172, que en su apartado 1.º señala que «los Ayuntamientos podrán constituir derechos de superficie en terrenos del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social».

ficiario), así como todo lo referente a los sujetos que podían concederlo (entidades locales y personas públicas), el objeto del mismo, y su finalidad (la construcción de viviendas o a otros usos).

* Se mantiene sin derogar el resto del precepto, el artículo 287, apartados 2.º y 3.º, actualmente en vigor, que recordemos señalan:

2.º *«El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior».*

3.º *«El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieran fijado al constituirlo, y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado».*

A este respecto cabe señalar que en relación con el apartado 2.º, aunque no ha sido derogado, alguna Comunidad Autónoma lo ha introducido en su propia regulación autonómica con idéntica expresión a la mantenida y aún vigente por el texto estatal (12). Técnica que puede parecer confusa, pero que es en cierto modo acertada para hacer referencia a la existencia de las dos modalidades del derecho de superficie existentes. Incidiéndose en lo que el propio TC en su sentencia ha mantenido en torno a que la institución superficialia ha sido siempre una institución de carácter civil, a fin de evitar el planteamiento del abogado de la Generalitat que en su recurso de inconstitucionalidad argumentaba que al ser una figura regulada por la legislación urbanística, y al corresponderle atribuido las materias urbanísticas a las Comunidades Autónomas, sería de competencia autonómica la regulación de la institución.

* El apartado 1.º del artículo 288 del TRLS de 1992, relativo al procedimiento de constitución del derecho de superficie, también queda derogado por disposición expresa del TRSV de 1998, en relación con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la STC.

Apartado que recordemos señalaba que:

«El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos». (Capítulo referido al Patrimonio Municipal del Suelo y a las cesiones.)

(12) Es lo que ha ocurrido en Galicia, en su Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo (DOG de 26-3-1997), que en su artículo 158, apartado 2.º establece que «el mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior».

Las Comunidades Autónomas han procedido a su regulación tomando como referencia, sin duda, la expresión contenida en el propio TRLS de 1992 (13).

* Se mantienen en vigor los restantes apartados, 2.º y 3.º del artículo 288 del TRLS de 1992, que recordemos declaran que:

2. *«La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».*

3. *«Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie».*

El apartado 2.º establece, como es sabido, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie. Norma de ámbito estatal y en base a la cual se procedió en su momento, 1959, a regular reglamentariamente con mayor detalle y precisión la inscripción y en relación con ella varios aspectos sustantivos de la institución. Lo cual, a su vez, ha posibilitado, como veremos en la segunda parte de este estudio, la reforma del Reglamento Hipotecario en relación con esta figura.

(13) Galicia, en su Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo, recoge en su artículo 159, dedicado al régimen jurídico, que «en estos supuestos se aplicará el régimen establecido en la Legislación del Estado».

La cuestión se centra en determinar cuál es la legislación del Estado referente al régimen jurídico del derecho de superficie. Tras la derogación del precepto del TRLS de 1992, el precepto del TRLS de 1976, esto es, el artículo 171.2.º, que dice precisamente lo mismo que el derogado de 1992, objeto de comentario.

— La Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, en su artículo 81 señala que «la concesión del derecho de superficie, así como su carácter oneroso, se regirán por las mismas reglas establecidas en la sección anterior para los patrimonios públicos de suelo».

No hace referencia ni siquiera a la posible concesión del derecho de superficie de forma gratuita, aunque cuando señala el reenvío a lo señalado en la sección anterior, se puede comprobar que en el artículo 79, que hace referencia al destino de los bienes integrantes de los patrimonios del suelo, señala que podrán ser enajenados mediante adjudicación de contratos o cedidos gratuitamente.

— Por último, la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, mantiene en su artículo 179, apartado 2.º que «El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en los artículos anteriores para los diversos supuestos». Se refiere al régimen de cesiones onerosas y gratuitas de terrenos patrimonio municipal enajenados mediante concurso (arts. 169 y 170).

En relación con el apartado tercero, únicamente señalar la referencia expresa al elemento esencial de la institución, en su modalidad urbanística, la reversión total de la propiedad superficiaria al concedente, tras la extinción del derecho. Reversión que puede pasar de ser total a parcial como ha modificado el Reglamento Hipotecario, cuestión que será analizada en su momento oportuno.

* En cuanto al artículo 289 del TRLS de 1992, referido a las causas de extinción del derecho de superficie, queda en vigor, en principio, al no ser derogado expresamente por la Disposición Derogatoria única de la LRSV de 1998, por no haberse declarado su inconstitucionalidad. No obstante, considero necesario realizar algunas precisiones en relación con este precepto, concretamente en torno a sus dos primeros apartados.

Recordemos que el precepto en vigor dice así:

«1.º El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley.

2.º El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares.

3.º Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho.

4.º La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

5.º Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente».

En relación con el apartado 1.º en su segunda parte debe entenderse derogado puesto que el artículo 35.1.º ha sido suprimido por la derogación genérica establecida en la Disposición Derogatoria única de la LRSV de 1998. No obstante, mantener la continuación de la primera parte, esto es, «el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto» puede ser demasiado genérico. Aunque, como veremos más adelante, deberá ponerse en relación con la modificación contenida en el Reglamento Hipotecario (Real Decreto de 4 de septiembre de 1998), e incluso con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento

Hipotecario en materia de urbanismo sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística.

No obstante, a fin de dar en este momento una solución a esta cuestión, si tenemos en cuenta la propia LRSV de 1998, deberemos acudir a los preceptos reguladores de los deberes de los propietarios, tanto de suelo urbano como de suelo urbanizable, cuyo plazo de edificación debe ponerse en conexión con el planeamiento (art. 14 —suelo urbano—, y art. 18 —suelo urbanizable—). Aunque no debemos olvidar la legislación autonómica que dispone que el plazo de edificación se contendrá en la preceptiva licencia urbanística, que se aplicará incluso para aquellas actuaciones de los particulares sobre suelo público (14).

El apartado 2.º de este precepto también resulta, cuanto menos paradójico, y ello porque al continuar en vigor se mantiene la limitación estatal cuando el derecho de superficie es concedido por una Entidad local que debería, al igual que ocurría con el supuesto del artículo 287.1.º, haber sido derogado. No obstante, ninguna legislación autonómica ha incidido en ello, ni ha traspuesto idéntico párrafo. Todo ello demuestra o que se ha pasado por alto esta cuestión o que se entiende acertado el plazo y, por consiguiente, no es necesario su reforma. En todo caso, considero que debería suprimirse la expresión referente a las entidades locales a los efectos formales de claridad normativa, haciéndose una referencia genérica a personas públicas.

* Por último, se entiende derogado por virtud de la DDU del LRSV de 1998, el artículo 290 del TRLS de 1992, referido a los beneficios otorgados por la concesión del derecho de superficie en virtud de su consideración como inconstitucional y nulo. Precepto que recordemos señalaba que:

«La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos».

Precepto que únicamente ha sido tenido en cuenta por una Comunidad Autónoma a la hora de su regulación, y que mantiene idéntica expresión que el precepto derogado (15).

(14) Cuestión que desarrollaremos más adelante al profundizar en la reforma reglamentaria.

(15) La Comunidad de Castilla-La Mancha, por Ley 5/1997, de medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (DOCM de 18-7-1997), en su artículo 76, bajo la rúbrica de *beneficios* apunta que «La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la Legislación de viviendas de Protección Pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos».

b) Conclusiones

El haber puesto de manifiesto pormenorizadamente la regulación del derecho de superficie, nos permite realizar una serie de afirmaciones que no podemos dejar pasar por alto:

La existencia de la regulación autonómica centrada en la configuración del derecho de superficie por las entidades locales y demás personas públicas, en base a su ámbito competencial referido al urbanismo, nos reafirma más en la teoría de la existencia de dos modalidades de derecho de superficie. Cuestión que se consolida al no haberse derogado la posible constitución del derecho de superficie por los particulares sin limitación de destino. Todo ello constatado por la afirmación del TC que en su sentencia declara que es una institución típicamente civil, pero que actualmente se regula por leyes urbanísticas.

Al ser su naturaleza civil, el Estado, en virtud del artículo 149.1.8.ª CE, es el competente en virtud de su reserva sobre legislación civil y puede regularla, de ahí la actual existencia del derecho de superficie, de su reconocimiento, de su creación por los particulares, de su tráfico jurídico-privado y de su extinción en la propia Ley urbanística estatal.

No obstante, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la Disposición Final única, apartado 3.º del TRLS, el TC señala la no supletoriedad de la Ley del Estado en ciertos temas de derecho de superficie, lo que va a posibilitar la regulación de las propias Comunidades Autónomas, de la modalidad urbanística del derecho de superficie que en realidad no se distingue en nada de la que se mantenía en el TRLS de 1992, llegándose incluso a transcribir los preceptos derogados en la normativa estatal y aceptados por la regulación autonómica.

En base a estos criterios nos encontramos actualmente con que el derecho de superficie concedido por los particulares, que entiendo que es la modalidad urbana común, se encuentra regulada por el Código Civil y también por la nueva Ley del Suelo y Valoraciones, de materia exclusiva del Estado, como señala en sus argumentaciones la sentencia constitucional.

Por último, en aquellos supuestos en que la Comunidad Autónoma no regula un punto concreto en materia urbanística, el cual es de su competencia

Posteriormente la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 19 de junio de 1998), que deroga la anterior Ley señalada, regula en su artículo 82, bajo el título de «*Los beneficios del derecho de superficie*», que «La concesión del derecho de superficie por la Administración y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos».

al haber sido derogado el TRLS de 1992 por la nueva normativa urbanística, habrá que estar a lo que decida cada CC.AA. Así, por ejemplo, en las CC.AA. como, por ejemplo, Andalucía, que han aceptado el TRLS de 1992 como norma propia, seguirá siendo aplicable lo en ella dispuesto. En las CC.AA. que vayan elaborando normas urbanísticas propias, habrá de atenderse el criterio que establezcan en cada caso. En los demás casos, habrá que entender aplicable el contenido del TR de 1976, única norma aplicable a falta de disposición autonómica sobre la materia (16). Pero que en relación con nuestra institución no se produce ninguna innovación al ser todas las remisiones transcripción exacta del contenido del TRLS de 1992.

III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

A. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sentencia constitucional marcó un hito decisivo al mantener la necesidad de reformar la legislación urbanística y, consiguientemente, atribuir y clarificar los títulos competenciales en materia de urbanismo. En este sentido, debemos poner de manifiesto, como premisa inicial de nuestro estudio, la competencia exclusiva del Estado, artículo 149.1.º-8 CE («El Estado tiene competencia exclusiva sobre... la ordenación de los registros e instrumentos públicos...») de coordinar la publicidad registral inmobiliaria. Las soluciones registrales han de ser uniformes en todo el Estado por afectar a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y ser de orden público.

De esta manera y anticipándose a la publicación de la LRSV de 1998, se procedió a publicar el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística, dictado por el Ministerio de Justicia de acuerdo con el Ministerio de Fomento, el cual intenta coordinar la publicidad registral con la acción urbanística para facilitar el acceso al crédito y a la vivienda.

(16) Así lo ha expuesto, ARNÁIZ EGUREN («Notas sobre el contenido de los artículos 13, 16, y 68 del 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». Ponencia de las Jornadas sobre la Reforma del Reglamento para la ejecución de la LH. Colegio de Registradores. Madrid, 6 y 7 de octubre de 1998, que próximamente va a ser publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, y que se halla actualmente en prensa bajo el título de *La reforma de los Reglamentos hipotecarios y del Registro Mercantil*, y que amablemente nos ha permitido estudiar su autor).

En este estado de cosas, y como consecuencia de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de nuevas leyes referentes a otras cuestiones (17), se modifican también determinados artículos del Reglamento Hipotecario de 1959, a través del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, entre los que se encuentra el artículo 16.1.º relativo a la inscripción del derecho de superficie, cuya Exposición de Motivos advierte que, «se da nueva regulación al derecho de superficie, unificando los plazos de duración y aclarando los efectos que tiene la declaración de la construcción fuera de plazo de edificación inicialmente previsto (art. 16.1.º)». Aunque, como veremos, existen otras modificaciones.

B. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

A los efectos de investigar en profundidad la nueva reforma reglamentaria introducida, nos proponemos examinar detalladamente, en estas breves líneas, la nueva redacción del artículo 16.1.º del Reglamento Hipotecario.

Así, pues, recogemos a continuación el precepto en cuestión que va a ser objeto de análisis (18).

Artículo 16.1.º: «Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias necesarias para la inscripción las siguientes:

a) Plazo de duración del derecho de superficie que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el

(17) Según la propia Exposición de Motivos, las modificaciones del Reglamento Hipotecario responden a una triple finalidad: adaptación a reformas legales (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas administrativas y de orden social; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), acomodación del ejercicio de la función del Registrador a las nuevas necesidades (Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Real Decreto 483/1997, de 14 de abril), y regulación de figuras carentes de una reglamentación registral actualizada (entre la que se encuentra el art. 16.1.º, relativo a la inscripción del derecho de superficie).

(18) Las partes subrayadas hacen referencia a las nuevas modificaciones o introducciones.

superficiario habrá de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por la que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie.

No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal.

b) *Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso.*

c) *Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.*

d) *Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.*

e) *Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.*

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso».

En este momento, y antes de entrar en el estudio exhaustivo del artículo, debemos poner de relieve el fundamento de la referencia al derecho de superficie por el Reglamento Hipotecario de 1959 y la reforma actual, necesario para el análisis del precepto y, sobre todo, a fin de señalar el carácter de la inscripción en cada una de las modalidades de la institución superficiaria.

Así, pues, recordemos cómo la primera Ley del Suelo de 1956 —art. 158— señaló que el derecho de superficie «deberá, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad». Esta expresión dudosa dejó en el aire la posibilidad de otorgar el carácter constitutivo de la inscripción y que fue aprovechada por el Reglamento Hipotecario de 1959, que en su artículo 16.1.º, desarrollando dicho precepto, afirmó tal carácter constitutivo de la inscripción con los siguientes términos «*para su eficaz constitución deberá inscribirse...*»

Entendemos que el legislador urbanista, al disponer que es «requisito constitutivo de su eficacia», no desconoce que la inscripción de cualquier derecho real en nuestro Derecho es requisito de publicidad, pero estimó que en este derecho —especial por sus caracteres—, era necesario condicionar su inscripción en el Registro como requisito de existencia. De esta forma la inscripción va a pasar de ser únicamente «un *requisito constitutivo de su eficacia*» en la Ley del Suelo, a ser un *requisito constitutivo de existencia* en el Reglamento Hipotecario, dando lugar a lo que ya en su día consideramos un *reglamento contra legem*, pues recordemos que la Ley Hipotecaria, a la

cual desarrolla, sólo otorga el carácter constitutivo de la inscripción a la hipoteca.

Mayor problema surge al imponerse el carácter constitutivo de la inscripción a todos los derechos de superficie en general, incluyendo a la modalidad urbana, destruyendo uno de los fundamentos de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Cabría preguntarse si por el hecho de existir una falta de exteriorización de la posesión en el superficiario durante un corto período de tiempo sería necesario cambiar el sistema en el Código Civil, otorgándose el carácter constitutivo de la figura o puede ser suplido por otras vías. Consideramos que de *lege ferenda* convendría establecer la necesidad de la inscripción constitutiva del derecho de superficie en su modalidad urbana común pero a través de la vía legal adecuada debido, precisamente, a esta falta de exteriorización del derecho.

Debemos adelantar en este momento, al hilo de la exposición, que el carácter constitutivo de la inscripción no va a ser modificado, sino que va a continuar manteniéndose y, consiguientemente, afectando a ambas modalidades.

Una vez realizadas estas indicaciones, cabe detenerse en los distintos requisitos que deben contenerse en la inscripción para su mejor análisis.

C. EXAMEN DETALLADO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN CADA REQUISITO

a) *Plazo de duración del derecho de superficie*

En relación con el derecho de superficie, la reforma del Reglamento Hipotecario era necesaria, y en ella se venía pensando desde hacía ya tiempo, sobre todo en relación con el punto objeto de comentario.

Recordemos como los requisitos señalados en el Reglamento Hipotecario artículo 16.1.º son imprescindibles para la inscripción del derecho de superficie, tanto en el supuesto de la modalidad urbanística, debido a su inscripción constitutiva, como en la modalidad urbana cuando el derecho se inscriba, aunque su carácter sea únicamente declarativo.

El motivo fundamental de esta inclusión era el desfase con relación al plazo de constitución, propiciado por las diversas modificaciones y ampliaciones del derecho de superficie en las leyes urbanísticas. Recordemos cómo la Ley del Suelo de 1956, establecía un plazo genérico de cincuenta años (art. 161.1.º), que era el que recogía a su vez el Reglamento de 1959, aunque posteriormente se vio ampliado y diferenciado por el artículo 173.1.º del TRLS de 1976, y concretado por el artículo 289.2.º del TRLS de 1992, a

cuando lo constituyan los particulares (99 años), o cuando lo constituyan los entes públicos (75 años).

El requisito de la determinación del plazo es fundamental en un derecho de carácter temporal. Cuestión que ha sido recogida por vía reglamentaria en base al principio hipotecario de especialidad, siendo necesaria su constatación registral a través del asiento de inscripción a los efectos de seguridad jurídica —eficacia *erga omnes*— no sólo en la modalidad urbanística sino también en la modalidad urbana común cuando se proceda a su inscripción.

Entendemos que en la modalidad urbana común es posible su constitución a perpetuidad en base a la autonomía de la voluntad, aunque no creemos que sea probable como consecuencia del espíritu contrario del Código Civil a la desmembración de los dominios, además de la existencia de razones económicas contrarias a la misma, puesto que ambas partes buscarán un equilibrio en sus intereses. La nota de temporalidad fue introducida por el legislador urbanista porque utiliza la institución con una finalidad concreta como es el fomento de la construcción para el cumplimiento de objetivos sociales marcados sobre Suelo Patrimonio Municipal (que no ha sido desvirtuado, como ya hemos señalado, por las legislaciones autonómicas en materia urbanística) y, precisamente, la temporalidad posibilita el traspaso o la reversión de la propiedad superficiaria, a la vez que el goce del suelo de su propiedad.

En relación con la nota de temporalidad, resulta necesario detenerse a analizar *los plazos legales* marcados. La Ley del Suelo establece imperativamente un plazo máximo de duración y al llegar el límite se revitalizan las reglas de la accesión y la edificación superficiaria revierte al propietario del suelo. El fundamento del aumento del plazo de cincuenta años (Ley del Suelo de 1956 y Reglamento Hipotecario de 1959) a 75, cuando se constituye por el Estado y demás entes públicos, y a 99, cuando se concede entre particulares (establecido en el TRLS de 1976 y en el de 1992), se encuentra en la concesión de un mayor plazo de tiempo con el fin de facilitar *la amortización del valor del terreno cedido*. Por otro lado, se deja a los particulares en libertad para la realización de unos plazos de amortización superiores, estableciéndose el límite máximo en 99 años.

La reforma actual del Reglamento sigue el criterio del TRLS de 1992 de mantener que «el plazo de duración del derecho de superficie que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares».

La solución legal adoptada es la que se venía manteniendo por la práctica registral, que de hecho venía estableciendo la fijación, como plazo máximo, el estipulado en el anterior TRLS. No existiendo en la práctica problemas en cuanto a la inscripción de cualquier plazo de duración del derecho que se haya pactado en ambas modalidades.

Así, pues, se resuelven los problemas anteriores que se suscitaban, generando diversas cuestiones como, por ejemplo, el relativo a que el Reglamento recogía un plazo de 50 años, no sólo referido a la modalidad urbanística a la cual desarrollaba (que había quedado desfasado, como ya hemos señalado) sino que, además, proponía este plazo también para la modalidad urbana común, que recordemos puede incluso constituirse a perpetuidad si ambas partes lo desean en base al principio de autonomía negocial.

Hoy, con la nueva reforma, los problemas han variado de rumbo.

Entre las cuestiones que cabe plantearse destacamos que tras la derogación del artículo 287.1.º del TRLS de 1992, por la LRSV de 1998, referente a la constitución del derecho de superficie por las entidades locales, que recordemos, ha pasado a ser de competencia autonómica (siendo transcrito íntegramente tal precepto por ciertas CC.AA.), el legislador reglamentario conocedor insiste en determinar el plazo señalado por la Ley estatal (art. 289.2.º TRLS de 1992 no derogado). El problema se centra en determinar si el mantenimiento de tal plazo, referido a las entidades locales, constituye un «lapsus» u olvido del legislador, o lo que se pretende es la indicación genérica de tales plazos. Pues recordemos cómo las propias CC.AA., que han regulado la institución superficiaria hasta ahora, no han señalado nada a este respecto, lo que no significa que en su ámbito urbanístico modifiquen el señalado plazo.

Pero, además, el Reglamento Hipotecario, con su modificación, insiste en mantener tales plazos. Entendemos que la solución del legislador reglamentario vendría justificada porque la materia de Registros públicos es de orden estatal, según el artículo 149 CE, de manera que aún si la legislación autonómica determinase otros plazos en materia urbanística, creemos que en todo caso deberán ajustarse a los plazos señalados en el Reglamento, al menos en relación con la inscripción, cuyo carácter es constitutivo.

Desde luego el Reglamento sigue sin tener presente que los particulares, para constituir la figura, no están sometidos a las normas de la Ley urbanística.

b) *Reversión parcial de la construcción superficiaria*

Pero no todos los problemas relativos al plazo acaban aquí, en cuanto a su determinación, sino que el precepto continúa introduciendo novedades, a nuestro juicio, muy interesantes y que en las conclusiones de nuestra monografía ya manteníamos y proponíamos (19).

(19) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie...*, cit., pág. 351 y sigs.

Así, se afirma que «transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por la que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie».

Anteriormente el Reglamento Hipotecario señalaba, siguiendo el imperativo legal de la legislación urbanística, la reversión total de la edificación a manos del concedente del derecho o *dominus soli*, «salvo pacto en contrario», pero no indicaba más.

Esta es una de las afirmaciones que confirman la teoría que mantenemos de dos modalidades del derecho de superficie. Debemos tener presente que la modalidad urbanística considera consustancial el término de plazo de concesión, y, por consiguiente, también entiende que es un elemento esencial la reversión de lo edificado a manos del concedente, y ello precisamente porque como las diversas leyes urbanísticas han puesto de relieve, la finalidad de la institución, tal y como se concibe en este ámbito, es la construcción de viviendas y otras edificaciones con fines de promoción social, para lo cual constituyen el derecho sobre suelo patrimonio municipal del que disponen, en exceso, precisamente en base a las concesiones obligatorias de los particulares que el planeamiento regula (20).

El elemento característico de la institución, en su modalidad urbanística, junto con la nota de temporalidad, y, consecuencia de ella, es la *reversión del edificio que constituye la propiedad superficiaria a manos del concedente o dueño del suelo*. Reversión que se produce tras la extinción de la relación superficiaria al adquirir plena vigencia el principio de accesión. Al ser un elemento consustancial de la misma, fijado por el legislador urbanista imperativamente para su modalidad, no puede ser derogado por pacto de las partes.

En conexión con este tema surgen cuestiones tales como si sería posible la *derogación de este principio de reversión* como, por ejemplo, la venta del suelo al superficiario, o la conversión en una copropiedad entre el dueño del suelo y el dueño de la construcción, o la venta del suelo al propietario de la construcción a la expiración del derecho. El legislador urbanista niega todas estas posibilidades al configurar la reversión como elemento esencial del

(20) Hoy, las legislaciones autonómicas continúan manteniendo tal finalidad del derecho de superficie de forma indirecta, cuando señalan el destino de la institución. Además, continúa regulándose la figura dentro del ámbito del Patrimonio Municipal del suelo, y generalmente tras los preceptos dedicados a las cesiones (cuyo destino será el de la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, usos de conservación o mejora del medio ambiente o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico...).

derecho, puesto que su interés se centra en la cesión de Suelo Patrimonio Municipal para su utilización con un carácter social, de manera que el suelo nunca puede salir de dicho patrimonio.

Sin embargo consideramos que los particulares, en la modalidad urbana común donde es fundamental el principio de autonomía negocial, sí pueden pactar esta adquisición del suelo en base al principio de autonomía de la voluntad. También es posible que pacten la no reversión de la propiedad superficiaria al concedente, o incluso su reversión a un tercero, o la reversión parcial. Otros pactos que caben, fundados en su aplicación práctica y utilidad social son la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto, y también el supuesto contrario de restauración de la propiedad superficiaria antes de la extinción del derecho de superficie por el transcurso del tiempo.

Una vez concretada por vía reglamentaria la posibilidad de reversión parcial, era obvio que se detallase, en base al principio de especialidad, los pactos relativos a la futura propiedad horizontal fijándose la cuota que corresponderá al superficiario (y aunque no se señala nada por eliminación la que le corresponderá al *dominus soli*), y las normas de comunidad por las que se registrá el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie (21).

En definitiva, considero un acierto la introducción de esta modificación por aclarar la posibilidad de reversión parcial al término del derecho de superficie, y por significar tal conclusión que es posible mantener la dualidad de

(21) ARNÁIZ EGUREN mantiene que aunque se pacte la reversión parcial puede que no tenga lugar nunca la constitución del régimen de propiedad horizontal. En cuyo caso, a su juicio, caben tres posibles situaciones. La primera, referente a la situación de prehorizontalidad mientras subsista la situación de propiedad superficiaria, que se dará en el caso de que se cumpla un doble requisito. En primer lugar, que la parte de edificación se determine mediante la constitución obligada de régimen de propiedad horizontal y, en segundo lugar, que la propiedad superficiaria se mantenga en la titularidad única del propio superficiario, de forma que la necesidad de propiedad horizontal surja en el momento de la extinción del derecho. La segunda, referida a la situación inmediata de propiedad horizontal, en cuyo caso la apropiación por el titular de los pisos o locales, cuya propiedad ha de conservar, se condicionará a la extinción del derecho, pero el régimen de propiedad horizontal surge desde el momento de otorgamiento del título constitutivo por el superficiario. Y, la tercera, referente a la situación de reserva de apropiación, sin necesidad de constitución futura de propiedad horizontal.

(22) Contraria a nuestra opinión se mantiene CÁMARA AGUILA («Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del RH por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *RCDI*, núm. 649, pág. 2005) quien, como consecuencia de su tesis unitaria del derecho de superficie, entiende que «habida cuenta del tenor del artículo 289.3.º TRLS, no cabe reversión parcial; en todo caso lo edificado revierte en favor del *dominus soli*...»

No obstante, realiza una afirmación, en cierto modo confusa con el planteamiento que acaba de mantener al declarar que «...el pacto por el que el superficiario conserva parte de la edificación constituye una obligación a término y, como tal, no producirá efectos hasta que no transcurra el plazo de duración del derecho de superficie. El *dominus soli* se obliga a transmitir al superficiario una cuota de su propiedad, convirtiéndose ambos en

modalidades de la institución, sin que con ello se convierta, en este aspecto, en un reglamento *contra legem* como pudiera pensarse (22).

c) *Prórroga del plazo de existencia del derecho*

En último término debemos detenernos en la inclusión de un párrafo en este apartado a), que hace referencia a la posibilidad de prórroga en los siguientes términos: «*No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal*» (23).

El legislador está haciendo referencia a la existencia y a la posibilidad de pacto de una *prórroga definida*, esto es, a un plazo de tiempo de duración del derecho de superficie que se prolonga, retardándose el término, su extinción y la consiguiente reversión.

Con una expresión de carácter abstracto y genérico se posibilita que «podrá prorrogarse la situación superficiaria». Declaración que nos da pie para determinar que lo que se prorroga es la situación jurídica superficiaria, lo cual implica y conlleva la prórroga del derecho real que la sustenta y la propiedad superficiaria-separada ya construida. La situación superficiaria puede haberse transmitido de cualquier forma (24), de manera que los sujetos que la integren no sean los mismos que los iniciales (por ambas partes, no sólo el *dominus soli*, sino también el superficiario). Situación superficiaria que conlleva la continuación de la existencia del derecho real originador de la misma.

En cuanto al plazo de la prórroga, el legislador expresamente concreta que deberá ser por un tiempo limitado, que no deberá ser superior al máximo legal, en clara referencia a la legislación urbanística.

copropietarios del todo. Hasta que el derecho de superficie no se extinga, el superficiario es, y sólo es, propietario de lo edificado, y el dueño del suelo es, y sólo es, propietario del terreno».

Debemos tener en cuenta que la reversión sólo se produce al tiempo de extinción del derecho, momento en el cual tiene lugar la conversión en copropietarios que mantiene el reglamento, y que nosotros entendemos posible, eficaz, y que incluso podría abrirse a otras posibilidades, como ya hemos sugerido en el texto.

Esta cuestión de reversión parcial resulta importante para su constatación registral a efectos de seguridad jurídica de terceros que conozcan con antelación cómo se va a desarrollar el derecho, porque así se establece en su propio título constitutivo, que la reversión va tener un carácter parcial, y que sus expectativas pueden verse frustradas.

(23) En relación con los problemas generales de esta cuestión, vid., mi monografía *El derecho de superficie...*, cit., págs. 346 y sigs.

(24) Recordemos cómo la modalidad urbana común del derecho de superficie puede transmitirse a través de una venta, permuta o donación, y, *mortis causa*, a través de un testamento. Y, la modalidad urbanística a través de los modos establecidos por el ámbito urbanístico.

A nuestro juicio, el legislador ha sido demasiado previsor al señalar que «antes de su vencimiento» podrá establecerse la prórroga, afirmación obvia, ya que una vez finalizado y extinguido el derecho de superficie nunca cabría su prórroga, precisamente por la existencia del elemento esencial de la reversión de la propiedad superficiaria a manos del ente concedente. De darse tal supuesto, se podría pactar otro derecho de superficie, pero nunca su prórroga. En definitiva, la prórroga nacerá siempre dentro del plazo de existencia del derecho de superficie.

Nos parece acertada esta posibilidad que el legislador ha trazado, pues como ya señalamos en su momento (25), no creemos que la prórroga origine la desnaturalización del derecho de superficie. Además, consideramos adecuada, y en determinados casos necesaria, la existencia de prórrogas definidas beneficiosas, tanto para ambas partes como para la construcción que será convenientemente conservada. No obstante, entendemos que tales prórrogas deben ser comunicadas con la antelación suficiente de tiempo, a fin de prorrogarse o pactarse los nuevos caracteres del derecho (plazo, canon, mantenimiento de la edificación o cualquier tipo de prohibiciones...) (26).

d) *Cuestiones relativas a las características generales y al destino de la construcción superficiaria*

Otro de los aspectos que han sido modificados se centran en el plazo para edificar y las consecuencias de su incumplimiento, como se establece en el apartado c) del artículo 16.1.º RH. Sin olvidar la mención expresa de las características generales y el destino de la construcción superficiaria, cuestiones sobre las que nos detendremos en primer lugar.

Apartado que expresamente dispone que:

(25) Vid., mi monografía *El derecho de superficie...*, cit., pág. 341 y sigs.

(26) Frente a la opinión contraria de CÁMARA AGUILA («*Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del RH por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*»..., cit., pág. 2004) quien señala que «el Reglamento Hipotecario viene a introducir una norma que vulnera el carácter imperativo con que el artículo 289.2 del TRLS señala el plazo de duración del derecho de superficie», por lo que considera que «el RH es un reglamento *contra legem* y, en consecuencia, creemos que el artículo 16.1.º a) *in fine*, debe considerarse carente de validez».

La consecuencia a la que llega la autora se debe a su consideración de un único derecho de superficie, y a la posibilidad de que la prórroga desvirtúa el plazo imperativo fijado por el legislador urbanista. De ahí, precisamente, la importancia de mantener la doble modalidad del derecho de superficie, porque no se puede coartar la libertad de los particulares para la realización de cualquier pacto modificativo de la modalidad urbanística, como hemos venido manteniendo desde siempre.

c) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.

Aunque a primera vista pudiera parecer que la parte inicial de este apartado no ha sido modificada, tal conclusión no es exacta, pues anteriormente se establecía la necesidad de hacer referencia, no sólo a las características generales de la edificación (superficiaria) sino también al destino y al *costo del presupuesto*, requisito este último que acertadamente, a mi juicio, ha desaparecido.

Como ya hemos estudiado detenidamente con anterioridad, aunque en estas breves líneas, no está de más recordar los requisitos exigibles en la inscripción del derecho real de superficie expresamente concretados en las «características generales de la edificación y el destino de la misma» constituyen otra de las pruebas de que el Reglamento Hipotecario se centra en desarrollar únicamente la Ley del Suelo, pero no la actual de 1998 (27), sino el TRLS de 1992 y las anteriores, donde se pensaba en la utilización principal del derecho de superficie por las Entidades locales con fines de construcción y promoción social de la vivienda, u otras edificaciones con destino específico. De ahí que se utilizase el Reglamento Hipotecario para concretar estos caracteres, que el legislador reglamentario recogió como requisito necesario para la inscripción del derecho de superficie, haciendo un favor al legislador urbanista al concretar con más detalles todas las circunstancias que deberá constatar en el Registro, todos ellos establecidos, sin duda, en la propia concesión del derecho (28).

La cuestión a determinar, en su caso, se centra en porqué se deben recoger en el Registro tales circunstancias. Es evidente que para que sea más detallada

(27) Recordemos la inconstitucionalidad y la derogación expresa del artículo 287.1.º del TRLS de 1992, que actualmente es desarrollado, casi con identidad absoluta, por las propias CC.AA.

(28) No debemos olvidar que la Ley del Suelo de 1956 (art. 159.1.º) disponía únicamente que la edificación se realizase del modo convenido. El Reglamento de 1959, en consonancia con dicha Ley, entiende que ese modo ha de constar en el Registro, sobre todo entendiendo que su infracción motiva la extinción del derecho. Tales caracteres son esenciales en la modalidad urbanística del derecho de superficie, pues determinan la concreción de los derechos y deberes del superficiario, es decir, determinan el contenido de la propiedad superficiaria, y además su constatación registral es utilizable para el control que la Administración municipal ejerza sobre la actividad del superficiario.

De ahí, precisamente, que entre particulares tales requisitos no sean tan importantes, aunque siempre cabe la posibilidad que el *dominus soli* esté interesado en la reversión total o parcial de la construcción de un edificio con determinadas características, y le interese controlar, y que los terceros sepan cuáles son las características pactadas en el título de concesión del derecho real.

la inscripción pero, sobre todo, el interés en determinar las características generales y el destino, se deben establecer con claridad, a fin de que el superficiario no se extralimite en sus derechos y deberes a los efectos de seguridad jurídica de los terceros. Quizá por esa razón ha desaparecido el requisito del costo del presupuesto que en sí mismo no era importante, sino únicamente entre las partes.

A simple vista es fácil señalar cómo el Reglamento Hipotecario de 1959 consideraba inaceptable que la concesión del derecho de superficie se redactase en términos generales (como puede ser la remisión al Pliego de condiciones, Proyecto o Memoria realizada por el arquitecto) sino que entiende que es imprescindible su explicitación, ya que el tercero adquirente —el tercero hipotecario— ha de tener como única fuente de publicidad el contenido del Registro, al menos a efectos de inscripción registral.

Resulta evidente la necesidad de constatación registral de un mínimo de requisitos, a efectos sustantivos en la inscripción de ambas modalidades, cuestión que no ha sido modificada.

Dentro de la cuestión de las *características generales* de la edificación, consideramos que deberá extenderse en su totalidad todo lo relativo a la edificación, el número de plantas, de viviendas, linderos, superficies y medidas, habitaciones, clase, servicios generales (29). Estas cuestiones son más importantes tras la reforma del Reglamento, sobre todo si tenemos en cuenta que al posibilitarse expresamente la reversión parcial, como ya hemos señalado, se está posibilitando un sistema de prehorizontalidad, de manera que deberá concretarse también todo lo relativo a estas cuestiones para cuando se extinga el derecho y con el surgimiento de la reversión se cree una nueva figura como es la de propiedad horizontal.

En otros trabajos ya hemos comentado cómo se había insistido por algún sector doctrinal (30) la necesidad de acompañar junto a la escritura pública

(29) Hasta ahora en la práctica se procedía, en primer lugar, a inscribir los datos del *derecho de superficie* como la finca sobre la que se constituye el derecho real, a quien se adjudica, la forma y el modo de adjudicación, los caracteres del derecho como el canon, el plazo de duración, la fecha de iniciación de las obras, el plazo de la construcción, actos de disposición del superficiario, reservas de derechos a favor del concedente, extinción del derecho, reversión de la propiedad superficiaria, y demás condiciones pactadas en la constitución del derecho.

Y, posteriormente, en otra inscripción, se describe minuciosamente la *edificación-es* que se están llevando a cabo sobre la base del derecho, y aquí es donde se hace referencia al tipo de edificación, linderos, superficie, número de plantas, número de viviendas y sus superficies, locales y garaje...

(30) BURGOS BRAVO y MARTÍN MARTÍN, *Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria*, en Ponencia y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 353 y sigs.

de constitución del derecho de superficie, el certificado del arquitecto-director de la obra o municipal, acreditativo de que la construcción esté o no concluida y se adapta íntegramente a la forma descrita en el título constitutivo. Dificultad de aportación que se centra en que dichos documentos en la práctica serán posteriores en el tiempo a la creación del derecho. Otra cosa es que sean necesarios para la inscripción de la declaración de obra nueva (como veremos a continuación).

Y es aquí precisamente donde entra en escena la regulación contenida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Reglamento que regula, entre otras, la inscripción de declaración de obra nueva y la división horizontal, como conjunto de medios verdaderamente innovadores y que afectan a nuestro estudio (31).

Una cuestión importante se basa en la posibilidad, que el Reglamento Hipotecario apunta, de reconocer a la Administración Pública facultad de acudir al Registro ante la potencial existencia de incumplimientos, de manera que si ésta se apoya en el sistema creado tendrá también que soportar las

(31) Según la propia Exposición de Motivos del Real Decreto, «El capítulo VI se refiere a las inscripciones de obra nueva cuya regulación legal se encuentra en el artículo 37.2 del TRLS de 26 de junio de 1992. La regulación establecida pretende responder a la finalidad perseguida con el precepto legal: evitar que nazcan a la vida jurídica unidades inmobiliarias susceptibles de tráfico jurídico que no existen ni podrán existir en el mundo real. No se ha querido (ni hubiera sido oportuno) alterar los mecanismos a través de los cuales la obra nueva puede acceder al Registro de la Propiedad, pero sí ha sido necesario determinar los requisitos descriptivos que han de contener las escrituras de dicha clase, puesto que la normativa vigente no los señala. La finalidad perseguida lleva a que tanto en la escritura pública, relativa a la obra en construcción, como en la que ya está construida, sea necesario que un técnico (expresión que queda en el Reglamento precisada en su alcance) dictamine que lo declarado por la persona legitimada para ello coincide con lo proyectado o con lo proyectado y lo construido, aunque sólo en aquello que es el contenido propio de las escrituras de obra nueva...»

Debemos señalar que el artículo 37.2.º TRLS de 1992, no fue declarado inconstitucional por la STC y continúa vigente, pasando a incluirse en el nuevo texto de la LRSV de 1998 en el artículo 22, bajo la denominación: declaración de obra nueva, y que señala casi con idénticos términos 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 y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto objeto de la misma.

Para autorizar e inscribir escritura de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada.

Tanto la licencia como las mencionadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

consecuencias de la no utilización en caso de incumplimiento de deberes que no estén suficientemente salvaguardados también mediante la inscripción (como puede ser la concreción de requisitos en la inscripción de declaración de obra nueva).

Por ejemplo, estamos pensando en el incumplimiento de obligaciones de hacer —edificar en el plazo pactado— que permite actuar a la Administración sin necesidad de acudir al auxilio judicial, produciéndose en cierto sentido una administrativización de la actuación privada, especialmente en las declaraciones de obra nueva.

Pero es importante conectar este tema con el derecho de superficie más detalladamente. El Real Decreto 1093/1997 introduce como novedad, en torno a este asunto, cómo ha de describirse un edificio cuando éste va a acceder al Registro de la Propiedad por primera vez. Se hace referencia específicamente a un mínimo de determinación en metros cuadrados edificados, números de viviendas, apartamentos, despachos, así como el número de plantas y la superficie de la parcela ocupada (art. 45 *in fine*). Cuestiones que ya habíamos anticipado que deberían concretarse cuando se hacía referencia a las características generales de la construcción de la propiedad superficiaria.

No obstante, volviendo al tema que nos interesa, debemos indicar que primero se producirá la constitución del derecho de superficie, y, posteriormente, la edificación en el suelo ajeno. Aunque no olvidemos que a veces su existencia puede ser simultánea, sobre todo, en aquellos supuestos de concesión del derecho de superficie sobre edificación ya realizada, supuesto que entendemos cabe únicamente en la modalidad urbana común. Así, pues, es necesario hacer constar cómo en el folio registral de la finca donde conste el título de dominio del propietario del suelo, deberá inscribirse la constitución del derecho de superficie y, posteriormente, la declaración de obra nueva donde se deberá concretar, por ejemplo, el número de viviendas integradas en el edificio superficiario... y demás cuestiones ya señaladas que se concretarán cuando resultare del proyecto que ha sido aprobado.

En general puede pensarse que en realidad es algo difícilmente controlable por parte de Notarios o Registradores, aunque sí puede controlarse de modo indirecto a través de la licencia, que necesariamente formará parte de la escritura pública donde se indique ese número máximo. No obstante, en el derecho de superficie generalmente esta circunstancia deberá estar concretada, pues no olvidemos que se haya vinculado al destino de promoción social de la superficie, de manera que se expresará en su título de concesión. Además las Comunidades Autónomas, en sus propias legislaciones, han establecido la necesidad de solicitar la licencia urbanística cuando los particulares actúen en terreno público del municipio, sin perjuicio de la concesión que sea pertinente otorgar.

En conexión con esta afirmación debe apuntarse que los requisitos generales para la inscripción de las declaraciones de obra nueva son dos (art. 46): la obtención de la licencia y la intervención de técnicos competentes, puestos de manifiesto reiteradamente en el artículo 22 LRSV de 1998.

Se concreta en el Reglamento Hipotecario algo ya señalado previamente por el artículo 37 TRLS de 1992, que la licencia se testimoniará literalmente en la escritura pública o en el acta notarial, indicándose que la licencia formará parte desde el primer momento de la declaración de obra nueva de la construcción superficiaria.

Otra cuestión importante, introducida por el Real Decreto 1093/1997, ha consistido en conectar la declaración de obra nueva con la propiedad horizontal (art. 53). De manera que mediante la realización de una descripción del edificio se puede dar entrada a una alteración producida en el edificio respecto al modelo que se había puesto en la declaración de obra nueva, siempre que se acredite mediante nueva licencia que se permiten los nuevos elementos introducidos. De manera que como ya se hacía de hecho en el derecho de superficie, el Registrador controla el número de viviendas de una edificación y no solamente la configuración exterior del edificio.

Todas estas obligaciones descritas se hallan en conexión con la cuestión de que la realización de la construcción se configura como un deber esencial para el superficiario (32). La declaración de obra nueva es importante puesto que mediante la inscripción —de carácter constitutivo en nuestro Derecho, no lo olvidemos— el derecho no sólo nace a la vida registral sino sobre todo a la vida jurídica. De manera que la certificación del técnico competente da fe de que todas las circunstancias se han cumplido, no habiendo quedado nada al arbitrio del declarante-superficiario.

Por lo que respecta al *destino* de la construcción, según este apartado del Reglamento Hipotecario, al igual que se mantenía con anterioridad, es necesaria su constatación registral aunque previamente había sido puesto de manifiesto por todas las leyes urbanísticas: en la LS de 1956 (art. 156.1.º), en el TRLS de 1976 (art. 171.1.º), en el derogado TRLS de 1992 (art. 287.1.º),

(32) Pues, en caso contrario, como ya hemos visto, continúa vigente el artículo 289 del TRLS de 1992, relativo a la extinción del derecho de superficie.

(33) En general no existe ninguna diferencia en relación con el destino que se señalaba en el TRLS de 1992. Como ya hemos expuesto, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, hace referencia expresa en su artículo 158.1.º a «...con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario». Idéntica expresión que se contiene en las leyes de Castilla-La Mancha —Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística— y en la —Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo— de La Rioja.

y como veremos seguidamente en algunas leyes de las Comunidades Autónomas. El destino es importante en la constitución del derecho —generalmente centrado en la promoción de viviendas y otros usos de interés social— siempre que sean constituidos por ...entidades locales... (33)

Los particulares no están afectos al destino del uso público de las construcciones objeto de derecho, tal y como reconoció acertadamente la LS de 1992 al señalar que dicha limitación de destino no asiste a los particulares y que no ha sido derogado por la actual LRSV de 1998 (art. 287.2.º).

Con dicha expresión se determinó con claridad la diferencia entre ambas modalidades de derecho de superficie.

No obstante, puede ocurrir que el derecho se pacte entre particulares pero concretándose un destino determinado. En tal supuesto será importante también su constatación registral por constituir un elemento esencial del derecho de superficie.

e) *Cuestiones relativas al plazo para la construcción de la obra por el superficiario y su incumplimiento*

Otra de las modificaciones que no se debe olvidar analizar se encuentra en el apartado c) del artículo 16.1.º del RH, que recordemos señala que:

c) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.

El Reglamento continúa manteniendo vigente el plazo para realizar la edificación que, según dispone, no podrá exceder de cinco años. Expresión que nos indica, a falta de concreción expresa, que comienza a contarse el plazo señalado desde la fecha de la constitución del derecho, aunque sería más coherente pensar desde la fecha de la obtención de la licencia urbanística de construcción. No obstante, como el plazo es amplio es difícil, aunque no

(34) Que recordemos señalaba en su artículo 159 como plazo para que el superficiario realizara la edificación prevista el señalado por el título de constitución, con un máximo de cinco años para los derechos concedidos por las Administraciones Públicas, lo que suponía la admisión, *a sensu contrario* del principio de autonomía de la voluntad para la modalidad urbana común.

(35) Aunque como acertadamente señala ARNÁIZ EGUREN, «con un criterio evidentemente confuso, puesto que en fase de puro planeamiento es muy difícil rastrear decisiones directas sobre los plazos para la construcción de cada edificación».

imposible, la superación de todos los trámites burocráticos necesarios para la obtención de la licencia.

Ni en la LS de 1956 (34), ni en el TRLS de 1976, se señaló la fecha de inicio del plazo, aunque éste determina en su artículo 173.1.º «el plazo establecido en el Plan o si fuere menor por el convenido entre las partes» (35), señalándose a su vez que su incumplimiento es una causa de extinción del derecho. Posteriormente el TRLS de 1992, en su artículo 289.1.º (no derogado por la actual LRSV de 1998) en relación con el anterior artículo 35.1.º, el plazo para la edificación se expresará en la preceptiva licencia urbanística, imponiéndose la sanción de extinción del derecho si no se edificaba en el plazo previsto establecido por la misma (36).

La novedad más importante en este apartado introducido por la reforma del RH, se centra en que «el transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito».

La razón de la modificación entiendo que hay que ponerla en conexión con el Real Decreto 1093/1997 en relación con lo ya examinado referente a la licencia urbanística.

En principio se establece que deberá inscribirse el plazo para realizar la edificación, que hasta ahora se debía contener en la licencia urbanística, como señalaba el TRLS 1992, pero al ser estatal, ha sido derogado y sustituido por el plazo establecido en el planeamiento. Plazo que según el Reglamento no podrá exceder de cinco años en ningún caso, puesto que si no, se extinguirá

(36) Al hablar del plazo de edificación debemos recordar cómo en la concepción del derecho de propiedad del TRLS de 1992, la licencia de edificación no presupone el derecho a edificar sino que lo creaba. Hoy en la LRSV de 1998, la licencia de edificación es una manifestación de la intervención administrativa en la actividad privada, sometiendo su ejercicio a la previa homologación de su conformidad al Ordenamiento Urbanístico. De esta manera, una vez otorgada la licencia, se legalizará la actividad constructora con arreglo al proyecto autorizado, con sujeción a los plazos fijados por la licencia. Concluida la edificación, el propietario del suelo adquirirá el derecho sobre ella.

Debemos recordar también que el artículo 35.1.º, hoy derogado, señalaba que el plazo para la edificación debía concretarse en el acto de otorgamiento de la licencia, donde se fijarían los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable. De manera que de no edificar, siguiendo dichos plazos, el derecho se extingue por incumplimiento del plazo mediante declaración formal. Apartado 1.º que ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC, siendo derogado el precepto en su totalidad por la LRSV de 1998, en su Disposición Derogatoria única.

Hoy, la nueva ley señala, tanto para el suelo urbano —art. 14— como para el urbanizable —art. 18— entre los deberes de los propietarios del mismo el «deber de edificar los solares en el plazo que en su caso establezca el planeamiento».

El contenido del anterior artículo 35.1.º ha pasado a ser de competencia autonómica, aunque únicamente ha sido desarrollado por la CC.AA. de Castilla-La Mancha.

el derecho de superficie porque así se continúa diciendo en el artículo 289.1.º del TRLS de 1992 (que a pesar de su dicción, como ya hemos expuesto, no ha sido derogado). Por su parte, la legislación autonómica estudiada no señala nada respecto al plazo de duración del derecho. De manera que realmente el plazo aparecerá fijado por los Planes, por las ordenanzas municipales o por las propias licencias urbanísticas (37).

No obstante, si el plazo ya ha transcurrido, creemos que el legislador hipotecario quiere decir que aún pasando el plazo de cinco años, y ya construida la edificación, pero no inscrita la declaración de obra nueva, ésta podrá acceder al Registro siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.

En este caso, entiendo que accederá al Registro la declaración de obra nueva, con la licencia que se obtuvo en su día y la certificación actual del técnico competente de que el edificio: —si estuviera en construcción que la descripción que se realiza del mismo en el documento notarial se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia (38); —y, si se trata de un edificio que ya está construido, debe concretarse además, que efectivamente ya se ha finalizado la construcción (art. 49 del Real Decreto de 1997). Se introduce como innovación que no debe responderse que el edificio se ajusta al proyecto, opción correspondiente a la política urbanística, sino que la descripción que se ha hecho del edificio responde al proyecto.

(37) Así hemos constatado cómo la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, señalaba en su artículo 167 el contenido de las licencias concretando la determinación «del plazo de iniciación, el plazo máximo de ejecución y el período máximo en que puede estar interrumpida la ejecución de las obras por causa imputable al promotor de la obra. Al efecto de fijar la fecha máxima de finalización, el proyecto que acompañe a la solicitud de la licencia deberá contener indicación del plazo normal de ejecución de la obra». En el apartado 2.º del precepto se contienen los plazos para el caso de que no estén previstos expresamente en la licencia.

Por otro lado, tanto la Ley 10/98, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, en su artículo 179; como la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, en su artículo 168.1.º, mantienen que cuando los actos de edificación y uso del suelo se realicen por particulares en terrenos de dominio público, se exigirá también la licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del ente titular del dominio público.

(38) En este caso en que el edificio accede al Registro en construcción deberá hacerse constar con posterioridad la finalización de la obra, pues recordemos cómo el plazo para realizar la edificación no podrá exceder de cinco años. Ver mi monografía en el epígrafe relativo a la extinción del derecho de superficie (DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie...*, cit., pág. 220 y sigs.).

(39) Últimamente, vid. la Resolución de la DGRN de 23 de julio de 1996, cuyo supuesto de hecho partía de la constitución de un derecho de superficie pactado entre particulares, donde se estipulaba que transcurrido el plazo de dos años sin que la construcción hubiera sido concluida, los cedentes consolidarían el pleno dominio haciendo

La inclusión de esta novedad reglamentaria —art. 16.1.º—, nos aventuramos a señalar, responde a problemas prácticos de determinación material del término para construir, que han sido objeto de estudio por la Dirección General de los Registros y del Notariado (39), donde se planteaba la cuestión de si era posible declararse la obra nueva realizada durante la vigencia del derecho de superficie, pero ya transcurrido el plazo para la edificación.

Evidentemente no hay problema cuando la edificación, aún declarada después, se acredita fehacientemente que se realizó en plazo (cédula de habitabilidad o licencia de ocupación...). El problema surge cuando la edificación que realmente se terminó fuera de plazo en la modalidad urbana común, no sometida a reglas imperativas como la de la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo para edificar (art. 289.1.º TRLS 92). En ese caso es obvio que el transcurso del plazo no extingue el derecho y, por tanto, no debe impedir la declaración de obra nueva.

GÓMEZ GALIGO entiende que aún habiéndose fijado el plazo para la construcción como requisito esencial del contrato, su incumplimiento no puede nunca determinar la extinción de las facultades del superficiario y ello porque el derecho de superficie «participa más de la naturaleza de la propiedad separada que de la naturaleza de un derecho real limitado o de modificación jurídica» (40). Discrepo de tal planteamiento, y ello porque el derecho de superficie es, en principio, un derecho real originador de una propiedad separada. Propiedad que sólo nace en base al propio derecho real, el cual tiene un contenido jurídico y por tanto un conjunto de derechos y obligaciones de las partes —concedente y superficiario— que en su título constitutivo puede contener y definirse como esenciales, en base a su autonomía negocial, referidas a la duración o al plazo de construcción de la propiedad superficiaria-separada.

Otra cosa es que sea inscribible —máxime si así lo señala actualmente el Reglamento Hipotecario— la declaración de obra nueva realizada por el superficiario fuera de plazo. Esto es, se inscribe la declaración de obra nueva pasado el plazo pactado, pero una vez realizada la construcción superficiaria-separada.

suyo lo hasta entonces edificado en suelo propio como indemnización de los daños y perjuicios causados y sin tener que abonar cantidad alguna al superficiario.

(40) GÓMEZ GÁLIGO, «Plazo de edificación en el derecho de superficie. ¿Qué ocurre con las obras nuevas declaradas una vez transcurrido dicho plazo durante la vigencia del derecho de superficie inscrito? Diferencias con el derecho de vuelo». *Bol. Colegio de Registradores*, núm. 9, 1995, pág. 2185.

(41) ARNAIZ EGUREN afirma que si el superficiario ha incumplido sus obligaciones de edificar en el plazo y el concedente solicita la reinscripción del dominio pleno, estamos ante un derecho comisorio puro, en el que habrá de tenerse en cuenta el espíritu del artículo 16.1.º e) del RH.

ARNÁIZ EGUREN con acierto señala que «si el derecho de superficie ha sido constituido entre particulares, no es posible la reinscripción dominical si no es en virtud de la voluntad concorde de ambas partes o, en otro caso, de sentencia firme, dados los principios establecidos en el artículo 1 LH» (41). Continúa señalando que si es la Administración Pública la que plantea la reinscripción «se suscitaría la cuestión de si el acto administrativo de revocación de la cesión superficiaria, se adopta con todos los requisitos legales, aunque sea unilateral, podría provocar la inscripción a favor de la Administración cedente. Lo lógico es admitir la solución positiva, dada la presunción de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, una vez agotada la vía gubernativa y siempre que se cumplan todas las exigencias legales, especialmente, por lo que al Registro atañe, la participación en el procedimiento del titular que incumple».

f) *Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato*

Por último, ha sufrido también modificación el apartado e) del artículo 16.1.º RH que señala que «e) *Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato*».

A mi juicio, la diferencia mantenida con el apartado e) del artículo 16.1.º del RH anterior es importante, pues antes se señalaba la necesidad de «inscripción de garantías de trascendencia real para asegurar *la edificación*».

Garantías cuyo objetivo en un principio, con anterioridad a esta modificación reglamentaria, podría centrarse únicamente en el estímulo de la construcción o la sanción ante su incumplimiento, con la consiguiente repercusión en posteriores terceros adquirentes en el supuesto de tales obligaciones. Garantías especiales que se pactan para otorgar eficacia de tales pactos y que se consideran obligaciones *propter rem* que, como tales, no tendrían por qué entrar al Registro de la Propiedad *per se*.

Hoy, con la modificación, se vuelve a insistir en la importancia de tales pactos, pero es que, además, se amplía su contenido centrándose no sólo en los pactos relativos a la edificación, sino a todos los pactos del contrato, entendemos que constitutivo del derecho real de superficie originador de la propiedad superficiaria separada del suelo, ampliándose por consiguiente incluso a todas las obligaciones que surgen entre ambas propiedades separadas. Sin olvidar, además, que tales obligaciones generalmente se imponen al superficiario, generando sobre él un deber de realización (pago del canon, eventual reconstrucción del edificio, o la extinción por destrucción del inmueble, los relativos a la financiación y realización de mejoras y el destino de las mismas, o la regulación del *ius tollendi* o el derecho a retirarlas al

término del plazo superficiario...) de manera que cualquiera que ostente tal posición jurídica debe ejecutarlas.

D. CONCLUSIÓN

En resumen, debemos señalar que como toda modificación ha supuesto la introducción de ciertos aspectos positivos como la de la actualización de la figura en torno al plazo, y las cuestiones de reversión parcial de la propiedad superficiaria, o la inclusión de prórrogas definidas de la situación superficiaria, aunque, por otro lado, la reforma debería haber sido más profunda solventando todas las cuestiones que hemos puesto de manifiesto en este trabajo.

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 más pormenorizado en determinados aspectos concretos al ponerse en conocimiento de los Tribunales y de la DGRN.

En general, cabe señalar que las modificaciones suponen un avance en la escasa tipificación y regulación del derecho de superficie.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Civil

de la Universidad Complutense de Madrid

Ley Hipotecaria y Ley Moral: Deontología y ética profesional en los Registradores

SUMARIO: 1. EL TÍTULO.—2. UN ECOSISTEMA MORAL-PROFESIONAL.—3. CONDICIONAMIENTOS HISTORICO-SOCIO-MORALES DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861: 3.1. LEY HIPOTECARIA DE 1861: SU ENTRAMADO MORAL. 3.2. LOS HIPOTECARISTAS, HUMANISTAS Y JURISTAS.—4. LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD MERCANTILES Y LIQUIDADORES DEL IMPUESTO: 4.1. NATURALEZA INSTITUCIONAL. 4.2. SELECCIÓN PROFESIONAL. 4.3. SISTEMA RETRIBUTIVO: 4.3.1. *Como «empresarios»*. 4.4. EL LIQUIDADADOR DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y TRANSMISIONES —Y HOY— ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. 4.5. EL REGISTRADOR MERCANTIL.—5. DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—6. FUNCION CALIFICADORA: 6.1. EN SENTIDO ESTRICTO. 6.2. FUNCIÓN PEDAGÓGICA-ASESORA-INFORMATIVA: 6.2.1. *Asesoramiento*. 6.2.2. *Información*. 6.2.3. *Diligencia-dedicación*.—7. HONORARIOS.—8. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA: 8.1. ANTECEDENTES. 8.2. TEXTOS VIGENTES DISCIPLINARIOS.—9. LA ORGANIZACION COLEGIAL Y SUS FINES ETICO-PROFESIONALES.

1. EL TÍTULO

(1) Vid. «Ley Civil y Ley Moral: la responsabilidad de los legisladores», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 26, Madrid, 1997. También POLO, LEONARDO, «Ética: hacia una versión moderna de los temas clásicos», en el capítulo *Ética y legalidades humanas*, 2.^a ed., 1997, pág. 17 y sigs.

Este texto es resumen —al tiempo primicia— de un trabajo conjunto proyectado por AEDOS sobre *Deontología profesional para juristas*.

He de reconocer, de antemano, que la elección y rúbrica del trabajo, no ha sido puntual, sino que, inspirado en buena parte por el Catedrático de Derecho Canónico y Académico, RAFAEL NAVARRO VALLS (1), responde a una larga reflexión sobre temas que afectan a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles desde hace muchos años (2), en su función y en su tarea profesional. Abrir, de entrada, el capítulo de las responsabilidades morales, o el más ambicioso, el de una *Deontología profesional*, partiendo desde una norma de rango de Ley —*Ley Hipotecaria*— al tiempo de otra de signo paralelo —*Ley Moral*— supone, por de pronto, un escenario más rico, más seguro y más comprometido.

Junto a aquel subrayado —que ya marca una cierta tipicidad normativa respecto a otras éticas profesionales— hemos de recordar que a medida que se han prodigado las «profesiones» —las nuevas— y se han fomentado las autonomías especializadas, ha surgido la necesidad de una elaboración deontológico-moral (3). A veces, nacida de los propios acuerdos asociativo-corporativos, aprobados, a lo máximo en un Decreto u Orden Ministerial, y en ocasiones más reglamentariamente. Esa necesidad ético-moral, unas veces nace de los «*profesionales*», y en otras de *exigencias sociales* y puntuales, lo que en ocasiones se traduce en una accidentalidad, para pasar luego a una fase de decaimiento y dispersión. Piénsese, por ejemplo, en tantos intentos o formulaciones de este tiempo, en la sociedad moderna (4) a los que —sin desmerecer *su interés*— o su valor, parece que les falta, o bien una concienciación arraigada en la sociedad, o esquemas de ejecución y de aplicación.

(2) A lo largo de este trabajo, se citarán algunos de ellos, pero me es grato remon-
tarme a mi tesis doctoral, *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*,
apenas ingresado en el Cuerpo de Registradores, planteada —pese al título— sobre una
base *institucional*. Publicada en 1958, ha tenido dos ediciones facsímil, 1959 y 1991.
También, más ampliamente, vid. VIDAL RODRÍGUEZ, JOSÉ, «El Registrador civil y su res-
ponsabilidad», en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año IX, núm. 300,
abril (25), 1955, págs. 3 a 7.

(3) GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL, en *Una fundamentación: de la ontología jurídica*, 1998,
se pregunta: «¿No es inútil exigir una ética a los profesionales del Derecho, sean jueces,
abogados, notarios, registradores?» Vid. también, FARRÉ MOREGO, JOSÉ M.², «Ética profe-
sional», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, tomo XII, 1961,
págs. 247-260.

(4) Vid. CORTINA, ADELA, *El quehacer ético*, Madrid, 1996. MARIAS, JULIÁN, en *Pro-
blemas internos* («ABC», 28-12-85), se refiere al «estado de desorientación vital» en que
se encuentran demasiados españoles. A veces, no obstante, hay singularidades y preocu-
paciones que no se pueden desconocer. Vid. OBIOLS TABERNER, CARLOS, en su estudio «La
deontología profesional en el juriconsulto Martí Miralles», en *Revista Jurídica de Cata-
luña*, año LXVI, núm. 2, abril-junio 1967, págs. 345 a 355.

(5) Vid. NAVARRO VALLS, R., «Principios éticos y responsabilidad en el ejercicio de
la función docente», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*,
núm. 27, Madrid, 1997, pág. 263 y sigs. Vid. también, nuestra obra, *Constitución, de-
mocracia y enseñanza religiosa*, Colección TAU, Avila, 1.^a ed., 1989, 2.^a ed., 1994.

2. UN ECOSISTEMA MORAL-PROFESIONAL

Indudablemente todos esos esfuerzos que —por citar algunos— se dan en profesiones, como las de los medios de comunicación, las de la docencia (5), las de los políticos (6), a veces reciben nombre o su encaje de *Decálogos* o en *Códigos* para reglamentar determinadas conductas. Y acaso eso pueda ser suficiente sobre la base de una normativa social interior o reglamentaria. Y hasta se podrá pensar si eso es posible o no. Se puede, por ejemplo, sostener por *Ley*, que radiotelevisión sea un servicio público «esencial». Pero después de ese ropaje rígido y solemnizado —por lo de «esencial»—, ya no se contempla ninguna norma de rango fundamental que nos llevase a entredivinar lo que es *responsabilidad profesional, ética, deontología*, o meramente *jurídica* de sus profesionales que están contribuyendo a verificar el servicio público *esencial* que es la radiotelevisión. (Al contrario, lo que se observa —de algunos de sus efectos nocivos— es la gran irresponsabilidad. Tanto de los dirigentes, como —en no pocos casos— de sus profesionales.)

Hemos querido referirnos, pues, al doble ámbito —simplificando mucho— de esa regulación normativa de la que pueda brotar una responsabilidad profesional desde una base ética. No hacemos una crítica, sin más, a los sistemas o supuestos en que aquélla se manifiesta con fuerza menor. Pero es bueno, si se quiere ser eficaz, contemplar *ab initio* —respecto de los Registradores— que la fuente y en el rango *normativa* han podido ser las razones del «éxito», profesional, precisamente por darse una apoyatura moral que diese sentido a las *conductas* de sus profesionales, y que además se garantizaran para la sociedad con una *normalidad* verdaderamente significativa.

No es algo exclusivo de los Registradores porque concurre en todas aquellas tareas o funciones con trascendencia pública —lo que no quiere decir hayan de ser funcionarios *públicos* o de la Administración—. Incluso es significativo que dentro del Parlamento Europeo (7) ante los vacíos legales y la desmotivación de muchas conductas, de muy diversa índole —económicas, financieras, medios de comunicación, etc.—, se estén estimulando *Directrices* para la creación de *Comisiones éticas* de ámbito europeo y de ámbito nacio-

(6) El fenómeno del transfuguismo y de la corrupción. Hay que recordar la *Evangelium Vitae*, mensaje de Juan Pablo II, 8-5-1995, con carácter general.

(7) Es una información de JOSÉ MARÍA GIL ROBLES, en una pregunta nuestra en la Sociedad de Estudios Internacionales 1998, sobre la influencia de la ausencia de motivaciones religiosas en la educación y sus efectos en la Europa Unida —por «intereses»— (ver nota 33).

(8) Hacemos una referencia general a los dos primeros tomos de la magna obra *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, 13 volúmenes. En el tomo I, volúmenes I y II, por ejemplo, se transcriben las discusiones parlamentarias para las Leyes de 1861 y 1869. El lenguaje en el Congreso y Senado es de una riqueza moral —en contraste—

nal, lo cual exige la adecuación en normas de los criterios deontológicos que a nivel de aquel órgano de Gobierno o del propio Consejo de Europa se estén dando.

A nuestros efectos, pues, subrayamos el interés de que en la primitiva *Ley Hipotecaria* (8), también desde sus propias exigencias sociales y jurídicas, encontremos los primeros atisbos de una atención ético-moral en la tarea de los Registradores profesionales. La Ley Notarial de 1861, como ahora en la del Estatuto respecto al Abogado del Estado, o la Ley Orgánica del Poder Judicial, para los jueces, o como para en adelante se piensa, para la función pública del profesional de las Fuerzas Armadas (9), nos confirman que no se trata de una exclusividad ni de una originalidad, sino de una concepción abierta, desde el ámbito moral, y que orienta y facilita una determinada función.

3. CONDICIONAMIENTOS HISTORICO-SOCIO-MORALES DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

Como luego veremos, la responsabilidad profesional de los Registradores hay que situarla en el ámbito o capítulo general de la ética de las *profesiones jurídicas* así estudiadas por M. SANTAELLA (10). Pero queremos concretar alguna particularidad, de signo histórico, lo que seguramente, incluso, puede explicar los escasos vaivenes de una función que ha superado numerosos cambios políticos y sobre todo administrativos y judiciales. Esta cuestión la hemos reseñado con bastante fruición en alguno de los trabajos nuestros (11).

siempre excepcional. A veces —como en la pág. 51 del tomo I, vol. II, INZURIAGA se hace eco de la modernidad, al cambio de costumbres, al riesgo del reduccionismo en la codificación en el Código Civil, para que se quede como el «*Catecismo* de Ripalda» o un «*catecismo* de bolsillo»...

(9) En proyecto. No obstante, en las Ordenanzas Militares vigentes se encuentra el ecosistema creador de valores y virtudes militares. Vid. nuestro tema, *La milicia universitaria. Alféreces para la paz*, Madrid, 1.ª ed., 1997. 2.ª ed., 1998, en las págs. 148 a 159, referentes al contenido ético, normativo y disciplinario en la formación de mandos.

(10) SANTAELLA, M., *Ética en las profesiones jurídicas*, Madrid, 1995. En el apartado 10 de dicha obra, págs. 409 a 412, se reproducen los artículos 296 a 312 de la Ley Hipotecaria referente a las responsabilidades de los Registradores, sin hacer ningún comentario específico al respecto. De manera especial, por analogía, habríamos de recordar los criterios de VÍCTOR GARRIDO en la esfera notarial, o LEONARD, *El fundamento de la moral*, 1998. ALVAREZ ROBLES, ANTONIO, «Guión de un ensayo sobre deontología notarial», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, tomo VII, 1953, págs. 5 a 110.

(11) Citaría aquí la obra en colaboración con el Notario MEZQUITA DEL CACHO, *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*, Madrid, 1986.

(12) *El Notariado*, ob. cit., 147.

3.1. LEY HIPOTECARIA DE 1861: SU ENTRAMADO MORAL

Y es bueno convenir que la función del Registrador, tal como nosotros la definimos (12) que sirve a una *Institución organizada por el Estado y bajo la responsabilidad de los Registradores o profesionales con título jurídico universitario y con especialización acreditada... para consolidar la seguridad jurídica y el cumplimiento tiene la función social de la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo.*

Aquella definición está tomada (13) del *argot* internacional de los *Congresos de Derecho Registral Comparado*. Este concepto, en nuestra Ciencia Jurídica, tiene unas peculiaridades *sui géneris*, que en síntesis viene bien recordar:

A mediados del siglo XIX, y tardíamente, respecto a la codificación europea y por los imperativos propios de la Constitución que nace de las Cortes de Cádiz —la invasión francesa retrasó en España los efectos positivos de la Revolución francesa— se promueve un Código Civil en el cual habrían de ir incorporados preceptos hipotecarios, y como parte sustantiva y procesalmente mínima, en la línea en que se redactaron —por ejemplo— el BGW alemán y el ABGW austríaco, tal como hemos estudiado nosotros (14).

Estaba ya muy adelantado el proyecto de Código de 1861. Pero con independencia de vicisitudes políticas, la realidad es que la normativa de los *Oficios de hipotecas*, que pretendía hacer frente a la *usura* en materia de intereses, a su vez, al *fraude fiscal y defensa del patrimonio familiar* —entre otras razones— se hizo realidad una necesidad: la impaciencia por *anticipar* en una Ley —la de 1861— lo que debió presentarse dentro del Código Civil que no llegaría hasta 1888. Se puede advertir una *urgencia y necesidad morales*, porque la tarea ya

En la página 455 y sigs., de la obra de SANTAELLA, citada (nota 10), aparece el trabajo del Registrador MANUEL CASERO MEJÍAS, titulado *Aspectos éticos de las profesiones jurídicas: el Registrador de la Propiedad y Mercantil*, en que se insiste en la función social del Registrador de la Propiedad, *Independencia absoluta* en orden a la calificación registral «como garantía de la imparcialidad de sus decisiones».

(13) Vid. el capítulo *Filosofía de la Institución Registral y cambio social*, pág. 213, y de nuestra obra *Propiedad Inmobiliaria y seguridad jurídica*, Madrid, 1995.

(14) En *Modernas orientaciones de la Institución Registral* (prólogo de RAMÓN DE LA RICA), 2.^a ed., Madrid, 1975; y también en *Principios...*, *ob. cit.*, cap. XVIII, *Derecho comparado: Sistema austríaco*, pág. 301 y sigs. El fenómeno de la *Codificación y seguridad jurídica* ha sido estudiado de manera más general en una sesión de trabajo promovida por el Centro de Estudios Registrales, 16 de junio de 1998, en el que intervinieron TRILLO FIGUEROA, MENÉNDEZ (AURELIO), CAZORLA PRIETO, PAU, GUY BRAIBANT, CAEIRO, DÍEZ PICAZO, CONTRERAS, MENÉNDEZ REIXARCH, OBREGÓN y MARISCAL DE GANTE.

(15) El antecedente regeneracionista de Registro-Notaría-Juzgado estuvo en JOAQUÍN COSTA (vid., nuestro trabajo «El Justicia de Aragón en el pensamiento de Joaquín Costa», pág. 36 y sigs., de la obra *El Justicia de Aragón visto por...*, Madrid, 1992).

no admite espera. Y porque, además, era necesario crear un estamento profesional propio —el Registrador de la Propiedad— con independencia del Juez y del Notario (15), y con una función autenticadora, «sin perjuicio de terceros». No es de aquí explicar los efectos de esta Ley Hipotecaria de 1861, cuyas líneas maestras se mantienen en la de 1901, y sobre todo en la de *Bases* de 1944 y articulada de 1946. Pero sí resaltar, que nacía —entre otras cosas— para cubrir el *vaciamiento moral y ético* en el tráfico jurídico inmobiliario y en el financiamiento hipotecario. Al contrario, promovía algo que nosotros hemos también bautizado, una «*justicia registral*» (16) que era —en lo posible— reparadora de situaciones injustas, y al tiempo que promoviese seguridades jurídicas para «el tercero», que es el que normalmente —por desheredado o modesto— más necesita la atención del Derecho. (Las macroentidades, ni siquiera suelen inscribir sus mastodónticos edificios.)

Al lado de esa carga moral anotemos: en 1829 se había creado el Impuesto de Hipotecas, la primera Ley Orgánica del Poder Judicial es de 1870, y la Ley del Notariado es de 1862. Carlos III que llega (17) a España en 1759, pronto habría descubierto la necesidad de un relanzamiento y reestructuración de la propiedad. Son aires nuevos en los que también se asoma un progresismo ético, de signo más abierto y cultural y más proyectado a la sociedad, según expresión de la Registradora Purificación García Herguedas.

Junto a esa motivación prelegislativa y eminentemente de interés común, habría que tener en cuenta todo aquello que NAVARRO VALLS ha vislumbrado con signos de modernidad, pero cuyos antecedentes están ya en el XIX, como «*Ley Civil y Ley Moral*»: la responsabilidad de los legisladores a que anteriormente hemos hecho referencia. Se resumirían en el planteamiento dialéctico o tensional —propio de un san Agustín o un Miguel Servet— de la utilización de la *Ley* para un rearme moral (18), o a la inversa. Quizá la *virtud* —nunca mejor usado el término— estaría en un término medio (19).

(16) En *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 3.^a ed., facsímil, Madrid, 1991. Conclusiones pág. 297.

(17) Vid., el discurso con el que le reciben en Daroca, el tino de TOMÁS ORRIOS DE LA TORRE, en *Compendio sagrado de la historia del misterio de Daroca*, 3.^a ed., facsímil, Zaragoza, 1998.

(18) Vid., nuestra obra, *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho natural*, III Ed., Madrid, 1976, a cuyo texto me remito para las categorías axiológicas general: bien común, orden público, justicia, hermenéutica, libertad, responsabilidad y sobre todo seguridad jurídica y justicia registral.

(19) Más en concreto el trabajo de GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL, *Una fundamentación de la Deontología jurídica*, Madrid, 1998.

3.2. LOS HIPOTECARISTAS, HUMANISTAS Y JURISTAS

Un segundo aspecto sería complementado con las aportaciones doctrinales jurídicas, políticas o éticas, de aquéllos que procuraron el alumbramiento de la Ley Hipotecaria, la más importante, en el plano del Derecho, desde la Constitución de 1808 que partía de la obligación de los españoles de «ser justos y benéficos». Y repasando las listas de muchos hipotecaristas y formuladores de opinión —algunos de cuyos libros nosotros mismos abrimos por vez primera en la biblioteca del Colegio de Registradores de Madrid, en la Gran Vía de Madrid, cuando apenas existían en la capital de España los clásicos Registros: Norte, Oriente, Occidente y Centro— nos encontramos con nombres de gran catadura moral, política, intelectual y aún humana y académica. Para mí —entonces y ahora— es una gozada descubrir a esos hipotecaristas, verdaderos moralistas (20). Defensores de sus valores y objetivos de servir a la justicia, evitar el fraude fiscal, cortar la usura a base de dar sentido a la idea de lo justo a través de la Seguridad Jurídica. Con un instrumento del que se puede decir fueron unos adelantados: el de la *búsqueda de la autenticidad*, lo cual, como dirá CHARLES TAYLOR, encierra una aspiración ética, incluso en un planteamiento hermenéutico (21).

Tras lo dicho y anotado marginalmente antes, no es necesario ofrecer textos pormenorizados de aquellos autores y comentaristas de procedencia conservadora del ala moderada liberal, que eran a su vez intelectuales, académicos, políticos. Sin duda, por su tono y estilo, ejemplares (DE LOS MOZOS, GARCÍA Y GARCÍA, AMORÓS y PAU han estudiado algunos de ellos). Y además de juristas destacados eran, en su materia, unos regeneracionistas, con una visión alta del Derecho, de la Justicia, de la Libertad, de la Tolerancia, con apoyo en valores morales esenciales.

(20) Nombres como OLIVER, LUZURIAGA, GARCÍA GOYENA, PAZOS y GARCÍA, GARCÍA GUJARRO, TELL y LAFONT, RAMOS FOLQUES, PAGE (EUGENIO RAMÓN), CAMPUZANO, ROMANÍ y PUIGDÉNGOLAS, CASSO, ORTIZ DE ZÁRATE, FUENTE ALCÁZAR, PERMANYER, AUSIOLES, CURIEL y CASTRO, CONTRA CASTAÑEDA, GÓMEZ, GUGUANZO, CASADO (POLICARPO), RIESTRA (ANTONIO), DIEGO MADRAZO (SANTIAGO), MORALES DÍAZ y otros anotados en *Historia...*, *ob. cit.*, en tomo 7 y II; y glosados en su caso en *Teoría del Registro...*, pág. 78 y sigs.

(21) Vid. TAYLOR, *Ética de la autenticidad*, Barcelona, 1994. En este caso es *autenticidad preventiva* y creadora, es decir, que no sirve sólo al «temor» de perder una finca inscrita, sino de asegurar y promover su ulterior tráfico o servir a su financiamiento. Vid., también aspectos concretos, RAMOS OREA, TOMÁS, «Deontología y hermenéutica: Argumentos y aspectos en 145, 147 y 216 del Reglamento Notarial», en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXIII, núm. 132, abril-junio, 1986, págs. 395-434; y OJEDA AVILÉS, ANTONIO, «Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica», en *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 44, diciembre 1990, págs. 581-604.

Sólo así puede comprenderse mejor, cómo la Ley de 1861 rompió los complejos y dificultades de todo tipo; supo ser moderna e inspirarse en el modelo germánico de seguridad jurídica que apenas se vislumbraba entre nosotros por una acusada romanización del Derecho, salvo en Aragón («Fuero de Daroca», entre otros). Territorio en que sobrevivió una publicidad auténtica para negocios y actos jurídicos en la contratación y Derecho de Familia (22).

En definitiva, se da, con espontaneidad, una literatura humanística y no meramente moralista, en conceptos e ideas, que van constituyendo el tejido ético de una función: la ideal del «tercero» —el «próximo», en el argot espiritualista, *«el principio de buena fe»*, que es sacrosanto para la protección de aquél; la *presunción de veracidad*; de *legitimación*; de *prioridad*— el premio a la *diligencia*; el *buen cuidado*; la *salvaguardia de los asientos por los Tribunales de Justicia como expresión de jerarquía de valores...* Ya no digamos algunas *sanciones* frente a la falta de *decoro*, *conducta moral*, *responsabilidad* —palabra ésta repetida en numerosos preceptos, etc... que se mantienen hasta los últimos tiempos, como luego veremos, para los Registradores en el ejercicio profesional.

4. LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD MERCANTILES Y LIQUIDADORES DEL IMPUESTO

La Ley Hipotecaria de 1861, con las modificaciones puntuales hasta la actual, completada con un Reglamento que ha permitido aceptar cuestiones precisas sin afectar a la Ley General y sin necesidad de su modificación —en algún caso, como el de la prórroga de anotaciones preventivas sería esto discutible—, tiene su parte sustantiva, por ejemplo, la regulación de las *hipotecas*; su parte procesal —los ejecutivos judicial, sumarial y extrajudicial, expedientes de dominio, etc.—; su parte disciplinaria —de la que en este

(22) Fue respetuosa —en el art. 2.º del Real Decreto de 8-2-1861— con aquellas situaciones jurídicas especiales que, además de sus efectos jurídicos, tenían una *carga moral*, como el acceso al Registro de la «viudedad» y del heredamiento familiar en Aragón y Cataluña, respectivamente.

(23) A efectos informativos, recordamos que firmó como Ministro de Justicia, SANTIAGO FERNÁNDEZ NEGRETE. Una investigación exhaustiva de los antecedentes han sido hechos por VICENTE MONTES PENEDA. Como era lógico, había intervenido mucho la Comisión de Codificación, que presidía MANUEL CORTINA. CÁRDENAS fue su ponente.

Fenómenos nuevos, como la *hipoteca mobiliaria*, *prenda sin desplazamiento*, *libro de incapacitados*, o de *documentos penales*, etc., plantean problemas cualificados de responsabilidad, aunque le sea aplicable su carácter general. Por ejemplo, ya en 1936 se habló de «Inscripción y registro de arrendamientos rústicos. Responsabilidad civil del Registrador», en *RCDI*, año XII, núm. 134, mayo de 1936, págs. 342-360.

momento no vamos a hablar— y su parte *orgánica*. Y es en este punto cuando se crea la figura del *Registrador de la Propiedad*, luego, con la función de Registrador Mercantil. Era el título XI, De los Registradores, Nombramientos, Fianza y Sustitución (23).

4.1. NATURALEZA INSTITUCIONAL

Indudablemente, con todo aquel planteamiento ético-moral desde una Ley Hipotecaria, y después de semejantes pronunciamientos y principios, hay que afirmar —en este orden de cosas— que se acertó en la configuración del profesional a servir los objetivos de la institución registral. Ya —a poco que se conozca la filosofía jurídica— se percibe el tono *institucionalista* y no positivista con que se impulsaron las tareas de promoción de la normativa registral.

4.2. SELECCIÓN PROFESIONAL

El Registrador que se *«inventa»* o *«crea»* es un profesional del Derecho y no sucedáneo —agentes, técnicos, peritos de propiedad inmobiliaria, escribanos «funcionarios» puros, etc.— con una selectividad rigurosa, al margen de las turnancias y opciones amigables, políticas o sociales. Con un programa preanunciado, pruebas abiertas, exámenes concienzudos, etc. Incluso no se accede inmediatamente, sino al *Cuerpo de Aspirantes*, para que la plaza vacante no espere al servidor público, sino al revés. En ese período preprofesional cabe el estudio o práctica complementaria, y hasta en ciertos momentos se ha permitido algunas actividades, como servir en vacaciones, temporalidades, o trabajos complementarios en los Centros de Estudios Registrales, etc.

Al lado de la selección está la *responsabilidad*, que lo es *directa y personal*. Es decir, no hay, a priori, que acudir a sistemas penales o civiles para la compensación por los posibles errores —sean «materiales» o «de concepto»— sino en la propia *Ley* —subrayamos ese rango—, y luego en el *Reglamento* se marca un procedimiento especial de *rectificación de errores* en los asientos de los libros. Cuando, de por sí, no lo pudiera hacer el Registrador, o no lo consientan los interesados, no existe otro camino que el judicial. Se hacen repetidas alusiones a la «propia responsabilidad» (24).

(24) Título VII, *De la rectificación de asientos* —art. 211 y sigs., LH, y el mismo Título— artículo 314 y sigs., en el RH.

(25) Vid. Título XII, *De la responsabilidad de los Registradores*, artículo 296. «*Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus finanzas, y en segundo con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen*». No obstante, los casos son realmente escasos. Vid., una sentencia concreta del TS de 12-2-1996, sobre «Responsabilidad civil del Registrador: inscripción de una escritura falsa al amparo del artículo 205 de la LH», en *Boletín Colegio Registradores*, año XXIX, núm. 16, junio

Este sentido, y aún *sentimiento de responsabilidad* —en el orden económico está salvaguardado, en parte, por una fianza— está prevista, en primer lugar, la «*responsabilidad directa de los Registradores*» que se da con carácter general y con frecuencia en los casos de doble inmatriculación (25), es lo que innatamente va «forjándose» en el Registrador profesional en su actividad de cada día. Lo que, a su vez, le da trascendencia de su *función*, de su *autonomía personalizada*.

4.3. SISTEMA RETRIBUTIVO

En tercer lugar, ya desde 1861 se configuró un sistema de retribución por *arancel* o *tasa* (26), ya que, como luego veremos, el Registrador no es funcionario de la Administración Central, ni autonómico, ni provincial, ni local, sino que ejerce una *función pública institucionalizada* y servida a través de un servicio público. Con tal retribución se le permite —aunque haya habido oscilaciones— una vida digna, mejorada progresivamente por la propia voluntad, a medida, o según la categoría de los Registros —formalmente cuatro— y también para hacer frente a los riesgos de aquella responsabilidad, que en el orden económico —sobre todo en las grandes operaciones registrales— pueden ser cuantiosos. (Dentro de la Organización Colegial existe un *Servicio de Responsabilidad Civil*.)

4.3.1. Como «*empresarios*»

También hay que considerar el sistema retributivo del *personal auxiliar* que ha sido, primordialmente, el de *participación* en ingresos y en gastos —salvo ahora los supuestos del convenio colectivo vigente en la fase de

1996, págs. 1513-1514, y también comentario por ADÁN GARCÍA (M.^a EMILIA), JARILLO GÓMEZ (JUAN), y DELGADO GARCÍA (ALFREDO) sobre aquella Sentencia del TS de 12-2-1996, «Responsabilidad del Registrador. Inmatriculación en virtud de título falso», en *Boletín Colegio Registradores*, agosto 1991, págs. 1774-1775.

(26) Como entiende JULIÁN MARIAS respecto a las tasas, ésta no se genera en la esfera de la sociedad, sino en la jurídica y estatal. Podríamos estimar que ya la creación o fijación del arancel es una *creación ética*, además de que lo sea en su aplicación.

(27) Un criterio del Tribunal Supremo de 1990 sobre la naturaleza «laboral» del personal con respecto al Registrador, llevó al Colegio —nosotros entendemos que cabía haberse agotado el criterio jurisprudencial, como en buena parte confirma SAGARDOY junior —a la creación de una *Asociación Profesional de Registradores*, que asume esencialmente la política y negociación y ejecución de convenios, siendo el primero de ellos, y básico, con pequeñas modificaciones el suscrito el 29-7-1992. De ahí deriva, pues, otro capítulo de ética profesional más marcado: el de la responsabilidad *empresarial*, justicia en las retribuciones, atención humana y solidaria con el personal, etc.

temporalidad exigida, hasta lograr el pase al cobro por participación. Lo que hace situarse más abiertamente que antes como empleado y gerente de empresa, con funciones que antes ocupaba más directamente el sustituto (27). Este sistema ha permitido o, mejor dicho, ha facilitado, que en su conjunto, el Registrador y su *personal* —que hasta hace poco tenía el carácter de empleado *institucional*, no personal laboral— ha tenido y tiene, de suyo, el estímulo de la diligencia, del cuidado y de la atención. Y por lo que se refiere al Registrador, éste responde directamente también (28) de los errores y fallos de su personal. Esto lo saben los empleados y estimula, en la mayoría de los casos, no una *patriarcalidad*, sino una funcionalidad. Porque la selección de ese personal se hace también en forma —habitualmente— participativa: el Registrador, con el sustituto, figura esta última que históricamente cumplió una tarea muy digna, y que se basaba en la extrema confianza directiva en el Registro.

Para que se entienda bien, cómo los presupuestos éticos de una actividad —tanto la técnica como la empresarial— han de tener su base en una normativa fuerte y coherente, se puede advertir, en la praxis, un dato curioso y que constituye el saber y el quehacer diario registral: una *calificación negativa*, es decir, una respuesta desfavorable, total o parcial para el acceso de un documento al Registro —lo que a veces supone estudios y reflexiones largas—, hace que no se *perciban emolumentos*. Si es *positiva*, se *cobra*. Precisamente, por eso mismo, hay como un valladar frente a cualquier insinuación, y ante la duda, por mayor sentido de la responsabilidad en la decisión de la calificación —«inscribo», «no inscribo»—, el Registrador se «ata los machos», se sienta, y nunca puede responder —o no debe hacerlo— al socaire de que al *denegar no se cobra*, y eso frente a presiones de dentro y fuera del Registro. Precisamente la fuerza que hace desoír a cualquier tentación es prácticamente ético-moral, *avalada por la ausencia de lucro*.

4.4. EL LIQUIDADOR DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y TRANSMISIONESY HOY..... ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

(28) Acaso sea este punto uno en donde más a prueba se ponga la conciencia moral, que puede provocar vacilaciones, entre asumir los daños ajenos, o sancionarlos directamente. Es un campo de *decisión personal*, delicado, pero fecundo en *valores éticos*.

(29) No olvidaré nunca, de niño en Daroca, en los años de la República, la figura del señor Registrador, don Miguel Castells —que era miembro del Cuerpo Jurídico de Tierra, y Notario— miembro de la Adoración Nocturna, Asociación Eucarística de la que era presidente mi padre —cartero—. Infundía respeto y cariño (luego siguió el asedio de Teruel, a punto de ser fusilado con el grupo del obispo Polanco. Se incorporó luego a la carrera notarial en San Sebastián. Un hijo suyo, Miguel Castells, ilustre abogado «vasco» iba con nosotros al Colegio de Escolapios de Daroca).

Los primeros Registradores dieron un tono de seriedad, de cordura, de señorío y de dedicación ejemplares. Con gran competencia profesional, y con frecuencia, cultivando las Humanidades y una sincronización local (29). Adquirió prestigio. Y de ahí que inmediatamente que se reajusta la Administración de Hacienda y en algunos impuestos se les da cierta exigencia de *calificación jurídica*, se le asignara *funciones al Registrador local de Liquidador del Impuesto de Sucesiones o «Mortis Causa», de Transmisiones o intervivos*. (Del de timbre se era meramente *recaudador* y controlador). Y ya luego en el del *Impuesto de Actos Jurídicos Documentados*.

He anotado aquí esta modalidad para rehacer el impacto histórico: *cómo merecieron la confianza en esa función fiscal* que siempre fue muy valorado por la Administración, y que persiste, a pesar de tantos avatares e ideologías políticas. Resulta diligente —por otro lado— más económica que la realizada *por la propia Administración*. De tal manera, que la sustitución en las capitales de provincia de estas tareas fiscales fue encomendada a otro cuerpo de gran prestigio, los abogados *del Estado*, que hacían de supervisores y colaboradores —es la palabra, ya que se estimaba que el Registrador en la capital de provincia no podía atender suficientemente (30) la función liquidadora y la consiguiente jerarquía de *inspección*, formulada en las Leyes Fiscales y de Recaudación.

El volumen económico de esos impuestos ha sido y es muy importante. Y salvo supuestos de algún riesgo por empleados infieles, hoy todavía constituye un ejemplo de cuidado y de celosa responsabilidad, que sigue siendo, a *prima facie*, del propio Registrador. La efectividad plena de un *clímax ético-moral* aún más completo, puede estar también determinado por los «*convenios*» con las Comunidades Autónomas, con personal ya funcionario-funcionario o con criterios marcadamente políticos o haciendísticos, sin comprender a veces el *coste real* de los servicios o la repercusión de una no diligencia en la aprobación de documentos en tramitación de recursos de los que sea competente la Autonomía.

Es, en todo caso, una *responsabilidad sobreañadida* que se lleva y acepta con sentido de servicio, ya que las opciones personales de los titulares, seguramente no coincidan con la llevanza de Registros con Oficinas Liquidadoras —salvo en las rurales—, en buena parte de los casos. Pero la aceptación personal y colectiva también nos quiere decir que hay una respuesta ética, y se cumple bien, aunque no sea cómoda o no excesivamente «fértil».

4.5. EL REGISTRADOR MERCANTIL

(30) Sobre los abogados del Estado, vid., *Propiedad...*, *ob. cit.*, cuarta parte —10—, *Los abogados del Estado, 1881-1981* (págs. 439 y sigs.).

En las capitales de provincia, derivado de la Legislación y Registro Mercantil, existen los Registradores de tal denominación. En los Departamentos Marítimos llevan también el Registro de Buques, y en Madrid el de Aeronaves que debiera de coordinarse con el Registro del mismo nombre que, con carácter administrativo, se lleva en Aviación Civil. La problemática de *calificación* y de *responsabilidad* es semejante. En nuestro tiempo ha revestido una importancia singular, ya que en todo el fenómeno de reestructuración —tanto económica, financiera, como política— ha sido un instrumento de información; ha permitido determinar y orientar corrupciones en el mundo del tráfico. Y con su *modernización* y puesta al día ha sido también un ejemplo de servicio. Algunas dificultades e insuficiencias normativas o legales, y el aluvión problemático de cuestiones que se han adosado al Registrador Mercantil —como tasaciones, balances, etc.— han podido desbordar su acción. Pero la catadura moral y la estructura ética, histórica y normativa, han facilitado también el cumplir con los riesgos y dificultades el momento presente (31).

5. DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Como broche final, previsto en la Ley Hipotecaria de 1861, fue la creación de aquella Dirección servida por un Cuerpo Técnico —aunque últimamente ha pasado por momentos de insuficiencias (32), que ahora se quieren superar— destacando que siempre se caracterizó por una competencia, una profesionalidad y una singladura ética, natural, racional o espiritual. Basta recordar los nombres de ALCALÁ ZAMORA, AZAÑA, ARIAS NAVARRO, PÍO CABANILLAS, BALLARÍN, MORO, IPIENS, PEÑA, LUCINI, SARMIENTO, POVEDA, PAU, y —sin ser exhaustivos— el gran don JERÓNIMO GONZÁLEZ, dotados de una exquisita, atención y reflexión.

Pues bien, junto a aquellos condicionamientos —selectividad, retribución y responsabilidad— el *rearme moral* tiene otro asidero: siendo la «soberanía» del Registrador —jurisdicción «voluntaria especial», como anticipamos— y aún cuando quedan los asientos bajo la *salvaguardia* de los Tribunales, existe aquella Dirección que tiene el doble cometido: la *inspección* de los Registros

(31) La Organización del *Registro Mercantil de Buques y de Aeronaves* —o el de *Hipoteca mobiliaria*— son especiales. Pero los principios éticos y de responsabilidad son semejantes.

(32) Me refiero a los nombramientos, en los últimos años, de directores «póliticos» no técnicos y a la sustitución de los *Letrados* de la Dirección General por abogados del Estado u otros técnicos no especializados en materia registral o notarial que sienta doctrina.

—lo que apenas se ha hecho, quizá porque no se ha considerado necesario y se ha delegado en el Colegio de Registradores—, y la resolución de *recursos* contra las *calificaciones* de defectos —insubsanables o subsanables— advertidos por los Registradores. La doctrina de la Dirección, por su categoría, por su comprensión, etc., además ha estado siempre llena de análisis y juegos no meramente jurídico-normativos. Han sido situaciones, en algunos casos nuevas, que han requerido una formulación creadora, ciertamente progresiva en la mayoría de los supuestos. En tales resoluciones, con frecuencia se hacen *juicios de valor sobre comportamientos*, actitudes *prácticas*, orientaciones que valoran la labor y las opciones del Registrador. En el *rearme moral*, esa *dación* de confianza en la propia Dirección General —primero en recurso gubernativo ante los TSJ de las Autonomías— implica una *respuesta ética*, y por tanto, un redondear el amplio espectro moral en que el Registrador ha de moverse.

Con tal radiografía histórico-social, en parte, retrospectiva, estimamos que será más fácil comprender los supuestos normales en que se pone a prueba —además de lo dicho— la *cordura ético-profesional del Registrador*, lo que, en conjunto, constituirá una Deontología de lo que —ya anticipamos— es un servicio al área —junto con *el Notario*— de la *seguridad jurídica preventiva*, como MEZQUITA DEL CACHO y nosotros bautizamos (33).

6. FUNCION CALIFICADORA

6.1. EN SENTIDO ERICTO

La función calificadora, tanto en la órbita del Registro de la Propiedad como en el Mercantil, constituye la tarea profesional primordial. Sus decisiones —acceso o no a un Registro Público—, de actos o negocios jurídicos con trascendencia inmobiliaria o mercantil —son pequeñas «sentencias»— «*en su virtud, inscribo*», es la fórmula. Los efectos no son sólo entre las partes, sino frente a terceros. La tarea —la suelo llamar hermosa— no se queda con la «garantía» —«*seguro*», en el sistema anglosajón— de que la inscripción perfecciona el negocio jurídico escriturado, sino que, además, abre posibilidades hacia «*el tercero*» en ese momento inexistente. Nosotros aquí tenemos la preocupación —no meramente jurídica— moral, ética, de pensar que el asien-

(33) Vid. *El Notariado...*, *ob. cit.* La referencia a esta obra suple traer aquí muchas de las ideas motivadoras de las técnicas del Registrador y del Notario, apuntadas o dirigidas especialmente al universitario que se prepara para aquellas profesiones. Y más atrás, citamos nuestra obra, *Derecho. Guía de Estudios Universitarios*, Pamplona, pág. 223.

to, su redacción o cuidado, «sirva», ayude, facilite al tercero —incluso pedagógicamente— sobre cuál es la situación real. Sobre todo cuando la «finca» procede de un desarrollo urbanístico, a veces, complejo o complicado.

La función calificadoradora (34) es la que suele medir, guardar y estimular al Registrador. Es su mejor *oficio*, y su mayor *responsabilidad*. Hay una literatura verdaderamente rica sobre esa calificación, como acto que nosotros llamamos de *purificación* del negocio jurídico. NÚÑEZ LAGOS llega a afirmar que los asientos en los libros registrales son «*pequeñas constituciones declarativas de derechos privados*», que salen de la órbita personal, aunque estén protegidos por la intimidad (35).

En esa tarea, el Registrador actúa como Juez especializado dentro de la órbita de la llamada jurisdicción voluntaria. Aunque también de conformidad con el artículo 18 de la LH, esa calificación opera según la *Ley*, según los documentos presentados, y según los propios asientos, por tanto tiene motivaciones de *Fiscal Registral*. Nosotros, en este punto —sin perjuicio de lo anteriormente expuesto sobre las responsabilidades— cabría hacer aplicación analógica de una Deontología de profesiones jurídicas en cuanto a la Justicia y al Derecho.

Con una toma de conciencia, respecto al ámbito y al predominio o equilibrio de la propia *ley* con la *moral* subyacente; la coordinación de una u otro, el relativismo moral, la apelación al *Derecho natural dinámico*, o a la realidad social (36). Y por tanto, en ese sentido haría remisión a otros estudios sobre ética en las profesiones jurídicas, especialmente ANGEL GABALDÓN (37), con las salvedades o modulaciones. Y es que atribuida una analogía «*judicial*» —sea «voluntaria» o «especializada», o del tipo Ministerio «fiscal», en todo

(34) Las veleidades de Fernández Ordóñez, en un momento de su gestión política como Ministro de Justicia, llevaron a pensar en un planteamiento más funcional y burocrático del Notariado y Registros. LACRUZ BERDEJO y RODRÍGUEZ ABRADOS redactaron sendos estudios acerca de aquellas funciones. El decano del Colegio de Registradores, Narciso Fuentes, aceptó un trabajo nuestro que —remontada la crisis— sirvió de ponencia del Congreso Registral de México, 1980, luego repristinada en *Propiedad...*, *ob. cit.*, VII, *Naturaleza de la función registral*, pág. 133 y sigs., a la que me remito.

(35) Vid., nuestro trabajo, en «Organización funcional de los Registros, informatización e información», en *RCDI*, 1998, desarrollo de la ponencia en el XII Encuentro Registral Latinoamericano —Lima (Perú) 1997—. Allí aludo a los trabajos del Magistrado del T. C. GIMENO SENDRA, luego desarrollado en otro posterior que figura en el Libro Homenaje, LÓPEZ MEDEL (pendiente de publicación).

(36) Relativismo, positivismo e historicismo, junto al materialismo y pragmatismo jurídicos siguen sobrevivientes. Vid., nuestra obra, *Ortega en el pensamiento jurídico*, II Edición, Madrid, 1986.

(37) Los trabajos que pueden constituir el capítulo jurídico de AEDOS. Vid., también, POLO, LEONARDO, *Ética*, II Edición, 1997. Y GARCÍA VALDECASAS y FERNÁNDEZ, RAFAEL, «Libre prestación de servicios y derecho de establecimientos de los abogados. Deontología, orden público y colegiación», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 47, abril 1988, págs. 16-19.

caso el Registrador, ni siquiera materialmente tiene estrados ni vara, lo que es su grandeza y servidumbre. Propiamente hay «partes». La inscripción es *voluntaria* —salvo para la hipoteca— y en algunos supuestos públicos (38). Tampoco hay una intervención de *oficio*, aunque, también por aquí puede venir un cierto *estimulante moral* para suplir en casos límites una *diligencia* singular, incluso para el supuesto de indefensión (39). Quedaría, de otro lado, cualificar otra actividad, como la «*certificadora*» de los Libros de Actas de las Comunidades de Propietarios —nunca legalizadora— o la *estadística*, que plantean pocos problemas morales, aunque su repercusión no sea escasa, en cuanto a la exactitud y diligencia.

Una nota general: Si el Registrador advierte del documento presentado algún ilícito penal, sin perjuicio de la calificación, dará cuenta a los Tribunales.

6.2. FUNCIÓN PEDAGÓGICA-ASESORA-INFORMATIVA

Además de aquella función propia y esencial de *calificación*, como requisito previo para el acceso de los documentos a los Registros de la Propiedad para alcanzar la fortaleza de la seguridad jurídica —con la *buena fe*— frente a terceros, la labor del Registrador no queda ahí. Si para la primera cabría aplicar, por *extensión*, la *Deontología del profesional* «judicial», a su vez, como una *parcela de la ética de las profesiones* jurídicas para esta obra, se da también una complacencia moral respecto de todo aquello, que no afectando directamente a la calificación, sí puede contribuir a la *buena* marcha del servicio.

Lo primero que asoma, pues, es una *toma de conciencia moral en esas otras parcelas* que nosotros llamamos —no sé si atrevidamente— una *pedagogía moral*, y que afecta —sin ser exhaustivos— a los siguientes extremos:

6.2.1. Asesoramiento: ética de la autenticidad

Ya dijimos que los Registradores no disponen de estrados, ni es titular de vara. Pero, aun en su propia estructura —salvo casos especiales— carecen de ventanillas. (En los Mercantiles hay otra organización, sobre todo en los de

(38) Vid. *Modernas orientaciones...*, *ob. cit.*, en donde analizo los supuestos de una inscripción obligatoria progresiva que mereció la atención de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, en su momento.

(39) Vid. *Propiedad...*, *ob. cit.* Capítulo XIV: *Intervención ex officio en la esfera registral*, pág. 261 y sigs. No obstante, el campo es más amplio que el de la *diligencia*, aplicable a otras profesiones jurídicas; y también es susceptible de aplicar —en sus justos términos— lo que PABLO M. CASADO COCA llama «Abogacía y deontología de la indefensión», en *Revista General de Derecho*, año XLIV, núm. 523, abril 1988, págs. 1679-1728.

las grandes ciudades, como característica de «oficina».) Con frecuencia hasta el despacho suele estar intercomunicado con el sustituto, personal y público. Pero esta estructura, es ya un síntoma —no siempre incuestionable— para poder facilitar una tarea que, con la previa del Notario, constituye una actividad del asesoramiento, de orientación y hasta de consejo. Normalmente —con independencia de la presentación por fax (40) llevada a cabo por gestores, agentes, notarías y los propios interesados. Es un derecho y una facultad. Generalmente, para estos últimos supuestos —y con frecuencia para el resto de los «presentantes»—, pueden ofrecer dudas, o existir antecedentes fácticos o jurídicos, sean documentales o histórico-registrales, que de una u otra forma simplifiquen dificultades. A veces es un «interesado», en otras son los más. Normalmente —por ejemplo, en los planteamientos urbanísticos y sus expectativas— los promotores, por sí, o son los notarios, y a veces con representantes de los Ayuntamientos..., se trata de buscar soluciones viables dentro de la legalidad y de lo que resulte de los libros.

Me interesa subrayar que en este papel de «asesoramiento» personal, o toma de *conciencia* del caso, o de *audiencia* aclaratoria, hay algo *éticamente* valioso. Porque es el momento en que —con independencia de las expectativas de honorarios, o no, según la «opinión»—, el profesional-registrador cumple la tarea humana de ayuda, consejo y servicio al «tercero» próximo. VIDAL y otros la suelen llamar «*función patriarcal*». MEZQUITA DEL CACHO y nosotros hemos preferido de función cooperadora a la seguridad jurídica preventiva. Aunque sea en todo amable y hasta amigable. Propiamente ante el Registro no son partes «contendientes». El titular registral siempre ha de ser oído y notificado. En tal sentido, ya la Ley Hipotecaria de 1861 se adelantó a eso que ahora se llama «*tutela efectiva*» (art. 24 de la CE). Y, como a su vez, los asientos registrales son «*pequeñas sentencias firmes*» —a salvaguardia de los Tribunales— con aquellos parámetros, el Registrador puede cooperar a esa verdad formal a través de la *ética de la autenticidad*.

6.2.2. Información

(40) Vid., nuestro trabajo con carácter general, *Sistemas de informatización y Derecho* (CITEMA, 1994). Y «Una nueva conciencia sobre el Derecho: la formación jurídica», en RCDI 1996. También en *Propiedad...*, *ob. cit.*, XIV-5 (págs. 257 y sigs.). Un planteamiento más general y actualizado puede encontrarse en la obra de MARÍN IBÁÑEZ, RICARDO, *Los valores clave del siglo XXI*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores y contestación de ANGELES GALINO CARRILLO, Madrid, 1998. Especialmente el papel que pueden jugar los valores éticos en una civilización personalista. Las ideas filosóficas y técnico-pedagógicas de los autores citados, además de su valiosa fundamentación bibliográfica, tienen gran interés para el mundo profesional del futuro, y de manera singular para las actividades que tienen su sentido en el logro de la *Justicia*.

Se cumple también otra labor: la *publicidad externa*, sea por exhibición o manifestación, certificación, etc. Hoy, en la vida moderna —y no digamos en la jurídico-mercantil— esta tarea informadora e informativa es de gran calado. Pueden existir unos *límites* respecto a la *intimidad*, como ya apuntamos. Por lo tanto, el Registrador de la Propiedad tiene que tomar conciencia de que sus *libros* y los *datos* registrales no están «petrificados», aunque tampoco sean juego de niños; deben estar al servicio del *interés conocido* (art. 221 de la LH y 607 del Código Civil), aún cuando sobre la cuestión haya problemas (41). Cada vez —y es una experiencia especialmente vivida en mis últimos doce años de actividad— la responsabilidad profesional no debe tener reparo de acercarse a la estructura o núcleo de la oficina de carácter informador, y que aquélla debe estar dotada con persona competente. El Registrador debe prestar su atención. Y, naturalmente, cae de suyo que debe ser *diligente*, y al tiempo *firme* ante cualquier signo de información confidencial masiva o extravagante, evitando sea utilizado el Registro para fines extrarregistrales.

6.2.3. *Diligencia-dedicación: «prior in tempore»*

El sistema registral se basa en un principio ético-lógico, que de suyo implica toda una filosofía: *prior in tempore, potior iure* (*El primero en el tiempo es el primero en Derecho*). Se trata no sólo de un *slogan* sino un *principio general* que ha calado en toda una instrumentación jurídica: el *retraso* en las prestaciones de documentos, la no formalización de ciertos actos jurídicos —sean *intervivos* o *mortis causa*—; es decir, el descuido de las «partes», la desatención, cuando no el «fraude» fiscal, etc., revelan, en todo caso, un descuido o ligereza. Todo lo que sea diligencia, cumplimiento o ayuda a una formalización pronta, es positivo moralmente, aunque puede predominar el ejercicio de la libertad para inscribir, o no, tarde o temprano.

Lo que hace el Registro —respetando las respuestas individuales— es ayudar, y casi «premiar» al diligente —comprador, vendedor, acreedor hipotecario, viudas, divorciados, separados, deudores, etc.—, hasta el punto de marcar el efecto de la *prioridad por la fecha* de presentación del documento a la que se retrotrae la fecha de la inscripción (42).

(41) Vid. *Propiedad...*, *ob. cit.* Capítulo IX: *Publicidad formal —Naturaleza y efectos extrarregistrales—* (págs. 183 y sigs.).

(42) Vid., la atención que presta ROCA SASTRE al hecho de la exteriorización de la petición de inscripción, que es algo más que burocrática. Vid., su obra *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 708 y sigs. También CHICO ORTIZ en sus trabajos hipotecarios relacionados en páginas 20 a 27 de Libro Homenaje a JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ, coordinado por GIMENO y GÓMEZ LAFUENTE, Madrid, 1995.

Por eso, y al margen de esa dinámica singular de los sistemas hipotecarios —y más en el nuestro, con la *voluntariedad* de la inscripción, salvo hipotecas— y con independencia de que se «corten los “vicios ocultos” o las “dobles ventas”, o las múltiples manipulaciones a que el tráfico jurídico inmobiliario está tentado», no cabe duda de que ha de existir una *respuesta personal, ética y concienciadora* para el despacho de documentos. Sin forzar plazos y sin rigideces extremas, la forma redaccional de asientos es una tarea que puede hacerse habitualmente diaria y controlada. En esto —como ocurre con las Notarías— el Registrador debe dar una *distinción* frente o ante los frecuentes retrasos que puedan observarse en juzgados, administraciones o gestorías. El eslabón final es el registral, y por tanto una actitud de *despacho*, no prioritario en razones particulares, salvo casos límites de urgencia, es una actitud responsable y muy valiosa en la sociedad de nuestro tiempo. Lo que supone y exige —hoy más que nunca— una asistencia material a la oficina —dentro de las normas reglamentarias—, y una *dedicación*.

Incompatibilidades

No nos referimos aquí, propiamente, a aquellas incompatibilidades como «funcionario público» *sui generis*, del Registrador, que se establecen en las Leyes Generales de la Administración Pública. En la actualidad se ha extendido la incompatibilidad, que históricamente afectaba, en parte, a la derivada de otra función retribuida por *presupuestos generales* del Estado, lo que permitió una permeabilidad (43).

Hoy ya no es posible ejercer, por ejemplo, ni de abogado, ni de catedrático, siendo Registrador en activo (44).

Concretamos: estamos en la rúbrica de la *incompatibilidad* —art. 541 del RH— no puramente subjetiva o de conciencia moral (45), referente a la de asuntos, información privilegiada, asesoramientos paternos cualificados, etc.,

(43) Por ejemplo, entre otros auditores de Ejércitos pudieron, en otro tiempo, compatibilizar sus carreras, lo que facilitó la reconciliación profesional en grado sumo, puesto que, al menos, cuatro registradores habían sido Ministros de la República, y don CIRILO GENOVÉS, decano, sirvió de «puente».

(44) Por ejemplo, los ilustres maestros GONZÁLEZ PÉREZ y AMORÓS.

(45) «*Los Registradores de la Propiedad que sean miembros de Cámaras legislativas en que no se condicione la elección o situación activa del funcionario, u obtenga cargos públicos para cuyo nombramiento sea precisa selección, o aquéllos otros de la Administración del Estado, que por lo especial de su función son de libre nombramiento del Estado o del Gobierno, continuarán como titulares de sus respectivos Registros, los cuales serán servidores en régimen de interinidad que le corresponda con arreglo al cuadro de situaciones y percibiendo el titular interesado los honorarios que en otro caso correspondería a la Mutualidad*»...

(46) Artículo 280 de la LH explicita quiénes no podrán ser Registradores (*fallidos, concursados, deudores* al Estado o fondos públicos, procesados criminalmente y conde-

que puede rondar el camino de unas respuestas morales, aunque no fuesen delictivas, sino funcionales (46).

De otro lado, reglamentariamente se previene de los supuestos de incompatibilidad personal de actos o negocios jurídicos inmobiliarios que exigen la firma de los asientos por el titular al que corresponde la sustitución del Registro, circunstancia no muy frecuente, salvo para operaciones *familiares* y *coyunturales*.

Hemos querido subrayar que el Registrador de la Propiedad y Mercantil tiene la disponibilidad informativa —a veces anticipativa— de muchas operaciones, que al propio titular le pueda llevar a pensar que fuesen agiotistas, rentables desde el punto de vista económico. Sin embargo, ha de abstenerse del uso privilegiado de esa alta información o prevención y, efectivamente, «*ve pasar cerca*» todo ese cúmulo de actos y negocios con frecuencia especulativos, y en materia de crédito «usureros». Aquí siempre habrá un problema moral o de conciencia. Naturalmente, cualquier norma objetiva penalmente —prevaricación, cohecho, etc.— sería aplicable. Pero en el despacho habitual de documentos de la oficina, el *prestigio moral* de los Registradores —y este tema no es problema de responsabilidad civil— y del Registro, es muy grande. *La generación de confianza* es un valor ético y una *virtud moral*, aunque uno y otra habitualmente se las dé por sabida o silenciosamente se estimen (47).

Por lo tanto, la información *veraz* y no manipulada, y la no información *privilegiada*, plantean supuestos evidentes de no intervención, y aun de prohibición, como complemento de la publicidad formal servida fielmente. Lo subrayamos así, aunque nos damos cuenta que este punto puede ser coincidente con otras profesiones jurídicas. No nos atrevemos a llamarlo «*secreto profesional*» —porque, por naturaleza, el Registro es público— pero ronda toda su problemática deontológica.

7. HONORARIOS

Un capítulo singular —aunque propio también de las actividades profesionales servidas por *arancel*, como las del Notario— es la problemática *ético-*

nados a penas graves). Y el 281 fija una *incompatibilidad negativa*: ser Juez o Notario, y en general con todo empleo o cargo público, en propiedad o en sustitución, esté o no retribuido con fondos del Estado, provincia o municipio (están relacionados ambos preceptos con los 504, 508, 512 del RH y el anteriormente citado del 541).

(47) La sincronización del Registrador con las instituciones municipales, administradores, sociales y aun parroquiales, es algo —por experiencia— grato y eficaz (vid. *Revista «Majadahonda»*, noviembre 1997), entrevista «J. L. M. ha visto nacer, crecer y desarrollarse el Registro», págs. 32 y 33.

moral respecto a los honorarios. (Dejamos a un lado ese otro dato cuando se actúa como *recaudador* de otros impuestos, bien sea sin retribución —como en el IVA— bien con ella, los derivados del porcentaje, según *convenio* con cada entidad autonómica en los *Impuestos de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados*.)

Los honorarios profesionales están fijados por un *arancel* aprobado por la Dirección General de Registros a propuesta del Colegio de Registradores. Están señalados los «*conceptos*» y las «*bases*» —a diferencia de otras épocas en que cabía *comprobación*— o a «*cuenta*», que son las *declaradas* en el acto o negocio jurídico (aunque casi inmediatamente, el Registrador, como Liquidador, pudiera establecer otra). Se notifica al «presentante o interesado»; y le cabe un recurso en el plazo de quince días ante el Colegio de Registradores, y a partir de aquí la vía contenciosa.

Es difícil alterar, incluso técnicamente, los criterios jurídicos respecto a los «*conceptos*», ya que las bases están preconfiguradas. No obstante, en documentos complejos, en los cuales —en ocasiones— se puede advertir una habilidad de redacción como enmascarar conceptos reales y efectivos, y entonces es posible alguna discrepancia. En la práctica, tal como está estructurado el sistema de retribución por arancel, no es fácil el abuso o la extralimitación o «injusticia». Los problemas morales o éticos no son frecuentes, y en todo caso son fáciles de descubrir y de impugnar, o a lo sumo discutibles. Por lo menos, cuando la aplicación del arancel, con la «jurisprudencia» al respecto, ha ido aquilatando «conceptos» y aclarando «bases».

La «*tasa*» que viene a representar el «servicio» que se presta, pudo resultar «justa» o «injusta», sobre todo en los momentos inflacionistas, más bien por un planteamiento arancelario. Ahí pudiera el problema ético, tanto para la autoridad que lo aprueba para que sea adecuado al servicio que se presta y a la responsabilidad que se tiene, como para el que lo ha de sufragar. Y, en ocasiones excepcionales —que las hay—, lo que se plantea es un problema de atención humana social, a la persona afectada, de hecho, por una aplicación muy estricta del arancel, sí que cabría aplicar el criterio de la *solidaridad* (48).

En la actualidad, en el propio Colegio de Registradores existe un director del «Servicio Registral de Protección de los Consumidores y de Cooperación», cuyo nombre lo indica todo, y que responde a una teoría —de la que discrepo— de entender al «tercero» como «consumidor», cuando esto es de manera coyuntural, y para minimizar lo esencial. Pudiera ser un síntoma de

(48) De todas las maneras, la *Moneda Unica Europea* situará la duda en el tema de honorarios en un planteamiento de *acercamiento comparado*, dentro de cierta autonomía. Sobre todo al no ser viables situaciones inflacionarias, la aplicación del arancel apenas tendrá problemas de situaciones complejas.

«administratización» frente a la institucional. Siempre ha existido «control» o «revisión», sin llegar a la descualificación funcional. Digo esto, exclusivamente, porque trato de destacar lo peculiar de una *deontología profesional* para registrador, que se entrecruzaría —sin pensarlo— con una mixtificación con la del funcionario público de la Administración. Si ello fuese así, estaríamos en otro tipo de reflexiones. Me basta con apuntar la problemática y destacar el grado mínimo —según la experiencia— de supuestos de aplicaciones arancelarias indebidas. Lo que sí es aconsejable, también éticamente, que el titular registral no esté ajeno a la redacción de los criterios de las «*minutas*» por honorarios, para que toda la oficina —desde sus titulares— participe de una *conciencia del problema* y de sus repercusiones.

8. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

El Registrador de la Propiedad, en cuanto funcionario, tiene una responsabilidad civil —*directa*, como hemos advertido— penal, y en su caso administrativa. Las dos anteriores tienen su propio cauce. La última traduce, de manera más tipificada, la función respecto a aquellas desviaciones o infracciones en la tarea encomendada, lo que es común a los Registradores de la Propiedad y a los Mercantiles.

8.1. ANTECEDENTES

Desde el comienzo hacíamos alusión al contexto histórico con que en la propia Ley Hipotecaria y su Reglamento se fijasen las premisas básicas de una seguridad jurídica que habría de ser servida con profesionales que ofrecieran parecida *seguridad moral*. Ha habido una cierta evolución que no me atrevería a llamarla de «*aggiornamento*», aunque sí de «*funcionarización*» en esa evolución hasta llegar a la normativa actual. Lo importante aquí es señalar que los textos anteriores y los ahora vigentes —como enseguida veremos— manifiestan aquel sentido y se encuentran en el Capítulo XII, «*De la responsabilidad de los Registradores*». «*Jurisdicción disciplinaria*» era el marco jurídico moral en el que había de desenvolverse el Registrador. El artículo 563 «antiguo» era expresivo (49):

(49) Antes de la redacción vigente por Real Decreto 1526/1988, de 16 de diciembre, que modifica todo el Título XII del RH, relativo a estos efectos disciplinarios, materia que se consideró prioritaria sin llegar a una modificación pertinente de otros aspectos del RH, preparada por los años 85 con las Comisiones creadas al efecto.

«Los Registradores de la Propiedad estarán sujetos a la jurisdicción disciplinaria establecida en la Ley Hipotecaria y en este Reglamento, la cual será ejercida por el Ministerio de Justicia, el Director General del Ramo y los Presidentes de las Audiencias Territoriales, conforme a los artículos siguientes».

En efecto, es curioso, la propia terminología —en su «historia» ético-moral— con que se desenvolvía la sanción de «*destitución*» (arts. 564-568) por sentencias penales superiores a seis años de ejercer el cargo, por reiterada *conducta viciosa* o *comportamiento poco honroso*, Tribunal de Honor, o haber sido corregido por tres veces por causas graves. La *traslación forzosa* (art. 569 —«anterior»— no gozar de *buen concepto* en el distrito, especialmente por actos que tengan relación con la *localidad*, otras circunstancias *graves de orden público*, tres correcciones no graves, ejecutar en el distrito actos *contrarios a las instituciones en el país* aunque no sean delictivos... Y la «postergación» (art. 567) era sustitución de la separación por pérdida de un 20 por 100 de puestos en el escalafón.

8.2. TEXTOS VIGENTES DISCIPLINARIOS

Esas normas «históricas» del Reglamento Hipotecario para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 1946 (texto refundido), siguió vigente —como hemos anotado— hasta 1988, y fue continuadora de la línea de responsabilidad ético-moral de los Registradores, incluso sobrevivió a la reforma del RH, la más importante de 1958, en la que tan eficazmente intervino RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, un humanista y neoliberal.

A partir de la Constitución Española de 1978, desaparecen, con carácter general, los «Tribunales de Honor», factor que va a influir en el tono «neutral» de los Colegios Profesionales respecto a las conductas que no tengan nada que ver con el *servicio*. (Desapareció también el término de «*moralidad pública*» que en el *proyecto* de Constitución se reconoció como valor o principio.) Pareció obligado, incluso por tácticas electorales o coyunturas corporativas, modificar sustancialmente este régimen disciplinario —sin hacer juicio de opinión sobre ello—. Y así, aquel Título XII cambiará su denominación y será:

De la responsabilidad disciplinaria de los Registradores, cuyo artículo 563 dice:

«Los Registradores de la Propiedad estarán sujetos a responsabilidad disciplinaria, a lo establecido en la Ley Hipotecaria, en este Reglamento y supletoriamente, en el régimen general de la función pública».

Con este cambio, se advierte que no se mencionan a las *Audiencias Territoriales* —hoy *Tribunal Superior de Justicia de Comunidades Autónomas*— y como norma supletoria se señala el del régimen general de la *función pública* (50). Lo que supone un acercamiento administrativo muy genérico, al no apoyarse en el funcional-judicial —como ocurre a efectos de Derechos pasivos y «similitud» de «jurisdicción voluntaria especial»—.

La regulación posterior a aquel artículo 563 resulta por ello mismo menos general, más tipificada y más burocrática. Se distingue (art. 564), *muy graves, graves y leves*. Las *muy graves* (565), se refieren a: *abandono de servicio; inasistencia a la oficina* por diez días, injustificada y continuada; *incurción en incompatibilidades*; *percepciones de honorarios superiores* con dolo y culpa; *enfrentamiento con autoridades* del distrito; incumplimiento de deberes reglamentarios; comisión de dos faltas graves o una muy grave en un año. Las *graves* (566): *desobediencia*; falta de *respeto* a superiores; grave de *desconsideración* con los compañeros, públicos o empleados en su función; *inasistencia a la oficina* por más de tres días; incumplimiento reiterado de otras *obligaciones*; *percepción de honorarios* que no llegue a falta muy grave. Y faltas *leves* (art. 566): *inasistencia injustificada a la oficina*; incumplimiento de horario; *incorrección* respecto a superiores, compañeros empleados y público; *morosidad* como mutualista (51).

Luego —(art. 568 y sigs.) se fijan las *sanciones*, que van desde *apercibimiento, multas y suspensiones*, hasta la postergación, traslado y separación. Se señala el procedimiento, *órganos sancionadores, notificaciones*, etc. Es auténticamente «*norma sancionadora*» y *procedimental*, en el que se confirma la ausencia de órganos judiciales —la de los jueces de 1.^a Instancia y TSJ Autonómicos— una más minuciosa *tipificación*, y un señalamiento de garantías. La escasez de procedimientos disciplinarios (52) confirma que la apoyatura ético-moral-normativa-corporativa ha sido eficaz, y corona las propias exigencias del mismo carácter que impone una función de tanta importancia de seguridad jurídica en la sociedad moderna.

(50) Es un término vago, pero al tiempo con una referencia resbaladiza, y eso ocurre si es ahondado el cauce *institucional*, precisamente en momentos de despublicación de servicios y de empresas. En las notas 33 y sigs., se puede encontrar una posición más concreta al respecto que, naturalmente, someto a otra superior. Lo que insisto es que la deontología profesional del Registrador tiende a ser aproximadamente la de función pública general.

(51) Actualmente ha desaparecido la Mutualidad, quedando a extinguir con los pasivos y prepasivos existentes a 1996.

(52) Esto último tiene un sentido más puntual, pragmático, y de alguna manera de innecesario recordatorio.

9. LA ORGANIZACION COLEGIAL Y SUS FINES ETICO-PROFESIONALES

El Colegio de Registradores de la Propiedad, que fue traducción histórica del asociacionismo profesional de los Registradores y su creación, fue incorporada a la Ley y Reglamento Hipotecarios. En los antiguos artículos 560-562 se hablaba expresamente de fines *ético-profesionales*, tales como «*velar por el fiel y exacto cumplimiento de los deberes*»... «*Robustecer los lazos de unión*», «*cuidar por la pureza del sistema inmobiliario*», etc. Es un tono, como se ve, también de carácter moral y afectivo. Por Real Decreto 2556/1997, de 27 de agosto, aquellos preceptos han quedado modificados, resumiéndose en el punto 1.º del 562 aquellos *finés éticos* más generales como organizar la *comunicación entre colegiados*, robustecer los *lazos de unión*... y compañerismo. Se dan al Colegio más funciones *técnico-administrativas*. No obstante, por Real Decreto de 14 de abril de 1997, quedaron aprobados los «*Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*», bien elaborados, y por tanto, dado el rango y posterioridad de los preceptos del Reglamento Hipotecario, pueden considerarse ya con aquéllos, todo un *Cuerpo Legal*. Al señalar sus fines y funciones, en el punto 1.º sobrevive cierta referencia ético-moral, precisa: «*Coordinar el ejercicio de la actividad profesional de los Registradores, velando por la ética y dignidad profesional y por el correcto ejercicio de sus funciones*». Y en el 2.º... «procurar la permanente *mejora* de las actividades profesionales... *necesarias* para la actualización y modernización de dichas actividades» (53). (Este último sentido tiene más carácter puntual, pragmático y de suyo de innecesario recordamiento.)

Toda esta historia, y la propia estructura colegial, permite garantizar y estimular unas garantías ético-morales del Registrador. Aún cuando han ido desapareciendo algunas pautas sobre comportamientos individuales, ejemplarizantes, sólo nos resta añadir —y esto también es otra cuestión general— que el tema de la *formación moral y ética en la propia Universidad* (54) o como

(53) Sintetizando llegaríamos a una Deontología en la que se superpondrían: la propia y estricta del Registrador, la más general del profesional que cultiva el Derecho y la Justicia; la conexas del Registrador-Juez especializado; la de «gerente de empresa», y la más lejana de un funcionario público. A lo largo del trabajo se han analizado unas y otras facetas, su problemática y complejidad, y, en su caso, nuestra preferencia. Podríamos decir que, en su conjunto, actualmente la moral del profesional del Registro y de su personal auxiliar goza de buena salud.

(54) Citaría, especialmente, tres de mis añejos libros: *El problema de las oposiciones en España* (prólogo de NAVARRO RUBIO), Madrid, 1957; *La Universidad por dentro* (prólogo de JOSÉ M.º JAVIERRE), Barcelona, 1959, y *Lo religioso en la Universidad* (prólogo de ORLANDIS), Barcelona, 1959.

ciudadanos o creyentes, es otro de los estímulos y alientos. Las nuevas situaciones —tanto personales como familiares—, los nuevos *modos* de estar, o de *tener*, más que de *ser* en la sociedad moderna, no deben restar desatención —al contrario— a las preocupaciones y desempeños profesionales, incluso para los más jóvenes.

El Colegio mantiene su fiesta anual —en conjunto con los Notarios— también en lo religioso, y sus «predicadores» suelen presentar esa criteriología y la trascendencia ética de la función de Registradores —también de los Notarios—. Esto forma parte de una *Deontología profesional de juristas más general*, pero me ha parecido obligado aludir a ello, porque es un camino que no se debe abandonar, aunque haya que tener imaginación para su desarrollo. También —como en Filosofía Jurídica o de la Educación— *lo interdisciplinario moral* se impone. Porque los Registradores, aún dentro de su «soberanía» profesional, no son cerezas aisladas. Su propia solidaridad y dignidad lo merecen.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo

SUMARIO: I. INTRODUCCION: ¿CUANDO SE PRODUCE LA SUPERPOSICION DE INMUEBLES?—II. EL RÉGIMEN JURIDICO DE LAS CASAS SUPERPUESTAS: 1.º ¿PODRÍAMOS HABLAR DE LA EXISTENCIA DE UNA SERVIDUMBRE «ONERIS FERENDI» EN PLANO HORIZONTAL? 2.º ¿NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA COMUNIDAD ORDINARIA? 3.º ¿SE PODRÍA APLICAR EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL? 4.º ¿SE PODRÍA HABLAR DE LA EXISTENCIA Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA MEDIANERÍA?—III. EL PROBLEMA DE LA CONTRIBUCION A LOS GASTOS.—IV. LA CUESTION DE LA RESPONSABILIDAD: LA RESPONSABILIDAD INTERNA. LA RESPONSABILIDAD EXTERNA. LA RESPONSABILIDAD URBANÍSTICA.—V. LAS CONSTRUCCIONES SUPERPUESTAS Y SU RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VI. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION: ¿CUANDO SE PRODUCE LA SUPERPOSICION DE INMUEBLES?

En ciudades antiguas y más acusadamente en aquéllas con importante tradición árabe, aparecen fenómenos urbanísticos y arquitectónicos que han arrastrado al día de hoy supuestos curiosos y específicos que necesitan de una especial consideración y estudio por los problemas que plantean desde el punto de vista jurídico.

No se trata de analizar en este trabajo supuestos históricos o anacrónicos que carecen en la actualidad de existencia vital. Todo lo contrario. Si realizamos este estudio es porque hay una serie de fenómenos arquitectónicos—cuyo origen remoto se encontraría en un modo particular de entender y

concebir las ciudades— que se dejan sentir en tiempos actuales y que presentan serios problemas de distinta índole. Pero, además, no sólo plantea conflictos el arrastre histórico de esos fenómenos constructivos y urbanísticos, sino que también nos encontramos con que aparecen con fuerza hoy día, cuando se construye, aprovechando los desniveles del terreno en planos superpuestos.

El fenómeno constructivo a que nos vamos a referir en este estudio es el relativo a la superposición de inmuebles. Es decir, a aquellos casos en que montando una casa sobre otra, la primera interfiere en parte del vuelo de la segunda. El Simposio de Valencia de 1972 denominó a estos supuestos «casas a caballo» y «casas empotradas», conociéndose estas últimas entre los técnicos en la construcción como «engalabernos». Con esta denominación se hace referencia, no a la parte sustentada ni a la parte sustentante, sino a la situación global producida. Esta situación provoca intrincadas y difíciles relaciones entre los distintos propietarios de los inmuebles afectados que en ocasiones son complicadas de solucionar, ya que no está clara la naturaleza del fenómeno ante el que nos hallamos. Nuestra intención es analizar este supuesto, comprenderlo desde un punto de vista histórico y arquitectónico y, planteando los distintos problemas jurídicos que presenta, proponer soluciones lógicas adaptadas a los distintos casos que pueden producirse (1).

Pero, ¿por qué surge en España el problema de la superposición en los inmuebles? Sin descartar, en otros lugares, otros posibles orígenes, en España aparece —sin duda— directamente motivado o influenciado por tres factores fundamentalmente: En primer lugar, por el modo árabe de configurar las ciudades; en segundo lugar, por las construcciones realizadas para aprovechar el desnivel del terreno; y por último, por la necesidad o conveniencia de los particulares de ampliar sus viviendas a costa de la propiedad vecina. Y, naturalmente, en ciudades como Toledo o Granada (todo el antiguo reino de Granada para ser más exactos) aparecen estos fenómenos con mayor asidui-

(1) Hay que dejar claro, desde el primer momento, que existen fenómenos aparentemente cercanos y que envuelven gran complejidad, pero radicalmente distintos en su origen y problemática jurídica al que nosotros estudiamos. Es el caso de los llamados «partes de casa», bastante frecuentes en los pueblos de la parte de la Baja Andalucía (Sevilla, Cádiz...). Estos supuestos consisten fundamentalmente en que una misma casa pasa a ser vendida por habitaciones por su titular con unos necesarios elementos comunes, haciéndose constar, lógicamente, en el mismo folio registral de la finca principal. Al ser estas «partes de casas» sucesivamente transmitidas e incluso gravadas, aparece el problema de la congestión del folio registral, por lo que ya hay algún Registrador que propone en estos casos la apertura de subfolios o la aplicación a estos casos del mismo modo de proceder que para la inscripción de los garajes.

(2) En realidad, el espíritu y la actitud de aquella cultura, tan intimista y reservada, se refleja también en la vida de la ciudad. Por eso, el aspecto externo no importa tanto

dad por la gran pervivencia del arte y cultura musulmana, a lo que se añade su peculiar configuración geográfica (2).

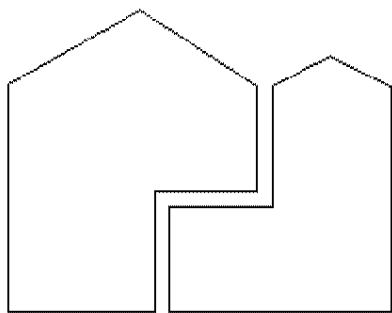
Así, en países como España donde confluyen los factores anteriores, aparecen casos de construcción superpuesta, no sólo por la importancia del volumen en relación al desnivel del suelo, sino también por ese construir de dentro hacia fuera, ya que a menudo interesa el espacio interno y no la arquitectura exterior resultante; de ahí que lo importante sea el interior de la vivienda y si ésta necesita de nuevas dependencias a costa de la edificación contigua, se facilita esa agregación sin importar que, en tal caso, la vivienda pueda «pisar» sobre la construcción colindante.

Estas situaciones arquitectónicas, que se han dado en llamar engalabernos o casas empotradas y casas a caballo (pues montan o se apoyan una sobre la otra), han pervivido y se han consolidado a lo largo de los siglos porque, junto a su origen histórico se une, como hemos dicho, el ser respuesta a concretas necesidades como la ampliación de edificios o viviendas, la división de los mismos, las adecuaciones a las calles a distinto nivel... En Granada, por poner algún ejemplo, encontramos en los barrios del casco histórico, numerosos casos de engalabernos o construcciones superpuestas que se han venido manteniendo, transmitiendo y respetándose desde tiempo inmemorial y que, como es lógico, han quedado reflejadas en los títulos de propiedad de los inmuebles. También son frecuentes los casos de casas a caballo en zonas costeras y de alta montaña (como en las Alpujarras) donde los desniveles del terreno son muy pronunciados, por lo que es fácil encontrar viviendas construidas una sobre la otra, de manera que la primera tiene entrada por la calle superior y la segunda por la inferior. En todo caso, es importante tener en cuenta (ya que puede afectar al régimen jurídico) que hablamos de supuestos distintos al referimos a la superposición de construcciones, ya que las casas empotradas hacen referencia a edificios que, contruidos cada uno de ellos

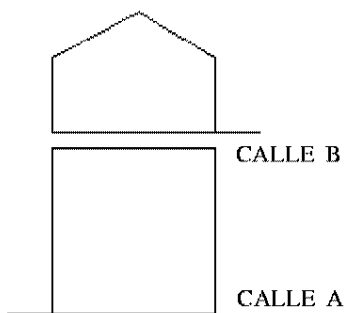
como el interior. Esa «pasión» por el interiorismo hace que se descuide lo que trasciende los muros de la vivienda. Las calles de las ciudades de tradición musulmana son angostas, intrincadas y laberínticas. Son ciudades sin plano, amasijos de viviendas de casas y calles. La ciudad islámica es una ciudad privada, secreta, que no se exhibe. Todo ello demuestra que la técnica musulmana de concebir la ciudad rechaza la alineación indefinida y la perspectiva continua que destruye toda intimidad; de ahí las calles quebradas, la ausencia de alineaciones rectas o tramos continuos. Así se manifiesta el arquitecto e historiador CHUECA GOITIA, *Breve historia del urbanismo*, Madrid, 1991, pág. 75 y sigs. Además, a la arquitectura musulmana le gusta el volumen y la asimetría (ya que así puede aprovechar mejor los desniveles del terreno). Espacio y volumen se hacen fundamentales. Las agregaciones de volúmenes puros y las penetraciones en ellos dan lugar a una curiosa arquitectura exterior que se ha dado en llamar «málicas», que tiene su origen en ese construir de dentro hacia fuera con desprecio muy musulmán del exterior. Véase, igualmente, CHUECA GOITIA, *Invariantes castizos de la arquitectura española*, Madrid, 1971, pág. 72.

sobre un solar, tienen el respectivo vuelo interferido entre sí, invadiéndose recíprocamente o bien el uno al de la otra, mientras que las casas a caballo son las construidas sobre un solar único (3) (ver el dibujo que se acompaña).

Ambas clases de construcciones dan lugar a problemas técnicos y jurídicos de distinto tipo, pero relacionados entre sí en orden a determinar cuáles son los elementos comunes a los edificios afectados, cómo abonar los gastos para reparaciones, qué régimen se ha de aplicar a esa «comunidad», en qué responsabilidad puede incurrir un propietario frente a otro por falta del debido cuidado de su parte superpuesta, cómo queda reflejada la situación registralmente..., además de otros muchos problemas técnicos, como son, por ejemplo, los casos de ruina de una de las partes del engalaberno o de su necesaria rehabilitación. Vamos a tratar, a continuación, de dar respuesta a todos estos interrogantes tratando, en todo caso, de ver lo más globalmente posible las distintas situaciones que pueden presentarse.



1. CASAS EMPOTRADAS



2. CASAS A CABALLO

II. EL REGIMEN JURIDICO DE LAS CASAS SUPERPUESTAS

Aunque los Planes Generales de Ordenación Urbana y los Planes especiales de las ciudades (4), afectadas por estas situaciones, han tendido a poten-

(3) En este sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO en su obra, «La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español», Madrid, 1983, pág. 222, y en su estudio, «¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?», en *ADC*, 1978, pág. 26. Igualmente, FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1998, pág. 933.

(4) Así, por ejemplo, véase el Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Área de Actuación Preferente de San Matías de Granada, de 24 de junio de 1994, y el Plan Especial del Albaicín, de 28 de diciembre de 1990.

ciar su desaparición, resolviendo así la situación para el futuro, lo cierto es que mientras sigan existiendo estas construcciones hay que buscar y dar solución segura a los problemas de toda índole que se plantean y que reclaman un régimen jurídico aplicable.

Hemos dicho anteriormente que estas construcciones superpuestas suelen compartir, aparte de los muros medianeros de separación, otros elementos como son parte de la cimentación y apoyos estructurales, pues la casa soportada ejerce su peso y empuje sobre la casa soportante. Para estudiar cómo canalizar esta situación desde el punto de vista jurídico y, por tanto, cómo contribuir a los gastos de reparación o mantenimiento que se presenten o a la posible responsabilidad que se pueda producir (piénsese en los peligros por abandono del inmueble en cuanto a desplomes de la cubierta sobre el edificio en que se apoya o, al revés, del desplome de la parte sustentante) se hace imprescindible clarificar y determinar el régimen jurídico aplicable a estas situaciones. Para ello, rechazando de plano la posible aplicación del régimen derivado del derecho de superficie (5), vamos a analizar otras posibilidades que, por su configuración, pueden aportar interesantes argumentos a tener en cuenta:

1.º ¿PODRÍAMOS HABLAR DE LA EXISTENCIA DE UNA SERVIDUMBRE
«ONERIS FERENDI» EN PLANO HORIZONTAL?

Esta servidumbre de apoyo de los edificios es quizá la única posibilidad de considerar la aplicación del régimen de las servidumbres a nuestro caso, entendiéndola, en todo caso, en sentido horizontal. Sin embargo, aunque la idea parece sugestiva en un principio, la situación jurídica producida no se adapta a lo que es la esencia de aquella institución por los siguientes motivos:

- Fundamental para la existencia de una servidumbre es la conceptualización de uno de los predios o edificios como dominante y otro como sirviente. Pero en nuestro caso no se aprecia situación de vasallaje, ni de dependencia porque sobre el «muro horizontal» se ejercen derechos iguales y de la misma naturaleza.

(5) Y se rechaza precisamente porque el derecho de superficie supone la existencia de un derecho real limitado constituido para un determinado tiempo por el titular del suelo y, sin embargo, en las situaciones de construcciones superpuestas se dan relaciones entre propietarios que se encuentran condicionados por la especial situación en que aparecen configurados sus respectivos inmuebles, pero, además, difieren las dos situaciones en cuanto a su forma de constitución, ya que el derecho de superficie requiere para su eficacia que el título constitutivo conste en escritura pública y que se inscriba en el Registro de la Propiedad.

- La servidumbre se extingue por el no uso, y sin embargo, en el caso que analizamos, el «uso» del muro divisorio de las propiedades cumple una función de carácter continuo.
- La relación producida por la situación en que se encuentran los edificios parece estar mejor encuadrada en el ámbito genérico de las relaciones de vecindad, pues se originan límites al dominio por razón de la proximidad.
- Por otro lado, los gastos de mantenimiento y conservación, en caso de servidumbre *oneris ferendi*, serían de cargo del predio sirviente, y esta situación no corresponde a la filosofía que preside a las construcciones superpuestas.

2.º ¿NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA COMUNIDAD ORDINARIA?

La pregunta surge porque, a primera vista, se podría pensar en la existencia de una comunidad incidental o incluso voluntaria respecto a unos elementos constructivos que aparecen compartidos y que están claramente determinados. Sin embargo, ese breve espejismo desaparece al observar que tales elementos (muro vertical de separación, parte de la cimentación y de la estructura) no se pueden considerar cosas en sentido jurídico sino partes integrantes, y sobre ellas no cabe copropiedad. En este sentido y de forma rotunda se excluyó la posibilidad de una comunidad en la STS de 24 de mayo de 1943 (RA 576), en la que se denegó la petición del actor de acudir a los preceptos relativos a la extinción de la comunidad ordinaria porque ésta no existía en casas empotradas; también en la de 6 de febrero de 1967, que rechazó la existencia del retracto de comuneros porque el derecho a apoyar una construcción sobre paredes de determinadas fincas, no significa una atribución del condominio de éstas en favor del dueño de aquélla (6); así como en la de 7 de marzo de 1969 (RA 1179), que afirmó que en caso de empotramiento de una casa respecto a otra, el titular de las habitaciones empotradas no tiene derecho alguno de propiedad sobre el ático y el sótano que están encima y debajo de ellas, respectivamente. Por último, la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 1998 (BOE de 12 de agosto de 1998,) apunta a la posible existencia de una comunidad *sui generis* sobre cada una de las casas engalbernadas, pero es un breve esbozo porque enseguida pasa a considerar la existencia de una figura similar o próxima al régimen de Propiedad Horizontal.

(6) Vid. FUENTES LOJO, *ob. cit.*, pág. 935.

3.º ¿SE PODRÍA APLICAR EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL?

Esta ha sido una de las posibilidades más barajadas a la hora de tratar de resolver los problemas que estas edificaciones plantean, ya que existen, a simple vista, unos elementos comunes y unas propiedades separadas e independientes y, al mismo tiempo, la propiedad horizontal cuenta con un régimen claro y determinado. Es, además, la fórmula utilizada por Notarios y Registradores para escriturar e inscribir estos fenómenos. Pero si analizamos los presupuestos concretos de la Propiedad Horizontal, nos encontramos que hay alguno de ellos de imposible cumplimiento, como es, por ejemplo, el requisito relativo a que tengan los pisos y locales salida independiente a un elemento común o a la vía pública (7). No olvidemos que estamos ante dos edificaciones claramente diferenciadas, inscritas como realidades jurídicas distintas y que tienen como único elemento común el «muro» o estructura horizontal de separación de sus propiedades con sus correspondientes apoyos estructurales (8). Por eso, es difícil entender que un único elemento común, distinto además por su configuración de los propios del régimen de la Propiedad Horizontal, sea el detonante de la aplicación de aquel régimen. Ya el Simposio de Valencia rechazó esta vía para resolver los problemas de las casas o construcciones superpuestas. Sin embargo, como decíamos, se sigue acudiendo a él, hoy día, por profesionales como Notarios y Registradores que las escrituran se inscriben bajo el régimen de la Propiedad Horizontal. Sus argumentos para la aplicación de este régimen se basan en que pueden existir determinados elementos no atribuidos a ninguna de las casas en conflicto que han de calificarse como comunes (por ejemplo, el vuelo) y para cuya regulación resulta más fácil acudir a la normativa de la Propiedad Horizontal. Pero claro es que parece «demasiado encorsetado» la citada normativa para estas situaciones, porque el constituir una comunidad de propietarios va a significar ver involucrados en la toma de decisiones sobre elementos comunes de un edificio al otro, que nada tiene que ver con ellos y al que nada afectan (9).

(7) La Resolución de la DGRN de 20 de julio de 1998 (*BOE* de 12 de agosto), antes citada, habla también de la existencia de una situación jurídica próxima al régimen de Propiedad Horizontal, diferenciándose de éste en la indeterminación de las cuotas sobre los elementos comunes, en especial sobre el suelo y en la inexistencia de salida independiente de cada parte de casa a la vía pública, pero reconoce que son éstas unas particularidades esenciales para la viabilidad misma de esa forma de comunidad.

(8) Creemos que es claro que la existencia de un muro o estructura horizontal de separación lleva aparejada necesariamente una cimentación de apoyo que, lógicamente, será compartida —al menos en parte— por el conjunto inmobiliario que se origina, pero que no llega a constituir un elemento común distinto sino que es consecuencia directa y fundamental del apoyo estructural que la medianería horizontal existente requiere.

(9) De aplicarse el régimen de propiedad horizontal, se tendría que pedir y obtener el consentimiento del titular o titulares del otro edificio engalabernado para numerosas

Para su exclusión es sintomático cómo el TS hace hincapié en que las fincas urbanas superpuestas actúan de modo independiente. De manera que si el propietario de una de las fincas quiere construir o reparar la parte afectada por la superposición, puede hacerlo sin contar con el consentimiento del otro propietario. Este fue el fallo del Alto Tribunal en la Sentencia de 28 de abril de 1972 (RA 1905).

Llegados a este punto, sin embargo, cabría hacer una precisión. Si realmente se comparten —además del suelo— algún otro elemento común propio y característico del régimen de la Propiedad Horizontal, creemos que no sería conveniente cerrar esta vía de resolución de conflictos que, por otro lado, no está prohibida por la Ley (10). Y ello aunque el Primer Simposio de la Propiedad Horizontal de Valencia rechazara expresamente la aplicación de este régimen a los casos de superposición. Así, en determinados casos, consideramos que, aun no cumpliéndose los requisitos requeridos por la Ley para la aplicación normal de la Propiedad Horizontal, ésta puede operar si aceptamos la tesis de la existencia de Propiedades Horizontales atípicas de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (11) porque, como él mismo afirma, en esta materia la evolución es constante y el derecho no puede quedar ajeno a las nuevas situaciones que en la vida real van planteándose. A pesar de ello, hay que reconocer que los últimos intentos de reforma o de regulación global de este régimen no han tomado en consideración estos problemas y no aparece contemplada la situación que nos ocupa en el Borrador de Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, que es el más completo hasta el momento.

Amparándonos en esa atipicidad del caso, puede ser conveniente, en la práctica, acudir a la Propiedad Horizontal para solucionar conflictos, siendo conscientes, en todo caso, de que no es un caso claro de aplicación de este régimen por falta de cumplimiento de alguno de sus requisitos (12).

actuaciones (pensemos, por ejemplo, en la realización de obras en uno de los portales). E incluso, en algunos casos, el consentimiento a obtener habría de ser unánime, lo cual complicaría aún más la cuestión.

(10) Así lo entiende GARCÍA GARCÍA en el comentario a la STS de 28 de abril de 1972, en *RCDI*, 1973, pág. 1232 y sigs.

(11) *Ob. cit.*, pág. 223.

(12) También se producen otros casos en los que no dándose todos los requisitos del régimen de Propiedad Horizontal se aboga por la aplicación del mismo por las ventajas que aporta. Así, en el caso de la Prehorizontalidad. En este sentido puede verse mi trabajo, *El Presidente de la Comunidad de Propietarios*, Madrid, 1995, pág. 201 y sigs., en el que se afirma la conveniencia de aplicar en este caso los preceptos de la propiedad horizontal e incluso sus órganos.

4.º ¿SE PODRÍA HABLAR, ENTONCES, DE LA EXISTENCIA Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA MEDIANERÍA?

Está claro que en estas situaciones nos encontramos con la existencia de muros medianeros entre las casas engalbernadas o a caballo, pero tales muros de separación se encuentran situados no sólo en el plano vertical, sino también en el plano horizontal, y aquí nos encontramos el problema de si es posible en nuestro derecho hablar de una medianería horizontal.

Esta ha sido la gran cuestión a tratar por los que han analizado la problemática de las construcciones superpuestas. Como sabemos, la medianería que regula nuestro Código Civil se refiere a una situación de verticalidad, y ninguno de sus preceptos hace mención a que el elemento medianero pueda ser paralelo al suelo. Por otro lado, también es cierto que tal posibilidad no aparece prohibida por el Ordenamiento Jurídico. Su admisibilidad, por tanto, no es ilógica, y al apreciarse identidad de razón entre la «medianería tradicional» y esta otra a la que nos referimos, cabe su admisión a través del procedimiento analógico, ya que se dan los presupuestos de la medianería (separación de fincas colindantes y superpuestas siendo elemento común a ambas un elemento divisorio en plano horizontal que supone la existencia de una comunidad de uso y una servidumbre recíproca). Por esto es por lo que se habla de una medianería especial tanto en la doctrina (13) como en la jurisprudencia, así la STS de 24 de mayo de 1943, ya mencionada, la de la AT de Granada de 5 de octubre de 1966 (14) (que califica a la cubierta de un inmueble como medianera en horizontal, ya que a la vez que techo es también suelo del otro inmueble que pisa sobre el primer inmueble), y también la del mismo Tribunal de 1 de marzo de 1983. En esta última se daba el caso de que unas habitaciones propiedad del demandado pisaban sobre la propiedad del actor y que al realizar aquél otras construcciones, su peso tenía que ser contenido por las paredes y suelo que son soporte y parte superior o techo del actor. La sentencia afirma que la situación existente no puede calificarse propiamente de propiedad horizontal, pues la situación de las propiedades no tiene los requisitos necesarios respecto a elementos comunes para permitir calificarlos como tal clase de propiedad. La sentencia —recogiendo lo afirmado por la STS de 2 de febrero de 1962— califica tal

(13) La medianería horizontal es ya un supuesto más de estudio para aquéllos que tratan de analizar la institución de la medianería en general. En este sentido, véase, ROCA JUAN, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, tomo VII, vol. II, Jaén, 1978, artículos 530 a 608; ALONSO PÉREZ, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, artículos 571 y sigs.

(14) Vid. PONS GONZÁLEZ Y DEL ARCO TORRES, *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal*, Granada, 1992, págs. 121 y 122.

situación como medianería horizontal que podría considerarse como condominio en el disfrute y utilización de la misma.

Por último, nos parece interesante mencionar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 1985 (15), en la que en un caso de superposición (una habitación de una casa se «apoyaba o pisaba» sobre otra casa distinta colindante ocupando parte de su espacio aéreo) se confirma la apreciación del Notario autorizante de que al ser casas independientes no hay división horizontal como, sin embargo, entendía el Registrador. Así, el Centro Directivo afirmó que «se está ante un supuesto que la doctrina conoce —y nuestro más Alto Tribunal ha tratado— con el nombre de medianería horizontal, frecuentes en las construcciones y edificaciones de bastantes zonas costeras, y que implica una independencia total de los edificios limítrofes, y a los que no se puede pretender someterlos obligatoriamente a un régimen tan abigarrado en sus relaciones jurídicas, como es el de Propiedad Horizontal cuando sólo existen las de buena vecindad» (16).

Consideramos que este recurso a la medianería horizontal es válido teóricamente para explicar la relación existente entre dos edificios empotrados cuando no existe ningún otro elemento común. Pero cuando existe algún otro más que no está atribuido específicamente a ningún edificio puede existir la duda sobre si éste pertenece en común a los dos. Estamos pensando, en concreto, en el vuelo. Para estos casos, podría ser útil el recurso a la Propiedad Horizontal constituyéndose una única comunidad bajo dicho régimen de los dos edificios involucrados, que tendría unos elementos comunes para ambos (suelo y vuelo) y unos elementos comunes específicos para cada edificio (17). El problema es que no se obtenga el acuerdo necesario por negativa de alguno de los interesados en la conexión de los dos edificios (18). Si no es posible llegar a un acuerdo en este sentido o bien el vuelo pertenece a uno solo de los edificios, sí sería factible hablar de la existencia de una regulación propia de cada edificio (dos propiedades horizontales, una propiedad horizontal y una vivienda que no esté sometida a aquel régimen o, por último, dos viviendas no sometidas a Propiedad Horizontal) existiendo al mismo tiempo —en la zona de confluencia— una medianería horizontal del uno sobre el otro.

(15) *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 217.

(16) Ello, no obstante, es de advertir que esta resolución fue finalmente anulada por haberse interpuesto el recurso de apelación fuera de plazo.

(17) Esta es la solución que propone GARCÍA GARCÍA en el comentario de la STS de 28 de abril de 1972, *ob. cit.*, pág. 1245.

(18) Aunque, como se sabe, en casos concretos y analizadas las circunstancias, se ha admitido la existencia del abuso de derecho en materia de Propiedad Horizontal, cuando la negativa de uno o de unos pocos a un determinado acuerdo impide que se realice una

¿Cuál sería la regulación jurídica a tener en cuenta para reglamentar los conflictos que se produzcan en estas situaciones?

Lógicamente, al partir de su calificación como medianería, aunque sea a través del procedimiento analógico, tendremos que acudir a la normativa que respecto a ella configura nuestro Ordenamiento. MARIANO ALONSO PÉREZ afirma que la prelación de fuentes tendría que seguir el siguiente orden: en primer lugar el régimen específico estatuido *ad hoc* por los artículos 571-579 del Código Civil. También los artículos 580, 590 y 593 del Código Civil. Los preceptos relativos a las servidumbres o a la comunidad de bienes se tendrán en cuenta si en algún momento sirvieran para disciplinar aspectos de la medianería, al ser manifestaciones de las relaciones de vecindad. En segundo lugar, las ordenanzas y la costumbre del lugar. Finalmente, las lagunas frecuentes que puedan existir, podrán llenarse con lo que acuerden o pacten los propietarios de las fincas colindantes. A falta de regulación legal, administrativa, consuetudinaria o pactada, se estaría a la aplicación de los principios generales del derecho y el complemento de la jurisprudencia del TS. Afirma el autor citado que los principios han de extraerse de las reglas que disciplinan las servidumbres, la comunidad de bienes y las relaciones de vecindad (19).

En definitiva, todo lo anterior viene a poner de manifiesto que en nuestro Derecho no es extraña la existencia de una medianería horizontal. A la doctrina, a la Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal y a la Dirección General de los Registros y del Notariado les parece la mejor solución para los casos de superposición de inmuebles, siempre y claro está que no existan más elementos en común que los «muros medianeros» y sus correspondientes apoyos estructurales (20).

Nos corresponde analizar, a continuación, los distintos problemas prácticos que las casas estas, superpuestas, presentan, problemas relativos sobre todo a los gastos de conservación, mantenimiento o reparación, y a la respon-

actuación beneficiosa para la completa comunidad que no causa a aquéllos ningún perjuicio. Respecto a esta solución, puede verse el trabajo de RIVERA FERNÁNDEZ y HORNERO MÉNDEZ, *La Propiedad Horizontal: ¿Es siempre necesaria la unanimidad para alterar un elemento común?*, Madrid, 1997, págs. 21 y sigs.

(19) *Comentario al Código Civil*, cit., pág. 1457.

(20) El recurso a la medianería horizontal sigue siendo aducido en la resolución de problemas respecto a casas empotradas. Así, por ejemplo, en la STS de 19 de febrero de 1996 (RA 1410). En ella, los recurrentes argumentan la existencia de una medianería horizontal y un condominio en el disfrute con el fin de reclamar una declaración de dominio sobre unas habitaciones en planta primera y buhardilla que afirmaban tener incrustada la casa de su propiedad en la de los demandados. Tal solicitud, sin embargo, fue rechazada porque no se llegó a probar tal dominio sobre las citadas habitaciones, ya que la servidumbre que se alegaba, afirmó el TS, «no puede ser nunca por sí constitutiva de título de dominio».

sabilidad que estas situaciones pueden conllevar, conectados, en todo caso, con el régimen jurídico que apliquemos a estas construcciones superpuestas.

III. EL PROBLEMA DE LA CONTRIBUCION A LOS GASTOS

Una de las cuestiones fundamentales que plantea el supuesto que estudiamos es la relativa a cómo contribuir a las reparaciones y al mantenimiento, en su caso, de las casas que se encuentran en situación de superposición. No olvidemos, además, que este fenómeno suele tener su origen en una época remota en el tiempo y que el paso de éste, indudablemente, ha perjudicado a la construcción, por lo que es frecuente encontrarnos con supuestos de ruinas que afectan a dichos tipos de conjuntos inmobiliarios.

Para afrontar esta cuestión, es claro que tenemos que distinguir según el *régimen* jurídico aplicado. Por eso, en primer lugar, si nos encontramos ante un supuesto en el que las viviendas superpuestas comparten algo más que los «muros» de separación horizontales y verticales con sus correspondientes apoyos como, por ejemplo, sería el vuelo, el régimen aplicable —como veíamos más arriba— podría ser el de Propiedad Horizontal, si cuenta para su constitución con el consentimiento de los afectados. Por lo tanto, la contribución a los gastos y la percepción de beneficios estaría enmarcada dentro de este régimen específico mediante el cálculo de sus respectivas cuotas. Sin embargo, esta afirmación genérica debe ser matizada. Tendrán que ser los Estatutos los que afinen la proporción en la participación de gastos y los que excluyan —en su caso— la participación en otros elementos comunes que son propios y de exclusiva utilización de uno solo de los inmuebles involucrados. Estamos pensando en los casos siguientes:

- a) Caso de un edificio con varios pisos y otro colindante con vivienda única en el que alguna de sus habitaciones pisa o apoya sobre el anterior, y en el que existe derecho de vuelo no atribuido expresamente a ninguno de los inmuebles. En base a los «muros horizontales» de separación y de ese derecho de vuelo se configura una propiedad horizontal global en la que debe exonerarse a la vivienda superpuesta de los gastos de mantenimiento y reparación de ascensores, portería, escaleras y demás elementos que son propios y de exclusiva utilización del edificio dividido en viviendas. Igualmente, los gastos de la vivienda superpuesta no deben ser sufragados por los propietarios del edificio contiguo. En estos casos se debe excluir la prestación de consentimiento del titular de la vivienda única para la toma de decisiones que afecten a esos otros elementos comunes de cuyos gastos ha sido exonerado. Cualquier otra postura carecería de sentido y sería ilógica e injusta. Sin embargo, en cuanto a los elemen-

tos comunes a esta situación participarán ambos edificios tanto en las ventajas (si como consecuencia del derecho de vuelo y porque así lo permite la normativa urbanística, se construye un nuevo piso, éste pertenecerá a los titulares de los edificios en proporción a sus cuotas) como en las cargas (si se produce una situación de ruina parcial de la parte engalabernada, los apoyos o apuntalamientos necesarios y toda la obra que los técnicos en la materia hayan decretado como esencial, tendrá que ser abonada por los edificios superpuestos en proporción a la cuota estipulada).

- b) En caso de que la situación de superposición afectara a dos edificios divididos en pisos e igualmente no se pudiera determinar que el vuelo pertenece a uno solo de ellos, parece apropiada la constitución de una propiedad horizontal genérica a los edificios que contará con unos elementos comunes (vuelo, suelo) y unos elementos comunes específicos de cada uno. En este caso se tendría que especificar qué parte del presupuesto y en qué proporción deberá consignarse para paliar los desperfectos de aquellos elementos.
- c) Por último, si el engalaberno o casa a caballo afecta a viviendas individuales, parece —teóricamente— incorrecto constituir un régimen de horizontalidad, pues son muchos los presupuestos de éste que no concurren. Sin embargo, si además de las separaciones horizontales corresponde a ambas edificaciones el derecho de vuelo, la práctica parece también imponer aquel régimen aunque sea bajo la calificación de propiedad horizontal atípica. Los gastos o contribución de los titulares será también en proporción a la superficie ocupada.

En segundo lugar, si en los tres casos anteriores sólo existen en común los «muros horizontales» sin que aparezca ningún otro elemento común propio del régimen de la propiedad horizontal, nos tenemos que pronunciar por la existencia de una medianería horizontal porque no se da una situación de intrincadas relaciones jurídicas que reclamen la aplicación de aquel régimen, ya que podrían solventarse con la constitución de una medianería, en este caso, horizontal. La contribución a los gastos se haría en la forma determinada para la medianería. Esto significa que los medianeros están obligados al mantenimiento, reparación y construcción del elemento común en proporción al derecho de cada uno. En cuanto a los gastos a sufragar, serán los precisos para la conservación o mantenimiento de la pared o elemento divisorio. Es claro que no se comprenderán los gastos suntuarios que un propietario realice en su parte de medianería (por ejemplo, un suelo de gran calidad) ni los que tengan por origen la culpa de uno solo de los medianeros, en cuyo caso serán de su cargo. Sin embargo, sí se produce la obligación de contribuir proporcionalmente a los gastos cuando los deterioros se originan como consecuencia de

fuerza mayor, vicios del suelo o de los elementos utilizados en el elemento divisorio, desgaste por el uso o por el transcurso del tiempo. Salvo peligro urgente se habrá de contar con el consentimiento de todos los afectados. La contribución tendrá que ser en proporción al derecho de cada uno, y así, si no hay pacto que establezca la proporción y cuantía de tal contribución, tendremos que remitirnos a la titularidad de cada medianero en el elemento común. La doctrina y la jurisprudencia proponen que ante la inexistencia de una proporcionalidad prefijada de los derechos de los medianeros se puede estar a la presunción de la igualdad de cuotas establecida en el artículo 393.2 del Código Civil (21).

En cuanto a la naturaleza de esta obligación, tendremos que decir que estamos ante una obligación real o *propter rem*, de origen legal y naturaleza imperativa, es decir, que tendrán que hacer frente a los gastos los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería aunque no lo fueran en el momento en que el deterioro se produjo (22).

Por otro lado, en este caso que estudiamos la medianería se configura como irrenunciable por aplicación analógica del artículo 575 del Código Civil, ya que aquí se apoya horizontalmente el «muro» de separación de las construcciones superpuestas. En el caso de que renuncie a ella derribando el edificio (o permitiendo que esto ocurra como sería un caso de abandono del inmueble y su consecuente declaración de ruina) serán de su cuenta las reparaciones u obras necesarias para evitar los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera. Es decir, en caso de demolición del edificio inferior, el dueño de éste tendría que realizar todo aquello que fuera necesario para la subsistencia en perfectas condiciones del edificio soportado, y así apuntalar, reforzar o afianzar con los elementos y las técnicas constructivas oportunas, según dictamen de perito en la materia. Tarea esta que se nos antoja ardua y delicada, pues tendrá que calcularse con exactitud el peso a soportar por la estructura proyectada y llevarse ésta a cabo con el máximo rigor. La doctrina parece unánime al considerar que son reparables todos los daños que el derribo origine en la pared medianera (y en nuestro caso sustentante o divisoria de los inmuebles en plano horizontal) y en los edificios que en ella descansen, tanto los ocasionados al demoler como los sobrevenidos posteriormente que puedan tener relación probada —directa o indirecta— con el derribo, porque tiene que quedar indemne, tras la demolición, toda construcción que se apoye en el muro divisorio en plano horizontal (23).

(21) En este sentido puede verse, por ejemplo, la SAP de Córdoba, de 18 de octubre de 1996, recogida por la *Revista Jurídica de Andalucía* de 1996, pág. 1419.

(22) Así lo considera MARIANO ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 1468, e igualmente ALBACAR y TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 976.

(23) Así, ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 188; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, pág. 307; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, pág. 227; ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 1472.

IV. LA CUESTION DE LA RESPONSABILIDAD

Intimamente relacionado con el problema de los gastos, aparece el de la responsabilidad en que pueden incurrir las personas involucradas en un supuesto de construcciones superpuestas. La idea de la responsabilidad aparece aquí con notas peculiares, dada la situación especial en que puede producirse. Para poder analizar mejor los casos de responsabilidad que pueden darse, nos parece interesante distinguir varios supuestos:

1.º En los casos de **responsabilidad interna**, es decir, aquélla que se produce entre los sujetos afectados por la peculiar situación de sus inmuebles, se podría pensar en la existencia de una responsabilidad por falta de pago de los gastos necesarios para el mantenimiento de la situación constructiva, y se podría producir, igualmente, una responsabilidad por la actitud negligente de uno de los propietarios en su deber de conservación en buen estado de su propiedad, en cuanto que esa actitud puede ocasionar daños o desperfectos en el otro edificio empotrado o engalabernado (por ejemplo, por haber realizado trabajos de demolición o de supresión de vigas maestras de soporte de la techumbre...). En estos casos, la cuestión que surge es si hemos de estar al régimen de la responsabilidad extracontractual (lo que a primera vista puede aparecer como lo más lógico y natural, dada la ausencia de previa relación contractual entre los titulares de las viviendas superpuestas), o si podría darse, en este caso, un supuesto de responsabilidad contractual. No creemos que esta última proposición sea descabellada, porque si bien es clara la ausencia de una típica relación contractual entre los distintos partícipes de la situación arquitectónica, sí que existe una «atípica» relación o vínculo entre ellos que los une para la resolución de una específica situación (24). No olvidemos que si el régimen de medianería resulta aplicable, estamos situados dentro del marco de las relaciones de vecindad y éstas llegan a constituir un «cuasi-contrato de vecindad». Creemos, además, que el régimen de la responsabilidad extracontractual está pensado y previsto para aquellos supuestos en que ninguna circunstancia o vínculo une a los sujetos originadores de la misma, y en nuestro caso el vínculo originado por la existencia del muro medianero en plano horizontal tiene una fuerza decisiva precisamente porque de él puede depender el mantenimiento y la habitabilidad en condiciones de seguridad de los inmuebles engalabernados. Así, por esos intereses comunes y por el estado de cosas tan específico que se produce, parece conveniente entender que se recoge más propia y específicamente la idea del legislador si se aplica a estos casos el régimen

(24) En este sentido se manifiesta la STS de 8 de julio de 1996 (RA 5663).

de la responsabilidad contractual (25). Tendremos, pues, que estar a la aplicación de los preceptos del Código Civil, que disciplinan la responsabilidad contractual, esto es, a los artículos 1.101 a 1.104 y 1.090 y siguientes.

Por último, nos parece interesante mencionar que, ésta es la línea que nuestros Tribunales consideran más idónea para resolver la calificación de la responsabilidad en los casos que analizamos. Así, la STS de 16 de mayo de 1985 (RA 2396) afirma que existen relaciones de las que fluye «responsabilidad *latu sensu* contractual» entre las que se encuentran la comunidad de bienes y las relaciones de vecindad, a lo que añade que «cualquier relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento será de preferente aplicación respecto a la responsabilidad extracontractual» (26).

2.º Los casos de **responsabilidad externa** se van a producir si existen daños ocasionados a terceros como consecuencia de la falta de mantenimiento o reparación de los inmuebles (27). Creemos que si es imposible determinar separadamente tal responsabilidad o si ésta se ha producido por el comportamiento de ambos titulares, recaerá sobre ellos de forma solidaria, porque éste es el recurso que utiliza nuestra Jurisprudencia cuando es imposible distinguir la responsabilidad de los intervinientes en el acto dañoso (28). Quizá sean los

(25) También consideramos para otros casos en los que no aparece totalmente clara la existencia de una relación contractual, la aplicación del régimen propio de ésta. Nos referimos a los copropietarios en situación de propiedad horizontal porque tal situación jurídica da lugar a un vínculo jurídico preexistente entre ellos, que no se puede desconocer y que lleva a relegar la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual que en nuestro Ordenamiento Jurídico tiene, en todo caso, carácter residual. En este sentido, puede verse nuestro trabajo, *El Presidente de la Comunidad de Propietarios*, *ob. cit.*, pág. 178.

(26) También puede verse la STS de 5 de julio de 1984 (RA 3802), en la que se opta por la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual al existir entre los litigantes una específica relación preexistente.

(27) La STS de 7 de noviembre de 1996 (RA 7913) hace referencia a que «la doctrina de esta Sala no ha objetivizado 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 que «dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del riesgo, bien del de su equivalente de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado».

(28) En realidad, se puede decir que es clásica esta doctrina de nuestra Jurisprudencia respecto a los intervinientes en el proceso constructivo cuando no es posible determinar o deslindar la participación concreta e individual de cada uno de ellos. Vid., por ejemplo, STS de 8 de mayo de 1983 (RA 2679); STS de 5 de marzo de 1984 (RA 1200); STS de 26 de abril de 1986 (RA 2005); STS de 6 de junio de 1986 (RA 3294); STS de 9 de julio de 1992 (RA 6281); STS de 13 de marzo de 1994 (RA 3580); STS de 14 de octubre de 1992 (RA 7532).

casos de estado ruinoso de los edificios engalabernados los que pueden dar mayores problemas desde el punto de vista de la responsabilidad. En muchas ocasiones, al ser las edificaciones superpuestas muy antiguas y estar, por ello, los materiales constructivos muy deteriorados, se pueden producir daños materiales y personales cuyo origen se encuentra en estas situaciones ruinógenas. Desde la perspectiva civil, es clara la aplicación del régimen del artículo 1.902 (si se dan los requisitos de existencia de daño, omisión de la necesaria negligencia y enlace preciso entre omisión y perjuicio), así como más específicamente de los artículos 1.907 y 1.908 (que se refieren a los casos concretos de ruina o daños causados por falta de reparación del edificio y que puede llegar a la apreciación de una responsabilidad por riesgo en contra de la propiedad del inmueble, incluso aunque el daño se deba a causa distinta de la omisión culposa del titular del edificio); pero esta situación puede dar lugar, igualmente, a la producción de otra específica responsabilidad.

3.º **La responsabilidad urbanística.** Distinta de la responsabilidad civil, esta responsabilidad viene dada por una falta de cumplimiento del deber de conservación en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público como deber urbanístico que forma parte del derecho de propiedad y que, lógicamente, se imputa a la persona que en cada momento sea titular del derecho dominical. Este es el sentido del artículo 10 del Reglamento de Disciplina Urbanística y del artículo 19 de la Ley del Suelo de 13 de abril de 1998. Por ello, si se ordena a los propietarios de edificios en mal estado la adopción de determinadas medidas urgentes, la inactividad de aquéllos conlleva la puesta en marcha del procedimiento de ejecución subsidiaria y la incoación del expediente sancionador con imposición de multa. Así se manifiesta el artículo 10.3 del RDU.

Pero, por otro lado, no se puede olvidar que la responsabilidad urbanística tiene carácter objetivo y estatutario, por lo que serán los Tribunales, en su caso, los que determinen la responsabilidad patrimonial de los daños producidos. Y así, la declaración de ruina o la adopción de medidas por parte de la Administración no eximirá a los propietarios de las responsabilidades de todo orden que pudieran serles exigidas por negligencia en los deberes de conservación que le correspondan (art. 28 del RDU). En este sentido se manifiesta el TS en Sentencia de 19 de febrero de 1990 (RA 1323), en la que afirma que el deber de mantenimiento en condiciones de seguridad, salubridad y ornato tiene como límite la declaración de ruina. Constituye —según el Alto Tribunal— un auténtico deber para evitar el riesgo a personas, cosas, peligro para la higiene y para la denominada «imagen pública», pero se reitera que su límite está en la declaración de ruina, ya que si no está justificado el gasto de reparación es procedente la demolición del edificio, lo que extingue, por incompatible, el deber de conservación.

En los casos de construcciones superpuestas son muy frecuentes las declaraciones de ruinas en las que, tras minucioso análisis técnico, se determina si tal estado ruinoso afecta a todo el conjunto inmobiliario o sólo comprende una parte del mismo, rompiéndose entonces la unidad predial. Como muestra de ello se puede mencionar la STS de la Sala 3.^a de 2 de febrero de 1993 (RA 581), en la que se desestima el recurso y se confirma la sentencia recurrida en el sentido de considerar adecuada a derecho la declaración de la Administración demandada que declaró el estado de ruina de dos casas porque la segunda estaba ubicada en su mayor parte sobre la primera, con la que formaba una unidad arquitectónica.

V. LAS CONSTRUCCIONES SUPERPUESTAS Y SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Una cuestión muy espinosa es la relativa al *modus operandi* para que la situación de las construcciones superpuestas accedan al Registro de la Propiedad.

Ya habíamos comentado que en la práctica notarial y registral se acude para escriturar e inscribir estas situaciones al régimen de la Propiedad Horizontal, atendándose al elemento común que se comparte, es decir, al «muro o estructura horizontal» de separación. Así se procede a crear un régimen global de propiedad horizontal que afecta a los edificios involucrados en la situación constructiva producida. Esta solución —unánime en la práctica— es criticable por no ser ajustada plenamente a la situación jurídica producida y sólo su utilidad la salva de críticas más profundas, teniendo en cuenta que ésta no es una posibilidad excluida por la Ley. Efectivamente, el conjunto inmobiliario resultante no responde a la normativa y a los presupuestos previstos en la Ley de 21 de julio de 1960, pero también es cierto que, en algunos casos, sólo se va a poder recurrir a él para que el engalaberno o en general la construcción superpuesta de que se trate pueda acceder al Registro de la Propiedad, y de ahí que no se pueda descartar semejante solución de manera definitiva.

La práctica notarial ha plasmado desde siempre el origen inmediato de estas situaciones y las ha recogido en las pertinentes descripciones de las fincas objeto de la transacción. Así, las escrituras recogen manifestaciones como, «conviniendo al señor X dar mayor amplitud a su deslindada casa, solicita del señor Z que le enajene en planta baja parte de la suya, obligándose el primero a construir toda la medianería necesaria para la conveniente separación de las dos casas». O, en otros casos, el documento se refiere directamente a la situación existente cuando al describir la finca se dice, «esta finca tiene un engalaberno, a partir de la segunda planta que pisa sobre la casa

número X de la calle X, propiedad de una Comunidad de Propietarios con un superficie de...»

Por otro lado, desde el punto de vista registral, parece lo más claro la constitución e inscripción de una propiedad horizontal de los edificios empotrados o a caballo, haciendo constar determinadamente la existencia de los elementos comunes de ambos (suelo, parte de la estructura o cimentación, vuelo...) y unos elementos comunes específicos de cada edificio. Pero es posible que los interesados en esta situación no estén de acuerdo en la constitución de aquella superestructura (no olvidemos que hoy día están proliferando la construcción de viviendas unifamiliares adosadas, precisamente porque se quiere huir de los condicionantes que supone el estar sometido al riguroso régimen de propiedad horizontal), y no presten su consentimiento y también puede ocurrir que el vuelo pertenezca sólo al titular de uno de los edificios, por lo que ya no cabría justificar la existencia y aplicación del régimen de la propiedad horizontal. Es en estos casos, entonces, donde parece lógico admitir que en la zona de confluencia de los edificios exista una medianería horizontal de uno sobre otro, pues en dicha zona no hay ningún elemento común de propiedad horizontal. Así se manifiesta GARCÍA GARCÍA (29), quien además considera que hipotecariamente esta fórmula sería válida si se precisa su regulación adecuadamente: que la zona de apoyo tiene tal longitud, que la altura de cada cuerpo es «X», que el vuelo pertenece a uno sólo de los propietarios ... Que esta solución es viable lo demuestra la DGRN, ya que en la resolución citada de 6 de noviembre de 1985, admitió la existencia de la medianería horizontal en un caso de superposición de viviendas porque «existía independencia total de los edificios limítrofes» y, por tanto, no se les podía someter obligatoriamente a un régimen tan complicado como es el de Propiedad Horizontal cuando sólo existían entre ellos las relaciones de buena vecindad al compartir únicamente un elemento medianero paralelo al suelo (30).

(29) *Comentario a la STS de 28 de abril de 1972, ob. cit.*, pág. 1245.

(30) Nos parece interesante la Resolución de 20 de julio de 1998 (BOE de 12 de agosto), en orden a este problema de acceso registral de los engalabernos. En este caso, se ejerció una acción declarativa del dominio sobre una casa y sobre unas partes de las casas colindantes, adquiridas en documento privado (inmuebles todos ellos inscritos en el Registro). La demanda prosperó y la correspondiente sentencia ordenó la elevación a público del contrato celebrado, librándose mandamiento al Registrador para que practicara los asientos necesarios, a fin de que se reflejara fielmente el dominio de la actora sobre tales engalabernos. El Registrador suspendió la inscripción respecto de estos últimos, basándose en la falta de especificación de superficies, linderos y sobre todo de cuotas de los mismos. Llegado el asunto a la DGRN, ésta resuelve conforme a la siguiente doctrina: «en el caso debatido se impone una doble actuación: a) por una parte, la consignación registral del específico y limitado alcance de los derechos que sobre esas dos casas colindantes tienen sus actuales titulares registrales, pues no se trata de decidir su acceso

Por todo ello, teniendo en cuenta los problemas jurídicos que presentan estas situaciones, creemos que se debería hacer un esfuerzo especial para comprender estos casos tan especiales. Esfuerzo que pasa, desde nuestra perspectiva, por un estudio específico y minucioso del caso presentado. Un tratamiento unitario podría no responder a las expectativas jurídicas creadas. De ahí que los prácticos del Derecho deban esforzarse en hacer constar claramente el régimen que mejor responde y se adapta al supuesto ante ellos planteado. Y así, los Notarios tendrán que reflejar en sus escrituras la situación y normativa específica que corresponde a la construcción superpuesta que han de escriturar y los Registradores tendrán que admitir la inscripción de estas situaciones con la existencia, en su caso, de esa peculiar o especial medianería horizontal, como ya lo ha hecho nuestra doctrina científica y nuestro Alto Tribunal.

VI. CONCLUSION

Del estudio y análisis de las situaciones de las construcciones superpuestas, hemos llegado a la siguiente conclusión: La existencia de las construcciones superpuestas, con sus distintas modalidades, sigue siendo un hecho cierto en España debido tanto a nuestro bagaje histórico y a la configuración geográfica de nuestro suelo como a la autonomía de la voluntad de las partes. Se trata de casos excepcionales —uniones arquitectónicas— que no se pueden encuadrar dentro de las categorías jurídicas conocidas, lo que dificulta grandemente la resolución de los problemas constructivos, jurídico-civiles y urbanísticos que estas situaciones provocan. Si bien la doctrina, la jurisprudencia y la DGRN están de acuerdo en que se podría solucionar muchos de estos problemas mediante la aplicación analógica del régimen de la medianería, situando el elemento divisorio en plano horizontal, la práctica jurídica margina esta solución prefiriéndose la constitución —por más consolidada— de un régimen de Propiedad Horizontal, solución que si bien no sería oportuno descartar en algunos casos (si existen más elementos comunes) parece demasiado rigurosa para otros supuestos en donde, quizás, sólo quepa apreciar

registrar *ex novo*, sino de restringir a sus justos términos el alcance de un pronunciamiento registral que ha sido siempre inexacto por excesivo y, *b)* por otra —siempre que se solicitare expresamente conforme al art. 19 de la LH— acceder al reflejo registral provisional por medio de una anotación (art. 42.9 de la LH) del derecho que sobre parte de dichas casas corresponde al actor, en tanto que judicial o convencionalmente se completan las determinaciones necesarias para que esa cotitularidad *sui generis* quede plenamente configurada y, por ende, quede perfectamente delimitado el derecho del actor y pueda inscribirse definitivamente en el Registro de la Propiedad (arts. 9 y 21 de la LH y 51 del RH)».

verdaderas relaciones de vecindad derivadas del elemento divisorio medianil horizontal. En todo caso, nuestra intención es reabrir el debate en torno a estas situaciones inmobiliarias y a la problemática de distinta índole que plantean, con vista a que pueda ser estudiada y considerada en la futura y necesaria legislación de Conjuntos Inmobiliarios en la cual hay ya puestas muchas esperanzas.

MARIA JESÚS LÓPEZ FRÍAS
Doctora en Derecho
Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil
Universidad de Granada

DICTAMENES Y NOTAS

La publicidad jurídica registral en Perú: eficacia material y principios registrales

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

1. LA PUBLICIDAD EN GENERAL

La publicidad en sentido amplio y general es el conjunto de medios que se emplean para divulgar y extender el conocimiento o noticia de determinadas situaciones o acontecimientos con el fin de hacerlo llegar a todos, de modo que tales situaciones o acontecimientos, en cuanto objeto de publicidad, adquirirán la calidad o estado de públicas, esto es, serán notorias, manifiestas y patentes para todos. Así, la publicidad se opone a la clandestinidad, en tanto la primera supone divulgación y conocimiento, mientras la segunda ocultación y desconocimiento.

El objeto de este tipo de publicidad, es decir, aquello que es materia de publicación, puede ser, en principio, cualquier clase de acontecimiento, y la divulgación del mismo busca principalmente producir un conocimiento efectivo entre las personas hacia quienes va dirigida.

A la publicidad en sentido jurídico, en cambio, y dentro de ésta a la publicidad registral, le corresponde un concepto mucho más estricto.

2. NECESIDAD DE UNA PUBLICIDAD REGISTRAL

A lo largo de la historia del derecho es sencillo constatar que los diversos pueblos y sociedades permanentemente han buscado divulgar determinadas situaciones relevantes para el resto de la comunidad por sus importantes efectos jurídicos.

Es decir, hay una evidente necesidad de exteriorizar y divulgar determinadas situaciones (actos o derechos), por lo que siempre se han buscado

desarrollar sistemas de publicidad, a veces muy incipientes, otras veces muy acabados, pero sistemas que, finalmente, pretendían en todos los casos posibilitar el conocimiento de estas situaciones (1). Como bien dice PAU PEDRÓN, para «*entablar cualquier relación jurídica se requiere el máximo de certeza sobre sus presupuestos: si se va a comprar, que el vendedor sea dueño...*», y a continuación agrega que el «*Estado, para satisfacer esa necesidad de certidumbre, organiza la publicidad. A través de la publicidad se hacen innecesarias las averiguaciones. El Estado hace públicos esos datos cuyo conocimiento se requiere para entablar las más diversas relaciones jurídicas*» (2).

Luego de una larga evolución histórica donde la aparición de la ciudad moderna como nuevo núcleo de convivencia social resulta fundamental (3), la publicidad registral alcanza un considerable nivel de desarrollo para llegar a ser hoy en día lo que es, a saber: *el sistema más perfecto y eficiente que se haya inventado hasta la fecha para publicar situaciones jurídicas, oponer derechos, tutelarlos y brindar seguridad en el tráfico de los mismos.*

La *publicidad registral* es, en buena cuenta, tal como la conocemos hoy en día, *una creación del Estado para reemplazar a la publicidad posesoria cuando ésta ya no resultaba adecuada para satisfacer la necesidad de certidumbre en la contratación y otorgar seguridad jurídica en la misma*, respecto de cierto tipo de bienes perfectamente identificables e individualizables. La necesidad actual de un sistema de publicidad en cualquier país sigue ple-

(1) Las diferentes formas de publicidad que se pueden detectar a lo largo de la historia, no siempre fueron registrales, y es que para que un sistema de publicidad registral pueda desarrollarse es condición previa la existencia de la escritura. Con la aparición y difusión de ésta, las condiciones estaban dadas para un sistema de publicidad registral. Así, en Caldeo-Asiria, y mucho más avanzado en Egipto y Grecia, se encuentran sistemas de este tipo. No ocurrió lo mismo, sin embargo, en Roma, en donde se desarrollaron sistemas de publicidad distintos al registral. Así, en un principio, predominó la publicidad formal con figuras como la *in jure cesio* o la *mancipatio*, en donde la sola forma y solemnidad de los actos eran los medios a través de los cuales éstos se exteriorizaban y daban a conocer. Si bien este tipo de publicidad podía tener algún resultado en comunidades pequeñas o no muy numerosas, no ocurría lo mismo cuando las poblaciones crecían. Por ello, ambas fueron abandonadas con el tiempo para ser reemplazadas por una forma de publicidad fáctica, la posesión, a través de la *traditio*.

(2) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de práctica registral*, Pontificia Universidad Católica de Comillas, Madrid, pág. 17.

(3) Escribe PAU PEDRÓN que cuando «*surgen las ciudades y con ellas el anonimato de sus habitantes —siglo XVII—, ni las fórmulas públicas ni la posesión sirven ya para dar a conocer a la sociedad los derechos reales que se constituyen ... con el nacimiento de la gran ciudad surge en Europa una institución marcadamente burocrática —sin que el adjetivo quiera ser peyorativo—: el Registro de la Propiedad. Y surge para que el rasgo básico de los derechos reales —la absolutividad, la eficacia frente a todos— pueda seguir desplegándose por un nuevo cauce, adecuado a las características del nuevo ámbito social*». PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en *RCDI*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994, pág. 22.

namente vigente y más apremiante que nunca, pero orientada fundamentalmente a la publicidad otorgada a través de un Registro, reservándose únicamente para los bienes que por su naturaleza no pueden acceder al mismo una publicidad a través de la posesión, toda vez que aquélla resulta ser mucho más exacta y eficaz que ésta.

II. LA PUBLICIDAD JURIDICA REGISTRAL

1. CONCEPTO

A la publicidad en sentido jurídico, como ya se adelantó, y dentro de ésta a la publicidad registral, le corresponde un concepto mucho más estricto. La doctrina ha conceptualizado a la publicidad jurídica registral de diversas maneras, aunque siempre manteniendo algunos elementos y caracteres comunes, tales como la continuidad en la divulgación, el objeto de la misma, que son situaciones jurídicas con cierta trascendencia o relevancia para terceros, la cognoscibilidad general o posibilidad de conocer estas situaciones y la organización de tal divulgación por parte del Estado, como sujeto distinto a aquéllos involucrados en la situación política.

Es sobre la base de estos elementos y caracteres, entonces, que proponemos la siguiente definición: La publicidad jurídica registral es la ***exteriorización sostenida e ininterrumpida de determinadas situaciones jurídicas que organiza e instrumenta el Estado a través de un órgano operativo para producir cognoscibilidad general respecto de terceros, con el fin de tutelar los derechos y la seguridad en el tráfico de los mismos.***

2. OBJETO

La publicidad jurídica, si bien comparte los elementos básicos de la publicidad en general en cuanto a la divulgación y conocimiento, no busca, sin embargo, exteriorizar y dar a conocer cualquier evento o acontecimiento, sino sólo aquellos relevantes para el Derecho en la medida que generan efectos jurídicos con trascendencia hacia terceros. Es decir, se publican únicamente situaciones jurídicas que por su naturaleza tienen vocación de oponibilidad (derechos reales, por ejemplo) para hacerlas conocidas a la generalidad de personas que no son parte en tales situaciones.

En consecuencia, el objeto de la publicidad jurídica son estas situaciones jurídicas, cuestión sobre la que hay acuerdo en la doctrina, al margen de que el objeto de la inscripción (¿qué se inscribe?) no sea la misma situación sino el acto que la genera, como sostiene un importante sector de esa misma

doctrina (dependiendo de la posición que se adopte se estarán inscribiendo y publicando derechos o inscribiendo actos y publicando derechos).

Ello es así porque lo que interesa a los terceros, que buscan el máximo de certidumbre y seguridad para tomar decisiones y contratar, son las situaciones jurídicas publicadas, así como las titularidades que a éstas corresponden. De esta manera, a quien compra no le interesa tanto el acto de adquisición (compraventa, donación, permuta, etc.), como el derecho de propiedad del vendedor, ni el gravamen que recae sobre el bien (hipoteca, embargo, etc.) sino la situación de afectación jurídica a que se encuentra sometido y el monto de la misma. Menos aún le interesa, como es obvio, si lo que se inscribió fue la compraventa o el derecho de propiedad, el acto constitutivo de la hipoteca o el derecho a favor del acreedor hipotecario, etc.

Lo que interesa entonces, tanto para la tutela de derechos como para la seguridad en el tráfico patrimonial, son los efectos exteriorizados de aquellos actos, así como la vigencia y duración en el tiempo de dichos efectos. ***El titular y los terceros resultarán beneficiados o perjudicados dependiendo de si la situación o derecho se encuentra o no publicada.***

3. CARACTERES

Las situaciones jurídicas publicadas no se exteriorizan en forma esporádica o eventual, sino en forma continuada. Es decir, de manera ***sostenida e ininterrumpida***. Esta característica es la que distingue a la publicidad registral de otro tipo de publicidades, también de contenido jurídico, como aquéllas que se realizan a través de notificaciones o edictos, por ejemplo.

Por otra parte, quien publica es el Estado. Este fenómeno es el que la doctrina ha denominado la **heteropublicación** y consiste, en palabras de LACRUZ y SANCHO, en la «...publicación por parte de un sujeto extraño a la verificación del evento publicado; más exactamente, consiste en una publicación de acontecimientos que interesan a situaciones de derecho privado, realizada por la Administración» (4).

El «**sujeto extraño**» es el Estado, a través de la Administración pública y, concretamente, de un órgano operativo generalmente creado y organizado para tal fin. En nuestro caso, así como en la mayoría de países, este órgano operativo se encuentra conformado por los Registros Jurídicos o Públicos (Registro de Propiedad Inmueble, Registro Mercantil, etc.).

4. EFECTOS

(4) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, «Derecho Inmobiliario Registral», en *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 13.

A diferencia de lo que ocurre con la publicidad en sentido lato en que lo importante es que el conocimiento exteriorizado llegue efectivamente a los destinatarios del mismo, la publicidad jurídica material tan sólo busca que éstos tengan la posibilidad de conocer. Esta posibilidad de conocer es lo que la doctrina denomina *cognoscibilidad general*, que constituye el efecto de la publicidad jurídica registral.

La *cognoscibilidad general* o *posibilidad de conocer* supone que los terceros se verán afectados o perjudicados por las situaciones jurídicas publicadas, aun cuando no hubieran accedido a su conocimiento efectivo. Como señala MANZANO SOLANO, la *cognoscibilidad general* «...sustituye al conocimiento efectivo y las consecuencias jurídicas se producen independientemente de que se dé o no ese conocimiento de hecho. Se garantiza y asegura el tráfico con preferencia al derecho subjetivo» (5). Por tanto, la *cognoscibilidad general* produce a su vez *oponibilidad erga omnes*.

5. FINES

El fin de la publicidad jurídica registral consiste en otorgar una completa *seguridad jurídica* en toda la extensión del concepto. Esto es, apunta tanto a la *seguridad estática* como a la *seguridad dinámica*.

La primera de ellas, a decir de Díez-PICAZO, se refiere a que ningún titular de derechos subjetivos puede ser privado de ellos sin su consentimiento. La segunda, a que el «*adquirente de un derecho subjetivo no puede ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o que no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo*» (6). La primera se refiere a la *tutela de derechos*; la segunda, a la *seguridad del tráfico*.

III. EFICACIA CONCRETA DE LA PUBLICIDAD MATERIAL A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

1. EFICACIA MATERIAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

La eficacia o efecto material de la publicidad registral, como ya se indicó, radica en que la misma produzca cognoscibilidad general y oponibilidad erga omnes hacia terceros. Pero éste es un efecto abstracto y una

(5) MANZANO SOLANO, ANTONIO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Tomo I, pág. 30.

(6) Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 237.

oponibilidad genérica, por cuanto recién se concretan a través de los principios registrales que cada sistema recoge (*este dato debe ser tenido muy en cuenta porque permitirá entender la relación existente entre la publicidad registral y los principios registrales que constituyen sus efectos*), los que, a su vez, se orientan hacia la *legitimación del titular registral* y su *protección en cuanto tercero registral*, aspectos en los cuales radica, en última instancia, la *eficacia material específica de la publicidad registral*.

En consecuencia, los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia porque siempre tuvieron la posibilidad de conocer y saber. Al revés, aquello que no esté publicado no debe perjudicarlos ni oponérseles por cuanto nunca estuvieron en posibilidad de conocerlo. *Este doble efecto de la publicidad jurídica constituye su aspecto material y se concreta, como se acaba de decir, en los principios registrales recogidos por cada sistema, de modo tal que éstos determinarán cómo y cuándo el perjuicio y la oposición operan.*

Debe anotarse, sin embargo, que los efectos de la publicidad registral no sólo se despliegan en el orden material sino también en el formal. Este último está referido a todos aquellos medios a través de los cuales los terceros pueden acceder al conocimiento efectivo de la situación publicada. La eficacia formal de la publicidad registral, por tanto, consiste en que los terceros puedan, si así lo desean, conocer aquello que es objeto de publicación. Se trata de realizar lo que en todo momento era posible.

Por tanto, *la eficacia de la publicidad material se apoya en la eficacia de la publicidad formal, ya que no puede haber cognoscibilidad general o posibilidad de conocer una determinada situación jurídica si es que no hay la real posibilidad de acceder a su conocimiento efectivo.*

2. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

Los *principios registrales* son las *características o rasgos fundamentales* que informan a un determinado sistema registral y que lo distinguen o asemejan de otros. Pero también son los *medios o instrumentos* a través de los cuales, en forma *mediata o inmediata*, se alcanzan los fines de la publicidad jurídica registral, esto es, la *seguridad jurídica* en sus dos manifestaciones, la *estática* y la *dinámica*. Por tanto, *los principios registrales, en tanto características o rasgos fundamentales que dan forma sustancial a un determinado sistema, no son otra cosa sino las diversas maneras como este sistema de publicidad registral, en particular, cumple sus fines de seguridad jurídica.*

En este sentido, consideramos que los principios registrales, en tanto medios o instrumentos para alcanzar estos fines, actúan mediatamente como rectores del conjunto de fases o etapas del procedimiento registral que nece-

sariamente se desarrollan antes de la inscripción y consecuente publicación de una determinada situación jurídica, ya que si bien ésta es el fin inmediato del procedimiento registral (inscribir y publicar), obviamente una vez alcanzado se logra automáticamente la seguridad jurídica. A su vez, los principios registrales que actúan en forma inmediata para alcanzar el fin de seguridad jurídica, lo hacen como efectos concretos de la cognoscibilidad general, que en tanto efecto material genérico de la publicidad jurídica registral, como ya se precisó, se especifica en aquéllos.

La doctrina tradicionalmente ha clasificado a los principios registrales como **formales o adjetivos**, para referirse a aquéllos referidos al procedimiento registral, y **materiales o sustantivos**, refiriéndose a los que constituyen efectos de la inscripción (7), sin haber advertido que *ningún principio registral es sustantivo por sí, sino por el fin que permite alcanzar y, paralelamente, ninguno es únicamente un instrumento, porque da forma y define las maneras como tal se alcanzará. Todos tienen algo de sustantivos porque le dan forma sustancial a un determinado sistema registral y todos tienen algo de adjetivos porque actúan como instrumentos para llegar a un fin.*

En consecuencia, basándonos inicialmente en GARCÍA GARCÍA (8), quien clasifica a los principios registrales en los que se refieren a los requisitos para la inscripción y los que se refieren a los efectos de la inscripción, descartamos la clasificación tradicional y, desde la perspectiva que hemos planteado de que *los principios registrales son medios o instrumentos para alcanzar un fin último, cual es otorgar seguridad jurídica en toda su amplitud*, proponemos una clasificación en los siguientes términos:

- a) *Principios que constituyen requisitos y presupuestos para la publicación a través de la inscripción*, para referirnos a aquéllos que permiten alcanzar en *forma mediata* el fin de seguridad jurídica, y;
- b) *Principios que constituyen efectos de la publicidad registral material*, para referirnos a aquéllos que permiten alcanzar en *forma inmediata* dicho fin.

(7) Téngase presente que los principios registrales pueden estar orientados a regular el procedimiento registral, en cuyo caso buscan el control y la selección (principio de legalidad) de las situaciones jurídicas inscribibles, así como el orden (principio de tracto sucesivo) y la claridad (principio de especialidad) al momento de practicar la inscripción. Pero también pueden estar orientados a definir los diversos efectos que acarrea la inscripción y, consecuentemente, la publicación de determinadas situaciones jurídicas, caso en el cual se encuentran encaminados hacia la legitimación del titular registral y su protección en tanto tercero registral.

(8) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 538.

Es a través de estos últimos principios que los efectos sustantivos de la publicidad jurídica registral se concretan y especifican, *legitimando al titular registral o protegiendo al tercero registral*, en ambos casos sobre la base de *la cognoscibilidad general como efecto material genérico de dicha publicidad registral*. Así, *el nivel de eficacia y el valor real de la publicidad registral material dependerá en cada sistema de los principios que éste haya recogido*.

En conclusión, la eficacia material de la publicidad jurídica registral, consistente en producir cognoscibilidad general, en tanto general y abstracta, se convierte en la condición necesaria de eficacia de los principios registrales a través de los cuales se concreta. *Sin cognoscibilidad general estos principios devendrían en ineficaces, pero sin los principios la cognoscibilidad general no tendría efectos concretos*.

3. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

Una vez definido lo que debe entenderse por principios registrales, concluimos que la *publicidad jurídica registral* no es propiamente un principio, por cuanto no es simplemente una característica o rasgo fundamental que informa a un determinado sistema registral, sino que es mucho más que eso, a saber: *el elemento común a todo sistema registral que constituye el objeto mismo de la función registral, la razón de ser de todo Registro jurídico y la base sobre la cual se apoyan todos y cada uno de los principios registrales*.

Todos los sistemas registrales publican y en todos lo relevante es la posibilidad de conocer aquello que es materia de publicación, por lo que *la publicidad como tal no distingue ni asemeja un sistema de otro sino que los convierte a todos en sistemas registrales jurídicos*.

IV. MANIFESTACIONES DE LA PUBLICIDAD MATERIAL EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO

1. EFICACIA MATERIAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL PERÚ

1.1. *El artículo 2.012 del Código Civil*

El efecto material de la publicidad registral se encuentra contemplado en el artículo 2.012 del Código Civil, que antes de recoger lo que la mayoría de comentaristas denominan el principio de publicidad, *regula a través de una presunción absoluta de conocimiento dicha eficacia material, esto es, la*

cognoscibilidad general. En tanto es **posible conocer**, entonces se presume, sin admitir prueba en contrario, que **se conoce**.

Debe tenerse presente, como se acaba de decir, que **no hay principio de publicidad** por cuanto la **publicidad jurídica registral no es un principio sino la base subyacente sobre la cual todos los principios reposan**.

1.2. *Principios que constituyen efectos de la publicidad registral material en el Perú*

La eficacia material de la publicidad en el sistema registral peruano se concreta en tres principios fundamentalmente: **Legitimación, Oponibilidad y Fe Pública Registral**. Estos, por lo demás, son los principios de publicidad material más importantes a nivel de Derecho comparado.

El primero de ellos, recogido en el artículo 2.013 del Código Civil, cumple la función de **legitimar al titular registral** y, por consiguiente, tutela la **seguridad estática** de los derechos. Los dos restantes, recogidos en los artículos 2.022 y 2.014, respectivamente, del mismo cuerpo legal, **protegen a los terceros registrales** (9) tutelando, de esta manera, la **seguridad dinámica o seguridad del tráfico**.

2. LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y APARIENCIA POSESORIA

La **publicidad registral** en el Perú, en virtud del citado artículo 2.013 del Código Civil, tiene **eficacia legitimadora**, a diferencia de lo que ocurre con la **publicidad posesoria**, cuya eficacia sólo genera una **apariencia de realidad**.

El **principio de legitimación registral** que recoge el artículo 2.013 consiste en la **presunción de exactitud relativa** de que **el contenido de las inscripciones corresponde a la realidad extrarregistral**, legitimando al titular del derecho inscrito a actuar conforme a éste, en tanto no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. Se trata, en consecuencia, de una **presunción «iuris tantum»** de que lo publicado en el Registro es **exacto** (coincidencia con la realidad fáctica), por lo que surtirá plenos efectos mientras dicha presunción no se destruya.

(9) Cada principio se refiere a un tercero registral perfectamente diferenciado del otro. El **principio de oponibilidad** al denominado **tercero latino**, que tiene su origen en los sistemas de transcripción en donde se transmiten derechos reales extrarregistralmente (Francia e Italia). El **principio de fe pública registral** al llamado **tercero germano**, que tiene su origen en los sistemas germanos de inscripción constitutiva (Alemania, Suiza y Austria). Muchos países recogen ambos principios (España, Portugal, Perú, etc.).

No se presume que el titular dominical por **aparecer** como tal en la partida registral es propietario, sino que la presunción consiste en que dicha información es exacta. El que **es** propietario en el Registro también lo **es** extrarregistralmente, salvo que la presunción de exactitud se destruya. Por tanto, en todo momento hay una *única realidad inescindible y no dos superpuestas (registral y extrarregistral)*, toda vez que, mientras la presunción de exactitud se mantenga incólume, *ambas realidades coinciden*. Si esta presunción se contradice exitosamente, recién desde ese momento empieza la *dicotomía* y la *apariencia registral*, antes no.

En tal sentido, este principio marca una diferencia fundamental entre la *publicidad registral* y la *publicidad posesoria*. Mientras que en la primera *se confía en la exactitud* de la que está revestido el Registro, en la segunda *se confía en una situación de hecho que puede ser exacta o inexacta*, esto es, en la *apariencia*. Por ello, lo único común entre Registro y posesión es que ambas son formas de publicidad a través de las cuales se hacen manifiestas algunas situaciones en las que los terceros depositan su confianza. Pero nada más.

El artículo 912 del Código Civil presume al poseedor de un bien propietario del mismo, pero no presume que esa situación de hecho corresponda a la realidad, mientras que el citado artículo 2.013 presume la correspondencia entre lo publicado por el Registro y la realidad externa al mismo. Esto supone que en el primer caso se pueda llegar a amparar el error cometido por el tercero que contrata confiando en una situación de hecho que el mismo sistema reconoce que puede ser inexacta (art. 948 del citado Código). En el segundo caso, por el contrario, *el tercero contrata confiando en la certeza de la situación publicada*.

La *publicidad posesoria*, por tanto, genera tan sólo una *apariencia de verdad*. El tercero contrata únicamente sobre una base *verosímil*. La publicidad registral, en cambio, permite al tercero contratar sobre una base *veraz* porque se publican *verdades* o, a decir de PAU PEDRÓN, cuando sustenta la misma idea, «*verdades oficiales*» (10).

3. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO REGISTRAL

3.1. *Concepto de tercero registral*

El tercero registral no es otro sino el titular registral que resulta beneficiado o perjudicado, por aplicación de los principios que recoge el sistema

(10) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de práctica registral*, Pontificia Universidad Católica de Comillas, Madrid, pág. 19.

registral, respecto de una relación jurídica ajena pero conexa con su derecho inscrito y que confronta con el mismo.

Es importante precisar que la condición de tercero resulta enteramente posicional. Esto es, si el titular registral se encuentra en la posición antes definida, será siempre tercero registral, al margen que se encuentre o no protegido.

3.2. *Caracteres*

- a) El **tercero registral** es **tercero** en la medida en que es extraño a la relación jurídica que confronta con su derecho, y **registral** en la medida que su derecho esté inscrito. Por ello se trata siempre del titular registral y de relaciones jurídicas ajenas a éste, es decir, respecto de las cuales el titular registral no es parte.
- b) Debe tratarse de una relación jurídica que afecte al derecho inscrito del titular registral, sea por qué resulta incompatible con el mismo, o bien por qué aquélla resulta ineficaz. De lo contrario no surgirá confrontación alguna y, en consecuencia, no habrá tercero.
- c) La relación jurídica ajena respecto del titular registral podrá estar o no inscrita. En el primer supuesto estaremos ante una **conexión transversal**, en donde se producen dos o más transmisiones realizadas por el mismo sujeto generando una contraposición transversal (doble venta y concurrencia de adquirentes, por ejemplo). En el segundo caso nos encontramos ante una **conexión lineal** en donde también se producen dos transmisiones sucesivas, pero realizadas una después de la otra por cada uno de los sujetos que va adquiriendo y no por el mismo.
- d) El concepto de tercero registral y el grado de protección que obtendrá está determinado por la eficacia de los principios que recoge el sistema.

3.3. *Tipos en el Derecho comparado*

En el Derecho comparado se pueden distinguir claramente dos tipos de terceros clásicos:

- a) El **TERCERO LATINO**, que surge en los casos de **conexión transversal** y cuya protección se encuentra en el **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**. La denominación de tercero latino obedece a que el principio en el cual encuentra su protección es típico de los sistemas latinos (Francia e Italia). Generalmente se le exige al tercero buena fe (creencia o desconocimiento) a efectos de ser protegido. En los sis-

temas de inscripción constitutiva donde no se recoge este principio, la buena fe resulta irrelevante toda vez que antes de la inscripción no hay derecho alguno, tan sólo obligaciones entre las partes.

- b) El **TERCERO GERMANO**, que surge en los casos de **conexión lineal** y cuya protección se encuentra en el **PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL**. En este caso la denominación de tercero germano obedece a razones similares. El principio en el cual encuentra su protección es típico de los sistemas germanos (Alemania, Suiza y Austria). En estos casos también se exige la buena fe, desconocimiento del tercero, pero el requisito de la onerosidad no se recoge en todos los sistemas. Así, en los citados sistemas germanos, los terceros adquirentes de buena fe a título gratuito también se encuentran protegidos. En el Perú, al igual que en España, es requisito para la protección del tercero que se trate de un adquirente a título oneroso.

3.4. *Tipos en el sistema peruano*

En el sistema peruano, al igual que en otros (España, por ejemplo), se protege a ambos terceros, toda vez que se recogen los dos principios antes referidos.

El **principio de oponibilidad** se recoge en el artículo 2.022 del Código Civil (en España, arts. 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria) y el de **fe pública registral** en el artículo 2.014 del mismo cuerpo legal (en España, art. 34 de la Ley Hipotecaria).

4. LA OponIBILIDAD DE LO INSCRITO FRENTE A LO NO INSCRITO

4.1. *El principio de oponibilidad y sus manifestaciones específicas*

El principio se refiere a que *lo inscrito es oponible a lo no inscrito* y, consecuentemente, *lo no inscrito es inoponible a lo inscrito* (11). La razón de ello se encuentra en que lo inscrito es «público» y, por tanto, produce *cognoscibilidad general*. Sin embargo, debe precisarse que no se refiere a la oponibilidad que deriva de la cognoscibilidad general como efecto material

(11) En el sistema español el principio en cuestión se encuentra formulado genéricamente en forma negativa, como *inoponibilidad de lo no inscrito*, en los artículos 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria. No obstante, tiene manifestaciones específicas en sentido positivo, como el caso de la «doble venta» de bienes inmuebles regulada en el segundo párrafo del artículo 1.473 del citado Código Civil.

genérico de la publicidad registral, aunque se apoya en ésta, sino, ya en el ámbito de los principios registrales, a una oponibilidad muy concreta y específica que surge cuando confrontan dos o más derechos generados extrarregistralmente.

Es importante tener presente que en todos aquellos países donde la inscripción no es constitutiva, se encuentra este principio (12), toda vez que se hace necesario establecer reglas relativas a la preferencia y oponibilidad de derechos ante el caso de que éstos, generados extrarregistralmente, resulten incompatibles entre sí (varios derechos excluyentes entre sí concurren sobre un mismo bien, por ejemplo), a efectos de determinar cuál será preferido y, consecuentemente, prevalecerá y se opondrá a los otros.

En el Perú, donde la constitución o transmisión de derechos reales opera extrarregistralmente (con la sola creación de la relación obligatoria cuando se trata del derecho de propiedad y a través de la cesión de derechos cuando se trata de otros derechos), este principio también se encuentra recogido. La formulación legal del mismo está en los artículos 2.022 (oponibilidad de derechos en el Registro de Propiedad Inmueble) y 1.135 (conurrencia de acreedores sobre bien inmueble) del Código Civil, aunque tiene manifestaciones específicas como es el caso del artículo 1.670 del mismo cuerpo legal (conurrencia de arrendamientos).

Merece especial mención el artículo 1.135 del Código Civil peruano que regula el orden de prelación ante la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, toda vez que regula, sobre la base de este principio de oponibilidad, un supuesto mucho más amplio que el que regulan otras legislaciones (13). Así, a través de la concurrencia de acreedores, además de solucionar el típico supuesto de concurrencia de adquirentes, se soluciona también el problema de confrontación entre un derecho personal inscribible que genera una obligación de dar, como es el arrendamiento, por ejemplo, y un derecho real que genera la misma obligación, como puede ser el de propiedad o usufructo.

El primer párrafo del artículo 2.022 quedaría reservado para solucionar el posible conflicto entre derechos reales cuando al menos alguno de ellos no genere una obligación de dar y el correlativo derecho a exigir la entrega. Es

(12) Es propio y característico de los sistemas registrales latinos (Francia e Italia), en donde la inscripción no es constitutiva ni transmisiva de derechos reales, toda vez que las mismas operan por virtud del consentimiento, así como de los sistemas influenciados directamente por éstos (Bélgica, por ejemplo) y, en general, de cualquier otro donde surjan y se transfieran los derechos reales extrarregistralmente, como el caso portugués, español o argentino.

(13) El principio se manifiesta generalmente para solucionar el problema de la concurrencia de compradores o adquirentes sobre un mismo bien, prevaleciendo siempre aquél comprador o adquirente que inscribe primeramente su derecho.

decir, cuando no se configure una concurrencia de acreedores. En este mismo supuesto, pero siendo derechos de distinta naturaleza los que confrontan, se aplica el segundo párrafo del mismo artículo en virtud del cual, salvo tipificación legal expresa que permita la prevalencia de un derecho personal inscrito antes de que se inscriba un derecho real que se ha constituido o transmitido con anterioridad (arts. 2.023 y 1.708 relativos a los contratos de opción y arrendamiento, respectivamente), prevalecerá el derecho que surgió en primer lugar (es el caso del derecho de propiedad transmitido antes de que se anote un embargo, en cuyo caso prevalecerá aquél aun cuando no se hubiera inscrito), lo que supone una excepción al **principio de prioridad preferente o de rango** recogido en el artículo 2.016 del Código Civil (primero en el tiempo, poderoso en el derecho).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que cuando confronta un derecho real cualquiera contra una garantía hipotecaria inscrita con anterioridad, resulta claro que ésta prevalecerá, pero no por aplicación de los ya citados artículos 2.016 y 2.022, sino más bien por aplicación del primero de ellos junto con el 1.117, que permite al **acreedor hipotecario (tercero registral protegido)** dirigir preferentemente la acción real contra el **tercer adquirente (tercero registral no protegido)**. La razón de ello es que el artículo 2.022 está pensado para solucionar el conflicto entre derechos reales que han surgido extrarregistralmente y en el caso de la hipoteca de inscripción tiene eficacia constitutiva, según el inciso 3.º del artículo 1.099 del Código Civil, que considera a la inscripción registral como un requisito legal de validez de la misma.

4.2. *Eficacia no constitutiva ni declarativa de la publicidad material*

Los sistemas registrales que recogen el **principio de oponibilidad** son los tradicionalmente llamados de **inscripción o eficacia declarativa**, frente a los de **inscripción o eficacia constitutiva**, en donde la inscripción es decisiva para el nacimiento o transmisión del derecho real entre partes, sea por constituir el modo de adquisición (Suiza, Austria o Brasil) o la fase final de un acuerdo real abstracto transmisivo (Alemania).

No obstante, en estos sistemas de **eficacia declarativa**, la inscripción determina la **plena oponibilidad del derecho constituido fuera del Registro respecto de terceros**. Por ello, debería hablarse con mayor propiedad de **sistemas de oponibilidad respecto de terceros**.

Hablar de **eficacia o inscripción declarativa** es equívoco por cuanto pareciera que el Registro lo único que hace es declarar un derecho ya existente y nada más. Lo primero es cierto, pero el efecto de oponibilidad que genera la publicidad registral es tan importante que la doctrina se ha referido muchas veces a derechos reales en formación cuando los mismos no están aún

inscritos y, consecuentemente, no son todavía oponibles. Más recientemente, GARCÍA GARCÍA, refiriéndose a este efecto de oponibilidad que tiene el Registro en el Derecho español, habla de la inscripción «*conformadora, cuasiconsitutiva o constitutiva respecto de terceros de derechos reales*» (14).

5. LA FE PÚBLICA REGISTRAL

5.1. *El principio de fe pública registral*

El principio de **fe pública registral** consiste en que cualquier tercero de buena fe que adquiera un derecho de aquél que ostenta la legitimación dispositiva de acuerdo a lo publicado por el Registro, esto es, el que contrata sobre la base de lo que proclama el Registro, será protegido una vez que inscriba su derecho, manteniendo su adquisición si luego resulta que quien se encontraba legitimado registralmente en realidad nunca lo estuvo.

En este caso, el principio que nos ocupa se basa en una **presunción absoluta de exactitud** y cautela la llamada **seguridad del tráfico** o **dinámica**.

Es propio y característico de los sistemas registrales germanos (Alemania, Suiza y Austria) y ajeno al francés, entre otros (Bélgica, Argentina, Brasil) y recogido sólo parcial y limitadamente en el sistema italiano. Lo recogen también otros sistemas que se han inspirado en los primeros, tales como el español (art. 34 de la Ley Hipotecaria), que combina el principio típico de los sistemas latinos (principio de oponibilidad), que resulta ajeno a los regímenes de inscripción constitutiva como los germanos, con este principio de fe pública registral típico de éstos.

En el Perú, como ya se indicó, este principio se encuentra recogido en el artículo 2.014 del Código Civil. Así, se combinan también, como en el caso español, principios típicos de dos sistemas distintos.

5.2. *Eficacia legitimadora*

En palabras de Díez-PICAZO existe «*una publicidad de tercer grado a la que podremos llamar publicidad legitimadora, cuando la publicidad se hace equivaler para los terceros de buena fe a la realidad jurídica, de tal manera que los terceros pueden actuar confiando en que la situación pública o publicada es para ellos inimpugnable*» (15).

(14) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *op. cit.*, pág. 583.

(15) Díez-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 238.

Si bien preferimos usar el término publicidad legitimadora para abarcar un supuesto más amplio (el del principio de legitimación propiamente y el de fe pública registral que ahora nos ocupa), las palabras de Díez-PICAZO se refieren directamente a la presunción de exactitud absoluta que algunos sistemas otorgan al Registro para proteger al tercero adquirente.

La eficacia legitimadora de la publicidad registral, que en su aspecto relativo se manifiesta en el **principio de legitimación**, puede también tener una manifestación absoluta en este **principio de fe pública registral**, si es que la cuestión se mira, no desde la perspectiva del tercero adquirente, sino desde la del titular que ostenta la legitimación dispositiva registral. En este caso, la **presunción absoluta de exactitud** genera una **eficacia legitimadora absoluta**, al igual que la presunción de exactitud relativa que emana del **principio de legitimación** genera una **eficacia legitimadora relativa**.

6. OTROS PRINCIPIOS NO RECOGIDOS EN EL PERÚ

Finalmente, no puede dejarse de mencionar que hay una serie de principios que también constituyen efectos de la publicidad jurídica material que no han sido recogidos por el sistema peruano. Los dos más importantes que en nuestro concepto no se han recogido y tendrían una gran utilidad práctica, reforzando la eficacia de la publicidad registral, se encuentran estrechamente vinculados a la prescripción adquisitiva.

El primero de ellos es el **principio de prescripción «secundum tabulas»** y consiste en **legitimar posesoriamente al titular registral**, de modo tal que se considere que éste tiene justo título y se presume que posee el bien en forma pública, pacífica, continua y como propietario, salvo prueba en contrario. Es un principio que se encuentra en los sistemas germanos y también en el sistema español (16).

El segundo es el **principio de limitación de la prescripción «contra tabulas»**, esto es, contra el titular registral en su condición de tercero adquirente. Se recoge en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria española y se protege al tercero registral contra el adquirente por prescripción (17). Cabe resaltar que

(16) En el caso español se encuentra recogido en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria. En los sistemas germanos, merece la pena mencionar el caso austriaco, en donde se recoge la **prescripción tabular**, según la cual se presume en términos absolutos —sin admitir prueba en contrario— que el titular registral se encuentra en posesión del inmueble. Es decir, se equipara la inscripción a posesión.

(17) En este caso se exigen mayores requisitos para la protección de este tercero que cuando se trata del principio de fe pública registral regulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, toda vez que no sólo se requiere la buena fe, desconocimiento que exige este artículo, sino, además, un cierto grado de diligencia, por lo que la doctrina española

en los sistemas germanos de inscripción constitutiva no es posible prescribir contra el titular registral; únicamente éste puede prescribir en su propio beneficio, por virtud del principio comentado en el párrafo anterior. En el Perú, actualmente y a falta de norma expresa, frente a la confrontación entre un adquirente por prescripción y un adquirente de buena fe y a título oneroso que inscribe su derecho (supuesto del art. 2.014 del Código Civil), prevalecería el primero, cuestión que debilita sensiblemente al Registro frente a la posesión.

ALVARO DELGADO SCHEELJE
Gerente de Bienes Muebles
Oficina Registral de Lima y Callao

siempre ha considerado que su aplicación práctica es muy limitada. *En nuestra opinión, no hay razón para exigir tantos requisitos. El tercero registral, al encontrarse amparado por una forma de publicidad más eficaz y precisa que la posesoria, debería prevalecer automáticamente sobre el adquirente por prescripción, incluso cuando aquél haya adquirido a título gratuito. Este último simplemente no podrá oponer su derecho a aquél que ha inscrito.*

El principio de publicidad en el Derecho registral peruano (Aproximaciones y perspectivas) (*) (**)

INTRODUCCION

Se ha sostenido que la seguridad jurídica es uno de los grandes fines del derecho mismo, que exige certidumbre entre otros de sus postulados y «*a esa certidumbre sirven los Registros Públicos*» (1).

El deseo de certeza se constituyó, desde los albores de la humanidad, en una necesidad ineludible de la convivencia social, en este sentido, la publicidad ha jugado un rol muy importante, desde sus diferentes formas; la lucha contra la «*clandestinidad*» ha sido la constante de la historia.

En términos generales, la doctrina distingue tres momentos diferenciados de desarrollo de la publicidad: fase negocial, edictal y registral; en las dos primeras se requería un conocimiento efectivo de lo publicado para que los derechos sean oponibles a terceros («*publicidad-publicación*»), en cambio en la última se trata no tanto de que las situaciones jurídicas publicadas lleguen a conocimiento efectivo de los terceros, sino que éstos dispongan de un «medio oficial» de acceso (LACRUZ) («*publicidad-cognoscibilidad*»); debe

(*) Al Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en la persona de su decano, el doctor ANTONIO PAU PEDRÓN.

(**) A los doctores MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, ANTONIO PAU PEDRÓN, MANUEL CASERO MEJÍAS y JUAN PABLO RUANO BORRELLA, profesores del *Curso para expertos peruanos en Registro de la Propiedad y Mercantil* (Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996); asimismo, a nuestros «maestros en prácticas hipotecarias», doctores FRANCISCO CORRAL DUEÑAS y ENRIQUE MADERO JARABO. A todos ellos con gratitud por su amistad y valiosas enseñanzas.

(1) OLIVA, ANTONIO, «Retorno a los principios hipotecarios», en *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pág. 686.

destacarse que en el sistema registral peruano, no obstante, los avances, aún subsisten rezagos de las etapas anteriores.

La «*cognoscibilidad*» se constituye en elemento fundamental para la organización del sistema multipolar de oponibilidades en el Derecho en general (BULLARD) (2); en ese sentido, a diferencia de la posesión, la publicidad registral se constituye en un mecanismo más eficiente para el logro de este fin.

No obstante lo anterior, desde una perspectiva histórica, no podría considerarse la publicidad registral como definitiva o última; a decir de TIRSO CARRETERO, «*de tiempo en tiempo la publicidad (...) sufre crisis de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse (...)*» (3), para luego resurgir remozada, acomodada a los nuevos requerimientos sociales, muchas veces reforzada «*para vengarse del período de loca clandestinidad*».

El Derecho registral ha estado asociado históricamente a los bienes inmuebles, debido a la gran importancia económico-social que las diferentes sociedades le reconocieron; así, una de las leyes más significativas a nivel del derecho comparado será la «*Ley Hipotecaria*» española de 1861 (LH) (4) —que tanta influencia ha tenido en nuestro país—; en el Perú tenemos la Ley de 1888, que creó el «*Registro de la Propiedad Inmueble*»; en el plano doctrinario, igualmente, los estudios sobre la materia, desde múltiples perspectivas, han estado vinculados a este Registro (LACRUZ BERDEJO, ROCA SASTRE, CHICO Y ORTIZ, GARCÍA GARCÍA, PAU PEDRÓN, AMORÓS GUARDIOLA, etc.). En el ámbito nacional existen obras importantes sobre la materia, además de otros tópicos registrales (5).

(2) BULLARD, ALFREDO, *La relación jurídico-patrimonial. Reales vs. obligacionales* (Prólogo de Fernando de Trazegnies), Lima-Lluvia Editores, 1990.

(3) OLIVA, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 685.

(4) *Ley Hipotecaria* del 8-2-46 (BOE núm. 58, del 27 de febrero de 1946) (reforma-da en 1944 y refundida en 1946).

(5) Véase PARDO MÁRQUEZ, BERNARDO, *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*, Lima-Litográfica Huascarán, t. I, 1966; GÁLVEZ H., CIRO, *Crítica a la Legislación Notarial y Registral. El poder de la fe pública*, Lima, Edit. Ital Perú, S. A., 1980; HERRERA, VICTORINO, *Derecho Registral y Notarial*, Lima, Raisol, S. A., 1987; ORIHUELA, JORGE, «Comentarios» (Libro de Registros Públicos), en *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil* (Compiladora: Revoredo), t. VI, pág. 827; ARIAS SCHREIBER, MAX, *Lucas y sombras del Código Civil* (Registros Públicos), t. II, pág. 186; VIVAR M., ELENA, *Derecho Registral y Notarial (Materiales de enseñanza)*, Lima, PUC-Fac. Derecho, 1992, pág. 206; GUEVARA, RUBÉN, *Derecho Registral*, Lima, Editora FECAT EIRL, 1994; MUÑOZ, A., *Registros Públicos*, Lima, Marsol Perú Editores, S. A., 1994; SORIA, MANUEL, *Estudios de Derecho Registral*, Lima, Palestra Editores, 1997; JARA, HUMBERTO, «Los Registros Públicos y su importancia en el Código Civil de 1984», en *Themis*, núm. 3, 1985, pág. 44; GARAZATÚA N., JUAN, «Hacia una perspectiva del sistema registral peruano», en *El Jurista*, Revista Peruana de Derecho, Lima, núm. 3, agosto de 1991, pág. 125; VELAR-

A los efectos de este breve trabajo, analizaremos el contenido de la publicidad registral desde la perspectiva doctrinal, el tratamiento que el ordenamiento jurídico peruano le ha brindado y, finalmente, se revisarán las principales dificultades que genera su aplicación en nuestro sistema.

1. CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Los caracteres esenciales de todo Registro de Seguridad Jurídica vienen dados por la publicidad y su eficacia sustantiva («*publicidad efecto*», según CHICO Y ORTIZ) (6). El Registro se distingue por la oponibilidad que genera su publicidad, la legitimación de sus datos y la tutela del tercero registral.

La mayoría de los tratadistas se han referido a la publicidad registral como uno de los principios del sistema registral; sin embargo, si advertimos que los principios registrales son en estricto «*notas, caracteres o rasgos básicos que tiene o debe tener un determinado sistema registral*» (7) —es decir, aspectos que diferencian o asemejan sistemas que a su manera buscan alcanzar la seguridad jurídica en última instancia—, y que la publicidad constituye finalidad esencial de todo registro de seguridad jurídica, podremos concluir que la publicidad no es propiamente un «principio» sino el elemento común de todos los Registros.

GARCÍA GARCÍA define la publicidad registral como «*exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general erga omnes y con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada*» (8).

Se trata, en efecto, de una «*exteriorización*» (9) en libros y asientos registrales, la publicidad registral se constituye en un mecanismo que busca hacer

DE S., JORGE, «Principios registrales», en *Advocatus*, Revista de Derecho, Lima, núm. 5, 1994, pág. 34; PIZARRO, LUIS, «Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos del Código Civil», en *Themis*, PUC, núm. 30, 1994, pág. 221; «Anteproyecto del Reglamento General de las Inscripciones» (1994), en *El Peruano*, del 5-9-94; «Exposición de Motivos oficial del Libro IX del Código Civil de 1984», en *Libro de Registros Públicos*, «*El Peruano*», julio de 1989; *Derecho Registral Peruano* (doctores VIVAR, SILVA, VÁSQUEZ y otros) (Ciclo de Conferencias-Secc. Derecho Instituto Riva-Agüero), PUC, octubre de 1997, etc.

(6) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, tomo I, 1994.

(7) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, tomo I, pág. 533.

(8) *Ibid.*, pág. 41.

(9) La *publicidad* cumple una función de aseguramiento y potenciación de los derechos preexistentes al hacerlos oponibles (asiento registral), a diferencia de la *forma* que tiene una función esencialmente autenticadora de los mismos, es elemento del acto jurídico (ejemplo, Escritura pública).

«públicas» las diferentes situaciones jurídicas relevantes para los terceros; asimismo, esta exteriorización no se agota en un solo acto, sino que permanece en el tiempo y sirve de sustento a aquéllos que pretenden acceder al Registro (Principio de Tracto Sucesivo), en tanto el asiento registral no pierda vigencia, surte plenos efectos legales (10).

Esta publicidad se halla organizada y administrada por una institución jurídica especializada del Estado, es decir, un «tercero» a las partes (*«heteropublicidad»*), como resulta ser, por ejemplo, el Registro de la Propiedad Inmueble; la necesidad de certeza requerida para la consolidación de relaciones jurídicas supone una investigación previa de las situaciones registrales, tarea que para los particulares resulta compleja y onerosa, por lo que es el Estado el llamado a asumir tal labor garantizando la autenticidad de los datos registrales, para lo cual se requiere *«control»* (calificación registral) y *«selección»* (sólo acceden al Registro los actos que afectan a terceros); el objeto de la publicidad está constituido por los derechos y situaciones jurídicas oponibles a terceros (derivados de los documentos que dieron mérito a la extensión del asiento), es decir, no interesa el acto mismo (compraventa, permuta, donación, etc.), sino la certeza de la existencia de efectos y su permanencia en el tiempo, es decir, las situaciones jurídicas resultantes (ejemplo, el nuevo titular registral, limitaciones a la disponibilidad, etc.).

Tal exteriorización de situaciones jurídicas tiene como fin producir *«cognoscibilidad general»* (legal), es decir, la publicidad registral, desde su aspecto material (11) lo que busca es generar sólo la posibilidad a todo tercero de acceder a su contenido, antes que un efectivo conocimiento del mismo (LACRUZ); así, la publicidad despliega sus efectos sustantivos del Registro de manera inmediata, independientemente si los terceros han conocido o no, a través de los medios que franquea la Ley (publicidad formal: posibilidad real de conocimiento) la existencia o el contenido registral —así, *«se garantiza y asegura el tráfico con preferencia al derecho subjetivo»* (MANZANO)—; las situaciones jurídicas publicadas adquieren connotaciones cualitativamente superiores, así, se dice, *«los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro»* (JERÓNIMO DE GONZÁLEZ) o *«la inscripción ensancha el campo del derecho real»* (VALLET DE GOYTISOLO), en efecto, gozan en su favor de una

(10) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (vol. III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión), Madrid-Editorial Civitas, S. A., 1995, pág. 509. El autor sostiene que los asientos no se «extinguen» ni desaparecen, sino que pierden vigencia, permaneciendo como dato histórico para el estudio de la partida registral. Véase, además, CANO TELLO, CELESTINO, *Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1992, y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Derecho Inmobiliario Registral* (Elementos de Derecho Civil, III bis), Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1991.

(11) Véase, ROCA SASTRE, RAMÓN M., *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, tomo I, págs. 317 y sigs.

presunción de exactitud (legitimación) (12), prioridad, oponibilidad, protección del tercero registral, etc.; en cuanto a este último punto debe decirse que propiamente no existen inscripciones «*declarativas*» —no obstante, que el derecho de propiedad pueda nacer extrarregistralmente (13)—, dado que la inscripción nunca es «*neutra*», sino que siempre generará cambios cualitativos —mayores o menores— en favor de los derechos publicados.

Refiriéndose al mismo tema, MANZANO (14) agrega como nota distintiva de la publicidad: «*el consentimiento*», en razón de que el «*Principio de rogación*» (instancia) informa a todo el sistema registral; ya que sólo se harán «*públicos*» y se elevarán a un plano mayor de legitimidad» («*estado registral*», según AMORÓS GUARDIOLA) aquellos derechos —inscribibles— que los sujetos privados deseen, a través de su presentación al Registro (Diario) para estos efectos (independientemente de que la inscripción sea constitutiva u obligatoria), no existiendo inscripciones «*de oficio*» (15).

En ese orden de ideas, el Registro se presenta como «*proclamación oficial de situaciones jurídicas*» (16), a cargo de un órgano especializado creado y organizado por el Estado, que brinda a los terceros la necesaria certeza requerida para la consolidación de las diferentes relaciones jurídicas; por ejemplo, tratándose de inmuebles, permite conocer de manera «*oficial*», los datos del bien, la identidad del titular registral, las cargas y gravámenes, etc.; en el caso de las personas jurídicas, su finalidad u objeto, los órganos de representación, la identidad de sus directivos, el régimen de poderes, etc.

En doctrina se pueden distinguir entre «*Registros de Seguridad Jurídica*» y «*Registros de Información Administrativa*» (17) (impropiamente denomi-

(12) CABELLO DE LOS COBOS, LUIS, «El principio de legitimación», en *Número conmemorativo de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944*, Madrid, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Colegio de Registradores de España, 1995, pág. 142.

(13) Véase ARIAS-SCHREIBER, MAX, *Exégesis*, tomo IV: Derechos reales (con la colaboración del doctor CARLOS CÁRDENAS, ANGELA ARIAS-SCHREIBER, ELVIRA MARTÍNEZ), Lima, Gaceta Jurídica Editores, segunda edición, 1998, págs. 299 y sigs.

(14) MANZANO, ANTONIO, *Derecho Registral Inmobiliario* (para iniciación y uso de universitarios), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, volumen I, 1991, pág. 26.

(15) Salvo los casos de rectificación de asientos por error material (175 y 177 del Reglamento General de los Registros Públicos), hipoteca legal (art. 1.119 del Código Civil), prenda legal (bienes muebles inscribibles) (art. 1.065 del Código Civil), etc.; en estricto, estas operaciones registrales no se producen «de oficio» sino por mandato legal, como reconoce la doctrina.

(16) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de Práctica Registral*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas (UPCO), 1995, pág. 18 y sigs.

(17) LEYVA, J. A., «Planteamiento general de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)* (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), núm. 591, marzo-abril de 1989, pág. 298 y sigs.

nados «Registros Jurídicos» y «Registros Administrativos» en la Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984, Libro de Registros Públicos, publicado en «El Peruano», 19 de julio de 1989), siendo las diferencias notorias entre ambos; así, los Registros de Seguridad Jurídica presentan las siguientes notas características: existencia de un control de legalidad (calificación), conexión entre los asientos registrales (tracto sucesivo), el carácter documental público del asiento, la oponibilidad o eficacia frente a terceros (*«publicidad efecto»*) y la *«cognoscibilidad general»*. En cuanto a los Registros de Información Administrativa (*«publicidad noticia»*), éstos son básicamente archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales, etc.

2. LA PUBLICIDAD EN EL DERECHO REGISTRAL PERUANO

El Código Civil de 1984 en su artículo 2.012 consagra el *«Principio de publicidad»*, en los siguientes términos: *«se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones»*; el Código Civil anterior de 1936 no trató el tema; como antecedente legislativo inmediato podemos citar el artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP) (18), *«se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona está enterada del contenido de las inscripciones»*.

El artículo 2.012 del Código Civil regula lo que en doctrina se denomina *«Publicidad material»* (sustantiva), que debe complementarse con el artículo 184 y siguientes del RGRP referido a la *«Publicidad formal»* (procesal), es decir, aquellos medios legales para conocer efectivamente el contenido registral; el artículo 184 establece: *«A fin de asegurar la publicidad de los Registros, los funcionarios de los mismos están obligados: a) a manifestar a toda persona, los libros, los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales; b) a expedir certificados de las inscripciones, anotaciones y demás documentos que existan en los Registros; c) a expedir certificados respecto a la inexistencia de determinada inscripción o anotación; d) a no mantener en reserva o en secreto ningún acto o documento relacionado con los Registros»*.

La Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984 señala que el artículo 2.012 (presunción cerrada de conocimiento del contenido registral) encierra sólo un aspecto parcial de la publicidad al establecer una *«ficción legal»*, pues su aplicación aislada sin otorgar la posibilidad efec-

(18) Aprobado por Acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República el 26 de mayo de 1968.

tiva de acceso al Registro *«implicaría un grave problema, referido al hecho de que las personas no puedan materialmente conocer aquello que la Ley presume de su conocimiento»* (19); ORIHUELA, en el mismo sentido señala, *«para que funcione adecuadamente este precepto (art. 2.012), los reglamentos especiales (...) deberán ser sumamente severos (sobre) la forma en que esta publicidad se lleve a cabo»* y que los mismos *«deberán prever sanciones en caso de certificados y copias fraudulentas, en las que se desnaturalice el contenido de los asientos registrales o se empleen fórmulas vagas o ambiguas, así como la negligencia o culpa por su demora al expedirlas (...)»* (20), de modo tal que se garantice en todo momento el servicio publicitario en términos de eficiencia y seguridad.

Consideramos que la redacción del artículo 2.012 no se condice con la *«cognoscibilidad general»* propia de los registros de seguridad jurídica, pues presumir *iure et de iure* el conocimiento del contenido registral resulta ilógico e innecesario; la finalidad del Registro —consistente en la publicidad de las situaciones jurídicas— exige su apertura a los terceros, pero *«no impone la obligación de conocimiento, ni establece la necesidad de conocimiento efectivo de los registrados para que la inscripción despliegue sus efectos»* (PAU PEDRÓN); en ese sentido y en términos de sistema registral, basta esa posibilidad de conocimiento en favor de los terceros (complementado con la efectiva puesta a disposición del contenido registral —*publicidad formal*— a los interesados) para que lo publicado sea oponible de manera plena, independientemente si el favorecido o perjudicado por tal publicidad conoce o no de la existencia o el contenido de los asientos registrales (21).

El artículo se refiere literalmente al *«contenido de las inscripciones»*, por lo que debería ser claro que la publicidad se limita a los asientos registrales (situación que agilizaría el tráfico jurídico, reduciendo los *«costos de transacción»*, etc.); sin embargo, la jurisprudencia, interpretando el artículo 2.014 del Código Civil referido al Principio de Fe Pública Registral (antecedente, art. 1.052 del Código Civil 1936), consideró que la buena fe del tercero debe extenderse al contenido de los títulos archivados (documentos que dieron mérito a los asientos registrales) (22), siendo que en la práctica la publicidad y el

(19) *«Exposición de Motivos oficial del Libro IX del Código Civil de 1984»*, Libro de Registros Públicos, separata especial, publicado en el diario oficial *El Peruano*, julio de 1989, pág. 15.

(20) ORIHUELA, JORGE, «Comentarios» (Libro de Registros Públicos) (colaboración: doctores REÁTEGUI y CALDERÓN), en *Exposición de Motivos y comentarios del Código Civil* (Compiladora: Revoredo), t. VI, pág. 841.

(21) *Ley Hipotecaria* del 8-2-46 (BOE, núm. 58, del 27 de febrero de 1946), artículo 221: «Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos».

(22) *Artículo 2.014 del Código Civil*: «El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgar-

correspondiente «*estudio de títulos*» se extiende a los asientos registrales y sus respectivos títulos archivados —a fin de detectar posibles «*inexactitudes registrales*»—, lo que hace más onerosa y compleja la contratación, además de desconocer la importante labor desarrollada por el Registrador público.

El asiento registral —de inscripción o anotación— constituye la «*materalización*» natural de toda calificación positiva derivada del título, por lo que es allí donde consta la nueva situación jurídica publicitada, por ejemplo, la titularidad registral del bien inmatriculado; por lo que no es exacto afirmar que el asiento es sólo «*un resumen del título*» (23), menos si se sostiene que el sistema peruano es uno de inscripción y no de transcripción (algunos hablan incluso de sistema de «*encasillado*»).

En los Registros de Seguridad Jurídica el asiento tiene carácter documental público, al ser extendido por un funcionario público con las formalidades legales correspondientes y bajo su responsabilidad; el asiento no debe confundirse con la forma del acto jurídico (no prueba su existencia), sino que constituye su publicidad material (en otros sistemas como el español, luego de su calificación e inscripción el título es devuelto al usuario); el asiento registral en cierta forma es superior y distinto al título que le diera mérito, por lo que la publicidad no se extiende «natural y automáticamente» a estos últimos, sino que ello se produce por una situación particular existente en nuestro país, donde los títulos se archivan simultáneamente con la extensión del asiento registral; situación actual que sirve de base para pensar que, si se tiene acceso a todos los documentos del registro (libros, títulos archivados, índices, etc.), entonces la publicidad debe ser amplia y no debe limitarse al asiento registral; sin dejar de reconocer que algunas inscripciones se realizaron bajo esta premisa «remitiéndose» a todos los efectos al título archivado, opinamos, ello se contradice con la naturaleza y fines del asiento registral; creemos que en las próximas modificaciones legislativas debe definirse este punto en favor de la autonomía del asiento, que permita —por sí mismo— ofrecer a los terceros la información y certeza necesaria, sin tener que recurrir a los títulos archivados, lo que permitirá agilizar y hacer menos oneroso el tráfico jurídico; considérese además, ¿si el Registrador es un profesional del derecho, quién mejor que él para publicitar de manera categórica —bajo su responsabilidad— las situaciones jurídicas relevantes y oponibles a terceros? o ¿deberá seguir cargándose al usuario la tarea pesada de hacer un «*estudio de títulos*» más allá de los asientos registrales, para lo que —por cierto— se precisa

los, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». Véase, además, UBILLUZ, EDMUNDO, *El tercero del Registro*.

(23) *Exposición de Motivos...*, pág. 20.

especialización y recursos?; finalmente, en cuanto a este punto, ¿cómo quedan los efectos sustantivos derivados de la publicidad como los principios de legitimación y fe pública registral que amparan a los asientos registrales?, ¿se debe fomentar una revisión *ad infinitum* del asiento registral por parte de los usuarios y los demás registradores por la posible existencia de «errores»?

Respecto de la «*Publicidad formal*», regulada en el artículo 184 y siguientes del RGRP, debe decirse que el acceso a la publicidad es —en principio— irrestricta, tanto por los sujetos legitimados como por la amplitud de lo que puede conocerse (24), no hay obligación de acreditar interés o legitimidad para solicitar el servicio de publicidad, como si ocurre en otros sistemas, teniéndose como único requisito el previo pago de los derechos registrales.

En el Derecho español la publicidad consideramos es relativa, el artículo 221 de la Ley Hipotecaria exige tener «*interés conocido*» para averiguar el estado de los bienes o derechos reales inscritos; según la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, tal exigencia estaba dirigida a evitar «*las pesquisas impertinentes*» en el patrimonio ajeno (que pudieren afectar el derecho a la intimidad o privacidad de los titulares); PAU PEDRÓN cree que la intención del legislador fue sólo «*restringir la información del patrimonio íntegro de las personas, pero no la información sobre bienes concretos*» (25); esta restricción ha causado una serie de problemas en la práctica que la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) español ha intentado resolver mediante la dación de Instrucciones del 5-2-1987 (BOE núm. 38, de 13 de febrero) que determina aquellos supuestos de exoneración de la prueba del «*interés que mueve al consultante*», sin embargo, en la mayoría de los casos se exige este requisito, siendo tarea del Registrador «*bascular siempre entre el derecho a la información registral y el derecho a la privacidad e intimidad*» (26).

Como puede advertirse del artículo 184 del RGRP, el espíritu de la ley ha sido garantizar de manera irrestricta el servicio de publicidad, incluso prohibiendo de manera genérica al Registrador «*mantener en reserva o secreto*» acto o documento relacionado con el Registro [inciso *d*)]; creemos que tal amplitud no implica necesariamente el desconocimiento de la naturaleza y efectos de los asientos registrales, menos negar la trascendencia de la función registral; ante la negativa o retardo del servicio de publicidad, se han previsto los mecanismos de salvaguarda del derecho de los usuarios, como la posibi-

(24) Artículo 185 RGRP: «Para conseguir la manifestación de libro, índices y demás documentos, así como certificados, no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos, ni expresar el motivo o causa por los cuales se solicitan, pero se exigirá el pago de los derechos que señale el arancel».

(25) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 91.

(26) OLIVA, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 691.

lidad de acudir ante «*los funcionarios superiores de la oficina*», es decir, la Gerencia correspondiente (art. 198 RGRP).

3. PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL

Luego de haber revisado la publicidad registral desde un punto de vista doctrinario y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano, corresponde referirnos a su problemática, además de los ya desarrollados en el capítulo anterior.

Como efecto de la «*cognoscibilidad general*» la situación jurídica publicitada por el Registro debería ser oponible *erga omnes* de manera automática y plena, no siendo posible alegar su desconocimiento —como ocurre en algunas legislaciones (27)—; sin embargo, aún existen en nuestro país «factores distorsionantes» del modelo publicitario registral, derivados de la realidad anterior a la creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos (SNRP) y de cierta «*tendencia a transformar la genérica cognoscibilidad en conocimiento efectivo*» (PUGLIATTI).

Desde la creación en 1888 del Registro de la Propiedad Inmueble, nuestro Derecho Registral ha ido ampliándose progresivamente, así tenemos los Registros de Personas Jurídicas, Personas Naturales, Bienes Muebles, etc.; este proceso de expansión se produjo de manera caótica (28), sobre la base de una legislación dispersa y diferentes organismos públicos con competencia registral; en cuanto a este último punto, además de la ex Oficina Nacional de los Registros Públicos (ONARP), existían otras entidades públicas que tenían competencia en materia registral, tales como el Ministerio de Transporte, Vivienda y Comunicaciones, el Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración, etc.

Mediante la promulgación de la Ley número 26366, «*Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos*», se unifica formalmente el Sistema Nacional

(27) En el Registro Mercantil Español, la inscripción para ser oponible a terceros requiere ser publicada en un Boletín Oficial, *Boletín del Registro Mercantil* (BORME), en aplicación de las Directivas Comunitarias Europeas; situación que genera una serie de inconvenientes y contraría los fines del Registro como instrumento de protección de la seguridad y fluidez del tráfico; existen situaciones de «invocabilidad» e «inoponibilidad».

(28) VIVAR, M., ELENA, y ZOLEZZI B., LORENA, «De la diversidad de Registros en el Perú», en *Derecho Registral y Notarial* (Materiales de enseñanza), PUC, 1992, pág. 206 y sigs.; sobre la situación de aquel entonces, las autoras señalaban: «no existe una unificación de los diversos Registros. Estos funcionan en diferentes entidades del Estado y están sujetos a normatividad legal propia».

de los Registros Públicos (SNRP), teniendo como órganos desconcentrados a las diferentes Oficinas Registrales (OR) (29) —cada una con *patrimonio propio y autonomía registral, administrativa y económica*—; la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), tiene como finalidad «mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimiento y gestión de todos los registros —de carácter jurídico— que lo integran».

No obstante los avances logrados en materia registral desde la dación de la Ley número 26366, aún subsisten dificultades que deben resolverse, a cuyo propósito el presente trabajo intenta aportar.

En primer lugar y en cuanto al ámbito de eficacia de la publicidad registral, debemos decir que nuestro sistema presenta ciertas limitaciones, debido a la relativa o inexistente oponibilidad de lo inscrito en una Oficina Registral (OR) respecto de las otras; tratándose, por ejemplo, del «Registro de Mandatos y Poderes» y el «Registro Personal» (arts. 2.034 y 2.038 del Código Civil), que a su vez forman parte del Registro de Personas Naturales, los efectos de las inscripciones y anotaciones realizadas en una OR no operan de manera automática y plena en las otras, lo que no sucede tratándose del Registro de Personas Jurídicas —en especial, las sociedades mercantiles o sucursales— (30) o el Registro de la Propiedad Inmueble.

Tratándose del Registro Personal, el artículo 2.034 del Código Civil establece «la falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquél no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en dicho lugar»; si la declaración de interdicción de una persona se inscribe —conforme al art. 2.033 del Código Civil— en el Registro Personal del lugar de su domicilio, pero no en el Registro de la Propiedad Inmueble del lugar donde es titular de bienes, la publicidad de la primera inscripción y su oponibilidad devendría en relativa o inexistente, aunque la transferencia de la propiedad sea de fecha posterior a la inscripción de la interdicción; si ambos Registros se ubican dentro de la misma OR, no obstante, el «Principio de Rogación», el Registrador que califica el título que contiene la declaración

(29) OFICINAS REGISTRALES: Además de la Oficina Registral de Lima y Callao, existen doce Oficinas Registrales Regionales, a saber, Región: Andrés Bello Cáceres, Arequipa, Chavín, Grau, Inka, José Carlos Mariátegui, La Libertad, Los Libertadores Wari, Loreto, Nor-Oriental del Marañón, San Martín, Ucayali.

(30) *Artículo 74 del Reglamento del Registro Mercantil*: «El mandato mercantil se inscribirá en la hoja correspondiente a cada sociedad; si ésta tuviera inscritas sucursales, en la hoja de cada sucursal se inscribirán los poderes de los encargados de su administración. Si una sociedad o sucursal practicara actos fuera de su jurisdicción del distrito en que estuviere inscrita, no se requerirá inscribir poderes en el Registro de Mandatos correspondientes del lugar en que va a ser ejercido».

de interdicción debería advertir al usuario de la existencia de propiedades a nombre del interdicto para que adopte las medidas correspondientes, de modo tal que no se perjudique al titular registral incapacitado con posibles inscripciones fraudulentas (suplantación, falsificación de documentos, etc.); si se trata de OR distintas, la situación es más difícil, pues no existiría modo alguno de tomar conocimiento de la inscripción de la interdicción en las otras OR, por lo que las propiedades del interdicto podrían verse afectados de algún modo, si los interesados no actúan con la debida diligencia.

En el caso del Registro de Mandatos y Poderes, tenemos el artículo 2.038 del Código Civil, que señala *«el tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base del mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos»*, igualmente tenemos un problema de publicidad relativa o inexistente, pues a pesar de que el artículo 2.027 señala que *«Las inscripciones se hacen en el Registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación»*, en la práctica los poderes se inscriben en cada una de las distintas OR donde van a ser ejercitadas, por lo que si la revocatoria no llegó a inscribirse en determinada OR, en este lugar los terceros que contraten con el «apoderado» inscrito serán protegidos por el Registro.

Otro caso de eficacia relativa de las inscripciones se deriva de la no existencia de un «Índice Nacional de Nombres, Denominaciones y Razones Sociales» de Sociedades (sería preferible de Personas Jurídicas en general) con alcances jurídicos (31) (32) (33); es frecuente, por ejemplo, encontrar problemas de identidad o similitud de denominaciones al momento de la calificación de actos de apertura de sucursales o cambio de domicilio de sociedades etc., debido a la preexistencia en la nueva OR de sociedades con igual o similar denominación, inscrita o con reserva de preferencia registral vigente (DS núm. 002-96-JUS), siendo indiferente si la sociedad foránea que pretende inscribirse tiene «mejor derecho» por haberse inscrito con anterioridad su constitución en la antigua OR.

(31) En el Derecho comparado podemos citar el caso del Registro Mercantil Central Español, que tiene una *Sección de Denominaciones de Sociedades y Entidades Inscritas* a nivel nacional y con efectos jurídicos, siendo obligatorio para los notarios solicitar el certificado negativo de denominación expedido por la referida entidad, a efectos de autorizar la escritura pública de constitución, modificación de denominación social, etc. (arts. 395, 413 del Reglamento del Registro Mercantil).

(32) Véase ESTURILLO LÓPEZ, ANTONIO, *Estudio de la Legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de la Legislación Mercantil Societaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid.

(33) Por ejemplo, el Índice Nacional de Sociedades, regulado en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, como se indica en su texto, sólo tendrá «carácter informativo, estadístico, y sus inscripciones no producen fe pública registral».

Ante el «no reconocimiento» de un acto inscrito, para hacerla eficaz ante otra OR se acostumbra presentar certificados registrales (34) y/o copias certificadas expedidos por la OR donde consta originariamente, tanto para su nueva inscripción como para su uso en la calificación de un acto vinculado, lo que genera mayores costos y entorpece la contratación a nivel nacional; estas limitaciones creemos podrán superarse con la interconexión de las diferentes OR, de modo tal que lo inscrito en una de ellas sea «conocido» y surta «plenos efectos legales» en las demás, sin necesidad de nueva inscripción ni la presentación de los mismos documentos que obran en el título archivado.

Se ha dado un gran paso con la integración jurídico-normativa del Sistema Nacional de los Registros Públicos, sin embargo, se encuentra pendiente la tarea de unificación «física» del contenido de las inscripciones de cada una de las OR en una base única, de modo tal que tengan plena eficacia jurídica a nivel nacional desde su extensión en la partida registral; en ese sentido, resulta trascendental la implementación de un Sistema Informático Registral Nacional, en especial en una época como la actual signada por el desarrollo de las comunicaciones a nivel mundial («Aldea Global») (35), *ad portas* del nuevo milenio.

En segundo lugar, no tenemos propiamente un «Registro de Personas Naturales», dado que los diferentes aspectos relevantes de estos sujetos se han organizado en Registros independientes (Registro Personal, Mandatos y Poderes, Testamentos, Sucesiones Intestadas, etc.), conforme fueron implementándose a través de los años; en ese sentido, el Índice Registral aún no es único, como sucede, por ejemplo, en el caso del Registro de la Propiedad Inmueble (folio real), sino que está dividido al igual que los Registros que la componen; un sistema de folio personal, en sentido técnico-jurídico, implica la existencia de una sola partida registral —igual que el Registro de Personas Jurídicas— que contenga el historial de la persona (diferente de aquellos propios del Registro Civil) (36), es decir, todos aquellos datos de importancia

(34) En nuestro sistema el *certificado registral* no tiene todo el carácter vinculante deseable y puede ser enervado en cualquier momento, como ocurre en el caso de existir discordancia con la partida registral; así, el *artículo 201 RGRP* señala: «Cuando los certificados, a que se refiere este título, no sean conformes con sus referidos, se estará a lo que de éstos resulte, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda deducirse contra el Registrador y empleados que intervinieron en su expedición».

(35) GATES, BILL, *Camino al futuro*, McGraw-Hill Interamericana, S. A., Santa Fe de Bogotá, 1995.

(36) Ley núm. 26497: *Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil* (RENIEC). Algunos de los actos inscribibles contenidos en el artículo 44, están de manera temporal bajo la competencia de la Oficina Registral de Lima y Callao (ORLC), en aplicación del «Convenio de Cooperación Institucional y Delegación de Funciones» celebrado entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, de 29 de mayo de 1996.

para los terceros; de modo tal que éstos se encuentren en condición de saber con certeza, de manera simple y no onerosa, por ejemplo, qué poderes ha otorgado la persona y a quiénes, si ha sido declarado interdicto o existe una sentencia de sucesión intestada, etc.

Quisiéramos referirnos, finalmente, a una de las excepciones contempladas por la Ley al denominado «*Principio de publicidad*», es decir, el artículo 1.597 del Código Civil —vinculado al derecho de retracto—; el «*derecho de retracto*» consagrado en los artículos 1.592 y siguientes, es de carácter irrenunciable, referido a bienes muebles inscritos e inmuebles, ha sido reconocido en favor de ciertos sujetos (37) «*para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa*», de modo tal que el propietario que desee vender su bien estará obligado a comunicárselo para que el retrayente ejercite su derecho de preferencia, dentro del plazo de treinta días contados a partir de la «*comunicación de fecha cierta*»; podría ocurrir, sin embargo, que se desconozca el domicilio del retrayente, en cuyo caso se deberá efectuar tal comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, «*por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso el plazo se cuenta desde el día siguiente de la última publicación*» (art. 1.596).

En ese contexto, el artículo 1.597 del Código Civil señala: «*Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1.596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2.012 sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia*» (texto según las modificaciones establecidas en la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo 768 —Código Procesal Civil—); tratándose de un caso en que el vendedor no comunique al retrayente de la transferencia con «*documento de fecha cierta*» ni publique el aviso correspondiente en los diarios, la forma como este último podrá enterarse será de manera directa o a través de terceros (lo que deberá probarse), en cuyo caso el plazo se contará desde ese momento; la inscripción de la transferencia en el Registro de la Propiedad

(37) *Artículo 1.599 del Código Civil*: «Tiene derecho de retracto: 2. El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas. 3. El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se está discutiendo judicialmente. 4. El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa. 5. El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos. 6. Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor. 7. El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquélla y ésta, reunidas, no excedan de dicha unidad».

Inmueble debería ser el momento a partir del cual se verifique el vencimiento del plazo legal (38), pero por disposición expresa del artículo 1.597 se «suspende» la aplicación del artículo 2.012 por un año; opción legislativa que no nos parece adecuada y coherente con la naturaleza de la publicidad en los Registros de Seguridad Jurídica, no obstante sus buenos propósitos, pues durante este largo plazo el nuevo titular registral no podrá beneficiarse de los efectos sustantivos derivados de la inscripción y la publicidad registral (legitimación, fe pública registral, prioridad, oponibilidad, etc.), a pesar de no encontrarse en algunos casos en condiciones de conocer la existencia del derecho de retracto que afecta su adquisición, cuando la causa de tal derecho no está inscrito ni fluye de los títulos archivados, siendo el artículo 1.597 categórico: *«la presunción contenida en el artículo 2.012 sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia»*; opinamos que la protección de los retrayentes pudo haberse procurado a través de otros medios y no *«suspendiendo»* los efectos de la publicidad registral, olvidando que el Registro despliega sus efectos no por que su contenido hubiere sido conocido efectivamente por los terceros, sino por la sola existencia de la posibilidad de su conocimiento (*«Cognoscibilidad general»*); a pesar del texto literal del artículo 1.597 en cuestión, debería interpretarse que la *«suspensión»* no se producirá en aquellos casos en que no conste en el Registro las posibles causas del derecho de retracto que resulta oponible al adquirente, ello en protección del tráfico jurídico y la seguridad que el registro debe brindar a los terceros.

Definitivamente, quedan muchas cosas por decir sobre la publicidad registral y el panorama registral peruano —temas cautivantes y complejos—; como en la parábola de los talentos, es deber de cada cual entregar «dobladitas» las cosas que se reciben, en ese sentido, estas líneas sólo buscan ser una muestra de gratitud por las enseñanzas y amistad brindadas en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Vocal del Tribunal Registral
de la Oficina Registral de Lima y Callao

(38) En estricto, debería contarse a partir de la fecha de extensión de presentación, en ese sentido el artículo 143 RGRP establece: «Los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha y hora del asiento de presentación respectiva».

El principio de legalidad y la calificación registral en el Perú

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACION REGISTRAL: 1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1.2. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 1.3. AMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA.—2. TRATAMIENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACION REGISTRAL EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO: 2.1. NORMATIVIDAD EXISTENTE. 2.2. ASPECTOS QUE COMPRENDE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.—3. CALIFICACION DE MANDATOS JUDICIALES: 3.1. RESTRICCIÓN DEL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 3.2. ASPECTOS QUE DEBE COMPRENDER EL EXAMEN REGISTRAL DE LOS MANDATOS JUDICIALES. 3.3. ESTADO DE INDEFENSA DEL REGISTRADOR.

INTRODUCCION

Las leyes que establecen la publicidad registral de ciertos derechos, dice MOISSET DE ESPANÉS (1), otorgan al funcionario encargado de inscribir los documentos la facultad de examinar si en ellos se cumplen los requisitos exigidos por la Ley, pero, al mismo tiempo procuran poner límites a esas facultades para evitar que se transformen en poderes omnímodos, o que su ejercicio se traduzca en la creación arbitraria de vallas que impidan el acceso de los documentos al Registro.

La amplitud de estas funciones calificadoras —continúa el maestro argentino—, varía en los distintos sistemas jurídicos y suele guardar relación con los efectos concedidos a las inscripciones. Por ejemplo, en aquellos casos en que se da carácter constitutivo a la inscripción, se suele ampliar la función calificadora para que el oficial encargado del Registro pueda ahondar en el análisis del título y adquiera convencimiento de que el documento es eficiente para producir el cambio de titularidad del derecho. En

(1) MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, «Publicidad Registral», en *Advocatus*, 2.^a Edición, Córdoba (Argentina), 1997, pág. 200.

cambio —señala— cuando la publicidad es meramente declarativa y no convalida los títulos que acceden al Registro ni subsana los defectos que pueden tener, el análisis de legalidad del documento comúnmente no se hace con tanta profundidad.

El Sistema Registral Peruano se ubica en el segundo grupo, no obstante, que en él la inscripción no tiene carácter constitutivo (2). Y, esto es así, precisamente, por los *efectos materiales* que genera la publicidad registral en el Perú: Cognoscibilidad o presunción de conocimiento de los asientos, legitimación o presunción relativa de exactitud de los asientos, oponibilidad de lo inscrito (o inoponibilidad de lo no inscrito), buena fe o presunción absoluta de exactitud (3).

Siendo evidente la trascendencia jurídica de la inscripción registral en el Perú, nos interesa precisar el contenido de la calificación registral. O, dicho de otro modo, señalar los alcances y límites que tiene el Registrador en el Perú para ejercer su función calificadora. Comprobaremos que el ámbito en que se desarrolla la calificación registral, varía según se traten de documentos notariales-administrativos o judiciales. Y, cómo en el segundo caso (calificación de documentos judiciales) se restringen tales facultades.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACION REGISTRAL

1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

MOISSET DE ESPANÉS (4) indica que el principio de legalidad se relaciona con la función calificadora del Registrador. Es decir, con las facultades que tiene para analizar los documentos que se presentan para su inscripción, y aceptarlos, observarlos o rechazarlos. En virtud de este principio —agrega— se establece como una facultad y deber del Registrador efectuar un estudio previo de los documentos que pretenden inscribirse. Y pronunciarse sobre su admisibilidad o rechazo.

La conducta del legislador, de la Administración, del Juez y, en general, de todo funcionario público ha de sujetarse siempre a las normas jurídicas vigentes, debiendo ser la aplicación razonada del derecho vigente. Esta conducta constituye y representa el principio de legalidad. Tal principio garantiza que las decisiones de los funcionarios no sean producto del libre antojo de los

(2) La hipoteca constituye una importante y solitaria excepción a esta regla. El artículo 1.099 del Código Civil peruano establece como requisito de validez de la hipoteca, que «...se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble».

(3) Véase el artículo 2.013, 2.022, 1.135, 1.670 y 2.014 del Código Civil peruano.

(4) MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *op. cit.*, págs. 91 y 153.

misimos, sino de las normas jurídicas que se encuentran por encima de aquéllos (5).

PAU PEDRÓN (6) apunta que la existencia de un control de legalidad o calificación constituye un rasgo común que presentan los Registros de Seguridad Jurídica.

Como se advierte, el principio de legalidad impone la necesidad de que los documentos que pretendan su inscripción en el Registro reúnan los requisitos exigidos por las leyes para el efecto. Para el logro de este fin será necesario someter tales documentos a un previo examen, verificación o calificación.

La calificación registral es el medio a través del cual se plasma el principio de legalidad. Se determina la legalidad del documento presentado al Registro (adecuación del mismo a la normatividad vigente), examinándolo previamente (calificación).

1.2. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Según GARCÍA GARCÍA (7), la calificación consiste en el juicio de valor que hace el Registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos, para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma.

KEMELMAJER (8), en este mismo sentido, dice que calificar es, en general, formular un juicio respecto de la calidad o valor de algo. En el derecho registral, continúa, la calificación (que denomina también verificación o examen) implica un juicio de crítica jurídica, una tarea de control o contralor que opera a manera de tamiz, impidiendo el acceso al Registro de aquellos títulos a cuya publicidad la Ley opone algún obstáculo.

(5) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA ROSA, *Calificación registral de documentos que tienen su origen en decisiones judiciales*, Colegio de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, J. San José, S. A., Madrid, 1996, págs. 33 y 34.

(6) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de Práctica Registral*, Publicaciones de la Universidad de Comillas, Madrid, 1995, págs. 23 y 24.

(7) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, J. San José, S. A., Madrid, 1993, Tomo I, pág. 264.

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA ROSA, *op. cit.*, pág. 36.

Citando a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, indica MANZANO SOLANO (9) que calificar es decidir si el hecho del cual se solicita el asiento llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable. Es decir, determinar si, conforme a Ley, procede o no practicar el asiento solicitado. La calificación —agrega— es pues, como explica ROCA SASTRE, un trámite depurador de la titulación presentada a registro: el examen, censura o comprobación que de la legalidad de los títulos presentados a registro verifica el Registrador de la Propiedad.

PAU PEDRÓN (10) señala que el control de legalidad deriva de la finalidad misma de la publicidad, de manera que no cabe publicidad sin control de legalidad. Si la publicidad tiene por objeto dar certidumbre a las relaciones jurídicas, ha de ofrecer datos contrastados, veraces, de lo contrario, ni puede ofrecer confianza ni la merecerá.

Recogiendo las opiniones existentes, KEMELMAJER (11) concluye diciendo que la calificación ha sido definida como aquella decisión jurídica, solemne, dada por el encargado del Registro. Y mediante la cual se declara que el acto o negocio jurídico, objeto de ella, reúne o no los requisitos legales para obtener la protección registral. Citando a CHICO Y ORTIZ —agrega—, se trata de un juicio de valor, no para declarar un derecho dudoso o controvertido, sino para incorporar o no al Registro una nueva situación. Iniciado el procedimiento, el registrador realiza un juicio lógico de análisis fáctico y subsunción jurídica que desemboca en una resolución (decisión).

Con validez para el Sistema Registral Peruano, con GARCÍA GARCÍA (12) podemos afirmar que las principales manifestaciones del juicio de valor que implica la calificación registral, se concretan en los siguientes aspectos:

- Juicio sobre la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos.
- Juicio sobre la validez de los actos contenidos en los documentos.
- Juicio sobre la trascendencia real inmobiliaria del acto (rechazo por parte del Registro de los pactos con trascendencia meramente obligacional).
- Juicio sobre el principio de especialidad (claridad de las situaciones jurídicas inmobiliarias en cuanto a la determinación de los titulares de las fincas, de los actos y derechos que van a acceder al Registro).
- Juicio sobre los datos contenidos en el Registro que pueden provocar obstáculos para la inscripción que se pretende (existencia de tracto sucesivo).

(9) MANZANO SOLANO, ANTONIO, *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso universitarios*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, San José, S. A., Madrid, 1994, Volumen II, pág. 570.

(10) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 23.

(11) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA ROSA, *op. cit.*, pág. 37.

(12) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *op. cit.*, págs. 264 y 265.

- Juicio sobre determinados requisitos exigidos por la legislación para practicar la inscripción que, aunque no determinen nulidad del acto, suponen una colaboración con determinadas titularidades especialmente protegidas (requisitos urbanísticos).

El Registrador, naturalmente, no elabora los documentos que habrán de inscribirse en el Registro. Estos llegan faccionados y suscritos por los Notarios, Jueces, Autoridades Administrativas, etc. Todos ellos, es verdad, han realizado también una calificación. De otro modo, no los habrían autorizado.

Sin embargo, como dice GARCÍA GARCÍA, la diferencia radica en que mientras el Notario o Juez practica la calificación en relación directa con el derecho que motiva la instrumentación del negocio (o la decisión) en relación entre las partes, el Registrador recibe el documento ya elaborado y, en consecuencia, practica su calificación en mérito a lo que de él fluye y en atención a los efectos del acto respecto de terceros.

Los Notarios y Jueces califican y autorizan el documento dentro de un espacio reducido, esto es, el ámbito de quienes lo otorgan o promueven. El Registrador, por el contrario, califica el documento dentro de un campo mucho más amplio. La calificación registral es distinta de la que realiza el funcionario, autor del documento. El Notario autorizante de una escritura tiene entre sus funciones principales la de ser asesor del interesado y, además, limita el ámbito de su función a la relación entre las partes. En cambio, el Registrador califica la legalidad del acto a efectos de su inscripción en el Registro como órgano que no ha autorizado el documento y, por tanto, con posibilidades de calificar desde otra perspectiva dicho documento (13); esto es, teniendo en cuenta la incidencia del documento respecto de los terceros no intervinientes, a quienes se dará publicidad de la inscripción con todos los efectos formales y materiales que ello supone.

1.3. AMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La calificación registral, en sentido amplio, alcanza no sólo el examen de los títulos presentados, sino también a su conexión con el contenido del Registro en el que habrán de quedar integrados los derechos contenidos en los mismos (14). No es que el Registrador califique el contenido del Registro (que ya está calificado y bajo los efectos de la publicidad material), sino que lo pone en

(13) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1988, Tomo I, pág. 551.

(14) MANZANO SOLANO, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 570.

relación con el contenido de los títulos. De tal modo que el efecto de la calificación del mismo título puede ser distinto ante un contenido registral diferente.

Presentado un título al Registro, se califica a los fines de la legalidad: el propio documento y lo que resulta de los antecedentes registrales del mismo. La calificación en este sentido ha de ser integral. No es suficiente calificar el documento. Es necesario, además, remitirse a lo que resulta del propio Registro.

No se trata únicamente de verificar la existencia de conexión entre los asientos registrales. Se ha de establecer la compatibilidad del título respecto con todo lo que aparece inscrito en el Registro y que pueda incidir directamente en la validez o eficacia del título. No bastará cotejar el título con los antecedentes que aparezcan de su partida registral. Será necesario examinar los demás registros a los fines de determinar, de ser el caso, los poderes y facultades con que proceden los otorgantes o posibles restricciones de la capacidad de los mismos. Así pues, el control de la legalidad o calificación se desarrolla en una doble dirección: el documento que accede al Registro y la coherencia del documento con los antecedentes registrales (15).

1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

Entre las principales características que identifican a la función registral calificadora, tenemos las siguientes (16):

a) *Exclusividad*

Se trata de una función que corresponde exclusivamente al Registrador. El artículo 2.011 del Código Civil peruano (CC) pone de manifiesto esta característica cuando establece que «Los *registradores califican* la legalidad...». Un funcionario distinto al Registrador no tiene ni puede ejercer esta facultad.

Por otro lado, el artículo 42 del Reglamento General de los Registros Públicos del Perú (RGRP) prescribe que, entre otras, son *atribuciones* de los Registradores «*Calificar* los títulos que se les presenten...»

b) *Obligatoriedad*

(15) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 23.

(16) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, J. San José, S. A., Madrid, 1993, Tomo I, pág. 283.

La función calificadoradora del Registrador ha sido establecida por el artículo 2.011 del Código Civil y artículo 42 del RGRP en forma imperativa. Este no puede dejar de ejercer tal función. Menos, alegando oscuridades, lagunas, e insuficiencias legislativas o esperando absolución de consultas.

Sin embargo, de conformidad con el artículo 55 del RGRP, rigen para los Registradores las mismas causales de *recusación* y *excusa* establecidas para los jueces en el Código Procesal Civil Peruano (CPC). Estos constituyen los únicos supuestos en que el Registrador ha de abstenerse de ejercer este atributo.

c) *Autonomía*

La Ley 26366 consagra como una de las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos del Perú, «La *autonomía* de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales...» En materia de calificación, el Registrador no tiene ni reconoce jerarquía administrativa alguna.

d) *Responsabilidad*

En el ejercicio de su función calificadoradora, los Registradores se encuentran sujetos a tres clases de responsabilidad: administrativa, civil y penal.

El artículo 85 del RGRP indica precisamente los casos en que se incurre en *responsabilidad* administrativa. Y dice que ellas se aplicarán «sin perjuicio de la *responsabilidad* civil, penal, a que estén sujetos los funcionarios o empleados...»

La Ley 26366 también establece como una garantía del Sistema Nacional de los Registros Públicos, «La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás *responsabilidades* que correspondan conforme a Ley».

El artículo 88 del RGRP refiere los casos de exclusión de responsabilidad. Dice, no habrá lugar a responsabilidad, «Si la irregularidad cometida hubiera sido materia de rectificación antes de que causara daño...» Asimismo, «Si los defectos de la inscripción emanan del documento que sirvió para extenderlas y del texto del mismo no se desprende ninguna irregularidad...»

2. TRATAMIENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Y LA CALIFICACION REGISTRAL EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO

2.1. NORMATIVIDAD EXISTENTE

En el Sistema Registral peruano, el principio de legalidad y la calificación registral están recogidos en el artículo 2.011 del Código Civil; artículo IV, artículos 150 y 151 del RGRP. Veamos:

Artículo 2.011 del Código Civil: *«Los Registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los Registros públicos.»*

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro».

Artículo IV, Título Preliminar, RGRP: *«Solamente se extenderá una inscripción cuando a juicio y bajo responsabilidad del funcionario que la ordene, el título respectivo se adecúe a los precedentes que obran en el Registro y a las normas jurídicas que rigen para el acto o contrato respectivos.»*

Artículo 150 RGRP: *«Toda inscripción se efectuará previa calificación de su legalidad.»*

Artículo 151 RGRP: *«La calificación registral se hará teniendo en consideración los asientos preexistentes que pudieran haberse extendido, la competencia y facultades del funcionario que autoriza o autentique el título, la capacidad de los otorgantes, la observancia de las formas legales y la licitud del acto, pero ateniéndose únicamente al contenido externo del documento, tal como lo prescribe el artículo 1.044 del Código Civil.»*

Conforme a la doctrina ya referida, puede advertirse que para nosotros la calificación que hacen los Registradores efectivamente es el modo cómo se plasma el principio de legalidad. No otra cosa se quiere decir cuando se indica: *«Los registradores califican la legalidad de los documentos...»*

2.2. ASPECTOS QUE COMPRENDE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Teniendo en cuenta la normatividad vigente, podemos afirmar que en el Sistema Registral Peruano el Registrador califica:

a) *La legalidad de los documentos*

El control de la legalidad del documento presentado, como ya se ha dicho, se efectúa en doble perspectiva.

De un lado, deben examinarse directamente los documentos presentados y sólo los presentados. No otra cosa se quiere decir cuando el artículo 2.011 del Código Civil dice que se califica la legalidad de los documentos *por lo que resulta de ellos*. No es permitido al Registrador requerir la presentación de otros documentos para calificar la legalidad. Por otro lado, los documentos presentados deben examinarse contrastándolos con lo que resulta *de sus antecedentes* y de los *asientos de los Registros Públicos*. Dice ROCA SASTRE (17) que salvo el derecho aplicable, no existen para el Registrador sino estos dos elementos y ninguno más.

Calificar la legalidad, en verdad, es una operación de gran envergadura. No se reduce a examinar los aspectos formales de los documentos (por ejemplo: Si se ha cumplido o no con las exigencias normativas para el otorgamiento de la Escritura Pública). O contrastar mecánicamente el documento con lo que resulta del Registro. Calificar la legalidad no es otra cosa que compulsar el documento presentado al Registro con todo el ordenamiento jurídico vigente por lo que resulta del mismo y lo que aparece del Registro.

En realidad, calificar la legalidad es verificar en su integridad la pulcritud jurídica del documento, incluida la *capacidad de los otorgantes* y la *validez del acto*; aspectos que el artículo 2.011 del Código Civil trata como si con ellos se viniera a calificar circunstancias distintas a la *legalidad*. Siendo evidente que, al calificar la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, no se hace otra cosa que calificar también la legalidad del documento.

Lo propio ocurre con el artículo 151 del RGRP en cuanto establece la necesidad de calificar la *competencia y facultades* del funcionario que la autoriza o autentica, la *capacidad de los otorgantes*, la observancia de las *formas legales* y la *licitud* del acto. En todos estos supuestos se califica la *legalidad* del documento.

A modo de resumen y siendo evidente que no agotamos todos los supuestos, podemos afirmar que la calificación de la legalidad de los documentos significa examinar los siguientes aspectos:

— La competencia del funcionario que lo autoriza.

(17) ROCA SASTRE, RAMÓN, *Derecho Hipotecario*, 6.^a Edición, Editorial Bosch, Barcelona, Tomo II, pág. 262.

- El cumplimiento de las formalidades del documento.
- La capacidad de goce y ejercicio de los otorgantes.
- La facultad de disposición (de mandato y representación de los otorgantes).
- La validez y eficacia del acto.
- El tracto sucesivo.
- El cumplimiento de las exigencias requeridas por la normatividad registral a los fines de la inscripción.
- La trascendencia real del acto o derecho que se inscribe.
- La ausencia de restricciones o prohibiciones de disponer u otros obstáculos que resulten del registro.
- Las inscripciones definitivas que corran en la misma partida registral (art. 2.013 del Código Civil).
- Las anotaciones preventivas que no hubiesen caducado (art. 92 del Reglamento de Inscripciones).
- El Registro Personal (18) a los fines de verificar la ausencia de restricciones en el ejercicio de los derechos civiles de los otorgantes (art. 2.030 del Código Civil).
- La partida registral respectiva a los fines de verificar la ausencia de título pendiente de inscripción en la misma partida registral y con cuya inscripción resulte siendo incompatible el nuevo título (19).

La necesidad de extender la calificación al documento y a lo que resulta del Registro se encuentra normado en nuestro Código Civil en cuanto establece que: «Los Registradores califican la legalidad de los *documentos* en cuya virtud se solicita la inscripción..., por lo que resulta *de ellos*, de *sus antecedentes* y de los *asientos de los Registros públicos*» (art. 2.011).

También se encuentra establecido en el RGRP en cuanto dice que se extenderá una inscripción cuando... «el título respectivo *se adecue a los precedentes* que obran en el Registro...» (art. IV, TP). Y que la calificación se efectuará «teniendo en cuenta los *asientos preexistentes* que pudieran haberse extendido...» (art. 151). Con nitidez se advierte la doble perspectiva de la calificación registral: El propio documento y lo que fluye de los antecedentes registrales.

b) *La capacidad de los otorgantes*

(18) En el Perú, el Registro personal aún forma parte los Registros Públicos.

(19) El artículo 149 del Reglamento General de los Registros Públicos establece: «Encontrándose vigente el asiento de presentación de un título anterior, no podrá inscribirse ningún título nuevo referente a la misma partida o asunto».

La calificación de la capacidad de los otorgantes no sólo está referida a verificar la capacidad de goce y ejercicio de los otorgantes y la existencia de las facultades para disponer o gravar en el caso del mandato o representación, sino también a comprobar la ausencia de limitaciones que restrinjan el ejercicio de los derechos civiles de los otorgantes (interdicciones, declaración de desaparición, inhabilitaciones, etc.).

Asimismo, se debe determinar la ausencia de impedimentos en razón del estado civil (matrimonio con régimen de sociedad de gananciales o separación de patrimonios, constitución de patrimonio familiar), la nacionalidad de quien adquiere un derecho real de propiedad (por disposición constitucional en el Perú, el extranjero no puede adquirir tierras dentro de los 50 kilómetros de la línea de frontera).

Dice CHICO Y ORTIZ (20), citando a Díez PICAZO, que aún cuando la Ley habla de «capacidad», no se refiere únicamente a la capacidad jurídica, sino también a cualesquiera otras circunstancias dimanantes de su estado civil o de su condición personal que ejerzan influjo en la legitimación y en el poder de disposición para llevar a cabo los actos y negocios jurídicos (nacionalidad, existencia de prohibiciones legales, suficiencia de un poder de representación voluntaria, aptitud del representante legal, etc.).

c) *La validez del acto*

Sobre este tema y a propósito de la validez de los actos dispositivos, dice CHICO Y ORTIZ (21) que la postura a asumir está condicionada a lo que debemos entender por objeto de la inscripción. Si lo que se inscribe es un *derecho real*, lo importante es calificar los requisitos de validez y eficacia del mismo. Mientras que si lo que se inscribe es el *título*, el *acto* o el *contrato*, la calificación debe recaer sobre la validez del mismo. Pero, si se admite que se *inscribe el título y se publica el derecho*, la calificación debe recaer en la validez del título y en el aspecto real del derecho que a través del mismo se trata de construir.

De modo genérico y sin entrar en la discusión anotada por CHICO Y ORTIZ, podemos decir que calificar la validez del acto no es otra cosa que determinar si el documento adolece o no causales que determinen su nulidad o anulabilidad. Pues al Registro sólo deben incorporarse los actos desprovistos de causales que puedan invalidarlo. A tal fin, será necesario verificar si el acto

(20) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, 3.^a Edición, Marcial Pons, Madrid, 1994, Tomo 1, pág. 605.

(21) *Idem*, pág. 604.

reúne o no los requisitos necesarios para la validez de todo acto jurídico. Y, además, si cumple o no con los requisitos exigidos para el mismo, según la naturaleza del acto (o negocio) que se trate.

Aclara MOISSET DE ESPANÉS (22) que el Registrador, al efectuar este análisis de los documentos inscribibles, en ningún caso pretende invadir el campo de acción reservado a la justicia. El no va a juzgar la validez del título que le presentan para producir el cambio registral, sino que se limitará a decidir —de acuerdo a las pautas que le brinda la Ley— sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de ese documento al Registro.

En nuestro sistema jurídico, el único que puede pronunciarse sobre la validez del acto, cuando presenta vicios, decidiendo si ellos provocan o no su invalidez jurídica y declarando la nulidad cuando así corresponda es el Juez.

La calificación del Registrador, en este aspecto, tiene como único objeto determinar si el documento puede o no ingresar al Registro. Dicho de otro modo, la calificación de la validez del documento es para el fin exclusivo de autorizar su inscripción en el Registro.

Si advierte la existencia de alguna causal que determine su invalidez, el Registrador denegará la inscripción. Esta declaración, en ningún caso sustituye ni se sobrepone a la correspondiente declaración judicial de invalidez. Sus efectos se limitan a los fines de la inscripción.

d) *La competencia y facultades del funcionario que autoriza el documento*

El artículo 151 del RGRP, norma anterior a la vigencia del Código Civil peruano, expresamente indica algunos aspectos que debe abarcar la calificación registral. No queremos ignorarlos, pues apuntan a que la actuación del Registrador sea integral. Taxativamente indica que la calificación registral se extiende a la verificación de la competencia y facultades del funcionario que autoriza o autentica el título.

Dentro de este orden de ideas, la calificación debe dirigirse a examinar la actuación del funcionario público que ha intervenido en su otorgamiento. Por ejemplo, el Decreto-ley 26002 ha determinado las atribuciones funcionales de los Notarios. Conforme a esta norma jurídica y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en algunos casos, los Jueces de Paz pueden asumir funciones notariales. De corresponder, el Registrador deberá verificar si en el documento presentado, tanto los unos como los otros, han actuado con sujeción a tales disposiciones.

(22) MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *op. cit.*, pág. 201.

La Ley 26662 ha reconocido competencia a los Notarios en algunos asuntos no contenciosos. En este supuesto, de presentarse algún documento al Registro para su inscripción, el Registrador deberá examinar si el Notario ha obrado dentro de los atributos que le reconoce aquella norma. Y, no sólo eso, si ha cumplido con las formalidades estatuidas por la misma.

e) *La observancia de las formas legales y la licitud del acto*

El artículo 151 del RGRP indica que el Registrador califica las *formas legales* y la *licitud del acto*, pero ateniéndose únicamente al *contenido externo* del documento.

Esta calificación supone examinar la *forma extrínseca* del documento, el modo de exteriorizarse la voluntad. Es decir, el *continente*, lo que sirve de vehículo para la expresión de voluntad, para el *contenido* del acto. En un documento, por ejemplo, una Escritura Pública, debe distinguirse dos cosas: el acto instrumental y el acto instrumentado que, juntas, integran el documento; porque la escritura, en su aspecto formal, es un verdadero acto instrumental, y, además, en ella se encuentra contenida la declaración de voluntad, que es el acto instrumentado. Y las formas extrínsecas se vinculan con la dimensión instrumental del acto (Escritura Pública) (23). La Ley del Notariado, por ejemplo, establece las partes que ha de integrar la Escritura Pública. Y el Registrador debe examinar si el documento reúne los mismos, atendiendo únicamente a la forma del documento.

La norma acotada también refiere que la calificación ha de extenderse a la verificación de la licitud del acto. Podrá advertirse, sin embargo, que el artículo 2.011 del Código Civil la comprende, pues, dice lo mismo cuando afirma que ha de calificarse la validez del acto en razón de que un acto ilícito es un acto inválido. En consecuencia, no puede incorporarse al Registro.

Con el artículo 2.011 del Código Civil es evidente que la calificación registral no se limita a la forma extrínseca del documento. Se extiende a la legalidad del documento, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto.

f) *La ausencia de obstáculos que surjan del Registro*

El artículo 2.011 del Código Civil alude a este aspecto de la calificación registral cuando señala que: «Los Registradores califican la legalidad de los documentos... por lo que resulta de ellos, de sus *antecedentes* y de los *asientos de los Registros Públicos*». Y, precisamente, de los asientos que obran en

(23) *Idem*, pág. 204.

los Registros Públicos (inscripciones o anotaciones preventivas); pueden resultar obstáculos que impiden la inscripción del nuevo documento presentado.

Ahora bien, para apreciar y compulsar los obstáculos que surjan del Registro, no es suficiente la sabiduría que el Registrador debe tener sobre la totalidad del ordenamiento jurídico. Se requiere algo más, pues, como dice CHICO Y ORTIZ (24), para el efecto es necesario un conocimiento especializado, ya que entran en juego todos los principios del sistema registral y especialmente la prioridad, el tracto sucesivo, la legitimación, la especialidad.

3. CALIFICACION DE MANDATOS JUDICIALES

La inscripción de un documento en el Registro es un fin a cuyo objeto se abocan diversos funcionarios. De un lado, están los Notarios, Autoridades Administrativas o Jueces. A los mismos suele corresponderles la tarea de «elaborar» los documentos en función a los intereses de quienes a ellos acuden. Por otro lado, se encuentran los Registradores, a quienes corresponde la ingrata tarea de «examinar» lo hecho por aquéllos; siendo, finalmente éstos, quienes autorizan con su firma la incorporación del documento al Registro.

Teniendo en cuenta que unos y otros, finalmente, deben sujetarse a las normas jurídicas; que tales normas generalmente requieren ser interpretadas; que los primeros persiguen que el documento se inscriba en función al interés de las partes del proceso; y, que los segundos actúan desde una perspectiva más amplia o superior al de las partes que litigan en el proceso, no es extraño que algunas desavenencias maten la relación entre Jueces y Registradores.

Ya hemos precisado el espectro dentro del cual se desenvuelve el Registrador al momento de calificar la legalidad de un documento. El Registrador debe procurar conducirse con la mayor circunspección en este ámbito. No invadir el terreno de lo fútil o irrelevante, ni ignorar o soslayar lo grotesco. La mejor conducta que ha de observar el Registrador será siempre la señalada por la norma jurídica.

3.1. RESTRICCIÓN DEL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El ámbito del Registrador se reduce ostensiblemente cuando ha de calificar mandatos judiciales. Veamos de qué modo:

Artículo 2.011, segundo párrafo, Código Civil: «...Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad, cuando se

(24) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, pág. 606.

trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables sin perjuicio de la prioridad del ingreso al Registro».

Adviértase cómo se restringe notoriamente el ámbito de la función calificadora de los Registradores cuando se trata de una resolución judicial que ha llegado al Registro y que ordena su inscripción. A partir de una interpretación extensiva, podría afirmarse que se ha venido a establecer que el Registrador no califica nada cuando se trata de mandatos judiciales. No califica la legalidad del documento, la capacidad de los otorgantes, ni la validez del acto.

No cabe discutir la naturaleza del Poder Judicial como un poder de los Estados modernos. A este poder le corresponde la potestad de administrar justicia, conforme lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución Política del Perú. Y todas las personas y autoridades (incluidos los Registradores) deben obediencia a sus mandatos. Bien se ha establecido que:

Artículo 4, Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): *«Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la Ley señale».*

Ninguna autoridad, cualquiera que sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite bajo responsabilidad política, administrativa, civil, penal o administrativa que la Ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia».

Ha de asumirse que el Juez, autoridad instituida para administrar justicia, debe tener a su disposición todo lo necesario para que sus mandatos se cumplan. Y, si el Registro puede servirle a los propósitos de impartir justicia, éste ha de estar a su disposición. El Registrador no debe ni puede colocar obstáculos a tal misión.

No obstante, tampoco ha de caerse en el extremo de que el Registrador deba comportarse como mudo espectador del mandato judicial que se le ha

encomendado incorporar al Registro. El Registrador debe cumplir el mandato, pero sin que ello importe actuar con sumisión indebida.

Al Registrador le está prohibido calificar el mandato judicial, pero no le está vedado examinarlo y pronunciarse si así fuere necesario.

3.2. ASPECTOS QUE DEBE COMPRENDER EL EXAMEN REGISTRAL DE LOS MANDATOS JUDICIALES

Citando a JERÓNIMO GONZÁLEZ, dice MANZANO SOLANO (25) que la calificación de los documentos judiciales parece difícil de admitir. Pues, podría pensarse que la resolución del Registrador denegando el asiento, raya en desobediencia, al negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias dictadas por el Juez dentro de los límites de su competencia. O se acerca al delito de denegación de auxilio por no prestar la debida cooperación a la Administración de Justicia.

Siendo que el límite superior de la actuación del Juez, así como la del Registrador, es la Ley, afirmamos que bien puede el Registrador cuando menos *examinar* el mandato judicial. Y cuando corresponda acusar las limitaciones del mismo. Precisamente, el artículo 2.011 del Código Civil prevé la posibilidad del Registrador de requerir al Juez *aclaraciones o información* complementaria a propósito de un mandato judicial que así lo requiera.

A partir del artículo 4 de la LOPJ y del segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil, podríamos precisar los aspectos que el Registrador debe examinar cuando tiene ante sí un mandato judicial que se ha requerido sea inscrito. A nuestro juicio, éstos han de ser:

a) *Competencia del Juez*

El artículo 4 de la LOPJ establece la obligatoriedad de acatar mandatos judiciales que provengan de autoridad judicial *competente*. Dicho de otro modo, no se debe obediencia a Juez que actúe fuera de las reglas que determinan su abocamiento jurisdiccional. El artículo 151 RGRP también consagra esta regla. Indica que el Registrador ha de verificar la *competencia y facultades del funcionario que autoriza o autentica el título*.

De lo expuesto se desprende, pues, la facultad que tiene el Registrador para examinar si el Juez que lo requiere tiene o no competencia para autorizar el mandato judicial cuya inscripción se pretende. A tal fin, deberán tenerse presente las reglas estatuidas por el CPC para determinar la competencia; pero

(25) MANZANO SOLANO, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 581.

sólo aquéllas establecidas en atención al interés público. No ha de considerarse la competencia establecida en interés privado de las partes las que, desde luego, son prorrogables. No se deberá obediencia, por ejemplo, al mandato judicial que provenga de un Juzgado respecto de una materia cuyo conocimiento corresponda a un Juez de mayor jerarquía.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que debe excluirse del examen registral lo concerniente a la «capacidad» y «legitimación» de las partes del proceso (26), pues es asunto que ha de resolverse dentro del proceso.

b) *Congruencia del mandato con el procedimiento*

No se trata de examinar la congruencia interna del mandato como, por ejemplo, si existe correspondencia entre lo peticionado por las partes y lo resuelto por el Juez, pues se vendría a calificar de este modo el contenido mismo de la sentencia. Lo que ha de examinarse es la congruencia del mandato con el proceso donde se ha dictado. Así, por ejemplo, no puede inscribirse la sentencia de reivindicación dictada dentro de un proceso de cobro de obligación de dar suma de dinero. O la sentencia que declara el derecho de propiedad dictada dentro de un proceso penal.

Es verdad que no existe entre nosotros una disposición que establezca que el Registrador examine la congruencia del mandato, como sí ocurre en la legislación española. Allí, el artículo 100 del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria (RPE de la LH), dice expresamente que debe calificarse la CONGRUENCIA del mandato.

Sin embargo, a través de una interpretación extensiva del artículo 4 de nuestra LOPJ, podría afirmarse que existiría una desnaturalización de la competencia del Juez cuando éste dicte una sentencia afectada de incongruencia.

c) *Formalidades del mandato*

Debe examinarse las formalidades del mandato judicial llegado al Registro. Las normas procesales han establecido detalladamente los requisitos de los actos procesales del Juez. Han precisado su contenido, modo de suscripción y forma que han de revestir para hacerse saber a los funcionarios públicos para su ejecución.

Estos requisitos, en cuanto persiguen garantizar la autenticidad del documento, deben ser cumplidos. Y siendo que el Registro preserva la seguridad jurídica, debe requerirse su cumplimiento.

(26) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, pág. 608.

El artículo 100 del RPE de la LH española expresamente recoge esta necesidad cuando afirma que ha de calificarse el cumplimiento de las **FORMALIDADES EXTRINSECAS** del mandato. Nosotros podemos amparar el requerimiento respectivo en nuestro propio CPC, artículo 119 y siguientes, en cuanto prescribe las reglas que deben observar los **ACTOS DEL JUEZ** (forma de los actos procesales), cuyo cumplimiento es imperativo.

d) *Firmeza del mandato*

Todo sistema jurídico se afirma sobre la existencia de la pluralidad de instancias. El artículo 139, inciso 6 de la Constitución Política del Estado Peruano, consagra la existencia mínima de la **DOBLE INSTANCIA**. Siendo así, para que el mandato sea exigible en cuanto a su ejecución debe encontrarse firme. Al Registro sólo se incorporan fallos inamovibles. Y un mandato judicial que ordena una inscripción o cancelación debe tener tal carácter.

Naturalmente, deben excluirse los supuestos en que no es necesario que el mandato quede firme para su ejecución. Tal es el caso de las medidas cautelares que, por su carácter extraordinario y en razón de existir peligro en la demora, no requieren haber quedado consentidas o ejecutoriadas para su inscripción.

e) *Ausencia de obstáculos que surjan del Registro*

Ha de estimarse que el Juez tiene como parámetro superior, la Ley. Tanto el Juez como el Registrador a ella se deben. Y lo resuelto por aquél debe adecuarse a la misma.

No obstante, la presunción de conocimiento respecto de las inscripciones puede ocurrir que en el proceso no obre prueba que revele el estado del Registro. Y en Registro existan inscripciones que impiden que el mandato judicial se incorpore al mismo. Algunas veces no existe tracto sucesivo. El titular registral no ha sido emplazado con la demanda, la titularidad ha variado durante el séquito del proceso. Otras veces no existe antecedente o partida registral dónde inscribir el mandato. Otras más, existen inexactitudes o discrepancias de los datos contenidos en el mandato respecto de los que fluyen del Registro.

El RPE de la LH regula para el Derecho español este aspecto, pues, dice que el Registrador ha de comprobar la inexistencia de *obstáculos que surjan del Registro*. No tenemos una norma general de igual naturaleza entre nosotros. Sería necesario que existiera. Sin embargo, para algunos casos puntuales sí lo hay.

Tal es la circunstancia del embargo en forma de inscripción. El artículo 656 del CPC, aludiendo a un caso típico de no inscripción por existencia de un obstáculo que surge del Registro, dice: «Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, *siempre que éste resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito...*» (27). Sin embargo, en todos los demás casos en que se advierta la existencia de obstáculos que surjan del Registro, que impidan la inscripción de un mandato judicial, no se puede ni debe permanecer impasible frente a los mismos. En tales circunstancias se debe hacer saber al Juez tal hecho, requiriéndole la respectiva aclaración.

f) *Claridad del mandato*

El mandato judicial debe ser claro. No debe dejar dudas sobre su sentido. El Registrador debe tener conocimiento exacto sobre la naturaleza y alcances de lo ordenado para el Juez. Esta exigencia se impone para dar cumplimiento al mandato en sus propios términos, conforme lo prescribe el artículo 4 de la LOPJ; tanto más si se tiene en cuenta que al Registrador no le está permitido interpretar el mandato o sacar conclusiones propias. Debe obrar con arreglo estricto al mismo.

El Registrador puede solicitar las aclaraciones conducentes del mandato, pues, por ejemplo, éste ha de saber la identidad del emplazado obligado, la ubicación de los inmuebles afectados, el monto o alcances del gravamen, etc.

Algunas veces el mandato judicial es contradictorio en su propia parte resolutive. En tales casos, la necesidad de su aclaración es más urgente, pues, como se ha dicho, el mandato debe ser diáfano.

3.3. ESTADO DE INDEFENSA DEL REGISTRADOR

Si el Juez y el Registrador se desenvuelven dentro del ámbito de lo que las leyes prescriben, no ha de existir fricción entre ellos. El Juez ordenará la inscripción de sus mandatos, el Registrador procederá a ejecutarlos. El Registrador requerirá al Juez una aclaración, el Juez pronto lo absolverá y aquél procederá a la inscripción.

Nuestro sistema jurídico únicamente permite al Registrador solicitar al Juez las *aclaraciones* o *informes* necesarios. Con ellas, éste debe proceder a

(27) Téngase presente que el artículo IX del Título Preliminar del propio CPC, dice que: «Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario...»

la inscripción. Si el Registrador se rehúsa a inscribir un mandato judicial sin justificación válida, el Juez tiene a su disposición todos los apercibimientos para compelerlo. Y así lo hace y lo hará.

Sin embargo, en la práctica registral no son pocas las oportunidades en que el Juez suele requerir una inscripción abiertamente indebida. Y ordena al Registrador para que lo haga. Frente a tal requerimiento, ¿cuál ha de ser la conducta del Registrador?

No faltan quienes afirman que los Registradores deben acatar la orden por cuanto se trata de un mandato judicial. Dicen que hay que darle cumplimiento conforme a lo dispuesto por el artículo 2.011, segundo párrafo, del Código Civil, y artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Claro, en el fondo ponen a buen recaudo a los Registradores respecto de una denuncia penal por desacato o resistencia a la autoridad judicial. Pero, como se advierte, es la situación de indefensa en que se encuentra el Registrador en el Sistema Registral Peruano lo que explica, aunque no justifica, esta aseveración.

Y es que, para tales casos, las leyes peruanas le permiten únicamente solicitar al Juez *aclaraciones* o *informes* complementarios. No se han puesto en el supuesto de que las aclaraciones sean insuficientes, o que el mandato sea abiertamente ilegal, o se imponga una inscripción, no obstante, existir obstáculos que surgen del Registro.

A partir de lo dispuesto en el artículo 4 de la LOPI, es poco lo que el Registrador puede hacer para preservar la integridad del Registro y pulcritud del mandato. Es claro que se debe obediencia al Juez competente. Sin embargo, no son aislados los casos en que un Juez incompetente requiere una inscripción indebida.

Precisamente, es necesario reformar el artículo 2.011 del Código Civil Peruano (CC) en la parte que permite al Registrador solicitar al Juez aclaraciones o informes. Teniendo como fuente la Ley Hipotecaria española y su respectivo Reglamento (28), a modo de propuesta, estimamos que se hace necesario establecer una reforma al artículo 2.011 del nuestro Código Civil donde, expresamente y de modo imperativo, se establezca imperativamente que, en materia de documentos judiciales, el Registrador examine la competencia del Juez o Sala que emite el mandato, la congruencia del mandato con

(28) El artículo 100 del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria establece: «La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro». Asimismo, el artículo 136 del mismo Reglamento: «Los Registradores deberán acudir al presidente de la Audiencia respectiva en queja de los apremios que los Jueces o Tribunales, al conocer de algún negocio civil o criminal, le hicieran para practicar cualquier asiento improcedente a juicio de aquellos funcionarios...»

el proceso que se emitió, el cumplimiento de las formalidades externas del documento que contiene el mandato, la firmeza y claridad del mandato, los obstáculos registrales que surjan del Registro.

Si del examen de los aspectos anteriormente referidos resultara que el mandato judicial no es inscribible, continúa la propuesta, el Registrador deberá solicitar la correspondiente aclaración al Juez o Sala respectiva. Este, dentro de la vigencia del asiento de la presentación, expresamente y con claridad, deberá absolverla. El Registrador deberá proceder a la inscripción con lo expuesto por el Juez o Sala. Sin embargo, de estimar que con la aclaración no procede la inscripción del mandato, podrá recurrir en CONSULTA al Tribunal Registral (29) que corresponda. El Tribunal Registral podrá hacer suya la aclaración del Juez o Sala, disponiendo que el Registrador proceda a su ejecución o podrá hacer suya la consulta del Registrador. En tal caso, dispondrá que se proceda a la inscripción del mandato judicial en calidad de ANOTACION PREVENTIVA y, además, recurrirá en QUEJA ante el Organo con Control Interno del Distrito Judicial respectivo.

Una reforma de esta naturaleza, estimamos ayudaría en gran forma al Sistema Registral Peruano. Pondría a buen recaudo a los Registradores y al propio Registro, respecto de los no muy pocos mandatos judiciales indebidos. La propuesta, seguramente podrá ser mejorada, pero no tenemos duda de su necesidad en el Sistema Registral Peruano.

EDILBERTO CABRERA YDME
Registrador Público de Tacna – Perú
Profesor de la Universidad Privada de Tacna

(29) En el Sistema Registral peruano la decisión del Registrador negando la inscripción por defecto subsanable (observación) o insubsanable (tacha), puede ser impugnada, vía apelación, en segunda y última instancia, ante el Tribunal Registral de la región a que corresponda el Registrador. Con la decisión del mismo, queda agotada la vía registral. Sin embargo, la negativa de inscripción del Tribunal Registral puede impugnarse en la vía judicial.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho europeo

1. *Convenio de doble nacionalidad con Costa Rica*.—En el *BOE* del 12 de noviembre se publica el protocolo adicional entre España y Costa Rica, modificando el convenio de doble nacionalidad de 1964, hecho en Madrid el 23 de octubre de 1997.

Se dice en el artículo 2:

«Los españoles y costarricenses que se hayan acogido al convenio de doble nacionalidad de 8 de junio de 1964, entre España y Costa Rica, podrán manifestar en cualquier momento su voluntad de desvincularse de la aplicación de dicho convenio, siempre que así lo declaren ante la autoridad competente del Registro Civil correspondiente a su lugar de residencia. La declaración de desvinculación no implica renuncia a la última nacionalidad adquirida».

2. *Directiva 98/26/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y liquidación de valores. Su texto completo puede verse en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 41, octubre de 1998, página 2679.

3. *Directiva 98/27/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Puede verse el texto en el mismo Boletín antes dicho, página 2684.

B) Legislación nacional

— Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, que regula las bonificaciones de cuotas de la *Seguridad Social* de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

— Ley 37/1998, de 27 de noviembre, que reforma la Ley 24/1988, de 28 de julio, del *Mercado de Valores*.

C) Normas autonómicas

Baleares.—Ley de 23 de octubre de 1998. Regula provisionalmente las medidas cautelares hasta la aprobación de las directrices de Ordenación Territorial.

Madrid.—Ley de 23 de octubre de 1998. Modifica la Ley 1/1983, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

II. Información de actividades

A) XII Congreso Internacional de Derecho Registral

Entre los días 2 y 6 de noviembre ha tenido lugar en Marraquech, tal y como estaba previsto, el XII Congreso Internacional de Derecho Registral. La asistencia ha sido numerosa, con una participación total de 308 congresistas de 28 países. Lo más destacable de la reunión, primera realizada en Africa, puede resumirse en el éxito de la organización marroquí, que fue ampliamente felicitada por el trabajo realizado y el detalle con el que se ocupó de la celebración de las sesiones de trabajo y de los demás actos del Congreso.

El comentario sobre la participación española no debe referirse sólo al número de congresistas, cien aproximadamente, sino especialmente a la calidad de los trabajos aportados por los dos equipos a quienes encargó de su realización el Colegio, y concretamente, el Centro de Estudios Registrales. El primer equipo, encabezado por FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, destacó por su calidad y profundidad en una materia, en cierto modo, ajena a nuestra especialidad básica, como es la trascendencia de la publicidad registral en el plano económico. El segundo, organizado por PILAR GARCÍA GOYENECHÉ, en el que intervino como portavoz ANTONIO MORO SERRANO, colaboró muy eficazmente a sentar las bases de lo que debe ser un léxico registral común en diferentes idiomas, aspecto cada vez más importante en el diálogo entre especialistas de diferentes países.

Otro aspecto del XII Congreso que merece subrayarse es el de la inscripción en el CINDER de institutos y responsables de la materia de nueve países diferentes de Europa, América y Africa. Ello ha dado lugar a la necesaria revisión del Reglamento del Centro Internacional que fue aprobado por unanimidad en la Asamblea Ordinaria. La reforma alcanza a una finalidad doble consistente en la posibilidad de ingreso en el Centro Internacional de Admi-

nistraciones Públicas y el reforzamiento de las competencias de las Delegaciones Regionales, de las que actualmente funcionan las de América, Europa y África. También se tomaron otros acuerdos importantes como el estudio de un sistema de intercomunicación entre los institutos miembros a través del mecanismo de la video-conferencia y el señalamiento de la sede del XIII Congreso, que se celebrará en Uruguay, aproximadamente hacia la primavera del año 2001.

De todas formas, la nota más característica de esta reunión ha sido la conciencia de que la existencia y organización de un buen sistema de registro inmobiliario es esencial para la vertebración social y económica de las naciones. De ahí la asistencia y el interés de países en desarrollo, como los del grupo árabe, o de aquellos otros en los que se está produciendo la transformación de sus economías desde el llamado socialismo real a una economía de mercado, lo que ha dado lugar a la presencia de más de treinta y cinco representantes de la Federación rusa. Este impulso del interés internacional sobre nuestra actividad debe ser el referente del próximo Congreso y de los que se celebren en adelante.

CONCLUSIONES

COMISIÓN PRIMERA

La inscripción como instrumento de desarrollo económico

Primera

La relación existente entre los sistemas de seguridad jurídica preventiva y el crecimiento económico está hoy, generalmente, reconocida por el pensamiento jurídico y económico y por las diversas instituciones nacionales e internacionales relacionadas con estas materias.

En concreto, la necesidad de que existan instituciones eficaces que garanticen la seguridad jurídica de las transacciones entre particulares es reconocida de forma generalizada para un eficiente funcionamiento de la economía y, en consecuencia, para el crecimiento económico.

Segunda

Los diferentes países no han experimentado un crecimiento económico homogéneo a lo largo de la historia ni, tampoco, en la actualidad. Entre las causas por las que se produce este fenómeno hay que citar la existencia de

niveles diferentes de eficiencia en la organización institucional y, en particular, el establecimiento de un sistema eficiente de definición y protección de los derechos de propiedad y demás derechos reales instrumentados de modo que incentive a los individuos para emprender actividades socialmente beneficiosas.

Ello es así porque la configuración institucional de los derechos de propiedad y demás derechos reales —especialmente su definición y protección— contribuyen a la generación e incremento de la renta, del ahorro y de la inversión en una sociedad —es decir, de la renta actual y de la futura— y, por lo tanto, del crecimiento económico.

Tercera

Para ello es necesario que el sistema jurídico e institucional instrumente mecanismos eficientes que garanticen la efectividad de los derechos de propiedad y demás derechos reales, ya que éstos, lejos de constituir un abstracto conjunto de principios y de reglas, se hallan enraizados en instituciones que pueden o no ser capaces de hacer efectivas dichas reglas.

En consecuencia, todo sistema jurídico debe instrumentar medios adecuados para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de propiedad y demás derechos reales, considerándose recomendable, a tal fin, la organización de un sistema de Tribunales con juristas cualificados, particularmente, en Derecho inmobiliario, y un sistema de seguridad jurídica preventiva, dotados de procedimientos razonablemente eficientes para la efectividad del Derecho.

Cuarta

La importancia de una adecuada definición y protección de los derechos de propiedad y demás derechos reales para el crecimiento económico reside en que las economías reales presentan costos de transacción, cuyo origen radica en que la información es escasa y la eliminación de la incertidumbre que ello implica, costosa.

Los costos de transacción surgen cuando los individuos intercambian derechos de propiedad sobre los activos económicos y ejercen sus derechos exclusivos. Miden la diferencia existente entre la asignación efectiva y potencial de los recursos y, por lo tanto, el grado de eficiencia de un sistema económico.

Dado que la libertad contractual debe ser un principio básico de todo sistema jurídico-institucional eficiente, la reducción de los costos transaccionales y, especialmente, de su componente básico subyacente —los costos de información o, si se prefiere, de incertidumbre— deviene en un requisito fundamental para conseguir la eficiencia y, por tanto, el crecimiento económico.

Quinta

Los sistemas de seguridad jurídica cautelar o preventiva, en general, son instituciones surgidas, precisamente, con esa finalidad. En el ámbito de los derechos de propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles —por naturaleza o por disposición legal— esa es una de las finalidades fundamentales de los sistemas registrales inmobiliarios: disminuir la incertidumbre jurídica en ese ámbito mediante la contención de los costos de información jurídica. Y, en la medida en que lo consiguen, contribuyen a la eficiencia y, por lo tanto, al crecimiento económico.

Sexta

Desde esta perspectiva puede afirmarse que serán preferibles aquellos sistemas registrales inmobiliarios que disminuyan en mayor medida la incertidumbre a un menor costo relativo. Más concretamente, aquéllos que en su ámbito competencial propio suministren más y mejor información, eviten en mayor medida comportamientos oportunistas de las partes contratantes, reduzcan en mayor medida la asimetría de información jurídica entre ellas e impongan menores costes de conservación de sus derechos a los actuales propietarios de los bienes.

Séptima

La inmatriculación de inmuebles y de otros bienes y derechos, en cuanto plasma de manera tangible la intangibilidad de los derechos, es una herramienta de desarrollo al dar seguridad y certeza jurídica, protección y publicidad a los derechos inscritos.

La inscripción registral contribuye de este modo a la paz social, que es una condición básica para el desarrollo en su más amplia acepción, ya que apunta a facilitar la consecución del bien común en cuanto instrumento de ordenación jurídico-patrimonial.

Octava

La definición de los criterios de eficiencia de un sistema registral inmobiliario reviste una importancia trascendental, por cuanto la inversión en inmuebles, directamente o como garantía, requiere que los derechos de propiedad y demás derechos reales sobre la tierra y demás bienes inmuebles estén

perfectamente definidos y protegidos, ya que ambos constituyen activos extraordinariamente valiosos en cualquier economía. La movilización de dichos activos a través de instrumentos financieros, como los títulos hipotecarios garantizados por las propiedades registradas, permite generar liquidez adicional para nuevas inversiones, lo que es extraordinariamente beneficioso para cualquier economía, especialmente para las economías en transición, porque ello les permite ser menos dependientes de las ayudas exteriores. Además, es necesario considerar que, una vez adoptado un sistema de seguridad jurídica inmobiliaria, existen graves dificultades para sustituirlo o modificarlo.

Novena

El análisis interinstitucional de sistemas demuestra —confirmando la teoría— que el nivel de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario se halla en función directa de la intensidad de efectos legales asignados al sistema registral por el sistema jurídico institucional, como queda demostrado por el hecho de que en aquellos países que se han dotado de sistemas registrales productores de fuertes efectos jurídicos, el mercado no ha generado mecanismos complementarios o alternativos de seguridad jurídica, sencillamente porque no los necesita.

Décima

Usualmente, suelen admitirse tres tipos de sistemas registrales, cuales son: los de mera publicidad —también denominados de *recording* o *private conveyancing*—, los de mera inoponibilidad —también denominados de *deeds registration*— y los de fe pública registral —también denominados de *titles registration*—. Son estos dos últimos los que cumplen en mayor medida las condiciones teóricas de eficiencia de un sistema registral, y ello en tanta mayor medida cuanto mayores sean los efectos que asigne a la inscripción la legislación vigente.

Estos sistemas registrales son también más eficientes que los denominados sistemas de seguridad económica, representados singularmente por los sistemas alternativos de seguro de títulos, pues presentan mayores ventajas que éstos en términos de costes, fiabilidad, sencillez, accesibilidad y prevención y resolución de conflictos.

No obstante, tal y como admiten diferentes instituciones internacionales, en aquellos países que, con larga tradición jurídica, mantienen sistemas registrales propios con resultados satisfactorios, no es necesaria la sustitución de tales sistemas por otros que puedan resultar ajenos a las propias tradiciones jurídicas del país en cuestión.

Undécima

Para que estos sistemas puedan funcionar eficientemente es necesario que respeten una serie de principios básicos.

La primera exigencia de este tipo de sistemas reside en que, puesto que la inscripción produce fuertes efectos jurídicos, es necesario que se arbitren procedimientos que seleccionen rigurosamente aquello que se pretende inscribir. Es lo que se conoce, usualmente, como principio de legalidad.

Para una adecuada configuración de dicho principio se recomienda que la legislación civil de los respectivos países exija que deba constar en documento público —notarial, judicial o administrativo— cualquier tipo de derecho real inmobiliario que pretenda acceder al Registro o para cuya adquisición sea preceptiva la inscripción registral y que se atribuya al Registrador la fundamental labor de calificación, es decir, de enjuiciamiento de la legalidad de la operación transaccional contenida en el correspondiente documento público.

La segunda exigencia reside en que, para la optimización de los sistemas registrales es necesario que el Registrador posea un alto nivel de conocimientos jurídicos, imprescindible para el ejercicio de su profesión, y aconsejable que las legislaciones tiendan al perfeccionamiento de dichos conocimientos, que el Registrador goce de independencia en sus decisiones y que sus pronunciamientos, con un valor jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, estén sometidos en última instancia a control judicial.

Duodécima

Todos los estudios demuestran que hay una correlación positiva entre el nivel de desarrollo económico y el grado y la frecuencia de participación activa o pasiva de personas jurídicas en las transacciones inmobiliarias.

La seguridad suministrada por un registro jurídico de bienes presupone y exige un nivel aceptable de seguridad jurídica respecto de las personas jurídicas.

Los principios jurídicos sustantivos del Registro de bienes deben completarse e integrarse con principios jurídicos sustantivos del Registro de personas jurídicas.

Decimotercera

Dado que nos hallamos inmersos en un amplio proceso de globalización que plantea problemas comunes, parece conveniente que los diferentes Institutos miembros del CINDER colaboren más frecuentemente entre ellos para la realización de estudios que permitan encontrar las soluciones más adecuadas.

En el mismo sentido, el CINDER debe fomentar la colaboración con aquellas instituciones nacionales e internacionales relacionadas con el territorio, incluidos los aspectos medioambientales.

También se recomienda, con la misma finalidad que el CINDER procure la colaboración de los diferentes Institutos miembros para la creación de un Centro Documental.

TEMA 2

Elaboración de un léxico de términos jurídicos en materia registral

Dadas las dificultades de la tarea respecto al vasto contenido del objetivo propuesto y a la divergencia de acepciones que ofrecen los mismos vocablos en las distintas legislaciones, máxime cuando existen términos propios en cada legislación y teniendo en cuenta la necesidad de disponer, lo antes posible, de un léxico de términos jurídicos registrales inmobiliarios, sin perjuicio de que en un futuro se analicen términos de las restantes ramas del Derecho registral, la Comisión redactora del tema 2 del presente Congreso ha llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.—A los efectos de abordar esta tarea de gran magnitud, en esta primera etapa, se ha acotado la lista de términos a definir, que son los siguientes:

1. Registro de la Propiedad Inmueble.
2. Registrador de la Propiedad Inmueble.
3. Inmueble registrable.
4. Inmatriculación/matriculación.
5. Títulos inscribibles.
6. Asientos/inscripciones.
7. Folio registral.
8. Certificaciones e informes.

Estos vocablos han de entenderse en forma meramente indicativa, de manera que pueden utilizarse otros de contenido equivalente o lo más similar posible.

SEGUNDA.—En cuanto a la metodología de trabajo a seguir, cada país miembro del CINDER deberá remitir a la Secretaría General las explicaciones de dichos términos conforme al ordenamiento jurídico respectivo, de manera concisa. Los trabajos se enviarán, antes del 30 de junio de 1999, traducidos a los tres idiomas oficiales del Centro (inglés, francés y español).

TERCERA.—La Secretaría General del CINDER, posteriormente, remitirá a los distintos países miembros, la publicación de los trabajos recibidos, a los efectos de su utilización y tratamiento en un futuro próximo.

CUARTA.—Se recomienda a cada país que, en los futuros Congresos, aporten glosarios de los términos jurídicos registrales inmobiliarios que surjan de sus propias legislaciones y no incluidos en la lista precedente, a los efectos de continuar la tarea emprendida.

B) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

a) *Apertura del curso*.—El día 16 de noviembre, esta Corporación celebró solemne sesión inaugural del curso académico 1998-99, leyendo primero un resumen de las actividades del curso anterior el secretario don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ y, a continuación, pronunció el discurso inaugural, el presidente don JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

b) *Recepción como académico de don Manuel Amorós Guardiola*.—Tuvo lugar el día 30 de noviembre, leyendo su discurso de ingreso el nuevo académico, nuestro compañero y miembro del Consejo de Redacción de esta Revista, sobre *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, con la brillantez habitual del autor. En la información bibliográfica se publica un resumen de este discurso.

c) *Conmemoración del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*.—Ha tenido lugar mediante las siguientes conferencias:

— «El proceso de la redacción de la Declaración», por don JUAN ANTONIO CARRILO SALCEDO, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla.

— «El Tribunal Penal Internacional», por don JUAN ANTONIO YÁÑEZ BARNEJO, Embajador en misión especial.

— «Los derechos humanos: entre el mito y la legalidad», por don TOMÁS ZAMORA RODRÍGUEZ, Secretario General del Defensor del Pueblo.

— «España en el Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos», por don JESÚS CARLOS RIOSALIDO GAMBOTTI, Embajador en misión especial para el Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

— «La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal en el sistema jurídico español: su presencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por don LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER.

d) *Ciclo de conferencias sobre «Europa entre los Tratados de Maastrich y Amsterdam»*.—Han tenido lugar durante los días 3 a 6 de noviembre, con el siguiente contenido:

— Ilmo. señor don SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE, Diplomático (excedente), Abogado.

— Tema monográfico: «Implicaciones jurídicas de la implantación del euro», por el Excmo. señor don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Catedrático de Derecho Administrativo.

— Tema monográfico: «Los derechos humanos en el Tratado de Amsterdam», por el Excmo. señor don GIL-CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

— Tema monográfico: «El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y Amsterdam», por el Excmo. señor don MARCELINO OREJA AGUIRRE, miembro de la Comisión Europea.

— Tema monográfico: «Las reformas institucionales en los Tratados de Maastricht y Amsterdam».

C) Convocatoria del premio «Manuel Batalla González»

Al objeto de honrar la memoria del insigne Registrador de la Propiedad aragonés, don MANUEL BATALLA GONZÁLEZ (1894-1978) y, al propio tiempo, de fomentar los estudios de Derecho registral y del Derecho autóctono de Aragón, el «Centro de Estudios Registrales de Aragón» convoca por vez primera, el *PREMIO «MANUEL BATALLA GONZALEZ»*, con arreglo a las siguientes

BASES

1.^a Podrán concurrir los licenciados en Derecho españoles.

2.^a Los trabajos deberán ser inéditos y versarán sobre cualquier tema de Derecho registral o de Derecho aragonés público o privado, que tenga relación con las funciones desempeñadas por los Registros u Oficinas Liquidadoras a cargo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

3.^a Deberán estar escritos en castellano, en formato DIN A-4, a doble espacio y por una sola cara. A título orientativo, se indica una extensión entre cien y doscientas páginas.

4.^a Los trabajos se presentarán o remitirán, por triplicado, al CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGON, Plaza de Mariano Arregui, n.º 8-7.º, 50005-Zaragoza, y acompañados de una hoja en la que deberá figurar el nombre y apellidos del autor y un domicilio y teléfono de contacto.

5.^a Se fija como término para la presentación de los trabajos, las veinticuatro horas del día 30 de abril de 1999.

6.^a El premio está dotado con la cantidad de QUINIENTAS MIL PESETAS.

7.^a Constituirá el jurado la Junta de Gobierno de la Asamblea de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón, que actuará con arreglo a sus propias normas estatutarias y cuya resolución será inapelable.

8.^a El premio podrá ser otorgado, con el carácter de compartido, a dos aspirantes y, en su caso, ser declarado desierto.

9.^a El fallo se dará a conocer en la segunda quincena del mes de octubre de 1999. Se comunicará a todos los aspirantes y será entregado en una de las sesiones públicas próximas que celebre el CENTRO convocante.

10.^a El CENTRO se reserva el derecho a publicar el trabajo premiado, lo que se efectuará, en la medida de lo posible, bien como publicación independiente, o bien en una de las periódicas de alguno de los Centros de Estudios Registrales de España, y no se compromete a la devolución de los no premiados.

D) Comentarios a la reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil

Organizado por el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, en homenaje a su ex-director don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, ha tenido lugar en Barcelona en los días 17 y 18 de noviembre, habiéndose desarrollado las siguientes ponencias:

— Apertura de las Jornadas a cargo de don FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña.

— Acto de Homenaje a don FRANCISCO GÓMEZ GÁLLIGO, ex-director del Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

— «Procedimiento registral y organización del Registro», por don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado adscrito a la DGRN.

— «Derechos inscribibles: Urbanismo, propiedad horizontal, circunstancias de las inscripciones», por don LUIS DE SANMILLÁN FARNÓS, Registrador de la Propiedad de Tortosa, n.º 1.

— «Titularidad registral. Reglamento del Registro Mercantil», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil de Barcelona.

— «Publicidad e intercomunicación registral», por don CARLOS BALLUGERA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao, n.º 7.

— «Inscripción, anotación preventiva y cancelación», por don JOAQUÍN M.^a LARRONDO LIZÁRRAGA, Director del Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Registrador de la Propiedad de Roses, n.º 1.

— «Inmatriculación: Excesos de cabida: Doble inmatriculación», por don FERNANDO CURIEL LORENTE, Director del Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

— Mesa redonda.

— Clausura de las Jornadas a cargo de don FERNANDO CURIEL LORENTE.

E) Comentarios a la reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil

En el Colegio de Registradores, en los días 6 y 7 de octubre, tuvo lugar la celebración de dos sesiones para estudiar dichas reformas.

Se desarrollaron las siguientes ponencias:

— «La titularidad registral. Entidades sin personalidad jurídica. Entidades públicas. Artículos: 4.º, 5.º, 6.º, 11, 17 y 18». Ponentes: JUAN M.^a DÍAZ FRAILE y PEDRO AVILA NAVARRO.

— «Derechos inscribibles: Urbanismo y propiedad horizontal. Artículos: 13, 16 y 68». Ponente: RAFAEL ARNÁIZ EGUREN.

— «Procedimiento registral y organización del Registro. Artículos: 97, 102, 112-131, 127, 386-388, 391, 399, 400 y 401». Ponente: FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO.

— «Inscripciones, anotaciones y cancelaciones. Artículos: 51, 144, 155, 170 y 430, 177 y 353». Ponente: ALVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN.

— «La información registral. Artículos: 332-334 y 355». Ponente: CARLOS BALLUGERA GÓMEZ.

— «Inmatriculación de fincas y excesos de cabida. Artículo: 298». Ponentes: FERNANDO CURIEL LORENTE y JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO.

— «Estatuto del Registrador. El Colegio de Registradores. Artículos: 490, 492, 493, 496, 500-502, 504-507, 519, 536, 538, 549-554, 555-559, 560-562, 570-584, 618, 619, 620-624». Ponente: JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO.

— «Reglamento del Registro Mercantil. Artículos: 12, 81, 269 bis». Ponente: SALVADOR MÍNGUEZ SANZ.

F) Condecoración al doctor Escobar Fornos

Nos es grato dar la noticia de que por el Gobierno español se ha otorgado la Cruz Distinguida de San Raimundo de Peñafort a nuestro colaborador y dilecto amigo, el doctor IVÁN ESCOBAR FORNOS, prestigioso jurista, que actualmente es Presidente de la Asamblea Nacional de Nicaragua.

Las insignias le fueron impuestas el pasado 31 de octubre por el Presidente del Senado español don JUAN IGNACIO BARRERO VALVERDE, y en el acto el

condecorado pronunció afectuosas palabras de agradecimiento a nuestro Colegio, recordando la amistad que tuvo con nuestro compañero desaparecido José M.^a Chico. Felicitamos al doctor IVÁN ESCOBAR por la distinción merecida.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 27 de octubre de 1998.—EMBARGO.—Ambito del privilegio de inembargabilidad de las corporaciones locales.—Sala 1.^a—Ponente: Sr. Gimeno Sendra.

Antecedentes.—El recurso se basa en los siguientes hechos:

a) La Mercantil «Transportes y Movimientos de Tierras Aguilarenses, S. L.» incoó el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, número 169/95 contra el Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera por impago de las cantidades debidas a dicha Sociedad con motivo de la prestación de diversos servicios, sobre el que recayó la Sentencia de 27 de marzo de 1996 del Juzgado de Primera Instancia de esa misma localidad que condena a la citada Corporación al abono de la deuda reclamada, cuya cuantía asciende a 1.583.550 pesetas, más intereses legales y costas (250.000 pesetas).

La sociedad acreedora instó la ejecución de dicha sentencia, y el mencionado Juzgado dictó la providencia, de 11 de septiembre de 1996, en la que decreta el embargo de bienes de propiedad de la Corporación local demandada, sin que se llegue a la traba de ninguno.

b) Contra la citada providencia, la Corporación planteó recurso de reposición instando la nulidad de las actuaciones con base en el artículo 6.3 del Código Civil, y el artículo 240 LOPJ, alegando que el mandamiento de ejecución vulneraba la prohibición de inembargabilidad establecida en el artículo 154.2.3 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, LHL). Este recurso fue desestimado por Auto del Juzgado de 25 de octubre de 1996, que rechaza los alegatos del recurrente razonando que el principio de legalidad presupuestaria y la prerrogativa de la inembargabilidad de los bienes de las Haciendas Locales no puede dejar vacío de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva de quien esgrime un crédito contra un ente local. Si ha transcurrido el plazo del que legalmente dispone el Ayuntamiento para el cumplimiento de oficio de la sentencia, y, por consiguiente, para el pago de la deuda, serán los órganos judiciales ordinarios quienes adoptarán las medidas legalmente pertinentes para hacer efectivas sus resoluciones judiciales y salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor, que en ningún caso supondría el apremio sobre bienes demaniales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 132.1 CE. Asimismo, el Juzgado, en los fundamentos jurídicos de su Auto, indica que aún no se ha hecho traba de

bien alguno, y cuando ésta tenga lugar, el Juzgado tendrá en cuenta lo dispuesto en la legislación vigente respecto de la inembargabilidad de los bienes de las Haciendas Locales, señalando que su régimen, fijado en el artículo 154 LHL, deberá interpretarse conforme a la Constitución y la LOPJ, de mayor rango que aquélla.

c) Contra dicho Auto, el Ayuntamiento interpuso recurso de apelación, desestimado por el Auto impugnado en este amparo de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1997. Recuerda y reitera, la Audiencia Provincial en este Auto su doctrina sentada en otros similares que han venido a resolver asuntos de igual factura, planteados por el mismo recurrente (y que han motivado sendos recursos de amparo números 1.333, 1.335 y 1.676, todos de 1996, decididos en las SSTC 201/1998, el primero, y de 27 de octubre los restantes). Argumenta también en este caso que no se trata de inaplicar la LHL, sino de interpretarla de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, con el objeto de que no se menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva en tanto derecho a que se ejecute lo juzgado. Así pues, el artículo 154.2 LHL debe interpretarse en el sentido de que únicamente prohíbe el embargo de aquellos bienes patrimoniales afectos al mantenimiento de un servicio público. Añade en esta ocasión la Audiencia Provincial, abundando en lo ya dicho, que los bienes que forman parte del patrimonio privado de la Entidad Local están sujetos al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil. Además, tratándose como se trata de un Poder Público, le es exigible como tal, aún con más rigor si cabe, el estricto cumplimiento de las resoluciones judiciales, sobremanera si la deuda a cuya satisfacción es condenado dimana de su relación con un particular que contrata confiado en su solvencia. Señala la Audiencia, para terminar, que la Corporación Local no puede hacer valer normas cuyo rango es inferior a las que, con rango constitucional, se oponen a sus pretensiones, sin olvidar que aquellas normas disponen de un procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales que no impide el embargo de tales bienes, sino que lo supeditan a ciertas formalidades.

El recurrente solicita que se dicte sentencia estimatoria en la que se declare la nulidad de la resolución judicial impugnada y de aquéllas que confirma se reconozca el derecho del Ayuntamiento a ejecutar la sentencia dictada en su contra con arreglo a las normas administrativas aplicables al caso, dentro de la esfera de su competencia, proscribiendo la embargabilidad de sus bienes, no pudiendo, en todo caso, despachar mandamiento de ejecución contra los mismos según el procedimiento civil ordinario de apremio, por ser todo ello conforme a la Constitución. Sostiene el recurrente, reiterando lo alegado ya en las demandas de amparo números 1.333, 1.335 y 1.676, todas de 1996, que los Autos impugnados han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva porque constituyen un abuso o exceso de poder, el procedimiento era inadecuado y han invadido competencias propias de la Administración local. Su razonamiento discurre del siguiente modo.

La Audiencia Provincial de Córdoba y el Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera han obviado en sus resoluciones el principio de legalidad presupuestaria que rige la ejecución de sentencias contra el Patrimonio de la Administración Pública y, específicamente, lo dicho al respecto en el artículo 132.1 CE, que remite a la Ley la regulación de su régimen jurídico, inspirado, justamente, por el principio, entre otros, de inembargabilidad de

sus bienes. Principio que se concreta para el caso de los Entes locales en el artículo 154 LHL. La prohibición de todo embargo de bienes de las Corporaciones locales, prevista en este precepto, no es ni gravosa ni discriminatoria ni le causa indefensión alguna al particular afectado, pues hay razones de interés general que justifican ese especial régimen que la propia Constitución anticipa en el mencionado artículo 132.1, y existen otros mecanismos alternativos, distintos al apremio, para satisfacer las pretensiones del particular.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera en virtud de los razonamientos que siguen. Hay un voto particular.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 12 de febrero de 1997, recaído en incidente de ejecución de sentencia, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra el del Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera, de 25 de octubre de 1996, desestimatorio de la petición de levantamiento de embargo sobre los bienes del Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera.

El demandante de amparo funda su pretensión en que el mencionado Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, objeto de su recurso, habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Aunque el recurrente no acierte a expresarlo con toda claridad en sus alegatos, hay que entender que aquella genérica invocación del artículo 24.1 CE, se precisa, en realidad, en la hipotética lesión del derecho fundamental a una resolución jurisdiccional que no resulte manifiestamente arbitraria, o incurra en un error patente del órgano jurisdiccional que, no siendo imputable a la parte, incida negativamente en su esfera jurídica (SSTC 172/1985, 107/1987, 23/1988, 190/1990, 194/1992, 368/1993, 40/1994, 148/1994, 8/1997, entre otras). Y ello, porque el recurrente considera que la decisión de la Audiencia Provincial de confirmar el embargo decretado por el Juzgado de Primera Instancia supone dejar sin aplicación, o cuando menos, interpretar erróneamente el artículo 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, LHL). Precepto que dispone lo siguiente: «Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades locales».

2. Este recurso de amparo, planteado por el mismo recurrente y sobre asuntos similares a los resueltos por este Tribunal en la STC 201/1998, en el recurso de amparo número 1.333/96, y en las de 27 de octubre que hacen lo propio con los recursos de amparo números 1.335 y 1.676, ambas de 1996, trae su causa del embargo de bienes decretado por el mencionado Juzgado de Primera Instancia a petición del particular acreedor y en ejecución de la sentencia que condenaba a la Corporación local al pago de la deuda contraída con aquél con motivo de la ejecución de ciertas obras. La Corporación local se opuso al embargo, antes de que se procediese a la traba de bienes, alegando la prohibición dispuesta en el artículo 154.2 LHL.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideraron, reproduciendo las mismas razones expuestas en los procedimientos ordinarios previos a los aludidos amparos números 1.333, 1.335 y 1.676, to-

dos de 1996, que aquel precepto establecía únicamente la inembargabilidad de los bienes de dominio público, de los comunales y de los patrimoniales afectos al mantenimiento de un servicio o función públicas, de manera que la extensión de la prohibición de embargo a cualquier bien del Patrimonio o la Hacienda del Ente local vulneraría la exclusiva competencia de los órganos judiciales ordinarios para ejecutar lo por ellos juzgado (arts. 117.3 y 118 CE) y, en consecuencia, también infringía el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, encuadrado en el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 CE, de aquellos ciudadanos que verían cómo las resoluciones que les son favorables y contrarias a la Administración Pública no se ejecutan al oponer ésta la prerrogativa de inembargabilidad de sus bienes.

Como en aquellas ocasiones, quien acude ahora en amparo es el Ayuntamiento deudor y titular de los bienes patrimoniales, objeto del aludido embargo, invocando la lesión de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sostiene el Ayuntamiento que, a su juicio, ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por aquellas resoluciones judiciales al interpretar erróneamente la extensión material de la prohibición de embargo prevista en el citado artículo 154.2 LHL. El error, arguye el recurrente, lo cometería el Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera al acordar el embargo de bienes del Ayuntamiento de la misma localidad para cubrir la deuda insatisfecha sin tener presente la prohibición que pesa sobre tal medida según el artículo 154.2 LHL.

El Ministerio Fiscal, por su parte, argumenta en los mismos términos que lo había hecho en los aludidos recursos de amparo números 1.333, 1.335 y 1.676, todos de 1996, y resueltos en las sentencias citadas. El Ministerio Público señala que, de estimarse la cuestión de inconstitucionalidad número 2.776/90 sobre el artículo 154.2 LHL, que al tiempo de su alegato aún estaba pendiente de resolución y que hoy es el objeto de la STC 166/1998, no cabría sino desestimar el presente amparo. No obstante, arguye el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, la respuesta ofrecida por los órganos judiciales ordinarios a las razones invocadas por el Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera contra el mandamiento de embargo contra sus bienes está debidamente fundada sobre una razonada y razonable, pese a poder ser discutible, interpretación de la legalidad ordinaria pertinente al caso, sin que pueda considerarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

3. Este Tribunal ha resuelto, en efecto, en su reciente STC 166/1998, cuál haya de ser, justamente, la interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 154.2 LHL en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (24.1, en relación con el art. 117 y 118 CE). Dicha sentencia declara en su fallo la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y bienes en general» del apartado 2.º del artículo 154 LHL, «en la medida en que no excluye de la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».

Señalábamos en dicha STC 166/1998 que, «si bien los Entes locales deudores están sometidos al principio de legalidad en materia de gasto público, no están menos obligados a ejecutar la sentencia condenatoria en sus propios términos. Pues si no lo hiciera así y dilatase su cumplimiento más allá de un plazo razonable, se produciría una lesión del artículo 24 CE, que garantiza el derecho del particular acreedor a la tutela judicial efectiva y, en este caso, a

la ejecución sin dilaciones indebidas, de las resoluciones judiciales firmes. Lo que conduce a examinar si el régimen general previsto en el artículo 154.4 LHL garantiza, en todo caso, que no se produzca este resultado negativo» (fundamento jurídico 7.º).

Pues bien, afirmábamos en nuestra STC 166/1998, que el procedimiento previsto en el artículo 154.4 LHL no ofrecía las aludidas garantías, infringiendo el artículo 24.1 CE. «El artículo 154.4 LHL», decíamos allí, «no impide que el Ente local deudor persista en el incumplimiento de la sentencia condenatoria y posponga o difiera el pago al particular, pese a que tanto éste como el órgano jurisdiccional hayan actuado con la debida diligencia e intensidad legal posible para remover la obstaculización producida (STC 67/1984, fundamento jurídico 2.º). De suerte que, agotada la eficacia del régimen general de pago del artículo 154.4 LHL, caso de que no se satisfaga el derecho de crédito del particular, y, por tanto, se incumpla la resolución condenatoria, se plantea el problema de la inembargabilidad que el artículo 154.2 LHL establece» (fundamento jurídico 8.º, *in fine*).

Así pues, constatada la falta de idoneidad del procedimiento de ejecución administrativa de resoluciones judiciales firmes para garantizar su efectivo cumplimiento, concluíamos también la inconstitucionalidad de la extensión de la prohibición de embargo establecida en el artículo 154.2 LHL a cualesquiera bienes de la Corporación local. El régimen general de pago previsto en el artículo 154.4 LHL no garantiza, por sí solo, que la Entidad local deudora cumpla con el mandato judicial, pudiendo posponer o diferir la ejecución de la sentencia y quedando así insatisfecho el derecho de crédito del particular acreedor, por lo que la inembargabilidad establecida en el artículo 154.2 LHL, en la medida en que se extiende a «los bienes en general de la Hacienda local» y comprende los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público, no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el artículo 24.1 CE reconoce y garantiza. Pues no está justificada en atención al principio de eficacia de la Administración Pública ni con base en el de la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Ni tampoco puede considerarse proporcionada en atención a la generalidad con que se ha configurado este obstáculo o limitación al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, excediendo así notoriamente las finalidades que la justifican» (fundamento jurídico 12.º).

En dicha sentencia delimitamos el ámbito material de la prerrogativa de inembargabilidad distinguiendo entre lo que allí denominamos «Hacienda Pública» de los Entes locales y su «Patrimonio», indicando que únicamente los bienes, fondos y derechos que quepa integrar en la primera gozan de dicha prerrogativa al igual que los bienes de dominio público y comunales. Señalábamos aquí que «en la Hacienda local (...) se integra el conjunto de los ingresos, tributos propios, participaciones en tributos de otros Entes públicos, subvenciones, precios públicos, productos de las operaciones de créditos, las multas que perciben, así como por las demás prestaciones de Derecho público (art. 2.1 LHL). En suma, los «tributos y cantidades que, como ingresos de Derecho público deben percibir las Entidades locales» (art. 2.2 LHL). Y los apartados 2 y 3 del artículo 3 de esta disposición refuerzan la separación entre «Hacienda» y «patrimonio» al determinar el primero que constituyen «ingresos de Derecho privado» de las Entidades locales, que forman parte de su Hacienda, «los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados

de su patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación». Mientras que el segundo considera «patrimonio de las Entidades locales el constituido por los bienes de su propiedad, así como por los derechos reales o personales de que sean titulares, susceptibles de valoración económica, siempre que unos y otros no se hallen afectos al uso o servicio público». Estos últimos bienes y derechos privativos del Ente local, con la excepción hecha de los afectados materialmente a un servicio o uso público, no gozarían, por contra, de la citada prerrogativa de inembargabilidad dispuesta por el artículo 154.2 LHL, al carecer la misma de fundamento constitucional.

«En definitiva», aseverábamos en nuestra resolución, «hemos de llegar a la conclusión de que, observado el procedimiento para la válida realización del pago (art. 154.4 LHL y concordantes) si el Ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada, la prerrogativa de inembargabilidad de los «bienes en general» de las Entidades locales que consagra el artículo 154.2 LHL, en la medida en que comprende no sólo los bienes demaniales y comunales sino también los bienes patrimoniales pertinentes a las Entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 CE garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (fundamento jurídico 15.^o).

4. Lo dicho en la STC 166/1998 es plenamente aplicable al caso de autos, pues, dilatado por el Ayuntamiento el cumplimiento voluntario y por el específico procedimiento administrativo a seguir en estos casos, de la sentencia condenatoria, el derecho fundamental del acreedor a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE) impone a los órganos judiciales a instancia del particular adoptar las medidas oportunas para garantizar la efectividad de sus resoluciones, entre las que cabe el embargo ejecutivo, siempre que no recaiga sobre ninguno de los bienes o derechos antes enumerados, que gozan de la prerrogativa de inembargabilidad, y que sucintamente son los de dominio público, los comunales, los que integran la Hacienda del Ente local y los bienes patrimoniales materialmente afectados al sostenimiento de un servicio o uso público.

Planteada así la cuestión, no resta más que afirmar, coincidiendo con lo alegado por el Ministerio Fiscal, que, a la vista de lo resuelto en la STC 166/1998, no cabe sino desestimar el presente recurso de amparo. Ahora bien, dada la generalidad del embargo decretado en el asunto de autos por el órgano judicial ordinario, quizá no sea inconveniente insistir en que, conforme a lo resuelto por este Tribunal en la mencionada sentencia, de ningún modo podrán ser señalados para su traba bienes de dominio público, comunales, los que integran la Hacienda del Ente local y los bienes patrimoniales materialmente afectados al sostenimiento de un servicio o uso público.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Pedro Cruz Villalón a la sentencia recaída en el recurso de amparo número 941/97

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria expresada en la sentencia que antecede, y aun concurriendo con aquélla en lo que a la parte dispositiva de ésta se refiere, no alcanzo a compartir la fundamentación de la misma.

Tal como se refleja en los Antecedentes, un Ayuntamiento ha demandado amparo de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, vulnerado en su criterio por una resolución judicial que habría efectuado una interpretación contraria a derecho de lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en la especie, que dicho precepto no impide el embargo de los bienes municipales de dominio privado. Como dice la resolución frente a la que inmediatamente se acude en amparo, «...los primeros (i.e., los bienes de dominio público) no pueden ser objeto de embargo (en tanto) ... los segundos (i.e., los de dominio privado) sí que están afectos al cumplimiento de la obligación de la entidad local deudora por formar parte de un patrimonio privado...». La sentencia de cuya fundamentación respetuosamente disiento desestima la demanda de amparo con apoyo en lo declarado con posterioridad a la presentación de la misma en la STC 166/1998, es decir, como una consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial proyectada sobre el artículo 154.2 LHL que allí se contiene, en tales términos que pudiera perfectamente entenderse que, de no mediar dicha STC 166/1998, nuestra respuesta hubiera podido ser distinta.

Entiendo, por el contrario, que la demanda de amparo del Ayuntamiento estaba desde el primer momento condenada al fracaso cualquiera que hubiera sido nuestra posterior respuesta en la indicada STC 166/1998, tanto por supuesto si hubiera sido parcialmente estimatoria, cual ha ocurrido, como si hubiera resultado enteramente desestimatoria. Pues todo el contenido de la demanda de amparo, como se indicaba, se reduce, en definitiva, a una discrepancia con la interpretación efectuada de un precepto legal que no es arbitraria y, ni que decir tiene, no vulnera ningún otro derecho fundamental susceptible de amparo constitucional; en último término, dicha demanda se agotaba en la reivindicación de una inembargabilidad universal de los bienes de las corporaciones locales, que los órganos judiciales entendieron que no encontraba apoyo en el artículo 154 LHL. Así articulada, la petición de amparo se encontraba sentenciada *ab initio*.

La resolución directamente impugnada, en efecto, se limitó a confirmar, con alguna precisión adicional, lo argumentado en el Auto del Juzgado de primera instancia, a saber, que una interpretación del artículo 154 LHL, adecuadamente integrado en el conjunto del ordenamiento jurídico, llevaba a entender que la prohibición de embargo había de ser comprendida como referida únicamente a los bienes de dominio público. Con independencia de que esta interpretación pudiera dar lugar a algún interrogante desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 163 CE, lo que por lo demás aquí no se ha suscitado, es claro que la mencionada interpretación no permite en modo alguno calificar a la resolución impugnada ni de arbitraria ni de manifiestamente errónea, únicos supuestos en los que venimos entendiendo que puede producirse una vulneración, desde una perspectiva material, del derecho a la tutela judicial efectiva. Lleva, por tanto, razón el Ministerio Fiscal cuando declara que «ahora el supuesto es precisamente el contrario, quien viene en amparo no es el acreedor de la entidad local sino ésta y las resoluciones judiciales no deniegan, sino que acuerdan, determinados embargos. Entendemos que, precisamente por esta circunstancia, para resolver el recurso de amparo no es preciso establecer las razones que llevan al legislador a mantener la inembargabilidad —por otra parte, criticada por la doctrina y, como hemos indicado, objeto de una cuestión de inconstitucionalidad— sino, ciñéndonos al derecho fundamental alegado —tutela judicial efectiva— determinar

si las resoluciones recurridas están razonadas y fundadas en derecho o, por el contrario, son arbitrarias y carentes de fundamento».

No obstante, lo anterior, la fundamentación jurídica de nuestra sentencia arranca directamente de nuestra doctrina recaída en la STC 166/1988, tratándose al Ayuntamiento, implícitamente, igual que si del particular afectado por la inembargabilidad se tratara, como si pudiera equipararse, desde la perspectiva de la jurisdicción de amparo, la reivindicación de una prerrogativa a la reclamación del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, llegando incluso a finalizar con una advertencia relativa al alcance exacto de los bienes susceptibles de embargo. Desestimar la presente demanda de amparo partiendo directamente de la conclusión alcanzada en nuestra STC 166/1998, como ahora hacemos, no contribuye, en mi modesta opinión, a situarla en sus justos términos. Como dijimos en la STC 64/1988 (fundamento jurídico 2.º), tratando de los entes públicos como titulares del derecho fundamental *ex* artículo 24.1 CE, «el derecho fundamental ligado con la capacidad para ser parte en un determinado proceso es el derecho a la prestación que por la genérica consideración de parte se puede reclamar del órgano jurisdiccional, pero no puede ser puesto al servicio de privilegios o prerrogativas».

Por todo ello, entiendo que la presente demanda de amparo debió haber sido desestimada con el sencillo argumento de que la resolución judicial impugnada siempre fue una resolución no incurso en arbitrariedad ni en error patente, con completa independencia de que, con posterioridad, haya podido contar con la autoridad añadida de la doctrina contenida en la STC 166/1988.

Publíquese este voto en el *Boletín Oficial del Estado*.

Madrid, a 29 de octubre de 1998.—*Pedro Cruz Villalón*.—Firmado y rubricado.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

Resolución de 9 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 11
(BOE 12-8-98).

ANOTACION DE EMBARGO.

Antes de derivar la acción al responsable subsidiario de un tributo es posible, como medida cautelar, tomar anotación de embargo preventivo sobre bienes de dicha persona, a quien se ha notificado el procedimiento.

Resolución de 13 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Orihuela, número 2
(BOE 12-8-98).

VIVIENDA FAMILIAR.

Embargo decretado en ejecución de sentencia dictada en juicio de cognición sobre vivienda privativa, sin haberse notificado la demanda al cónyuge del deudor. Es procedente cuando en el propio Registro consta otro domicilio familiar distinto. El Registrador no puede revisar las decisiones judiciales cuando no hay obstáculos derivados del Registro.

Resolución de 14 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Elche, número 3
(BOE 12-8-98).

AUTOCONTRATACION.

Hay contraprestación de intereses cuando en una misma persona concurre el doble carácter de prestatario y el de apoderado de los dueños de la finca

que se hipoteca en garantía del préstamo; no es inscribible cuando este conflicto no se ha salvado expresamente en las escrituras de apoderamiento.

Resolución de 15 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de San Feliú de Guixols
(BOE 10-8-98).

HIPOTECA.

Es inscribible el pacto de que en caso de vencimiento anticipado, los intereses se devengarán y puedan liquidarse diariamente. No es admisible el vencimiento anticipado en caso de falta de pago de las contribuciones o impuestos que afecten al préstamo o a la finca hipotecada. Tampoco es admisible el vencimiento anticipado si la finca fuere objeto de cualquier gravamen, enajenación, embargo o administración judicial.

Resolución de 16 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de San Fernando
(BOE 12-8-98).

DOMINIO PUBLICO MARITIMO-TERRESTRE.

Es inscribible una hipoteca sobre fincas ya inmatriculadas sitas en dicho dominio público en cuanto que no es operación que comporte alteración de sus líneas físicas ni se opone a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Costas.

Resolución de 17 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 7
(BOE 11-8-98).

PREHORIZONTALIDAD.

Es inscribible el pacto por el que los propietarios de varias fincas que se agrupan manifiestan el propósito de construir una edificación y constituir un régimen de propiedad horizontal cuando ésta esté terminada.

Resolución de 18 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Alcira
(BOE 12-8-98).

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Para hacer valer la preferencia de los créditos del artículo 32 respecto a asientos anteriores es preciso que se obtenga sentencia declarando dicha preferencia a través del juicio de tercera correspondiente.

Resolución de 20 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Granada, número 1
(BOE 12-8-98).

MEDIANERÍA HORIZONTAL. HABITACIONES EN OTRAS CASAS COLINDANTES.

Posibilidad de inscribir el dominio del actor sobre dos porciones de otras casas colindantes con la del mismo y sitios en la planta primera, porciones a las que se les denomina «engalabernos», sin constituir propiedad horizontal, aunque proceden de la división de un edificio.

Resolución de 21 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Alcañiz
(BOE 12-8-98).

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

Sólo abarca a aquellas peticiones cuya estimación pudiera producir una alteración registral, pero no las que sólo se refieran al cobro de ciertas cantidades. Desestimada la petición de rescisión de una venta, queda sin objeto la anotación practicada, que debe cancelarse y no convertirse en inscripción.

Resolución de 22 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Huelva, número 1
(BOE 12-8-98).

OBRA NUEVA.

Para hacer constar en el Registro las edificaciones preexistentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990 hay que justificar, alternatively, que fueron realizadas de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable y que ya no son procedentes medidas de establecimiento de la legalidad urbanística.

Resolución de 23 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27
(BOE 15-8-98).

COMPRAVENTA. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO.

Suspensión de pagos de la sociedad vendedora después de la venta y antes de la escritura. No es precisa la previa anotación de la suspensión de pagos ni la inscripción del nombramiento de los interventores, pudiendo éstos actuar de modo no conjunto, con ratificación posterior.

Resolución de 24 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 32
(BOE 12-8-98).

HIPOTECA.

Si se quiere que varias obligaciones distintas reciban cobertura hipotecaria ha de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas. La simple reunión contable de diversas operaciones de crédito no supone el nacimiento de una obligación sustantiva por el saldo resultante.

Resolución de 25 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3
(BOE 19-8-98).

PARTICION HEREDITARIA.

Debe diferenciarse con claridad la participación indivisa de cada uno de los hijos que queda gravada con el usufructo a favor de la madre, aunque en la sucesión abintestato parece claro que la intención de los otorgantes es la distribución igualitaria.

Resolución de 27 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 2
(BOE 14-8-98).

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. PRORROGA.

Caducada la anotación, no puede ser prorrogada, dado el carácter radical y automático de la caducidad, según el artículo 86 LH.

Resolución de 28 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Carmona
(BOE 15-8-98).

DONACION.

No es inscribible una escritura de resolución de donación de varias fincas en virtud de la cual los donantes disponen para sí de los bienes, recuperando el pleno dominio, pretendiendo hacer uso de la facultad de disponer que se reservaron en la escritura de donación (art. 641 frente al 639 del Código Civil).

Resolución de 29 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 23
(BOE 19-8-98).

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO.

En un mandamiento judicial para su cancelación debe constar la causa, pero la expresión contenida en el mismo de que «se deja sin efecto» se refiere al embargo mismo, de modo que ha de entenderse cumplida en el mandamiento calificado la exigencia de la expresión de la causa de la cancelación que se ordena.

Resolución de 30 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 2
(BOE 19-8-98).

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO.

No puede prorrogarse cuando el asiento ya aparece cancelado.

Resolución de 31 de julio de 1998.
Registro de la Propiedad de Ocaña
(BOE 19-8-98).

TRACTO SUCESIVO.

Para inscribir una sentencia por la que se declara el dominio en favor de los demandantes, cuando aparece que la finca ya estaba inscrita, es preciso haber demandado a todos los titulares registrales, por exigirlo el principio de tracto sucesivo.

Resolución de 24 de agosto de 1998.
Registro de la Propiedad de Almagro
(BOE 11-9-98).

HIPOTECA: INTERES VARIABLE REMUNERATORIO Y DE DEMORA. EJECUCION.

La garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios variables, exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura que, en cuanto delimitación del derecho real, opera a todos los efectos, favorables y adversos, y tanto en las relaciones entre acreedor y deudor como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor.

El segundo defecto de la nota, que plantea la misma cuestión en relación con los intereses de demora, señalando además que no se fija tope máximo, debe ser desestimado, ya que la estipulación cuestionada establece el límite en una cantidad máxima que respeta lo dispuesto en el artículo 220 RH.

La cláusula en la que se estipula que los libros del Banco acreedor y el certificado del saldo adeudado harán fe en juicio y fuera de él, no es inscribible en el Registro, porque la determinación de la eficacia probatoria de los documentos y la especificación de los títulos ejecutivos son materias de orden público sustraídas a la autonomía de la voluntad.

Resolución de 25 de agosto de 1998.
Registro de la Propiedad de Vera
(BOE 11-9-98).

INVERSIONES EXTRANJERAS.

Por razones de urgencia se puede permitir la formalización de la compra siempre que el inversor manifieste su condición de no residente y acredite su nacionalidad mediante la exhibición del pertinente documento, dejando para un momento posterior la necesidad de tal acreditación.

Resolución de 1 de septiembre de 1998
(BOE 3-10-98).

SOCIEDAD CONYUGAL. DISOLUCION.

Es inscribible el pacto incluido en el convenio regulador, que se aprobó judicialmente, de constituir usufructo en favor de la esposa sobre la vivienda que fue familiar, aunque es privativa del marido; también lo es el pacto de que si ese piso se vende, el precio será a mitad de los dos esposos. No es inscribible, por su indeterminación, la atribución del uso del piso a los hijos «mientras ellos lo necesiten razonablemente». En todo caso, la constitución del usufructo, antes dicho, debe presentarse a liquidación del impuesto.

Resolución de 4 de septiembre de 1998
(BOE 2-10-98).

TITULAR REGISTRAL.

Discrepancia entre el nombre del titular en el documento y en el Registro. Cuando es irrelevante y se comprueba la identidad, puede practicarse el asiento.

Resolución de 5 de septiembre de 1998
(BOE 2-10-98).

HIPOTECA. DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES.

Cuando el que presta la garantía es hipotecante no deudor pueden fijarse, a los efectos de los artículos 130 LH y 234 de su Reglamento, dos domicilios para requerimientos: el del deudor y el del hipotecante.

Resolución de 23 de septiembre de 1998
(BOE 17-10-98).

ANOTACION DE EMBARGO. URBANISMO.

No se puede anotar un embargo, decretado en juicio seguido contra una junta de compensación, sobre fincas resultantes de la ordenación urbanística que aparecen ya inscritas a favor de personas distintas que no han sido demandadas en el procedimiento.

Resolución de 24 de septiembre de 1998
(BOE 17-10-98).

PARTICION HEREDITARIA.

Cuando no se atiende a lo dispuesto en el testamento y hay una clara disparidad en las adjudicaciones, debe exteriorizarse el completo negocio celebrado que justifique jurídicamente el resultado perseguido.

Resolución de 25 de septiembre de 1998
(BOE 17-10-98).

PARTICION HEREDITARIA EN CATALUÑA.

Por discutirse sobre la validez de un legado según su legislación especial, la Dirección General se declara incompetente para resolver, ya que el recurso se decide por el Tribunal Superior de Justicia por tratarse de Derecho Civil especial.

Registro Mercantil

Resolución de 10 de julio de 1998.
Registro Mercantil de Madrid VIII
(BOE 12-8-98).

SOCIEDAD ANONIMA LABORAL.

No son inscribibles los acuerdos sociales previos cuando en la hoja social aparece extendida la nota de haber quedado disuelta la sociedad de conformidad con la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de S.A., aunque esta sociedad tenga carácter laboral y se acredite que en su momento se adoptaron y ejecutaron los acuerdos de aumentar el capital social en tiempo oportuno, pero sin haberse inscrito tales actos.

Resolución de 15 de julio de 1998.
Registro Mercantil de Madrid XII
(BOE 11-8-98).

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. JUNTA GENERAL.

El plazo de quince días de convocatoria se inicia a la publicación del anuncio, incluyéndose éste en el cómputo.

Resolución de 16 de julio de 1998.
Registro Mercantil de Madrid VII
(BOE 10-8-98).

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

No se puede inscribir el acuerdo social de aprobación del balance final de liquidación, cuando de éste resulta la existencia de acreedores sociales, en tanto no se paguen los respectivos créditos o se aseguren suficientemente a satisfacción de dichos acreedores.

Resolución de 25 de julio de 1998.
Registro Mercantil de Madrid XVI
(BOE 12-8-98).

S. A. JUNTA GENERAL.

No son inscribibles los acuerdos sociales documentados en certificación que se contiene en la correspondiente escritura, cuando se presenta acta autorizada por otro Notario que contradice el contenido de dichos acuerdos, en tanto no se decida judicialmente sobre su respectiva exactitud.

Registro Mercantil de Huelva
(BOE 15-8-98).

S. A. ADMINISTRADORES.

Para inscribir un acuerdo de nombramiento mediante certificación expedida por el propio nombrado, es preciso acompañar notificación fehaciente al anterior titular, que permita a éste reaccionar ante una posible falsedad (art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil). Posibilidad de la inscripción una vez presentada la querrela.

Resolución de 26 de agosto de 1998.
Registro Mercantil de Valencia II
(BOE 11-9-98).

S. A. ADAPTACION DE ESTATUTOS. REACTIVACION.

Tomados los acuerdos para adaptar los estatutos a la nueva legislación, pero presentada la escritura cuando la hoja de la sociedad ya había sido

cancelada, es preciso proceder a la reactivación, con todos sus requisitos, para poder inscribir los actos de dicha adaptación.

Resolución de 25 de agosto de 1998.
Registro Mercantil de Madrid XVII
(BOE 28-9-98).

S. A. CAPITAL SOCIAL. AMPLIACION CON CARGO A RESERVAS LIBRES.

Es inscribible un acuerdo de aumento del capital social realizado con cargo a reservas y elevado a público mediante escritura a la que se incorpora un balance verificado por un auditor de cuentas designado por los administradores, subsanada por otra que incorpora un balance idéntico verificado por otro auditor nombrado por el Registrador Mercantil.

Resolución de 27 de agosto de 1998.
Registro Mercantil de Madrid III
(BOE 28-9-98).

S. R. L. ADMINISTRADORES.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no exige que en los estatutos se exprese el número de integrantes del órgano de administración, pero cuando haya varios administradores es necesario que se precise la forma en que se ejercerá por los mismos el poder de representación, por exigirlo el artículo 62.2 de la Ley.

Resolución de 28 de agosto de 1998.
Registro Mercantil de Vitoria
(BOE 28-9-98).

SOCIEDAD UNIPERSONAL.

No es inscribible una escritura de constitución de sociedad unipersonal de responsabilidad limitada otorgada antes de la entrada en vigor de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, porque la 12.ª Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, de 21 de diciembre de 1989, no contenía una regulación suficiente.

Resolución de 29 de agosto de 1998.
Registro Mercantil de Barcelona XVI
(BOE 28-9-98).

SOCIEDAD UNIPERSONAL.

No es inscribible una escritura de constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada otorgada antes de la entrada en vigor de la

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, porque la 12.^a Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, de 21 de diciembre de 1989, no contenía una regulación suficiente.

Resolución de 31 de agosto de 1998.
Registro Mercantil de Barcelona VI
(BOE 29-9-98).

S. A. CIERRE REGISTRAL.

Cerrada la hoja registral de la sociedad por incumplimiento de lo establecido en los artículos 276 y 277 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, no pueden practicarse otras inscripciones en dicha hoja en tanto no se cancele la nota marginal motivada por el mandamiento de la Agencia Tributaria.

Resolución de 2 de septiembre de 1998
(BOE 2-10-98).

S. A. ACUERDOS SOCIALES.

La convalidación de un acuerdo que se declaró nulo requiere el consentimiento unánime de todos los socios, pues en otro caso la ratificación sanatoria sería en realidad un nuevo acuerdo cuya eficacia sólo se produce desde el momento en que es válidamente adoptado.

Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento

Resolución de 11 de julio de 1998.
Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de Valencia
(BOE 11-8-98).

CANCELACION.

Puede practicarse la de una prenda sin desplazamiento que aseguraba el fraccionamiento de liquidaciones tributarias mediante documento de la Agencia Tributaria en el que conste el pago de las deudas aseguradas.

Resolución de 28 de julio de 1998.
Registro de Hipoteca Mobiliaria de Totana
(BOE 15-8-98).

HIPOTECA MOBILIARIA.

No es inscribible la hipoteca mobiliaria que constituye de modo unilateral el deudor que se reconoce como tal frente a diversos acreedores, procediendo a una novación unilateral de las deudas por otra nueva, en garantía de la cual ofrece una sola hipoteca global.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
y EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

S.A.: AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACION DE CREDITOS. ALTERACION DEL OBJETO SOCIAL.—EN LA AMPLIACION DE CAPITAL POR COMPENSACION DE CREDITOS EN SOCIEDADES NO OBLIGADAS LEGALMENTE A NOMBRAR AUDITOR, LAS GARANTIAS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL EXAMEN DE LA CONTABILIDAD SOCIAL IMPONEN EL NOMBRAMIENTO POR EL REGISTRADOR MERCANTIL A SOLICITUD DE LOS ADMINISTRADORES. NO HAY GARANTIA ALGUNA DE QUE LOS CREDITOS QUE SE CAPITALIZAN, COMO INDICA EL RECURRENTE, A TRAVES DE LOS DATOS QUE ARROJA EL BALANCE EN CUYO PASIVO FIGURA LA CUENTA GENERAL CON SOCIOS Y ADMINISTRADORES Y, DENTRO DE ELLA, LA PARTICULAR CON CADA UNO, EXISTAN, SEAN EXIGIBLES Y HAYAN SIDO LOS CAPITALIZADOS. AL SEÑALAR EL ARTICULO 2 DE LOS ESTATUTOS QUE EL OBJETO SOCIAL ES LA EXPLOTACION Y COMERCIALIZACION DE BIENES RAICES, TANTO RUSTICOS COMO URBANOS, Y ESPECIFICAR EN LOS PARRAFOS SIGUIENTES ACTIVIDADES RELACIONADAS CON DICHOS BIENES Y OTRAS AJENAS A SU EXPLOTACION, SE IGNORA LA REITERADA DECLARACION DEL CENTRO DIRECTIVO SOBRE COMO LA DETERMINACION DEL OBJETO SOCIAL POR EL GENERO INCLUYE TODAS SUS ESPECIES, QUE AÑADIDA A LA PROHIBICION DEL ARTICULO 117 RRM TERMINA EN LA CONCLUSION DE QUE EL ARTICULO NO ES INSCRIBIBLE EN SU INTEGRIDAD. LA ADICION INCORPORADA AL DOCUMENTO CON POSTERIORIDAD A LA CONFECCION DEL RESTO, NECESITA DE LA GARANTIA DE SALVEDAD QUE EXIGE LA NORMA REGLAMENTARIA PARA TENERLA COMO PARTE AFECTADA POR EL OTORGAMIENTO. (RESOLUCIÓN DE 22 DE MAYO DE 1997. BOE DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

RESOLUCION de 22 de mayo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, contra la negativa de don Francisco Javier Sáenz Villar, Registrador Mercantil de Madrid número XIV a inscribir una escritura de formalización de un aumento de capital y otros acuerdos sociales.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, contra la negativa de don Francisco Javier Sáenz Villar, Registrador Mercantil de Madrid número XIV, a inscribir una escritura de formalización de un aumento de capital y otros acuerdos sociales.

Hechos.—1. En escritura autorizada el 19 de abril de 1993 por el Notario de Valladolid, don Julián Manteca Alonso-Cortés, fueron elevados a públicos los acuerdos adoptados por la Junta general y universal de la sociedad «Montajes Ochenta y Ocho, Sociedad Anónima», celebrada el 31 de marzo de 1993, relativos al aumento del capital social mediante capitalización de créditos que determinados socios ostentaban frente a la sociedad, la modificación y adaptación de sus estatutos al nuevo régimen legal, cese y nombramiento de administradores. En cuanto al primero de tales acuerdos consta en la certificación re-

lativa al mismo que se puso a disposición de los accionistas, con anterioridad a la convocatoria de la Junta, la certificación del auditor de cuentas de la sociedad a los efectos previstos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Se incorporaron a la escritura y se testimonian en la copia una certificación del acuerdo tomado por otra Junta general y universal, celebrada el 1 de marzo de 1993, nombrando auditor, a fin de elaborar el informe exigido por dicha norma legal, a don Luis Estaña Román, auditor de cuentas número 6.843, el escrito de aceptación por parte de éste, un informe especial sobre los créditos a compensar fechado el 10 de marzo de 1993 y suscrito por el citado auditor y un balance cerrado al 31 de diciembre de 1992 con el extracto de las cuentas con socios y administradores del Libro Mayor.

En la nueva redacción dada a los Estatutos, el artículo 2.º reza así: «La sociedad tiene como objeto la explotación y comercialización de bienes raíces, tanto de naturaleza urbana como rústica. En los de naturaleza urbana se dedicará a las actividades de compra y venta del suelo e inmuebles, a la preparación, redacción y explotación de planes para urbanización y creación de polígonos, así como a las complementarias de promoción y explotación en arrendamiento de bienes inmuebles. Dentro de sus propias instalaciones o en las de terceros poseídas con cualquier título por la sociedad, se dedicará a la fabricación, construcción, elaboración, importación y exportación y mecanización de sistemas electrónicos, electromecánicos y neumáticos. Dando a esta maquinaria la actividad complementaria de compra y venta, mantenimiento, instalación y revisión, pudiendo representar por cuenta propia la actividad comercial de otros fabricantes de este ramo. En cuanto a los de naturaleza rústica se dedicará a las actividades de compra y venta de suelo y explotaciones agrícolas y ganaderas, así como a la actividad directa de explotación de su propio suelo y ganaderías o de cualquier tercero en régimen de arrendamiento, aparcería o cualquier otro título que le dé derecho a ello. Dichas actividades podrán ser desarrolladas, total o parcialmente, por la sociedad mediante su participación, tenencia y adquisición de títulos en otras sociedades anónimas o limitadas con objeto idéntico o análogo».

11. Presentada copia de dicha escritura al Registro Mercantil de Madrid fue calificada con una nota, que en lo que a los efectos de este recurso interesa, dice: «Se deniega la inscripción del aumento de capital por existir los siguientes defectos que impiden practicarla: la auditoría que sirve de base al aumento del capital no se ha realizado por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil conforme al artículo 327 del Reglamento del Registro Mercantil. Se suspende la inscripción de los actos contenidos en el documento presentado por existir los siguientes defectos que impiden practicarla: 1) No se han salvado reglamentariamente los interlineados que constan en las cláusulas primera y segunda de la parte dispositiva de la escritura. 2) No se hace constar en la escritura de fecha de los créditos que se compensan conforme al artículo 168 del Reglamento del Registro Mercantil. 3) El artículo 2, apartados 2 y 3, de los Estatutos comprende supuestos de capacidad en contra del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil. 4) El artículo 12 de los Estatutos incluye a los auditores como órgano social en contra del artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil. 5) El artículo 17 de los Estatutos en relación con el 5 de los mismos vulnera el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas. 6) El artículo 18 de los Estatutos es contrario a lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas. 7) El artículo 24 de los Estatutos en lo relativo a la aprobación del acta de la Junta es

contrario al artículo 113 de la Ley de Sociedades Anónimas y Resolución de 27 de junio de 1992. 8) Los artículos 27 y 28 de los Estatutos son contradictorios al señalar un plazo de duración de cinco años y permitir nombramientos por plazo inferior en contra del artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas. 9) El artículo 34 de los Estatutos permite la prórroga tácita del consejero-delegado en contra de los artículos 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y 146 del Reglamento del Registro Mercantil. 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, 13 de julio de 1993.—El Registrador.—Fdo. Firma ilegible, don *Francisco Javier Sáenz Villar*».

Nuevamente presentada junto con copia de otra escritura subsanatoria autorizada por el mismo Notario en fecha 23 de septiembre siguiente, fue calificada con una nueva nota en la que consta: «Presentado nuevamente con fecha 6 de los presentes, en unión de escritura de subsanación otorgada ante el Notario autorizante de la presente con fecha 23 de septiembre de 1993, número 2.511 de su protocolo, se deniega la inscripción del documento presentado por haberse calificado insubsanable el primer defecto de la nota precedente. Se suspende la inscripción del mismo por no haberse subsanado los defectos advertidos en la nota precedente con los números 1), 2), 3) y 6). 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, 7 de octubre de 1993.—El Registrador». Sigue una firma y el sello de don Francisco Javier Sáenz Villar.

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma contra la última de las calificaciones y, en concreto, frente al defecto calificado como insubsanable y los tres primeros subsanables, alegando: 1. Que el defecto insubsanable debe referirse al apartado 4 del artículo 237 del Reglamento del Registro Mercantil, que en relación con el artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable a este caso, parece claro que el nombramiento por parte del Registrador Mercantil procede cuando la sociedad no tiene auditor de cuentas y, en este supuesto, lo tiene nombrado por la Junta General, y conforme ha puesto de manifiesto la Resolución de 26 de junio de 1992. 2. Que en cuanto al primer defecto de los subsanables hay que señalar que la copia de la escritura presentada en el Registro no tiene absolutamente ningún interlineado; hay simplemente unas líneas de escritura en distinto tipo de letra en el original. 3. Que en el caso que se contempla, las cuentas de créditos de los socios que se compensan constan perfectamente detalladas en los balances que se incorporan y en las cuentas del Libro Mayor de la sociedad que igualmente se incorporan y son el saldo de las mismas a 31 de diciembre de 1992, perfectamente detalladas en sus orígenes, concepto y detalle; y 4. Que en lo referente al artículo 2 de los Estatutos sociales, aparte de la desafortunada expresión de la palabra capacidad, se supone que quiere decir que el objeto es indeterminado o que expresa actos o negocios jurídicos, pues la cita amplia del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil es *per se* insuficiente. Que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 2 de los Estatutos se limitan a desarrollar las actividades de los bienes urbanos y rústicos, respectivamente, sin que de ellos se deduzca nada contrario al artículo 117, sino que desarrollan sectores de actividad en cada uno de ellos. Que en cuanto a los demás puntos de la calificación han sido rectificados en las escrituras de subsanación.

IV. El Registrador Mercantil resolvió mantener en su integridad la nota recurrida, e informó: I. Que el primer defecto está resuelto por la Resolución de 15 de julio de 1992. II. Que la sociedad no tiene inscrito ningún nombramiento de auditor; que el nombramiento y aceptación que figuran incorporados a la escritura se refiere exclusivamente al supuesto del artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas, y no al nombramiento para auditora las cuentas del artículo 203 de dicha Ley. III. Que no resulta con la claridad debida quién ha hecho el nombramiento del auditor, ni la fecha del mismo, pues si bien en el certificado expedido por el administrador se manifiesta que lo hizo la Junta general el día 1 de marzo de 1993, en la aceptación del auditor resulta que lo hizo el Consejo, con fecha 18 de febrero de 1993. IV. Que en cuanto al defecto señalado con el número 1 de la nota de suspensión recurrida, hay que aclarar que se llame interlineado el hecho que los textos que figuran al final de los párrafos primeros de las cláusulas primera y segunda de la parte dispositiva de la escritura por encima de que la máquina con que estuvieren impresos sea distinto del tipo de que venía utilizándose para ello, por que puede entrañar desde el punto de vista formal, la transgresión de las normas de redacción de los documentos notariales establecida en el Reglamento Notarial en sus artículos 155 y 247; por poder implicar una sospecha de manipulación de la copia derivada de las presunciones no legales que, según el artículo 1.253 del Código Civil, han de basarse en el sentido común, por asegurar que en la matriz constan también los textos añadidos; y, por último, por evitar, en caso de litigio, que las partes no se vean obligadas a solicitar el cotejo con la matriz. V. Que el artículo 168 del Reglamento del Registro Mercantil exige que conste en la escritura la fecha de los créditos que se compensan, ya no puede entenderse cumplido este requisito con una farragosa relación de créditos y deudas de los socios y la sociedad que se expresa en el informe del auditor, ya que no se determina si los créditos que se compensan son todos los que dice el auditor en su fecha, o en crédito nuevo que surge del cierre de un contrato de crédito en cuenta entre socio y sociedad con fecha distinta. VI. Que en cuanto al defecto referente al artículo 2 de los Estatutos, hay que señalar que en el citado precepto se pueden distinguir los partes diferentes, la que recoge el primer párrafo, suficiente para determinar el objeto de una sociedad con carácter general y la que componen los dos párrafos siguientes en los que se detallan los actos concretos en que aquél se plasma. Que se considera que una de las dos sobra, y de admitirse hace imprecisa la publicidad registral y puede inducir a error a los terceros que consulten el Registro. Que debe elegirse una de las dos soluciones: la general y omnicompreensiva, dentro de los actos de explotación y comercialización, o la detallada o concreta, que sólo permitirá a la sociedad los actos contenidos en las actas correspondientes, que llegan a incluir unas actividades que no pueden considerarse ni por error «actos de explotación o comercialización de bienes raíces», como ocurre con la fabricación, construcción, importación y explotación de maquinaria del tramo de sistemas electrónicos, electromecánicos y neumáticos. Que el caso incide claramente en el supuesto del número 2 del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil; criterio que viene resuelto por la Resolución de 22 de junio de 1991.

V. El recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: A) 1. Que en el caso que se trata, el auditor ha sido nombrado en Junta general universal de 1 de marzo de 1993 y aceptado por el auditor el 10 de marzo de 1993. Que en la Resolución de 15 de julio de

1992, que alega el Registrador (sin citar la Resolución de 26 de junio de 1992), el auditor fue nombrado por los administradores, no por la Junta general, y la Dirección General en la misma no dice que no pueda ser designado por la Junta. 2. Que se expidió certificado independiente del nombramiento y la aceptación, y que, efectivamente, en la escritura se contenía una carta del auditor manifestando su aceptación y, sin duda, por error se refería a su nombramiento por el Consejo de Administración, de fecha 18 de febrero pasado, cuando la sociedad ni siquiera tenía Consejo de Administración. Que su nombramiento a los efectos del artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas es suficiente, y sería con un alcance parecido al artículo 323 del Reglamento del Registro Mercantil. Que el nombramiento lo hizo la Junta general, con fecha 1 de marzo de 1993, y fue aceptado, expresa y formalmente, por el auditor el 10 de marzo de 1993. 3. Que a dicho nombramiento y su aceptación, presentados en el Registro Mercantil con la misma fecha que la escritura rectificada, no se ha tenido contestación hasta finales de noviembre (fecha de calificación de 18 de noviembre de 1993). B) Que es inexplicable la insistencia en este defecto, cuando la copia no tiene ningún interlineado. C) Que parece claro que los créditos que se compensan en el aumento de capital son los resultantes a fecha del balance (31 de diciembre de 1992), según dice el informe del auditor; y en el balance que se incorpora, a 31 de diciembre de 1992, aparecen perfectamente identificadas las tres cuentas de los socios que se compensan, y como las cantidades que reflejan las cuentas son el saldo de unas cuentas que los socios mantienen con la sociedad, se incorporan los extractos de las tres cuentas en que se reflejan todas las operaciones con sus respectivas fechas de abono y cargo, hasta llegar al saldo que aparece reflejado en el balance. Que mayor determinación no cabe. D) Que, en ningún caso, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 2 de los Estatutos suponen «indecisión en el objeto social de los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él», pues no enumeran propiamente actos jurídicos sino «actividades». Que se opina que no es pertinente la cita de la Resolución de 22 de junio de 1991, pues se trataba de una sociedad de seguros. Que se puede decir que el autor de los Estatutos, al enumerar actividades que integran su objeto, registró algunas con diferentes palabras. No parece que le sea de aplicación el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 155, 156.1.b), 157.2 de la Ley de Sociedades Anónimas; 117, 133, 134, 168.3, 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil; 152 y 153 del Reglamento Notarial y las Resoluciones de este Centro de 15 y 16 de marzo de 1988, 17 de noviembre de 1989, 20 de diciembre de 1990, 26 de junio y 15 de julio de 1992, 8 y 11 de octubre y 15 y 19 de noviembre de 1993.

1. El primero de los cuatro defectos de la nota de calificación recurridos, único al que se atribuye el carácter de insubsanable, cuestiona la idoneidad del auditor que ha emitido el informe o certificación exigida por el artículo 156.1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas sobre los créditos que se pretendían capitalizar, y que en este caso ha sido nombrado específicamente para ello por la Junta general de la sociedad.

Es doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 15 de julio de 1992 y 8 de octubre de 1993) que en tales supuestos existe una dualidad de intereses en juego: por un lado, el de los socios preexistentes en seguir

manteniendo, después de la ampliación, su participación en el patrimonio social; y, por otro, el de los terceros relacionados que en el futuro entablen relaciones con la sociedad, de que ese aumento del capital se corresponda con una efectiva y, al menos, equivalente aportación patrimonial. Y aun cuando cada uno de esos intereses tiene como regla general su propio mecanismo de garantía, cabe, en aras de una simplificación de trámites, al tener ambos como base fundamental la comprobación de la contabilidad social, unificarlos en una sola auditoría de esa contabilidad, siempre que la misma reúna al menos las garantías de independencia e imparcialidad preestablecidas para la protección de todos los intereses concurrentes, lo que en el caso de no haber designado la sociedad auditor por no estar legalmente obligada a ello impone su nombramiento por el Registrador Mercantil a solicitud de los administradores.

2. Por razones de sistemática parece oportuno abordar a continuación el examen del segundo de los defectos de entre los que en la nota se califican como subsanables, al estar referido también al aumento del capital. Se señala como tal la falta de una suficiente identificación en la escritura de los créditos que se compensan como desembolso del aumento del capital social, al faltar la determinación de su fecha tal como exige el artículo 168 del Reglamento del Registro Mercantil.

Los mismos intereses en juego a que se hacía referencia en el fundamento jurídico anterior exigen, salvo en el caso de aportaciones dinerarias en los que su especial naturaleza determina que lo esencial sea la garantía de su realidad (art. 40 de la Ley de Sociedades Anónimas), la debida identificación de los bienes o derechos que se aportan al patrimonio social, sea en el momento de la constitución [arts. 8.c), 36 y 38 de la misma Ley], sea en un momento posterior con ocasión de un aumento del capital (art. 155). Y la necesidad de esa identificación viene reiterada por el Reglamento del Registro Mercantil en el que, además, se establecen los criterios con arreglo a los cuales debe hacerse, naturalmente sin ánimo de exhaustividad, dada la gran variedad de bienes o derechos que pueden ser objeto de aportación (cfr. arts. 133 y 134). Por su parte, el artículo 168.3 exige que cuando el contravalor del aumento de capital consista en la compensación de créditos.

Alega el recurrente: *a)* que tal exigencia ha de adaptarse a las peculiaridades de un caso como el presente en que los créditos de los socios frente a la sociedad no son, según se dice, sino el saldo que arroja a su favor una cuenta corriente existente entre las partes, en la que el importe de los cobros o pagos entre ellas, fruto de operaciones diversas, pasan a ser meros asientos contables, perdiendo así su individualidad, de suerte que tan sólo el saldo resultante constituye una obligación exigible; *b)* que en tal caso, la identificación y determinación de ese supuesto tan sólo cabe hacerla con referencia a la cuenta, y al saldo existente y exigible en una determinada fecha; *c)* que habrá que entender, por tanto, que en este caso quedan suficientemente identificados los créditos que se capitalizan a través de los datos que arroja el balance en cuyo pasivo figura la cuenta general con socios y administradores y, dentro de ella, la particular con cada uno, así como los extractos del Libro Mayor con todos los asientos contables de cada una de ellas y la fecha de apertura y el saldo final.

No obstante, el defecto ha de confirmarse en este caso por cuanto no hay garantía alguna de que esos créditos así documentados existan, sean exigibles y hayan sido los capitalizados. En efecto, el informe con valor de certificación

emitido por el auditor se limita, como es usual, a aseverar que una vez comprobada la contabilidad social resultan correctos los datos que sobre los créditos a capitalizar figuran en la propuesta que el Administrador único eleva a la aprobación de la Junta. Sería esa propuesta, posteriormente aprobada, la que permitiría comprobar, por un lado, que existen los créditos contabilizados y que son exigibles con el carácter que se les atribuye, pues no puede olvidarse que la sustitución de las deudas y los créditos asentados en la cuenta corriente por el saldo resultante precisa el consentimiento de las partes (art. 1.204 del Código Civil), y por otro, que han sido esos créditos los que se capitalizan, y cuya existencia, cuantía y exigibilidad avalaría el informe del auditor. Pero un balance y unos apuntes contables desconectados de aquella propuesta y del informe del auditor y, por otra parte, carentes de autenticación alguna, no puede considerarse que sirvan para tener por debidamente identificados los créditos, cuya inscripción justifica el aumento del capital practicado.

3. El último de los defectos recurridos, tercero de los calificados como subsanables en la nota, aunque resulta confuso en su formulación inicial, se centra, en definitiva, en la admisibilidad de la determinación que en los estatutos sociales se hace de las actividades que constituyen el objeto social. Discrepan el Registrador y el recurrente en si se da o no contradicción entre el primer párrafo del artículo 2.º de los Estatutos, donde se enumeran unas actividades genéricas: «la explotación y comercialización de bienes raíces, tanto de naturaleza urbana como rústica», y los párrafos siguientes, en los que se enumeran una serie de actividades, ya más concretas, en relación con los bienes de una y otra naturaleza, aparte de otras ajenas a la idea de explotación de bienes raíces.

Es doctrina de este Centro Directivo, que por lo reiterada ha de tenerse por consolidada (Resoluciones de 15 y 16 de marzo de 1988, 17 de noviembre de 1989, 20 de diciembre de 1990, 11 de octubre, 15 y 19 de noviembre de 1993) que la determinación de las actividades que integren el objeto social por el género incluye todas sus especies, de modo que la enumeración de estas últimas tan sólo tiene sentido cuando tenga por objeto excluirlas y no a la inversa, ante la práctica imposibilidad de hacerlo de forma exhaustiva y el consiguiente riesgo de que esa enumeración se entienda en el sentido de que tan sólo las incluidas en ella quedan integradas en el objeto y no las restantes. Si a ello se añade la prohibición contenida en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil de incluir en el objeto social los actos jurídicos necesarios para el desarrollo o realización de las actividades que lo integran, ha de llegarse a la conclusión de que en este caso no es inscribible el artículo 2.º de los Estatutos sociales en su integridad.

De entre las actividades enumeradas en sus párrafos segundo y tercero tan sólo son registralmente admisibles las relativas a: «la preparación, redacción y explotación de planes para urbanización» pues, pese a lo inadecuado de la terminología utilizada —la urbanización se basa en proyectos, no en planes, cuyo objeto es la ordenación urbanística, y es difícil concebir como actividad la explotación de planes— la planificación urbanística es una labor técnico-jurídica no comprendida en los conceptos genéricos de comercialización y explotación de bienes raíces y que puede desarrollarse al margen de la propiedad o cualquier otro derecho sobre los bienes objeto de la misma; las enumeradas en la segunda parte del párrafo segundo, a partir de la frase: «Dentro de sus propias instalaciones o en las de terceros poseídas por cualquier título

por la sociedad...» pues, aparte de esa intrascendente referencia al lugar o sede física en la que puedan realizarse y que, prácticamente es cualquiera, las actividades que se enumeran a continuación no pueden entenderse como una especie de la explotación y comercialización de bienes raíces, sino que tienen sustantividad propia; y del párrafo tercero, «a la compra y venta de explotaciones agrícolas y ganaderas», pues si bien es lo normal que tales explotaciones tengan como base física bienes raíces, el concepto de explotación, aun no siendo coincidente con el de empresa, también hace referencia a la ordenación de un conjunto de medios materiales e inmateriales entre los que aquellos bienes pueden tener un valor y significado tan sólo secundario. Todo ello, aun reconociendo el riesgo de que la inscripción de una norma, así mutilada, no satisfaga la deseable claridad que es recomendable en los asientos registrales.

4. El último de los defectos a abordar, y que en la nota viene señalado como primero de los subsanables, atribuye al título una irregularidad formal, el no haberse salvado reglamentariamente dos interlineados que aparecen en la copia de la escritura calificada, interlineados cuya existencia niega el Notario recurrente.

Analizando el documento se observa que al final de los párrafos primeros de cada una de las cláusulas primera y segunda aparecen tres líneas con un espaciado entre ellas y un tipo de letra distinto al utilizado en el resto del documento. Ese mismo análisis pone de manifiesto que la copia se ha obtenido por fotocopia de la matriz, con lo que el problema se traslada a si en la misma se introdujo un interlineado cuya autenticidad tan sólo garantizaría la expresa referencia de quedar salvado puesta antes de la firma de los otorgantes (cfr. art. 153 del Reglamento Notarial).

No puede calificarse la parte de texto cuestionada como un interlineado o entrerrenglonadura. Estos suponen un recurso para introducir en un texto ya confeccionado, cifras, palabras, frases o incluso párrafos omitidos y que deben tener en el mismo una ubicación concreta, sea mediante su escritura entre las líneas existentes o a través de una llamada de salvaguardia allí introducida con remisión al final de aquél y en garantía de cuya autenticidad introduce el Reglamento Notarial la cautela de exigir, aparte de que se salven, que en el caso de hacerse en la matriz lo sea necesariamente a mano (cfr. art. 152).

Pero lo cierto es que, fuera sobre un texto previamente borrado, fuera tratando de agotar un espacio dejado en blanco de propósito y que se reveló insuficiente para completar la redacción de tales cláusulas, aparece un determinado contenido incorporado a la redacción del documento con posterioridad a la confección del resto del mismo que perfectamente puede denominarse adición, necesitada, por tanto, de la garantía de salvedad que exige la citada norma reglamentaria para tenerla como parte del contenido sobre el que versó el otorgamiento.

En base a todo ello, esta Dirección General acuerda desestimar el recurso, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.

Madrid, 22 de mayo de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid, número XIV.

COMENTARIO

I. AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS

1. *Introducción*

Los defectos apreciados por el Registrador son dos: que el auditor que debe verificar los créditos objeto de la compensación tiene que ser nombrado por el Registrador, y que no se han identificado suficientemente dichos créditos. Aunque cada defecto recibe un tratamiento separado, responden a una argumentación común: la necesidad de proteger una dualidad de intereses que están en juego ante una operación de este tipo: los de los restantes socios de la sociedad que no sean titulares de créditos a compensar y los de los acreedores sociales. En definitiva, se trata de asegurar la integridad del patrimonio social.

Cuando se efectúa un aumento de capital por compensación de créditos existentes contra la sociedad, el desembolso de las aportaciones que sirven como contravalor a las nuevas acciones que se emiten sólo se produce desde un punto de vista contable, puesto que la operación supone la transformación de una deuda de la sociedad en capital o, dicho de otro modo, el pago de dicha deuda mediante la entrega de nuevas acciones emitidas al efecto.

El aumento por compensación supone la previa existencia de unas deudas que la sociedad tiene contraídas, ya sea con terceros ajenos a la misma, ya con alguno o algunos de sus socios. El fundamento de la operación consiste en que dichas deudas minoran el patrimonio social, del que constituyen una partida negativa. Si los acreedores consienten que la sociedad pueda saldar esas deudas emitiendo acciones por un equivalente al importe de las mismas, al desaparecer esas deudas del patrimonio éste experimenta automáticamente un aumento de valor; dicho incremento constituye el contravalor de las nuevas acciones que se emiten.

En estos casos no existe una aportación en sentido material, puesto que la sociedad no recibe dinero ni nuevos bienes; pero ello no quiere decir que no existan medios que permitan asegurar a los terceros y a los otros socios la realidad y valor del incremento patrimonial experimentado por la sociedad y que sirve de respaldo a las nuevas acciones emitidas. Para ello es necesario identificar perfectamente los créditos que se compensan y asegurar que estaban adecuadamente reflejados en la contabilidad social.

2. *Identificación de los créditos*

El legislador español impone ciertas restricciones a la hora de determinar las características de los créditos que los convierten en susceptibles de ser compensados, ya que no todos pueden serlo, exigiendo que concurren los siguientes requisitos:

Artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas: a) Que al menos un 25 por 100 de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años.

b) Que al tiempo de la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los accionistas en la forma establecida en la letra c) del apartado primero del

artículo 144, una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión. Si la sociedad no tuviere un auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor a petición de los administradores.

Por su parte, el artículo 168.3.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone: Cuando el contravalor consista en la compensación de créditos contra la sociedad, la escritura pública deberá expresar el nombre del acreedor o acreedores y la fecha en que fue contraído el crédito o créditos, así como, en su caso, el documento en el que conste que el crédito es líquido y exigible o que, al menos, un 25 por 10 de los créditos a compensar son líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no es superior a cinco años.

La certificación del auditor se incorporará a la escritura pública, haciéndose constar en la inscripción el nombre del auditor, la fecha de la certificación y que en ésta se declara que resultan exactos los datos relativos a los créditos aportados.

La identificación de los créditos a compensar es tarea que incumbe a los administradores, los cuales deben preparar un informe suficientemente descriptivo de los mismos, expresando en el mismo todas y cada una de las menciones que se deducen de las dos normas que acabamos de transcribir. Este informe debe ponerse a disposición de los socios desde la convocatoria de la Junta.

Uno de los datos que identifican esos créditos es la fecha en que se contraeron los mismos, y a la falta de expresión de este requisito se refiere el defecto apreciado por el Registrador. No se acoge la argumentación del Notario recurrente en el sentido de que dichos créditos constituyen el saldo de diversas cuentas corrientes que mantienen ciertos socios con la sociedad, de modo que la identificación y determinación de los créditos en ese supuesto tan sólo cabría hacerla con referencia a la cuenta y al saldo existente en determinada fecha. Por lo que puede deducirse de los Fundamentos del recurso no está claro en absoluto que dichas cuentas corrientes hayan sido saldadas o cerradas. El problema, más que a la fecha u otros datos de identificación de los créditos en sí, atañe a la prueba de su efectiva existencia (porque no queda claro cuáles son los créditos que se pretenden compensar), ya que la realidad de los mismos no resulta acreditada por los correspondientes informes ni del administrador ni del auditor, puesto que carecen de toda conexión entre sí.

Cuando dos personas suscriben un contrato de cuenta corriente se obligan a no reclamarse individualmente los créditos y deudas que vayan surgiendo entre ellos, limitándose a asentarlos en dicha cuenta hasta una fecha de cierre predeterminada o periódica, estipulando que la parte que resulte deudora pagará el sueldo resultante de una liquidación por diferencia en la época en que se cierre la cuenta. Pues bien, este es el dato que falta en la presente operación de aumento por compensación: cuándo ha tenido lugar el cierre de cada una de esas cuentas; cuál es el saldo que arrojan y —en definitiva— falta toda prueba de que tales «cuentas corrientes» entre la sociedad y algunos socios efectivamente existan y de que haya habido conformidad de dichos socios en cuanto a su cierre, así como en cuanto al saldo que eventualmente resultare de las mismas.

Conviene aclarar que no cabe efectuar un aumento por compensación de créditos sobre las partidas de una cuenta corriente (que es lo que en cierto

modo pudiera haberse intentado aquí); en todo caso, el aumento sería posible en cuanto al saldo que resulte al cierre de la cuenta, pero nótese que ése es ya un crédito distinto, diferente, y que a efectos del aumento citado, se tiene que independizar o abstraer del contrato de cuenta corriente mediante el cierre de la misma.

En definitiva, lo que el Administrador no ha acreditado debidamente es esa conversión de la cuenta corriente en un crédito determinado, ni tampoco que el importe del mismo haya sido fijado de común acuerdo con el socio interesado en la pretendida cuenta corriente.

Como dice la Resolución objeto de nuestro comentario... *«No hay garantía alguna de que esos créditos así documentados existan, sean exigibles y hayan sido los capitalizados... El informe del auditor se limita... a aseverar que, una vez comprobada la contabilidad social resultan correctos los datos que sobre los créditos a capitalizar figuran en la propuesta que el administrador... eleva a la Junta. Sería esa propuesta... la que permitiría comprobar, por un lado, que existen los créditos contabilizados y que son exigibles con el carácter que se les atribuye, pues no puede olvidarse que la sustitución de las deudas y los créditos asentados en la cuenta corriente por el saldo resultante precisa el consentimiento de las partes (art. 1.204 del Código Civil), y por otro, que han sido esos créditos los que se capitalizan... Pero un balance y unos apuntes contables desconectados de aquella propuesta y del informe del auditor y... carentes de autenticación alguna, no puede considerarse que sirvan para tener por debidamente identificados los créditos...»*

3. Nombramiento del auditor

La mencionada dualidad de los intereses en juego: el de los socios preexistentes en seguir manteniendo el valor que tenía su participación en el patrimonio social antes de la compensación de los créditos, y el de los acreedores y terceros de que ese aumento de capital se corresponda con una efectiva aportación patrimonial a la sociedad, precisaría mecanismos de garantía diferentes en cada caso. El interés de los socios podría satisfacerse mediante un informe de auditor que, en caso de no contar con uno permanente en la sociedad, podría ser designado por los administradores para esta sola finalidad. El interés de los terceros exigiría, según las reglas generales, la intervención de un experto independiente designado por el Registrador Mercantil.

La jurisprudencia de la Dirección General ha explicado el fundamento de que se atribuya al Registrador la designación del auditor en estos casos en una «simplificación de trámites», puesto que se trata de comprobar la contabilidad social, lo natural es acudir a un auditor de cuentas. Cuando la sociedad está sujeta a verificación contable y tiene un auditor nombrado con carácter permanente, la garantía de imparcialidad que le da esa estabilidad en el cargo basta para satisfacer ambos intereses. Cuando no sea así, debe nombrarlo el Registrador, puesto que si el nombramiento del experto independiente compete a dicho funcionario, y en este caso lo lógico es que tal experto tenga la cualidad de auditor, basta con que se le nombre por el Registrador en este doble concepto para que queden asegurados ambos intereses en juego.

En base a estos razonamientos, la Dirección General de los Registros ha establecido reiteradamente que los auditores que deben verificar las operaciones de aumento de capital por compensación de créditos deben ser nombra-

dos por el Registrador Mercantil cuando la sociedad no cuente con un auditor de cuentas previamente nombrado con carácter estable y permanente.

Concretamente, las características que debe reunir dicho profesional para ser considerado como auditor permanente de la sociedad son las siguientes (cfr. art. 204 LSA):

1.º Haber sido nombrado por la Junta general de socios antes de que finalice el primer ejercicio a auditar.

2.º Ser designado por un período inicial, como mínimo, de tres años.

3.º Estar debidamente inscrito en el Registro Mercantil; se entiende que también esta inscripción debe solicitarse diligentemente y ser previa al aumento, no debiendo admitirse que su nombramiento se presente a inscripción después de acordado dicho aumento por la Junta.

No pueden admitirse los informes relativos a compensación de créditos emitidos por auditores que no reúnan todas y cada una de las características que acabamos de enumerar. En el caso presente no está claro si la designación del auditor que había de verificar los créditos se efectuó por la Junta de accionistas (aunque unos días antes de la otra Junta, la que acordó el aumento) o por los administradores (cfr. Hecho 4.º).

Desde luego resulta fuera de toda duda que dicho nombramiento no corresponde a los administradores en ningún caso, y, sobre todo, que no es admisible el informe emitido por un auditor escogido al efecto y sólo para la ocasión (1) de que se trate, por dichos administradores.

Suponiendo que la designación de dicho auditor se hubiera hecho efectivamente por la Junta, tampoco se podría considerar como válida a estos efectos; concretamente, de los hechos de la Resolución también se desprende que su nombramiento tuvo carácter puramente contingente... «*nombrado... a fin de elaborar el informe exigido...*» (cfr. Hecho 1.º), y por tanto no puede ser considerado auditor de la sociedad porque no había sido designado por un período mínimo de tres años.

En consecuencia, tanto si intervino la Junta como si el nombramiento lo efectuaron los administradores, es nulo de pleno derecho a efectos de su intervención o informe para la operación de aumento por compensación de créditos debido al juego del artículo 156.1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 6.3 del Código Civil. Se confirma, por tanto, el carácter insubsanable del defecto.

(1) Así lo han establecido con contundente claridad sendas Resoluciones.

Resolución de 15 de julio de 1992: En los aumentos de capital por compensación de créditos, cuando la sociedad no tuviera auditor de cuentas previamente inscrito, nombrado por su Junta general, corresponde hacer la designación al Registrador mercantil, a petición del Órgano de Administración.

«...Debe tenerse en cuenta la dualidad de intereses... en las hipótesis en las que se verifica un aumento de capital por vía de aportaciones no dinerarias: por un lado, el de los accionistas preexistentes en seguir manteniendo, después de la ampliación, su participación en el patrimonio social; por otro, el de los terceros... que la creación de nuevas acciones responda a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad... la peculiar naturaleza de la... conversión de la deuda social en capital que determina el que la apreciación de su existencia y valoración se derive, básicamente, del examen de la contabilidad social, bien permite concluir que en aras de la simplificación de trámites... puede considerarse a la auditoría de las cuentas sociales como requisito suficiente para

II. OBJETO SOCIAL. SU DELIMITACIÓN POR EL GÉNERO COMPRENDE LAS ESPECIES

Se discute la inscribibilidad del objeto social y el Centro Directivo llega a una conclusión negativa, rechazándolo en su totalidad, porque al haber sido formulado por los redactores de los estatutos sociales de un modo genérico y descriptivo al mismo tiempo se incurre en tales contradicciones que acaban provocando la indeterminación del mismo.

La contradicción que imposibilita la inscripción del objeto social se produce por la siguiente causa: primeramente se formula una descripción preliminar de unas actividades genéricas: «*La explotación y comercialización de bienes raíces, tanto de naturaleza urbana como rústica*», que va seguida de unos párrafos que se limitan a enumerar simples actos de desarrollo en relación con tales bienes; posteriormente se describen otras actividades que resultan ajenas a la idea de explotación de esos bienes raíces. De este modo, el objeto social acaba por resultar contradictorio, confuso o ambiguo, de manera que no puede venirse en conocimiento de las actividades a que va a dedicarse realmente la sociedad, llegándose a la conclusión final de que no puede ser inscrito.

En efecto, al tratar de enumerar las actividades que integran dicho objeto social, se empieza por formular lo que en la práctica registral mercantil se conoce como «*determinación por medio del género*», enunciando éste en los términos más amplios posibles: La explotación y comercialización de bienes raíces..., lo que en principio es perfectamente correcto, puesto que el objeto social puede formularse en términos amplísimos sin llegar por ello a incurrir en indeterminación ni poder ser tachado el mismo de omnicompreensivo (2).

entender satisfecha la protección de aquella dualidad de intereses... con tal que el auditor que la realice, en el caso de que la sociedad no estuviera obligada a tenerlo, fuera designado por el Registrador Mercantil...»

«...Esta simplificación de trámites, en la hipótesis debatida, viene avalada por el propio artículo 327.4.º del Reglamento del Registro Mercantil, al extender al auditor, en el caso del artículo 156.1.b) *in fine* de la Ley de Sociedades Anónimas, la exigencia de nombramiento por el Registrador Mercantil...»

Resolución de 8 de octubre de 1993: «...Como ya estableciera la Resolución de 15 de julio de 92... En los aumentos de capital por compensación de créditos, cuando la sociedad no tuviera auditor de cuentas previamente inscrito, nombrado por su Junta general, corresponde hacer la designación al Registrador Mercantil, a petición del Órgano de Administración...»

«...Esta simplificación de trámites, en la hipótesis debatida, viene avalada por el propio artículo 327.4.º del Reglamento del Registro Mercantil, al extender al auditor, en el caso del artículo 156.1.b) *in fine* de la Ley de Sociedades Anónimas, la exigencia de nombramiento por el Registrador Mercantil...»

(2) Resoluciones de 22 de agosto de 1983 y 27 de noviembre de 1985: «...sólo puede entenderse como fórmula omnicompreensiva y, por tanto, no admitida, aquélla que recoge de manera indeterminada toda actividad industrial, mercantil o comercial...»

Resoluciones de 1 de diciembre de 1982 y 21 de mayo de 1986: «...Considerando.—Que, como ya declaró la Resolución de 1 de diciembre de 1982, el objeto social de toda Sociedad Anónima puede reflejarse con mayor o menor amplitud, con inclusión o no de posibles actividades subordinadas..., y esta determinación del objeto social no presupone que haya de comprender una sola actividad, pues nada impide que puedan ser varias siempre que aparezcan claramente precisadas... Al no haber sido empleada una fórmula general u omnicompreensiva, no resulta ilusoria la función que desempeña el objeto social...»

Ahora bien, después de esta genérica y amplísima formulación del mismo, se incurre en el error frecuentísimo de intentar una descripción más o menos pormenorizada de alguna o algunas de las especies o subgéneros en que se divide o mediante la que se desarrolla esta actividad principal. Esta reiterada costumbre de incurrir en una reiteración (a menudo contradictoria o confusa) de los fines sociales cuando no resulte simplemente redundante, casi siempre aboca a la necesidad de depurar la cláusula estatutaria relativa al objeto, pues suele limitarse a enumerar actos jurídicos o meramente materiales, de mero desarrollo o ejecución práctica del mismo (cuya inscripción está prohibida por el art. 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil). V.g.: si el objeto consiste en «explotar y comercializar inmuebles», no tiene sentido afirmar, unos párrafos más abajo, que la sociedad puede adquirir solares con vistas a su edificación y venta por pisos, o aclarar que también pueden ser arrendados los mismos, puesto que se trata de actividades claramente comprendidas dentro de la actividad principal.

Finalmente, se incluyen dentro del objeto otras actividades que, pretendiendo aparecer también como de mero desarrollo de la principal, se afirma en la Resolución comentada que resultan contradictorias con la misma (el planteamiento urbanístico y la compraventa de empresas agrícolas y ganaderas, que son consideradas actividades con sustantividad propia y que no necesariamente constituyen la explotación de inmuebles propiamente dicha); de modo que, juzgándolas todas en su conjunto, la Resolución, objeto de nuestro comentario, llega a la conclusión de que provocan una auténtica indeterminación del objeto social.

En materia de objeto social son muchas las Resoluciones afirmando que la determinación por el género incluye todas sus especies. La Resolución comentada cita las siguientes:

Resolución de 15 de marzo de 1988: «...La cuestión planteada en el presente recurso se reduce a determinar si una Sociedad Anónima cuyo objeto social es, de modo exclusivo, la práctica de operaciones de seguro (sin especificación de las modalidades o ramos del seguro en que haya de ejercer su actividad) y cuyo capital social es de 80 millones de pesetas, cumple las exigencias previstas en los artículos 10 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado y 21 de su Reglamento.

Del artículo 8 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado no puede deducirse, como el Notario recurrente afirma, que el objeto social de toda entidad aseguradora (a salvo las que operen en el ramo del seguro sobre la vida), haya de coincidir con lo especificado en el número 1 de ese artículo; tan genérica definición no puede ser imperativa; este precepto tiene por finalidad delimitar el ámbito de actividades que pueden ser incluidas en el objeto social de las entidades aseguradoras, pero deja a la elección de los constituyentes la inclusión efectiva de todas ellas o la concreción del objeto social a determinados ramos o modalidades del seguro; así se deriva tanto el principio general de libertad de estipulación aplicado a la definición del objeto de las sociedades mercantiles... como de la interpretación lógica del artículo citado que permita armonizar sus párrafos primero y segundo; de sostener la tesis del recurrente se produciría una clara contradicción entre ellos en cuanto que la observancia del segundo impediría a las entidades que no vayan a operar en el ramo del seguro sobre la vida definir su objeto con la expresión amplia del párrafo primero, al tener que exceptuar, en todo caso, dicha modalidad o ramo; ade-

más, incluso la propia Ley de Ordenación del Seguro Privado prevé que haya sociedades anónimas de seguros con objeto social más restringido...

...En consecuencia, la amplia enunciación del objeto social de la entidad ahora constituida, dada su generalidad, comprende cualquier modalidad o ramo del seguro, incluso el seguro sobre la vida, contra lo establecido en el artículo 8 de dicha Ley. Por otra parte, las exigencias de capital previstas en el artículo 10 de la misma Ley, en concordancia con el capital social de la sociedad en cuestión, determina la imposibilidad jurídica parcial que afecta a su objeto (art. 6 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado), y, por ende, habrá de suspenderse la inscripción hasta tanto no se rectifique la definición de dicho objeto de modo que quede adaptado al capital suscrito; así se deriva de la exigencia de posibilidad del objeto contractual (art. 1.272 del Código Civil) y del principio de exactitud y validez que rige el Registro Mercantil (art. 3 del Reglamento del Registro Mercantil)...

Resolución de 16 de marzo de 1988: «...En el presente recurso se debate en torno a la suficiencia de la verificación positiva realizada por la Dirección General de Transacciones Exteriores y la consiguiente innecesariedad de autorización del Consejo de Ministros para la inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad cuyo objeto social es la industria minera en todos sus aspectos de exploración, explotación, tratamiento, fundición, refinería, transportes, comercialización de rocas, metales, minerales, agua y energéticos, así como la obtención de derechos mineros, compra de terrenos y bienes muebles e inmuebles relacionados con dicha industria.

En el caso concreto, la amplitud de los términos utilizados para definir el objeto social no permite excluir ningún sector de la actividad minera; la delimitación por el género comprende, indudablemente, todas sus especies, y pretender que alguna de éstas resulta excluida porque, al ser objeto de regulación específica, se precisa para su inclusión declaración individual, sobre carecer de fundamento legal, supone invertir los términos de la cuestión: No es que la delimitación convencional del objeto deba ser completada por las disposiciones vigentes, sino que el objeto social lo definen exclusivamente los constituyentes, y sobre tal limitación podrá predicarse la ilicitud, imposibilidad o exigencia de cumplimiento de ciertos requisitos posteriores.

...de la Ley de Inversiones Extranjeras... resulta la necesidad de autorización del Consejo de Ministros para la explotación de minerales de interés estratégico; como esta actividad se halla comprendida en el objeto social del ente en cuestión... es precisa la autorización del Consejo de Ministros..., no basta la autorización de la Dirección General de Transacciones exteriores...»

Resolución de 17 de noviembre de 1989: «...Con relación al segundo de los defectos invocados por el Registrador y que son objeto del presente recurso, la necesidad de salvar expresamente la legislación especial en cuanto atribuye con carácter exclusivo a determinados profesionales el desempeño de ciertas actividades de mediación, es doctrina reiterada de esta Dirección General: a) Que corresponde en exclusiva a los constituyentes la definición del objeto social, y sobre el ámbito así delimitado habrá de predicarse, en su caso, la ilicitud, la imposibilidad o la exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos añadidos. b) Que es la definición estatutaria del objeto social y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén

el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la sociedad ha de reunir todas las exigencias que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades comprendidas dentro de su objeto social, no pudiéndose incluir en él aquellas otras que por sus especiales características queden por ley sustraídas a la entidad que se pretende constituir. c) La delimitación por el género comprende todas sus especies, requiriéndose previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida, y no a la inversa; por todo ello, ha de concluirse que en el caso debatido la amplitud de los términos utilizados... en... los Estatutos precisa de la necesaria previsión complementaria que excluya aquellas concretas actividades de intermediación cuyo desempeño exige el cumplimiento de ciertos requisitos que no concurren en el ente constituido...»

Resolución de 20 de diciembre de 1990: «...La generalidad de la redacción del precepto estatutario, y en particular en cuanto se refiere a “servicios para actividades comerciales y turísticas”, lo hacen incidir en materias sujetas a legislación especial que no han sido salvadas especialmente y a las que la sociedad constituida no se adapta debidamente... La delimitación por el género comprende todas sus especies, por lo que se requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa...»

Resolución de 11 de octubre de 1993: «...El uso de la expresión “etc.” a la hora de determinar el objeto social provoca una indeterminación del mismo..., pero una vez aceptada la inclusión de tal enumeración [De actividades complementarias] ya no tiene justificación el oponerse a la inclusión de dicha expresión “etc.”...»

«...En el presente caso, determinada como actividad de la sociedad “la explotación de instalaciones deportivas y servicios complementarios”, podía el Registrador haber optado por oponerse a la inscripción de la enumeración de las actividades especiales incluidas en aquella más genérica constitutiva del objeto social, pero una vez aceptada la inclusión de tal enumeración ya no tiene justificación el oponerse a la exclusión de la expresión “etc.”, que viene a confirmar, evitando con ello dudas, que todas las actividades específicas y no sólo las expresamente enumeradas, han de tenerse por incluidas en la genéricamente señalada como objeto social...»

Resolución de 15 de noviembre de 1993: Se contemplan, como posible actividad integradora del objeto social, «cuantas acciones se estimen convenientes en el desarrollo de sus fines».

«...Si la enumeración de actos jurídicos como integradores del objeto social viene excluida por el ya citado artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil, a la pormenorización de actos materiales le es aplicable la reiterada doctrina de este Centro Directivo... de que la determinación del objeto social por el género incluye todas sus especies, de suerte que tan sólo es necesaria la enumeración de estas últimas a fin de excluirlas y no a la inversa, ante la práctica imposibilidad de hacerlo de forma exhaustiva y el riesgo de que tal enumeración lleve a la presunción de que las no contempladas han de tenerse por no incluidas. En consecuencia, ha de confirmarse el rechazo a la inscripción del citado apartado...»

Resolución de 19 de noviembre de 1993: Se considera improcedente la pretensión de «...acoger en la determinación del objeto social una referencia genérica a... “todas las actividades encaminadas a desarrollar su fin social...” que, en cuanto se refiera a actividades materiales, aparte de innecesaria, in-

fringe la exigencia de "precisión y sumariidad" del artículo 117.1 de la norma reglamentaria, y en cuanto referida a actos jurídicos, viene vedada por su regla 2.^a...»

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
Registrador Mercantil de Barcelona

LAU: NOTIFICACION AL INQUILINO DE LA VENTA DE PORCIONES INDIVISAS.—LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO ARRENDATICIOS COMPRENDEN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISION DE CUOTAS INDIVISAS DE VIVIENDAS O LOCALES DE NEGOCIOS, POR LO QUE PARA SU INSCRIPCION ES PRECISO JUSTIFICAR QUE SE HAN REALIZADO LAS NOTIFICACIONES PREVENIDAS EN LA LAU. ESTA DOCTRINA NO ES APLICABLE AL CASO DE FINCA INTEGRADA POR DOS LOCALES ARRENDADOS A DOS PERSONAS DISTINTAS Y UNA NAVE SIN ARRENDAR, AL NO HABER COINCIDENCIA ENTRE EL OBJETO DEL ARRENDAMIENTO Y EL DE LA TRANSMISION. (RESOLUCIÓN DE 27 DE DICIEMBRE DE 1996. BOE DE 7 DE FEBRERO DE 1997.)

RESOLUCION de 27 de diciembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Alejandro de la Cal Tijero, en nombre de sus hijos doña María Pilar, don Alejandro, don Pablo Alberto y doña Teresa de la Cal Nicolás, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 2, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Alejandro de la Cal Tijero, en nombre de sus hijos doña María Pilar, don Alejandro, don Pablo Alberto y doña Teresa de la Cal Nicolás, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 2, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. El día 29 de diciembre de 1992, mediante escritura pública otorgada ante don Antonio Aranda de Pastor, Notario de Zaragoza, don Francisco Nicolás Albalad vende la quinta parte indivisa que le pertenece en cada una de las fincas descritas en la escritura a doña María del Pilar, don Alejandro, don Pablo Alberto y doña Teresa de la Cal Nicolás, que compran por mediación de su padre y representante, don Alejandro de la Cal Tijero. En dicha escritura se dice que a excepción de una nave y una vivienda que se encuentra en estado de rehabilitación, el resto de las fincas están arrendadas. La esposa del vendedor renuncia al derecho expectante de viudedad foral sobre las participaciones indivisas vendidas por su cónyuge y los hermanos del vendedor renuncian al derecho de preferente adquisición que como copropietarios de las fincas descritas les corresponde sobre las participaciones indivisas de las mismas vendidas y prestan su consentimiento a la venta realizada.

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en cuanto a la participación indivisa de la finca descrita bajo el

número 5, número quince de orden, en el tomo 2.106 del archivo, libro 880 de la Sección 1.^a, folio 125, finca 48.800, inscripción 2.^a Suspendida la inscripción en cuanto a las participaciones de finca reseñadas bajo los apartados 1 a 4 del exponente único de la escritura, porque resultando del mismo exponente que tales fincas están arrendadas a determinadas personas, no se justifica que hayan tenido lugar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. De conformidad con el artículo 55 de dicha Ley, tal falta de justificación constituye defecto subsanable. No se toma anotación suspensiva al no haberse solicitado. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de cuatro meses a contar desde esta fecha, en los términos prevenidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de acudir ante los Tribunales de Justicia para que declaren la validez e inscribibilidad del presente documento, a tenor de lo previsto en el primero de los preceptos citados.—Zaragoza, 26 de enero de 1994.—El Registrador, *Pedro Fernández Boado García Villamil*.

III. Don Alejandro de la Cal Tijero en representación de sus hijos doña María del Pilar, don Alejandro, don Pablo Alberto y doña Teresa de la Cal Nicolás, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que se considera que no es necesaria la notificación de la transmisión a los inquilinos y arrendatarios de los inmuebles afectados por cuanto se trata de ventas de una participación indivisa. 2. Que el vendedor transmitió a sus sobrinos una quinta parte de cada piso o local, por lo que no se puede entender que se trate de la previsión legal del artículo 47 de la Ley especial arrendaticia. Que es indudable que lo que el legislador pretende es facilitar el acceso a la propiedad al inquilino o arrendatario ocupante, pero en el supuesto que se trata se avocaría a una situación de indivisión o comunidad de bienes, de la que participaría el inquilino con los otros cuatro copropietarios, imposibilitando que el citado inquilino sea dueño de la vivienda. 3. Que de la jurisprudencia sobrevenida en interpretación del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se desprende que el objetivo del derecho de tanteo es la adjudicación de pisos individualizados a favor del inquilino-ocupante (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1962 y 9 de diciembre de 1970), y en este supuesto no se lograría ese objetivo, ya que si cualquiera de los inquilinos o arrendatarios de la finca llegara a ejercitar su derecho de retracto, al encontrarse en minoría no tendría capacidad decisoria dentro de la comunidad de bienes por aplicación del artículo 398 del Código Civil. 4. Que las leyes deben ser interpretadas en sentido lógico, y se considera que la interpretación del señor Registrador no sólo no es correcta, sino que implica mayores gastos para las partes.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: Que en la escritura calificada se vende una quinta parte indivisa de varias fincas arrendadas a distintos arrendatarios o inquilinos, a favor de personas que no tienen la condición de condueños de la vivienda o locales cuya participación indivisa se transmite. Que el fondo del recurso y del presente informe puede concretarse en el planteamiento de dos cuestiones: 1.^a Determinar cuándo existe obligación de notificar. Que el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece una obligación general dirigida directamente al Registrador. Que la regla general es la existencia del derecho de retracto a favor del arrendatario

(art. 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), pero la Ley, en cuanto al Registrador se refiere, se limita a exigir que se justifique que la notificación ha tenido lugar, sin prejuzgar derecho alguno ni del propietario ni del arrendatario. A esta inexcusable exigencia legal sólo cabe aplicar las excepciones que la propia Ley establece como son: El párrafo 3.º del citado artículo 47, el segundo supuesto del artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; así pues, conforme a este último precepto, cuando la participación se transmita a un extraño (quien no sea condueño o cotitular de la finca) es también un supuesto en el que se reconoce el derecho de tanteo o retracto a favor del arrendatario, y en la escritura calificada la venta se realiza a favor de quienes no tienen la condición de comuneros o condueños. Que la elección en cada caso concreto de si ejercita o no el derecho de retracto corresponde exclusivamente al arrendatario y para ello tiene que conocer el hecho y circunstancias de la transmisión y en el supuesto a que se refiere el recurso, si el arrendatario procediera a ejercitar su derecho arrendaticio, ostentaría la doble condición de arrendatario y de condueño o cotitular de la finca y tendría a su favor no sólo el derecho derivado del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino también, en su caso, el que le atribuye como condueño el artículo 1.522 del Código Civil. Que fuera de los dos supuestos expresados, el Registrador debe exigir que se justifique que han tenido lugar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 2.ª Quién es competente en cada caso para determinar si procede o no el derecho a tanteo y retracto a favor del arrendatario. Que a la luz del ordenamiento jurídico está claro que ni los interesados ni el Registrador pueden determinar cuándo procede o no el derecho de retracto arrendaticio, ya que es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales. Que, por el contrario, si el Registrador omitiese la exigencia de la notificación estaría prejuzgando la inexistencia del derecho del arrendatario, excediéndose en su función calificadora e invadiendo la esfera de competencias de los Jueces y Tribunales. Que, por tanto, la existencia de notificación tiene como finalidad directa e inmediata evitar la posible indefensión del inquilino o arrendatario. Que el Registrador no sólo está sujeto al imperativo del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sino también al superior mandato de la Constitución en sus artículos 9 y 24.

V. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón revocó la nota del Registrador, fundándose en que la transmisión onerosa de una cuota o participación indivisa de los pisos o locales arrendados (habiendo renunciado los primeros a ejercitar el derecho preferencial de los primeros) no puede equipararse a la transmisión o venta de un piso, vivienda o local a que se refiere el artículo 47.1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos; esta interpretación se confirma si se tiene en cuenta lo dispuesto en el número 3 del citado artículo, pues aunque en este caso no se trate de una división o adjudicación de herencia, sin embargo no puede desconocerse que esa transmisión de una cuarta parte procede de una adjudicación de herencia y que los compradores se hallan, respecto a esos bienes, amparados por el derecho de abolorio, según el artículo 152 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

VI. El Registrador de la Propiedad apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que se entiende que cuando no se dé la preferencia de retracto de comuneros, la venta de una participación indivisa atribuye al arrendatario el derecho de retraer y, por tanto, el derecho a ser notificado: a) Negar el derecho de retracto arrendaticio en este supuesto sig-

nifica abrir la puerta al fraude de Ley (art. 6.º-4 del Código Civil); 6) Que es perfectamente compatible la posición jurídica del inquilino-copropietario, ya que ni está prohibida por la Ley ni afecta a la seguridad jurídica ni a los derechos de los demás copropietarios. Que, además, se cumple la finalidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos de favorecer el acceso del arrendatario a la propiedad del piso o local, aunque no lo sea de una manera inmediata, ya que tendría, en su caso, la posibilidad de ejercitar el retracto de comuneros en la venta de las otras participaciones indivisas. Que la invocación del número 3 del artículo 147 de la Ley de Arrendamientos Urbanos nada tiene que ver con el caso planteado, pues se trata de una pura y simple compraventa con su propia causa jurídica y en la que sería intrascendente tanto el origen del dominio del vendedor como el posible parentesco con el comprador. Que el posible amparo en el derecho de abolitorio, por los adquirentes, reconocido en el artículo 152 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, no sólo no ha sido invocado por los interesados, sino que, además no sería procedente, pues del mismo Registro resulta que respecto a los bienes cuyas partes indivisas son objeto de la venta, no se cumple la exigencia de que «hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente», según establece el artículo 149 de la citada Compilación.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 47, 48, 50 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 y las Resoluciones de 30 de enero y 13 de febrero de 1980, 26 de marzo de 1991 y 24 de julio de 1995.

1. En este recurso se debate exclusivamente sobre si procede la inscripción de la compraventa de una quinta parte indivisa de varias fincas, que se dicen arrendadas, sin que se haya practicado la notificación prevista en los artículos 47 y 55 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, vigente al tiempo de la compraventa, en base al argumento de que lo que es objeto de venta en tan sólo una participación indivisa, y no la venta completa de un piso o local.

2. La citada Ley de Arrendamientos Urbanos, al igual que la vigente de 24 de noviembre de 1994, considera preferentes los derechos de tanteo y retracto correspondientes al inquilino respecto de cualquier otro derecho de adquisición preferente de carácter legal, a excepción del retracto de comuneros reconocido al condueño de la vivienda o local (cfr. arts. 50 de la antigua Ley y 25, párrafo 4.º, de la actual) y ello significa necesariamente que también procede el tanteo y retracto arrendaticio urbano en los supuestos de transmisiones de cuotas indivisas de viviendas o locales de negocio, genuino supuesto en el que puede operar también el retracto de comuneros (vid., Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 y Resoluciones de este Centro Directivo de 30 de enero de 1980 y 17 de enero de 1989).

Téngase en cuenta que cualquier otra interpretación permitiría dejar sin efecto el derecho del inquilino a la adquisición de la propiedad de la vivienda o local arrendado, ya que con la transmisión sucesiva por cuotas del inmueble se lograría eludir la aplicación de una norma tuitiva de los intereses del arrendatario. Además, si el sentido de ésta es facilitar el acceso del arrendatario a la propiedad, aunque no sea de forma directa, no existe razón para privarle de tal derecho en los supuestos de transmisión de cuotas indivisas, puesto que mediante la preferente adquisición de cuotas indivisas el inquilino puede llegar a ser propietario de la totalidad, siempre que no existan otros comuneros

que quieran ejercitar el mismo derecho. Incluso el arrendatario que ha llegado a ser copropietario de la vivienda o local, tendrá —a partir de entonces— la misma posición de preeminencia en el ejercicio de su derecho de adquisición preferente que los demás comuneros.

3. Frente a las consideraciones anteriores no procede invocar el artículo 47.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que, como declaró este Centro en su Resolución de 17 de enero de 1989, contempla un supuesto bien diferente del ahora considerado, cual es el de disolución de la comunidad existente sobre un edificio integrado por varias viviendas y locales arrendados, que había sido adquirido de forma unitaria por los copropietarios que ahora disuelven esa comunidad, adjudicándose pisos o locales independientes en pago de sus derechos respectivos en la comunidad.

4. La doctrina hasta ahora expuesta no es aplicable al elemento descrito en el expositivo 1.º de la escritura calificada, integrado por dos locales y una nave, y que se dice estar arrendado a dos personas distintas, a excepción de la nave (con relación a la cual expresamente se manifiesta que no está arrendada), pues, como ha declarado este centro (Resolución de 26 de marzo de 1991), no proceden los derechos de tanteo y retracto arrendaticio, cuando no hay coincidencia entre el objeto del arrendamiento y el de la transmisión al ser aquél parte integrante de una unidad superior originaria que se transmite como una sola finca (cfr. Resolución de 26 de marzo de 1991).

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y confirmar la nota de calificación del Registrador, con la excepción derivada del último fundamento de Derecho.

Madrid, 27 de diciembre de 1996.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

COMENTARIO

1. Tal vez siguiendo la sabiduría encerrada en un viejo proverbio sueco, según el cual «no te deshagas del balde viejo hasta saber si el nuevo retiene el agua», la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, ha considerado conveniente continuar facilitando al arrendatario el acceso a la propiedad del inmueble arrendado a través de lo que el rótulo de su artículo 25 denomina, con plausible precisión técnica, derecho de adquisición preferente.

2. La resolución sujeta a comentario, aunque dictada bajo la vigencia de la Ley de 1994, aplica la normativa anterior, o sea, la contenida en la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 24 de diciembre de 1964, ya que la escritura calificada había sido otorgada en 1992. No obstante, en el fundamento jurídico 2.º reconoce la igualdad de criterio entre ambas leyes para adjudicar la preferencia entre retrayentes cuando el conflicto enfrenta a un comunero con un arrendatario. De esta norma deduce el Centro Directivo la existencia de retracto arrendaticio no sólo cuando el objeto de la finca urbana es el pleno dominio de la totalidad sino también cuando lo transmitido es una cuota indivisa. De no ser así no tendría sentido que la Ley —la anterior y la

actual— dictara una norma para resolver, a favor del comunero, la colisión retractual con el arrendatario. Esta afirmación de procedencia del retracto arrendaticio en caso de venta de cuota indivisa ya había sido reconocida con anterioridad, aunque no como verdadera *ratio decidendi* por ser el arrendatario otro comunero, en la Resolución de 30 de enero de 1980. En ésta de 1996, la Dirección añade el argumento de lo fácil que resultaría burlar el designio legal de facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad, mediante el fraccionamiento de la venta en sucesivas transmisiones de cuotas indivisas que, entre todas, al final completasen el 100 por 100.

3. Así las cosas, vista la existencia del derecho de adquisición preferente, la Dirección extrae del artículo 55 de la LAU de 1964 la conclusión evidente: es necesaria la notificación de la transmisión al arrendatario o arrendatarios de las fincas cuya enajenación de cuota fue formalizada si tal transmisión pretende acceder al Registro de la Propiedad. Una vez más, desbordada la calificación notarial (no olvidemos que el art. 47 LAU de 1964 establece la necesidad de la previa notificación para permitir ejercer, bajo la modalidad del tanteo, el derecho de adquisición preferente), ha sido el filtro registral el que ha servido para enderezar hacia la legalidad un negocio defectuoso. Me extraña, por tanto, que en el expediente no se haya solicitado informe al Notario autorizante porque —salvo que el Notario haya hecho la advertencia expresa de que a su juicio es necesaria la notificación— se trata de un verdadero defecto de autorización en los que el artículo 115 del Reglamento Hipotecario establece tal trámite como preceptivo.

4. No obstante, de la confirmación de la nota recurrida la Dirección exceptúa una finca registral que, al estar integrada en la realidad por dos locales y una nave, hace que no coincida el objeto de la enajenación con el objeto del arrendamiento, ya que en el caso analizado los locales estaban arrendados a dos personas distintas y la nave estaba libre de arrendatarios. No habiendo, pues, coincidencia de objeto, no hay retracto y por ello no procede la notificación como requisito previo a la inscripción. Aquí, la Dirección no hace sino seguir los criterios jurisprudenciales anteriores, tanto del Tribunal Supremo como de la propia Dirección. Véase, al respecto, la Resolución de 26 de marzo de 1991 y las sentencias citadas en sus vistos.

5. Hasta ahora nada que objetar, sustantivamente hablando, a la doctrina del Centro Directivo. Sin embargo, leyendo detenidamente el resumen que se hace del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (supongo que dictado por su Presidente aunque la Resolución no lo diga expresamente) y la apelación del Registrador, nos encontramos con una novedad interesante acerca de la cual la Dirección guarda un absoluto silencio. Se trata del derecho de abolitorio aragonés. El Presidente, si está bien resumido su parecer, llega a afirmar que los compradores se hallan, respecto a esos bienes, amparados por el derecho de abolitorio según el artículo 152 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Esta afirmación es rebatida por el Registrador diciendo que «el posible amparo en el derecho de abolitorio por los adquirentes, reconocido en el artículo 152 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, no sólo no ha sido invocado por los interesados sino que, además, no sería procedente, pues del mismo Registro resulta que respecto a los bienes cuyas partes indivisas son objeto de la venta, no se cumple la exigencia de que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, según establece el artículo 149 de la citada Compilación».

6. El que no haya sido invocado por los interesados en nada desmerece su posible aplicación. El recurso gubernativo no es una casación en la que está vedada la aportación de cuestión nueva. Ciertamente es que «sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma» (art. 117 del Reglamento Hipotecario), pero esta norma —encaminada a centrar el debate— no impide que la autoridad llamada a resolver (sea el Presidente en la primera instancia, sea la Dirección en la segunda) pueda estimar el recurso gubernativo sobre otra argumentación jurídica distinta de la sostenida por el recurrente o pueda desestimarla con razones distintas de las aducidas por el Registrador en su informe.

7. Y esto, me temo, es lo que ha ocurrido en este caso. El Presidente entendió que no procedía retracto y, por tanto, resultaban las notificaciones exigidas por el Registrador, porque los compradores pertenecían al círculo de parientes favorecidos con el derecho de abolorio aragonés, derecho este de preferente adquisición semejante a un retracto gentilicio que trata de evitar que los inmuebles familiares salgan de la familia a la que vinieron perteneciendo, y al que el artículo 152 de la Compilación aragonesa otorga preferencia respecto de cualquier otro derecho semejante. Después nos ocuparemos de los aspectos sustantivos del asunto. Sin embargo, me parece que aquí la Dirección olvidó aplicar la Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la cual «cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho Civil, Foral o Especial privativo de la Comunidad Autónoma. En otro caso, su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Este es el caso de Aragón, cuyo Estatuto de Autonomía, en su artículo 29.1.ª), establece la competencia de los órganos jurisdiccionales en Aragón en los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho Civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad. Reconozco que esta vez el recurso en sentido estricto, es decir, lo escrito por el recurrente, no se fundaba en norma aragonesa alguna; sin embargo, el recurso entendido en sentido amplio como expediente, sí lo hacía por cuanto que el Auto del Presidente traía a colación una norma aragonesa para desestimarla. Al menos, creo que la Dirección debió dedicar cierta atención a esta cuestión sea para abstenerse entendiendo que el Auto tenía firmeza en vía gubernativa, sea para justificar su entrada en el fondo del asunto.

8. Resulta a veces difícil, cierto es, deslindar las cuestiones atinentes al Derecho común de las relacionadas con el derecho territorial o foral. No olvidemos, además, que la Dirección General no se verá absolutamente impedida de aplicar normas de Derecho foral para resolver un recurso gubernativo. Tal cosa sucedería si se plantease, por ejemplo, una cuestión de Derecho sucesorio en un Registro de Madrid de causante cuya vecindad civil al fallecer era la catalana. En este caso tanto el Registrador como sus superiores gubernativos tendrán que contemplar las normas catalanas sobre legítimas sin que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su adicional 7.^a suponga un obstáculo para ello.

9. Apuntada, pues, la, a mi juicio, anomalía procedimental, paso a analizar la cuestión de fondo adelantando que creo desacertada la invocación por parte del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del derecho de abolorio.

10. No niego que el abolorio aragonés es un derecho de adquisición preferente que se antepone al retracto arrendaticio tanto urbano como rústico. Las leyes de arrendamientos rústicos y urbanos, de 1980 y 1994, respectivamente, son de aplicación general en toda España porque la legislación civil es competencia del Estado (art. 149.1.8.^a de la Constitución). Pero que sean de aplicación general no significa que lo sean con preferencia excluyente de las normas forales. La Disposición Adicional 1.^a de la Ley de Arrendamientos Rústicos es clara al reconocer la aplicación preferente de los derechos civiles, forales o especiales en todos los territorios del Estado donde existan normas peculiares al respecto. Es en materia de arrendamientos urbanos donde la cuestión es algo más complicada y donde se sitúa el problema que nos ha traído a este terreno: ¿Qué derecho de adquisición preferente prevalece: el del arrendatario o el del favorecido con el de abolorio aragonés? Como ya dije en otro lugar, hay que llamar la atención sobre la invocación que se hace, en la Disposición Final primera de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, el artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Esto significa que la Ley 29/94 forma parte de la «legislación civil» que es competencia exclusiva del Estado. Bien es cierto que la propia subdivisión 8.^a contempla la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales por las Comunidades Autónomas allí donde existan, pero no hay ni había en las Compilaciones normas sobre arrendamientos urbanos, a salvo la de Navarra, y aquí está claro, según la Ley 588 del Fuero Nuevo que prevalecen las «leyes especiales recibidas en Navarra», que no son otras que las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos. No obstante, aquella parte de la Ley de Arrendamientos Urbanos consagrada a regular un derecho real como es el de adquisición preferente del arrendatario, cede en colisión con norma de derecho foral que regule un derecho semejante, y en particular con el derecho de la saca o abolorio. Por eso, en un principio, este retracto se impone al arrendaticio.

11. Ahora bien, el tal retracto de abolorio no es de aplicación absoluta. El artículo 149.2 de la Compilación aragonesa establece que «los Tribunales, concurriendo las condiciones señaladas, podrán moderar equitativamente el ejercicio de este derecho». Este es uno de esos supuestos en que las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la Ley expresamente lo permita (arts. 3.2 del Código Civil). Llevado esto a nuestro terreno, nos encontramos con que el Registrador nunca podrá apreciar directamente si procede o no el retracto gentilicio, y por eso cuando la venta de finca urbana edificada se haga a favor de persona con expectativa de estar amparado por el derecho de abolorio (cosa que, según el Registrador, no ocurra en nuestro caso por razón de la no pertenencia familiar de los bienes durante dos generaciones), a pesar de la preferencia de ese derecho sobre el retracto arrendaticio urbano, debe exigir las notificaciones de la LAU, ya que mientras no haya sentencia firme no se sabrá si *equitativamente* procede o no el abolorio.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

OPCION DE COMPRA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1998.)

El representante de la Sociedad Anónima que firmó la escritura de venta de la finca tenía poderes bastantes para firmar el contrato de opción de compra, pero, en todo caso, siendo como era administrador de la Sociedad, obligaba a la misma al cumplimiento de lo pactado en relación con quienes actuaban de buena fe (art. 129 LSA), por lo que debe concluirse que existió por parte de la Sociedad y de sus socios, consentimiento suficiente para que les obligue el contrato de opción de compra firmado. Opción de compra que, por otra parte, no cabe considerar gratuito y, por tanto, perjudicial para la Sociedad, toda vez que en el mismo se estipulan con todo cuidado la escalada de precios razonables para el ejercicio de la opción concedida, sin que el mero hecho de fijarse como prima del ejercicio de la opción una cantidad simbólica, convierta el contrato de opción en gratuito para la Sociedad, pues la recepción del precio, en caso de opción, convierte en económicamente rentable la misma.

INEXISTENCIA DE OBJETO LITIGIOSO, REQUISITO INDISPENSABLE PARA EL NACIMIENTO DE LA PROHIBICION DE COMPRA DE OBJETO LITIGIOSO POR PARTE DE ABOGADO DEL ARTICULO 1.459 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El artículo 1.459 del Código Civil establece una serie de prohibiciones de tipo subjetivo para comprar, entre las cuales, y en relación a la del último párrafo, cuenta como base la prohibición de adquirir bienes litigiosos imputada a toda clase de personas —incluidos los abogados— que tienen relación con la Administración de Justicia. Pero, ahora bien, dicha prohibición, que es la que se contempla en el presente recurso, y que alcanza a los abogados, es la que tiene como núcleo los bienes y derechos que son objeto

de un litigio, en el que intervienen por razón de su profesión. Pues bien, dicha prohibición, que tiene como base la prohibición del pacto *quota litis*, o un supuesto de ilicitud por inmoralidad de la causa, la operación adquisitiva del abogado ha de recaer inequívoca y claramente en un bien o derecho sujeto a una controversia judicial. Dicho todo lo anterior, será preciso determinar si en la presente «litis» se dan los presupuestos necesarios para que surta todos sus efectos la prohibición estudiada, que llevaría inexorablemente a la nulidad del contrato de compraventa efectuado por las partes recurrente y recurrida del actual recurso de casación. De manera que no se puede hablar de un contrato cuyo objeto —una vivienda— estuviera, en ese momento, sujeto a litigio, y ni se puede decir que el que sobreviniera, después de formalizado el contrato, un pleito que afectaba a la relación arrendaticia y que recaía sobre el referido objeto; todo lo cual excluye la idea de objeto litigioso, pues un bien es litigioso desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda y en la presente cuestión el contrato de compraventa, se vuelve a repetir, surgió mucho antes de que el mismo se viera afectado por una contienda judicial en la que se hubiera emplazado al demandado.

EXISTENCIA DE LA DOBLE ACCION DEL COFIADOR QUE PAGA LA DEUDA PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1998.)

La incongruencia por *extra* o *ultra petita*, supone que no ha habido conformidad entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes durante el período expositivo del pleito, en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos, sin que sea lícito al juzgador alterar en más el *quantum* que se pide.

Así, pues, en el supuesto de autos, la sentencia de primera instancia, ratificada íntegramente por la de la Audiencia Provincial, otorga al parecer a la parte demandante no sólo la suma solicitada, sino al abono por dos veces de una determinada cantidad más los intereses legales. De ello se desprende, en principio, una incongruencia que hace insostenible las sentencias en cuestión, pues ni aún de una aplicación, en principio loable, del principio *iura novit curia*, se puede justificar tal distorsión cuantitativa, sobre todo cuando en la presente litis lo único que se ha ejercitado es una acción de repetición del artículo 1.838 del Código Civil a través del cual el fiador, que ha pagado, tiene derecho a resarcirse del deudor y de las otras personas obligadas, de la cantidad que pagó, pero no de una suma mayor, ya que siguiendo la teoría de que de la fianza, una vez efectuado el pago, por el cofiador nacen dos acciones distintas a ejercitar por el mismo, tesis mantenida por la jurisprudencia de esta Sala. Por ello es preciso delimitar el campo de acción de dichas acciones y el carácter de las mismas, ya que si se ejercita, como así ha sido, la acción de reembolso con carácter solidario con respecto al deudor y cofiadores, se puede adivinar perfectamente que se ejercita al tiempo la acción de regreso. Pues la suma acreedora, por el juego de dos acciones, nunca puede ser superada, pues ello llevaría inexorablemente a una situación de enriquecimiento injusto.

APLICACION DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL EN RELACION CON LA DOCTRINA SOBRE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA.
(SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1998.)

La aplicación del artículo 1.902 del Código Civil requiere 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. Así, pues, la evolución ha girado hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del facto 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. Cada caso debe ser enjuiciado con arreglo a la propia y concreta sustantividad que ofrezca y que dentro del reproche culpabilístico hay que incluir cualquier género de conducta descuidada o desprovista de atención que, de modo más o menos objetivo, fuese susceptible de originar un factor de riesgo. Esas consecuencias conducen, a su vez, a la necesidad de analizar el resultado probatorio recogido en la sentencia recurrida, al ser inalterable en casación.

El TS se muestra de acuerdo con el análisis del resultado probatorio de la Sala *a quo* en su conclusión de no apreciar «nexo causal entre la conducta de los menores como productora del evento y el daño», pero discrepa respecto a su conclusión al no aplicar la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba, al no ser posible omitir la presencia de material de un factor de riesgo, cual fue el de «almacenamiento de pajas en el camarote», que comporta, potencialmente al menos, una situación de peligro ante la eventualidad de un incendio en cualquier tipo de vivienda, y tal vez, más aún, en las de carácter agrícola, cuyo almacenamiento en el interior de una vivienda representa, sin duda, por el riesgo y peligro indicados, una falta de atención y cuidado a imputar al titular de la misma.

LAS SENTENCIAS INTERDICTALES EN SU CONTRA NO AUTORIZAN AL COMPRADOR A EJERCITAR LA ACCION DE SANEAMIENTO POR EVICCIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1998.)

Para que proceda la evicción contra el vendedor, se exige que haya recaído sentencia firme que le prive de la cosa, y aquí la única sentencia firme que existe es la pronunciada en el interdicto de obra nueva promovido por la Comunidad de Propietarios contra los recurrentes, que no les impedía a éstos demandar a la Comunidad en proceso declarativo para obtener el reconocimiento de su pretendido derecho a la ampliación de la terraza del apartamento comprado. En sustancia se plantea el tema de si procede accionar de evicción contra el vendedor cuando el comprador accionante ha sido condenado previamente por

acción interdictal impuesta por tercero. Cabe señalarse que la privación de un derecho anterior a que se refiere el artículo 1.475 no comprende la posesión que pueda perderse en virtud de interdicto, juicio que permite dilucidar, en otra posterior, el derecho de propiedad, y si esto es así tratándose de un interdicto posesorio por el que el tercero recobra la cosa (que fue vendida al vencido en el interdicto), con mucha más razón lo es en un caso como el litigioso, en el que el interdicto fue de obra nueva para impedir que el comprador ampliara la terraza de la vivienda que había adquirido, para lo cual se consideraba facultado por el contrato de compraventa de la vivienda. No hay ninguna pérdida de la cosa adquirida, sino obstáculo, además, puesto por la Comunidad de Propietarios al ejercicio del derecho que cree pertenecerle, obstáculo que además no es definitivo mientras que no exista sentencia firme dictada en el juicio declarativo pertinente. Mientras el comprador no puede accionar de evicción contra el vendedor por pérdida de la cosa, pues no existe.

NO CABE LA TERCERIA DE DOMINIO POR NO ACREDITAR TITULARIDAD DOMINICAL EN UN SUPUESTO DE LEASING. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1998.)

El tercerista carece del dominio que invoca por falta de título y tradición, y se afirma que un contrato de arrendamiento financiero no es título hábil para adquirir el dominio, sino que por propia naturaleza exige como presupuesto que la financiera sea con anterioridad a la celebración del contrato del titular dominical de los bienes y que el cesionario sea ajeno a esa propiedad, mientras que por estar constatado, es evidente, que el propietario, tal y como se acreditó por el Juez de Primera Instancia, seguía siendo el cesionario, puesto que el cedente, en este contrato singular de este supuesto arrendamiento financiero es el que, según la propia Sala, le trasladó en un acto de cesión bien atípico, la supuesta propiedad, por tanto, no habiéndose acreditado de forma evidente dicha titularidad dominical y, por ende, también se carece del modo, porque, dichos vehículos no desaparecieron de la posesión del usuario, pues, consta que los bienes nunca salieron de la posesión del apremiado en todo momento situados en los locales de la empresa.

NO CABE LA RECLAMACION DE DEPOSITO EN CUENTA CORRIENTE PUESTO QUE LA DISPOSICION DEL MISMO SE HA REALIZADO POR TERCERO AUTORIZADO. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1998.)

No es posible alegar la infracción del artículo 1.766 del Código Civil en concordancia con el artículo 306 del Código de Comercio, puesto que el deber fundamental del Banco como depositario de títulos consiste en la restitución de cuanto se le pida al depositante o la persona designada en el contrato, toda vez que proclamándose que los poderes del administrador le autorizasen para gestionar la operación inversora, siendo el mismo el que tras la apertura de la cuenta corriente vino administrándola, entendiéndose que con él se perfeccionaron las relaciones jurídicas de cuentas y depósitos, obvio es que la relación jurídica entre el actor y la Banca demandada no puede considerarse de mandato en los términos en que se define en el artículo 1.709 del Código Civil, a diferencia de la existente entre el aludido actor y el administrador, por lo que, al no

haberse acreditado irregularidades del Banco en el movimiento de la cuenta corriente hasta su cancelación, no puede estimarse el motivo, máxime cuando no aparece infringido el citado artículo 1.766, al haber dispuesto del contenido del depósito la persona autorizada para ello por el depositante.

NO CABE LA RESOLUCION DEL CONTRATO OPCIONAL CUANDO SE HA PRODUCIDO LA CADUCIDAD DE LA OPCION POR NO EJERCITARSE COMO ACTO VOLUNTARIO DE PARTE EN EL PLAZO DE VIGENCIA.
(SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

La resolución del contrato opcional debió de llevarse a cabo durante la vigencia del mismo, conforme a la literalidad de la cláusula tercera y los condicionamientos que prevé. La practicada por requerimiento notarial resulta improcedente por extemporánea, ya que la caducidad de la opción había tenido lugar con anterioridad. La sentencia recurrida no aplicó la doctrina consolidada de esta Sala que se deja referenciada e interpretó mal el clausulado que reglamentaba el contrato de opción al declarar que podía resolverse por extinción aquélla, lo que no resulta posible, infringiéndose a su vez los artículos 1.254 y 1.255, en relación al 1.262 del Código Civil, pues la opción de compra, al carecer de propia disciplina normativa, salvo la referencia que efectúa el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, tiene su fuente de regulación en la voluntad de las partes, no autorizándose por tratarse de relación obligacional, que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil), que es lo que sucedería si se aceptase la tesis del Tribunal de Instancia, ya que de esta manera la facultad resolutoria se prorrogaría *sine die*.

La resolución de los contratos exige que éstos tengan existencia, es decir, vida jurídica. No se puede resolver lo que dejó de tener efectiva constancia, como aquí sucede, pues al no ejercitarse la opción en el plazo de su vigencia, pereció automáticamente por imperio de la caducidad a la que estaba sometida, perdiendo toda eficacia jurídica, con lo que no cabe prolongar ni resucitar efectos resolutorios, máxime cuando el concedente mantuvo y respetó en todo el tiempo de vigencia el derecho que había otorgado. En resumen, se trata de ejercicio tardío de la resolución por la parte actora y, por tanto, sin operatividad, y asimismo configura un acto voluntario, pues ni se alegó y menos se demostró la concurrencia de alguna causa determinante que hubiera impedido su ejercicio en el tiempo que le correspondía y resultaba apto para su eficacia.

I. I. M.

PROCEDENTE RECLAMACION DE CANTIDAD ASEGURADA. DELIMITACION DEL RIESGO. EL CONCEPTO DE «ACCIDENTE». (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Doña María Paz Aguirre Martínez interpone demanda contra la «Aseguradora Euroseguros, S. A.», en la que reclama una indemnización por el fallecimiento de su marido cuando practicaba el deporte del tenis al sufrir

una coronariopatía, producida como consecuencia del esfuerzo físico efectuado, sin que conste en Autos que dicha dolencia derivase de enfermedad que padeciese el tomador del seguro con anterioridad a su muerte.

Doctrina de la sentencia.—El marido de la accionante, asegurado mediante póliza de accidentes suscrita con la entidad demandada, falleció cuando estaba jugando un partido de tenis a causa de sufrir una coronariopatía, a su vez determinante de ulterior parada cardiorrespiratoria, y según reiterada jurisprudencia, el infarto no reúne los requisitos por el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro, sino que obedece a una causa externa al agente, lo que en realidad se exige para su subsunción en la descripción legal del suceso luctuoso es que el óbito se derive de causa externa al finado y ajena a su voluntad, de cuyas características ¿participa la práctica del tenis, asumida por el asegurado y a la que obedece la causa del fallecimiento? en realidad, ningún otro acaecimiento más o menos violento e imprevisto consta que se hubiera producido durante el desarrollo del encuentro tenístico. Por eso se dispone —repetimos— que, el aludido artículo 100, ampara la muerte causada por lesión corporal debido a un accidente que proceda de causa fortuita, espontánea, exterior, violenta e independiente. Para considerar la delimitación del riesgo, es preciso que la causa sea violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado. *Accidente*, es la lesión corporal sobrevenida al asegurado independientemente de su voluntad y debido a causa fortuita, momentánea, externa, violenta y que haya producido directamente alguna de las consecuencias de muerte. Queda fuera de toda duda que la equiparación del infarto con la lesión corporal aludida en las precitadas disposiciones y respecto a su causalidad, no puede menos de calificarse como fortuita, momentánea o súbita y externa a la intencionalidad del asegurado que produzca invalidez temporal, permanente o muerte, es decir, reproduce exactamente la referencia legal del artículo 100 de la Ley del Seguro Privado, que, como es sabido, así lo define con la reserva preambular de que sin perjuicio de delimitación del riesgo que las partes efectúan en el contrato, se entiende por accidente. Y en cuanto a esa delimitación de riesgo, esa consideración de cobertura se pormenoriza en su aspecto excluyente, estableciendo como riesgos excluidos, los ocurridos con ocasión de apuestas de cualquier clase o en las prácticas de los siguientes deportes: alpinismo, automovilismo, aviación, boxeo, caza, motorismo, pesca, polo, rugby.

En líneas conclusivas mantiene la Sala que, sobresale como principio informador de cuanto precede, la práctica del deporte del tenis no estaba excluida como tal riesgo cubierto, por lo que la inclusión de dicho accidente por infarto de miocardio, dentro del riesgo asegurado, es evidente, no sólo por las previsiones pre-insertas, sino sobre todo porque se ha acreditado que por el fallecido se padeciese ninguna enfermedad o trastorno cardio-vascular determinante de su fallecimiento, habiendo de imputar esta causa directamente a la práctica del tenis. A lo que se añade sobre la dación de la tipicidad de causas del citado artículo 100, que ese ACCIDENTE deriva de *a)* una causa súbita —en cuanto aparece de improviso—; *b)* violenta —por el esfuerzo físico desplegado en ese deporte— pues, su génesis o causación traspasa el dinamismo del propio afectado y que es, sobre todo, *c)* externa, y *d)* ajena a la intencionalidad del asegurado, ya que, en caso alguno, puede entenderse que por practicar dicho deporte, el asegurado tuviese el propósito, bien demencial, por supuesto, de incurrir o hacer atraer o facilitar el riesgo de esa muerte

súbita, por lo que debe descalificarse la *ratio decidendi* de la sentencia. Y es que la realidad de que acontezca un riesgo normalmente preexistente en la práctica de ese deporte —como en cualquier otro que requiera un esfuerzo físico— no significa, se mire por donde se mire, la asunción representativa del mismo, como propósito determinante de que, a sus resultas, o de esa práctica deportiva, pudiera derivarse ese defecto letal.

TERCERIA DE DOMINIO BASADA EN DOCUMENTO PRIVADO. LA MISMA HA LUGAR CUANDO SU FEHACIENCIA SE ACREDITA POR OTROS MEDIOS PROBATORIOS. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis se afirma que los actores no han podido acreditar sus pretendidos derechos sobre el apartamento embargado, pues al verificar tal afirmación se está haciendo supuesto de la cuestión, aparte de que el artículo 1.214 del Código Civil viene repitiendo que no contiene norma valorativa de prueba, regulando el *onus probandi* en el sentido de determinar en quién han de pesar las circunstancias perjudiciales de su falta, sin que exista ausencia de prueba en el caso que nos ocupa ni pueda permitirse un nuevo examen de la existente. Además, los actos de la sentencia recurrida considera son actos de posesión que revelan la *traditio* y transmisión de dominio antes de producirse el embargo, y son para la recurrente simples actos de detentación derivada de ignorancia o de falta de buena fe. Como sin razón alguna se pretende sustituir por el propio criterio el sustentado por la Audiencia a quien corresponde, como facultad que le es propia, la apreciación y valoración probatoria sobre lo que no se verifica ningún razonamiento.

LA TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Compañía «Ingeniería y Servicios de Montaña, S. A.», demanda a la entidad mercantil «Germán Gil, S. A.» para que abone determinada cantidad por haberle presupuestado y construido con suministro y montaje de materiales precisos, estructuras metálicas de plataformas, intermedia y de reenvío.

Doctrina de la sentencia.—La soberanía para la apreciación de la prueba corresponde al Tribunal de instancia, a no ser que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión que no concurren en nuestro caso, pues lo contrario sería convertir el recurso de casación en una tercera instancia.

La existencia del incumplimiento defectuoso está implícitamente admitida en los artículos 1.157, 1.100 (apartado final) y 1.514 del Código Civil, y recogida en Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 21-11-71, 18-4-79, 14-6-80 y 15-5-85, por cuanto que la recurrida cumplió defectuosamente el contrato y hubo de subsanar los defectos de ejecución de la obra, igualmen-

te se desestima porque carece de fundamento, toda vez que la decisión de instancia ya ha declarado el derecho de la recurrente a no abonar a la recurrida ciertos trabajos ejecutados con defectos de construcción y, en su consecuencia, ha rebajado el importe de la cuantía reclamada. Además, la sentencia impugnada contiene un juicio válido respecto al enriquecimiento injusto observado, debido a que analiza y valora los actos de las partes realizados previa, simultánea y posteriormente a la celebración del contrato, y llega a la conclusión de que, por haber acreditado la empresa «Ingeniería y Servicios de Montaña, S. A.», que de adverso se ha facturado a «Expo 92» un importe de kilogramos similar al resultante de las partidas cuya cuantía había extendido la recurrida a la recurrente, no puede permitirse que, al haber sido aquélla la única que intervino en la construcción de las estructuras metálicas de las dos estaciones, la Compañía «Germán Gil, S. A.», facture dichos kilogramos y después pretenda no abonárselos a la otra, debido a que ello provoca la plasmación de aquel efecto.

INCONGRUENCIA. INTERPRETACION DE NEGOCIO JURIDICO: LITERAL Y SISTEMATICA. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1997.)

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o si se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión que no ampara el principio *iura novit curia*.

En la presente litis, y expuesta la doctrina de la incongruencia, la Sala recupera la instancia y resuelve el fondo. La cuestión esencial resuelta es la de la interpretación del negocio jurídico, que no es una cesión del conjunto de la obra futura, concretada en un 50 por 100 de aspecto patrimonial de su propiedad intelectual, lo que caería bajo la prohibición de la norma citada (art. 43.3 de la Ley de Propiedad Horizontal). La sentencia de instancia no ha hecho una expresa interpretación del negocio jurídico sino que ha partido de la mencionada, que no se puede aceptar. Hay que interpretarlo partiendo del párrafo 1 del artículo 1.281 del Código Civil y aplicar a este caso el artículo 1.285, disponiendo que tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye, pues, el negocio jurídico es un conjunto orgánico y no una mera suma de cláusulas.

En realidad, nos encontramos no ante una cesión de derechos económicos de obra futura de propiedad intelectual, sino ante una declaración de derechos.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA CON EFECTOS SANCIONADOS EN EL ARTICULO 11 DE LA LEY DE VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS. LOS CONCEPTOS DE TENENCIA, DEPRECIACION Y DETERIORO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El debate del presente supuesto se centra en la indemnización por el deterioro de la cosa vendida, pues el deterioro de la cosa vendida es un concepto distinguible y diferente al de la depreciación, que no se presume, ni tiene por qué existir necesariamente, lo que impone la necesidad de probarlo tanto en su existencia como en su cuantía. Además, mientras que el importe del deterioro y correspondiente indemnización puede ser relegado al período de ejecución de sentencia, el hecho mismo del deterioro, que podría conceptuarse como la merma de la integridad física o funcional del objeto, ha de probarse necesariamente durante el proceso y en el período procesal oportuno. La sentencia es correcta, máxime cuando ni siquiera se ha alegado en qué consiste el supuesto deterioro y cuando la diligencia de depósito del camión resulta que es el estado del vehículo en aquel momento normal para el tiempo y uso de rodaje. Así, la negativa de la Audiencia parte de la vulneración de un precepto e incurre en evidente error, habida cuenta que el estado del vehículo, si bien era normal para el tiempo y uso del rodaje, según su exhibición, estaba deteriorado, puesto que es evidente que eso debe ocurrir tras la antigüedad, si se acepta la diligencia de exhibición y depósito para sostener que el estado del vehículo era normal, también puede admitirse la reparación que fue preciso verificar en el mismo, postulada la infracción del artículo 11 de la Ley sobre venta de bienes muebles a plazos, y que viene confirmada por la infracción del artículo 3 del Código Civil sobre la necesidad de interpretar las normas en relación con el contexto y la consecuencia de lo expuesto que no es otra que la plasmada en la sentencia: probanza de los daños y perjuicios (deterioro), que avalan la procedencia de la indemnización por deterioro.

ALEGACION GENERICA DE NORMAS DE CAPITULOS, SECCIONES, TITULOS Y LIBROS DEL CODIGO CIVIL COMO CAUSA DE INADMISION DE UN MOTIVO DE CASACION. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La cuestión litigiosa se centra en el abono indebido por la actora de una cantidad a resultas de un juicio de faltas, pues ambas sociedades habían suscrito un contrato de seguro de automóviles donde, además de la responsabilidad civil obligatoria, se recoge la complementaria, y estipularon que el asegurador garantizaba el pago de las indemnizaciones a que el asegurado o conductor autorizados fueran condenados a satisfacer por la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños causados a terceros con motivo de la circulación con la furgoneta especificada en la póliza pero con la exclusión de ésta condición a los empleados o asalariados de las personas cuya responsabilidad civil resultara cubierta en aquellos siniestros que se reconozcan como accidentes de trabajo. De tal forma que no

sirve para el efecto pretendido la tesis de la recurrente sobre la nulidad de las condiciones limitativas por haberlas suscrito sin leerlas detenidamente.

Al contratar el seguro en modo alguno aceptó o pudo aceptar de manera especial la cláusula limitativa de su derecho relativa a la exclusión de la condición de terceros a los empleados o asalariados de las personas cuya responsabilidad civil resultara cubierta por esta póliza en aquellos siniestros que se reconozcan como accidentes de trabajo, y es que las condiciones generales y particulares establecidas en este caso participan de las previsiones legales contenidas en la norma que se dice infringida, pues se redactaron de forma clara y precisa, y destacaban las cláusulas restrictivas de los derechos de dichos asegurados.

EL MERO RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION NO CONSTITUYE CAUSA RESOLUTORIA DEL CONTRATO. ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se trata de introducir en este supuesto del que nos vamos a ocupar que la prestación, que ha quedado incumplida, depende de la voluntad de un tercero, afectando a la causa del contrato, en la misma medida que el contrato viciado por dolo es nulo. Se hace supuesto de la cuestión al entender —como deja claro por la doctrina de la Sala—, que no existe un mero retraso en el cumplimiento que permita, no obstante, alcanzar el fin perseguido, que es lo sentado por las sentencias de instancia, y se niega con ello la existencia de causa, como prestación o promesa de una cosa o servicio. Se varía la *causa petendi*, con olvido de que se suplicó la resolución del contrato por incumplimiento sustancial (art. 1.124 del Código Civil), lo que presupone la vida y vigencia de un contrato válido, mientras que la falta de causa o de consentimiento o el vicio de tales requisitos daría lugar a la inexistencia, nulidad absoluta o anulabilidad del mismo.

Doctrina de la sentencia.—El iter del debate en este supuesto se centra en insistir que para la resolución de un contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor sino que es suficiente que se fustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando el fustar las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que el incumplimiento no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias, frustrándose en el caso sus legítimas expectativas. Así, y en torno a este tema, decir que es cierto que el matiz subjetivista respecto al incumplimiento se ha abandonado por la más reciente jurisprudencia, bastando para la resolución que se produzca un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual, y vulnerando la parte incumplidora la obligación sustancial asumida, supuesto meramente accesorio que no genera resolución, como tampoco el mero retraso a menos que el plazo fijado tenga carácter de esencial, y en este caso no puede olvidarse que, como señala la Audiencia y exige la jurisdicción, el momento cronológico a tener en cuenta es el de la presentación de la demanda, en la misma medida que el problema del cumplimiento o incumplimiento

del contrato es cuestión de hecho, hoy sólo impugnabile en casación como *quaestio iuris* por error en la valoración de la prueba.

Se mantiene además por la Sala que las coincidentes sentencias de instancia acatan la jurisprudencia restrictiva de la resolución contractual, precisamente por respecto al fundamental principio del *pacta sunt servanda* y como ya hemos dicho y es a tener en cuenta la fecha de la demanda y en ese momento no constaba la voluntad rebelde al cumplimiento ni frustración del fin negocial, y sí un simple retraso, por lo que hemos de concluir diciendo que nos encontramos ante un negocio a fecha fija en el que la prestación tardía no puede rendir la finalidad perseguida sino ante un mero retraso temporal, compatible con el designio de cumplir lo prometido, lo que resulta insuficiente para romper el pacto.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no ha lugar.

Objeto del litigio.—Se promueve por «Montajes Lérida, S. L.», demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre incumplimiento de contrato de ejecución de obra. El actor no cumple sus obligaciones contractuales, por lo que no podrá solicitar ni el cumplimiento ni la resolución imputable a la contraparte.

Doctrina de la sentencia.—En el presente litigio, la actora, desconociendo el mandato probatorio del artículo 1.124 del Código Civil, no acredita la realidad de las obras que habían sido ejecutadas parcialmente y que dimanaban del proyecto que constituía el objeto del contrato de obra otorgado y tampoco acredita que la imposibilidad de ejecución se derive de la conducta negocial de la contraparte. Y, además, la actora no sólo incumplió sus deberes prestacionales, sino que propició la resolución del contrato otorgado por parte de la sociedad demandada, resolución que no se puede calificar como desestimiento unilateral, que en todo caso asiste al dueño de la obra como el ejercicio de la facultad que reconoce el artículo 1.124 del Código Civil insistentemente citado.

TERCERIA DE DOMINIO. SE ACREDITA LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE EMBARGADO EN FASE DE CONSTRUCCION POR EL TERCERISTA. EL ARTICULO 1.462 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—Los terceristas son propietarios de un solar que venden a la entidad «Worilex, S. A.», dicha venta se formaliza en escritura pública, en fecha 16 de agosto de 1990, con anterioridad a la cual, «Worilex, S. A.», la compradora, solicita licencia de obras al Ayuntamiento con intención de construir un edificio que se compondría de sótano destinado a local garaje, local comercial y cuatro plantas destinadas a vivienda. En estos abatares de firma

de elevación a público, declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, con su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, «Worilex, S. A.» vende a los aludidos terceristas el local construido en planta baja. En la fecha de formalización de la escritura pública de compraventa no existe físicamente la finca, local comercial objeto de la demanda, y se insiste en ello porque cuando se otorga la escritura de compra sólo existían los cimientos del futuro inmueble.

Doctrina de la sentencia.—La cuestión que debate la presente litis estriba en considerar que si en las circunstancias vistas y que acabamos de exponer, el otorgamiento de la escritura podría implicar la entrega de la cosa y con ello la asunción por parte de los compradores, del derecho de propiedad, pues para que se cumpla el artículo 1.462 del Código Civil, es preciso que el *tradens* tenga verdadera y real posesión de la cosa, es preciso que el transmitente posea la cosa, de ahí que no pueda sostenerse que «Worilex, S. A.», cuando formaliza la compra del local comercial en la fecha de 16 de agosto de 1990 —ya citada—, tenga la posesión de tal local, por lo que no se produjo con la formalización de tal escritura la entrega de la cosa, y en tal sentido la escritura de compraventa ha de servir de argumento de la preeminencia del derecho de los actores terceristas frente al derecho que nace del procedimiento ejecutivo que nació.

Se trata de demostrar *la inconsistencia del título del tercerista*, porque, cuando se otorga —repetimos—, la escritura pública sobre el local luego embargado, aún no estaba completamente construido el local objeto de la venta, por lo que carecía de existencia física el objeto de la compra, pues existiendo la cosa, el otorgamiento de la escritura equivale a *traditio*, y en este nuestro caso, al no existir la misma, no puede entenderse producido el título constitutivo del tercerista.

Se aplica al caso la modalidad llamada «prehorizontalidad» a la que es aplicable el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, y que permite que sean objeto de inscripción los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, lo que determina pues, que dicho título, no sólo nació con ese carácter público, sino que accedió al Registro de la Propiedad. Al haberse iniciado la construcción y al no existir prueba en contrario de que posteriormente no se continuase la misma, el que concurriese el objeto de posesión por parte de los terceristas, es un dato a destacar, pues, al producirse el dilema y la pugna con respecto al demandado —el ejecutante—, el título de tercerista y su posibilidad dominical, al haberse producido ya la traba o el embargo a cuyo alzamiento tiende la acción de tercería, y al no existir prueba en contrario, cuando se produce el embargo, estaba perfectamente consumada la titularidad del tercerista, por lo que se confirma la plena constitución de dicha titularidad dominical y su preferencia indiscutible a los fines de estimar la acción de tercería.

La Sala dispone que la argumentación del recurrente de la inexistencia de la finca objeto de la demanda de tercería «va en contra de nuestros actos» por cuanto que, en principio, se embarga la finca registrada con todos los que compusieron el inmueble según la escritura de división horizontal, y luego sobre ella se está indicando que no existe físicamente, por lo que existe una conducta contradictoria. La finca contaba con una realidad física en la fecha de constitución del embargo, y además se había ya consumado por completo el título del tercerista.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Las partes litigantes ejercen un negocio familiar, como sociedad civil irregular, respecto de un taller de ebanistería denominado «Hermanos Soriano» y constituida sobre una parcela, una nave en ella constituida y el utillaje adecuado. Se solicita en nuestro caso, la declaración de copropiedad y derecho a no permanecer en la comunidad y exigir la cesación, división y partición de bienes, por lo tanto, tratándose de un negocio familiar, de una comunidad de bienes, se aplican las normas en las relaciones internas sobre los socios durante su vigencia y se aplican las reglas de la partición de la herencia en su disolución.

Doctrina de la sentencia.—Se hace patente en este momento y en el supuesto en el que nos encontramos de la existencia de una sociedad civil irregular respecto a la que el artículo 1.669.1 del Código Civil dispone que «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros»: sociedad desconocida como tal por los terceros y, como consecuencia, los socios contratan en su propio nombre con los mismos. El artículo 1.669, en su párrafo 2, añade que «esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

En realidad, hemos de continuar nuestro comentario diciendo que está evidenciado que las relaciones internas entre los socios se rigen por la normativa sobre comunidad de bienes del Código Civil, artículos 392 y siguientes, si bien se trata de normas dispositivas, por lo que son preferentes los pactos celebrados entre socios, pero no resultan claros en lo atinente a la disolución de la sociedad irregular, la norma del artículo 400 del Código Civil, según la cual, ningún copropietario (ni socio en sociedad irregular) estará obligado a permanecer en la comunidad, de tal forma que cualquier socio puede exigir la extinción de la sociedad, y añade que podrá el mismo pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, lo que es aplicable a la sociedad irregular cuando efectivamente haya no más que una cosa o unas cosas comunes, lo que no sucede si va más allá de una simple situación, como cuando se trata de un negocio familiar, nuestra litis, en el que concurren un activo y un pasivo y las cosas materiales que formando parte del primero, no cabe su simple división sino que es preciso su liquidación completa y le es de aplicación el artículo 406 del Código Civil, que se remite a las reglas previstas para la división de la herencia.

Es doctrina de la Sala la que mantiene que si bien es cierto que la sociedad civil irregular se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, conforme a lo que dispone el artículo 1.669 del Código Civil, ello ha de entenderse referido exclusivamente al régimen de las relaciones internas sobre los socios durante la vida de la sociedad, pero no para el supuesto de disolución de la misma, cualquiera que sea su causa, la cual, no puede regirse estrictamente por lo preceptuado en los artículos 400 y 404 del Código Civil, como con persistente insistencia viene sosteniendo el recurrente en la instancia, pues al estar el patrimonio de la sociedad, aunque sea irregular, integrado por un heterogéneo activo (bienes, inmuebles, maquinaria, utensilios, mercaderías, créditos...) y un pasivo (deudas de negocio), para poder conocer cuál

sea el haber partible entre los socios es absolutamente imprescindible llevar a cabo su previa liquidación, liquidación ésta que si se trata de sociedad civil habrá de efectuarse conforme a las reglas de la partición de herencia.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA Y RETENCION DE CANTIDADES PERCIBIDAS POR EL VENDEDOR EN APLICACION DE CLAUSULA PENAL. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No ha lugar el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Las cláusulas a las que se circunscribe el contrato objeto del litigio, mantienen que en caso de incumplimiento, éste se resolverá, basando tal rescisión en una serie de normas que se circunscriben al caso de que: la parte que incumpla es la compradora, la vendedora hará suyo el 100 por 100 de las cantidades entregadas como indemnización mínima, sin perjuicio de solicitar una cantidad superior si los perjuicios probados fuesen superiores, y no cabe entender se estructurasen arras penitenciales para habilitar un desestimiento contractual con pérdida sólo de la suma inicialmente entregada, porque ese tipo de cláusula suele recoger lo que en el campo de los negocios habitualmente se estipula como sanción para los casos de incumplimiento de las prestaciones convenidas en los contratos de compraventa y que se refieren al pago de cantidades asumidas, y en el caso de autos está perfectamente estipulado ese efecto punitivo, con carácter bilateral, en el sentido de que si alguna de las partes incumpliese, las consecuencias serían muy claras para ambas, y así se incumple el comprador —caso del litigio— el vendedor hará suyo el cien por ciento de las cantidades entregadas como indemnización mínima, sin perjuicio de solicitar una cantidad superior si los perjuicios probados fuesen superiores, y es evidente que tal cláusula es estrictamente penal o punitiva, esto es, adosando un efecto económico o incrementando la sanción resolutoria, e incluso con un concepto equivalente al resarcimiento por indemnización de daños y perjuicios marcado con límite mínimo, que hasta en su uso, al vendedor podría rebasar la pertinente reclamación previa probanza.

TERCERA DE DOMINIO: UN DOCUMENTO PRIVADO ANTERIOR AL EMBARGO DE VENTA DE LA FINCA SIN TRADICION Y SIN FECHA AUTENTICA NO ES TITULO EFECTIVO FRENTE AL ACREEDOR EMBARGANTE. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—No se niega por la Sala la eficacia de los documentos privados seguidos de tradición para adquirir mediante compraventa el dominio de los bienes sino que lo que se niega es que exista *traditio* analizando las pruebas y las cláusulas del contrato privado de venta. En nuestra litis, la *traditio* se produce después del embargo, al elevarse el documento privado a escritura pública. Paralelamente, se hace una alusión directa y concreta al Pacto VI, objeto del documento, cual dispone que «la Compañía vendedora se reserva el dominio y la posesión de la vivienda y participación indivisas ven-

didas hasta que el comprador haya satisfecho las cantidades estipuladas y, en consecuencia, se conviene de común acuerdo que la escritura pública de compraventa no se otorgue hasta el momento de la entrega de llaves, coincidente, a su vez, con la entrega de la última de las aludidas cantidades», al analizar este pacto, se dice que el vendedor, al haberse reservado el dominio de la finca hasta el pago del precio que quedó aplazado, no tenía la libre disponibilidad de la cosa en perjuicio del comprador que va pagando los plazos, lo mismo que el aplazar la entrega hasta el completo pago de éstos, así la interpretación que hace la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del pacto de reserva, aparte de su mayor o menor exactitud, se sustenta en una premisa que resulta inaceptable: que los pagos se realizaron con anterioridad a la traba y a la entrega de la posesión de la finca, pasándose por alto que la sentencia recurrida afirma lo contrario, diciendo que los recibos aportados son todos de fecha posterior al documento público la fecha de éste es el 31-7-89, y el embargo se decreta el anterior 28-7. La *traditio* siguió al documento y, por tanto, se adquirió el dominio antes del embargo, y es incorrecto el señalar que el embargo se anotó en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la escritura, ya que dicho embargo se decretó antes de la fecha de ésta, y el mandamiento judicial que ordenaba su anotación se presentó el mismo día en el Registro.

EL CIERRE CASACIONAL. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—A tenor de lo dispuesto en la Ley 10/1992, de 30 de abril, con vigencia a partir del 6 de mayo, en relación con el escrito de formalización del recurso que se interpuso con posterioridad a dicha vigencia, procede actuar conforme a lo que dispone el artículo 1.687.1, apartado b) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en donde se hace constar que no son susceptibles de recurso de casación los supuestos sobre cuantía inestimable o que no haya podido determinarse en la sentencia de apelación y de primera instancia, siendo conformes de toda conformidad, pues no podemos dejar de olvidar que el presente pleito se tramitó por cuantía indeterminada, y así resulta del suplico de la demanda y se hace constar en la misma que la cuantía es indeterminada.

CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE ESCRITURACION DE FINCA CON ABONO DE INTERESES DEL PRECIO PENDIENTE HASTA SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se distingue ahora las peticiones establecidas en dos pleitos distintos: Así, en el PRIMER PLEITO: el actor pide: 1) Que el otro incumplió (no pagó el resto del precio). 2) Que se devuelva la posesión. El demandado reconviniendo pide: 1) Que el otro incumplió. 2) Que se otorgue escritura pública. Y en el SEGUNDO PLEITO: el actor pide: 1) Otorgamiento de escritura pública. 2) Pago del resto del precio. El demandado reconviniendo pide: 1) Se

desestime la demanda por apreciación de las excepciones de falta de litisconsorcio y cosa juzgada. 2) Que se condene al abono de los intereses.

Doctrina de la sentencia.—En el caso de autos, la cuestión afecta al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de un contrato de compraventa. No se niega por ninguna de las partes su realidad y su consumación sino que, incluso el actor está dispuesto a pagar el resto del precio, por lo cual, en principio, no existe ningún aparente perjuicio o afectación en el menoscabo de los intereses de la masa de acreedores, lo que unido a que las circunstancias del litigio provienen de relaciones jurídicas, previamente existentes en exclusiva entre las partes interesadas, conduce a ratificar la decisión de la Sala sentenciadora. La alusión a la excepción de cosa juzgada es inconsistente y ello porque en el primer pleito lo que se pretendía es imputar el incumplimiento a la contraparte y el cumplimiento previo de la propia, sin perjuicio de que, en la primera reconvencción el entonces demandado, también planteaba la petición de que se condenase al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, sin ofrecer el pago del resto del precio, mientras que en este pleito las pretensiones son, en sustancia por parte del actor, la del otorgamiento de dicha escritura, comprometiéndose a pagar el precio aplazado, pidiéndose la desestimación de la demanda y el abono de intereses devengados, dicho abono por el actor de los intereses legales por la cantidad del precio no satisfecho desde la entrada en posesión de la finca hasta la fecha del requerimiento, pero en el momento en que se manifestó no se había satisfecho el pago, y estando en posesión de la finca el actor, esos intereses deberán devengarse no sólo desde la entrada en posesión de la finca hasta dicho requerimiento sino hasta que efectivamente realice el pago efectivo. Y es que lo que se pretende destacar es que los intereses reclamados habrán de compensar el disfrute de la finca por parte del actor y el no cumplimiento de su obligación de abonar el precio total, se deberá sancionar con el reajuste de la condena a los intereses desde que entró en posesión de la finca hasta que realmente se proceda a su pago efectivo.

ARRENDAMIENTO DE OBRAS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La demanda se fundó en la existencia de un contrato, que no calificó, y en su incumplimiento solicitándose la reparación de los daños y perjuicios causados.

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada y conocida la jurisprudencia de la Sala que proclama la atribución al Tribunal de instancia de la función calificadora de los contratos y de su interpretación y que su criterio debe prevalecer, salvo que sea ilógico, absurdo o contrario a los preceptos legales, y así se hace necesario analizar si el presente caso merece la aplicación de la doctrina general de aceptación del criterio de la Sala de instancia o si estamos en la excepción de calificación equivocada y contraria a los preceptos legales.

En realidad, se trata de un contrato complejo de arrendamiento de servicios y de obras, puesto que las gestiones encomendadas al recurrente partici-

pan de las dos naturalezas citadas —servicios y obras—, artículos 1.542 y siguientes del Código Civil. En cuanto al servicio a prestar por el agente, de carácter profesional, es evidente que éste tiene derecho a cobrar el precio en la forma y cuantía pactada, y en cuanto arrendamiento de obras, es evidente también que éstas siendo propiedad del arrendatario de los servicios de aquél, pueden interrumpirse por la sola voluntad de su dueño, si bien los efectos económicos serán distintos, según cuál sea la causa de la determinación de voluntad resolutoria. Si el dueño desiste por su voluntad, ha de indemnizar al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudieron obtener (art. 1.594). Por esto, hay que analizar si al caso de autos es aplicable este precepto y la conclusión afirmativa es la que se desprende de la prueba, pues está acreditado que hubo licencia de derribo del inmueble a rehabilitar y reconstruir, que la dieron las autoridades correspondientes y que no es equiparable a la negativa de las obras el hecho de que se impusiera al dueño la obligación de respetar la fachada, pero permitiéndole elevación de más plantas.

ACCION REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Doña Eustaquia González Villalba demanda a don Jesús María Fernández de Valderrama y a doña María Nieves González Villalba, solicitando pronunciamiento judicial por el que se declare su titularidad dominical sobre el 25 por 100 de la denominada «Villa Nisuma», y el otorgamiento por los litigantes pasivos de cuantos documentos sean necesarios para conseguir la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Doctrina de la sentencia.—Reiterada doctrina de la Sala, sienta que la determinación de la conceptualización jurídica, relativa a un contrato, constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que se le atribuye al Juzgador de instancia, y su resultado se debe respetar en casación, a no ser que sea ilógico, inverosímil o contrario a las normas de los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos excluyentes de no concurrencia en este caso, pues lo contrario desnaturalizaría el recurso extraordinario de casación y lo transformaría en una tercera instancia.

ACCION CIVIL TRAS JUICIO, PENAS DONDE YA SE EJERCITO. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El recurrente, perjudicado por unos hechos que se calificaron de delito y que dieron lugar a un proceso penal en el que no se mostró parte, no ejercitó la acción penal y consintió que ésta y la civil fueran ejercitadas de acuerdo con la Ley (arts. 100 y 107 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se pretende así obtener una nueva sentencia que modifique la cuantificación de la suma fijada en vía penal como reparadora de todos los daños y perjuicios.

Doctrina de la sentencia.—En nuestro caso hubo acción penal, hubo condena, hubo ejercicio conjunto de la acción civil y se cuantificaron los daños. La acción civil siempre la ejercita el Ministerio Fiscal, si el ofendido no se la reserva, y éste además, puede ejercitar en la vía penal sólo la civil, si así lo tiene por conveniente.

La sentencia desestimó la demanda por entender agotada la vía civil y no dar valor alguno al escrito que tras la celebración del juicio penal y dictada la sentencia, dirigió a la Sala que la dictó en súplica de que se tuvieran en cuenta los daños y sus valoraciones que, naturalmente, no fue atendido por la Jurisdicción penal. Así, conocidas todas las secuelas, antes del juicio penal, no reservado el ejercicio de la acción civil por el perjudicado (art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y no dándose por ellos las circunstancias que alguna excepcional sentencia tiene en cuenta, no cabe ignorar que se ha producido una consunción de la acción civil, se ha agotado la posibilidad de volver sobre lo mismo, se ha dado cosa juzgada.

FIANZA POR RENTAS IMPAGADAS. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Objeto del litigio.—Nos encontramos ante una relación locativa sujeta a la Ley de Arrendamientos Urbanos, prorrogable por imperativo legal y de manera forzosa e indefinida para el arrendador, en el que el fiador no hizo, al incluirse en ella, manifestación alguna de apartarse durante la prórroga, sino que la asumió.

Doctrina de la sentencia.—Alegados estos hechos, la Sala consideró que la inexistencia de la obligación de pago por el fiador radicaba en una pretendida concesión de prórroga voluntaria por parte del arrendador al arrendatario basada en el no ejercicio de la acción de desahucio de manera inmediata al primer impago de la renta, olvidando que el ejercicio de tal acción judicial por parte del dueño de la finca no es una obligación legal, ni una facultad que pueda ser ejercitada en cualquier momento, siempre que no se halle prescrita y, paralelamente, no puede entenderse que el plazo señalado de espera fuese excesivo, máxime cuando la existencia de un aval solidario de persona solvente aseguraba su cobro.

RECLAMACION DE CANTIDAD. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—La entidad «Sarrío Tisu, S. A.» promueve demanda-juicio ordinario de menor cuantía contra «Eroski Sociedad Cooperativa de Consumo Limitada», sobre reclamación de cantidad.

Doctrina de la sentencia.—Resultó constatada la existencia de un crédito impagado en favor del actor y en contra del demandado, y procedió la resolución a condenar su pago.

A lo largo de todo su amplio desarrollo y antecedentes no se pretendió otra cosa que convertir la vía casacional en una tercera instancia, aportando alegaciones que no se hicieron en momento procesal oportuno de la tramitación del pleito en primera instancia e intentando una nueva valoración de la prueba, así como introduciendo hechos nuevos, como los de la compensación judicial de la deuda, que no fue formulado como excepción, por lo que su consideración en esta vía causaría indefensión a la contraparte.

REVOCACION POR CAUSA LEGITIMA DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR NOMBRADO EN CONTRATO SOCIAL. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—El litigante pasivo incurre en causa legítima para ser destituido como administrador del negocio agropecuario «Granja Terra» y, en su consecuencia, que se dejara sin efecto el carácter irrevocable del nombramiento efectuado a su favor.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia traída a casación rechaza la excepción de cosa juzgada, y es que la eficacia vinculante de la cosa juzgada exige, según reiterada jurisprudencia de ociosa cita, la participación de tres presupuestos: *personas*, cosas y razón de pedir, y en nuestro caso no concurren todos los requisitos aludidos, puesto que el tercero, que consiste en el título que sirve de base al derecho reclamado, se fundamenta en circunstancias acaecidas con posterioridad a las del primer procedimiento, las cuales eliminan la situación de esta figura. Y es que el problema estriba fundamentalmente en la concreción de si la base fáctica del antecedente proceso donde, según la recurrente, deriva la situación de cosa juzgada, es o no distinta de la del presente debate, y aunque la resolución final de aquel juicio menciona la existencia de la causa legítima, ahora nos encontramos ante hechos similares pero ocurridos después de los tenidos en cuenta en el litigio, y por ello no cabe hablar aquí de la concurrencia de dicha figura jurídica, pues según la doctrina de la Sala, el elemento temporal repercute en la delimitación del objeto del proceso sobre las acciones fundadas en un derecho personal, en las que dado su carácter casacional, el cambio temporal identifica una relación jurídica diversa, sobre todo en aquellos contratos que tienen como presupuesto esencial el factor tiempo, debido a que los acaecimientos posteriores integran una diversificada causa de pedir.

En nuestra litis todas las obligaciones asumidas fueron incumplidas a pesar de que para alguna de ellas había sido requerido judicialmente, e inclusive, la rendición de cuentas, único punto discutible, y que se llevó a cabo no voluntariamente sino a requerimiento del Juez. Y paralelamente a esto, decir que la causa legítima para la revocación del poder se aprecia cuando concurre un incumplimiento grave, y no meramente ocasional, de los deberes del administrador, o la patente incapacidad para desempeñar el cargo de manera ordenada y, al respecto, cabe la afirmación de que se producirá siempre y cuando a los socios no se les pueda razonablemente exigir que toleren o soporten conductas de aquél en detrimento de la sociedad, y dada la relación fáctica mencionada en nuestro caso, existe bastante para la revocación del poder, y

la recurrente que se limita a expresar su desacuerdo a la revocabilidad, no expone en cambio ningún argumento para rebatir la existencia de dicha causa legítima.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. EL ARTICULO 1.504 PREVALENTE SOBRE EL 1.124, AMBOS PRECEPTOS DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Prospera el recurso de casación.

Objeto de la presente litis.—Se postula la resolución de un contrato de compraventa respecto a una vivienda, por impago de las cantidades aplazadas en letras de cambio.

Doctrina de la sentencia.—Resulta evidenciado que se ha producido la infracción, pues aunque fue acreditado que el comprador incumplió con su obligación de pagar la mayor parte del precio acordado por la compra del inmueble, y habiéndose practicado requerimiento notarial en el que el transmitente notificó de forma fehaciente su voluntad resolutoria, el artículo 1.504 del Código Civil impide taxativamente al Juez conceder nuevo plazo. En realidad, las razones expuestas por la Sala respecto al laconismo suscitado y a la existencia de pacto comisorio, no obsta a su operatividad legal, pues el artículo 1.504 no impone que para que funcione su sanción sea preciso que taxativamente se recoja en el contrato de compraventa correspondiente, sino que es suficiente sea de su supuesto de hecho, esto es, que se trate de una compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado para que despliegue toda su eficacia, su sanción resolutoria, cualquiera que sea la inexpressividad del contrato, pues se anula la posibilidad pactada en contrario de una resolución automática. Paralelamente, se trasluce la confusión de la Audiencia al no distinguir perfectamente la coherencia entre el artículo 1.124 y el 1.504, como ya mencionamos al dar título a la sentencia presente, objeto de nuestro comentario, por cuanto es sabido que el artículo 1.124 juega como sanción resolutoria para cualquier incumplimiento contractual, si bien ha de ceder cuando se trata del supuesto específico del contrato de venta de bienes inmuebles con precio aplazado —como es el de nuestro litigio—, en cuyo caso funciona con plenitud el artículo 1.504, pues según se deduce del iter de la presente litis, es doctrina jurisprudencial consolidada la que compatibiliza el contenido de los dos preceptos citados, entendiendo que el artículo 1.504 es una especialidad del artículo 1.124, referida a los bienes inmuebles, de tal manera que frente a la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el segundo, es de aplicación de modo específico y concreto el primero, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que supone que para tener éxito la acción resolutoria regulada en el artículo 1.504, hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio del artículo 1.124 considera indispensable la doctrina de la Sala, y entre ellos, como principal, el que quien insta la resolución haya incumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, explicándose que esta sanción obedece a su *ratio legis*, inspirada en una mayor tutela a los compradores de inmuebles a plazos, ya que, sin su existencia se encontrarían con la desventaja de que sería operativo el artículo 1.124 y entonces, seguido del mínimo in-

cumplimiento, podría la contraparte instar la resolución con las demás consecuencias derivadas, lo que no es posible, pues el artículo 1.504 precisa y permite que se pueda pagar después de incumplido el plazo o tiempo fijado, en tanto en cuanto no se requiera al comprador fehacientemente de pago, siendo esta segunda eventualidad la que individualiza el tratamiento de la contienda que se debate en este caso, pues se repite, si por un lado resulta de este artículo 1.504 una tutela mayor para los intereses.

RESOLUCION DE CONTRATO. RECLAMACION DE CANTIDAD POR PRECIO.
(SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se suscribe contrato de instalación de tratamientos de áridos. La entidad demandada incumple dicho contrato desde el inicio al retrasar la entrega de maquinaria y sucesivamente por otros reiterados incumplimientos.

Doctrina de la sentencia.—Conocida es la jurisprudencia según la cual no puede pedir la resolución quien no ha cumplido, y es que es evidente que no puede prosperar el motivo y carece de valor su contenido heterogéneo en el que se reproducen considerandos de la sentencia de primera instancia, cuando no es ésta la sentencia impugnada, se valoran pruebas, lo que está prohibido en casación, y se sostiene, sin apoyo alguno, porque carece de soporte fáctico que la sentencia ha declarado parcialmente resuelto el contrato. En realidad, la sentencia lo que hace es declarar que el recurrente no cumplió su obligación de pago de los trabajos efectuados y declara también que debe pagar lo pactado puesto que el demandado cumplió con todos los deberes contraídos como son: venta de máquinas, supervisión de obra civil, entrega y montaje.

INCUMPLIMIENTO DE PAGO DEL SUMINISTRO DE MERCANCIAS. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El problema del incumplimiento del contrato es una cuestión de hecho, pudiéndose revelar la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería como exigir dolo, bastando para frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento.

Mantiene la Sala que el artículo 1.214 del Código Civil por su carácter genérico, relativo al *onus probandi*, al no contener regla alguna valorativa de prueba, no es apto para amparar el recurso de casación, salvo en aquellos casos en que el Tribunal *a quo* hubiera invertido en su fallo el principio de distribución de la carga de la prueba, y esta situación no se produce en el presente caso, y está claro que en tema de incumplimiento de los contratos prevalece lo apreciado por la Sala sentenciadora.

TITULARIDAD REAL. SOCIEDAD CIVIL. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Se debate en el litigio la titularidad exclusiva de la expendeduría de tabaco (estanco), atacando la declaración del Tribunal de Instancia que atribuyó una titularidad puramente formal o fiduciaria sobre el negocio en litigio. En realidad, nos encontramos ante una RELACION creada entre dos hermanas, que litigan al fallecimiento de su padre, y que es acreditativa de la existencia de una comunidad hereditaria *post-mortem* o sociedad civil sobre el estanco litigioso, y no cabe la censura de haber incurrido en órgano judicial de apelación al alcanzar tal condición de haber aplicado indebidamente la prueba de presunciones, y ello no excluye tener en cuenta la incidencia de titularidad de la madre de las dos citadas litigantes. Las intervinientes no ostentan titularidad ni poder de disposición sobre el estanco y al faltar el objeto también se da ausencia de CAUSA, que son elementos esenciales del/os contratos, por lo que su ausencia acarrea ineficacia.

Doctrina de la sentencia.—La Sala mantiene en supuestos como en el que nos encontramos, que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos, y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por exigencias de la Administración, que no excluye en este nuestro supuesto, a favor de los litigantes, conforme a sus participaciones como propietarias, ya que el negocio al integrarse en el haber hereditario del causante dueño, ninguna disposición administrativa lo puede excluir, pues se atentaría frontalmente contra la normativa sucesoria general, con lo que no cabe que la legislación reglamentaria la suplante. Los actos que se suceden en nuestra litis no alcanzan la categoría de propios y ello porque carecen de intensidad suficiente para ser reputados vinculantes y decisivos y facilita la aplicación de la doctrina jurisprudencial que declara que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar, y por tanto obligan, son aquéllos que por su carácter trascendental o por constituir convención, causen estado, definiendo inalterablemente una situación jurídica de su autor, así como los encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho que se posee y del que se puede disponer, por lo que sólo se hace aplicación de la doctrina de su vinculación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran conformado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se halla obligado a respetarla.

CONGRUENCIA O INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Parte el siguiente comentario, atinente a la litis que analizamos, de un confusionismo que se basa e impera en una afirmación hecha en el propio súplico y que consiste en que «en su día se dicte sentencia por la cual se case y anule la sentencia recurrida y se declare que corresponde

a los vendedores, recurridos, la obligación de obtener la renuncia y desalojo de los inquilinos de los inmuebles vendidos y los demás pedimentos contenido en el escrito de demanda, a excepción del resto del precio a pagar a los vendedores, fijado en la sentencia de la Audiencia y con el que se halla acorde la parte recurrente». Es doctrina jurisprudencial la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si se condena más de lo pedido —*ultra petita*—, o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes —*extra petita*— y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes —*citra petita*—, siempre y cuando el silencio judicial no puede, razonablemente, interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia*.

RESCISION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—La entidad «Banco Bilbao Vizcaya, S. A.», demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, interesando la rescisión de un contrato de compraventa, debido a que mediante el mismo, se produce una constitución de situación real de insolvencia en fraude de la actora.

Doctrina de la sentencia.—No existe ningún precepto que prohíba a los padres la venta de sus bienes a los hijos. Aparece evidente para la Sala de apelación la existencia de *consilium fraudis*, no sólo por la presunción legal sino por los concluyentes actos de la compradora, aparte de que los deudores ejecutados no tienen bienes para hacer frente a la deuda y actuaron para constituirse en real situación de insolvencia, lo que legitima la actuación de la recurrida, que insta la rescisión como única vía para garantizar el reintegro de lo debido con los bienes fraudulentamente transmitidos.

CONTRATO DE COLABORACION. TRANSPORTES DE MERCANCIAS. LA INDEMNIZACION POR CLIENTELA. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—La entidad mercantil «Arias, Transportes Lugo, S. L.», concierta con la actora del pleito un contrato por el que prestaba y aportaba sus medios y organización empresarial para actividades de colaboración comercial, actuando en régimen de coresponsalía en la provincia de Lugo, a fin de llevar a cabo el transporte de mercancías, bajo la fórmula de carga fraccionada y carga completa. Se trata de un contrato atípico, por medio del cual se tiende a la consecución de un resultado que se pacta. La demandante resuelve el contrato por carta y ejecuciones materiales consecuentes, al prescindir por

completo de los servicios que prestaba la que recurre y llevar a cabo su propia instalación en la ciudad lucense.

Doctrina de la sentencia.—En el supuesto que nos ocupa en el que no se atiende y prescinde del deber obligacional asumido por PREAVISAR, la Sala de casación declara que la denuncia unilateral del contrato no excluye en modo alguno las consecuencias indemnizatorias derivadas de tal incumplimiento, por representar desistimiento unilateral, que si bien resulta procedente, se lleva a cabo en forma arbitraria y en perjuicio de la parte colaboradora. En este orden de cosas, el problema nuclear que se plantea en el recurso es el de la indemnización por clientela, lo que impone distinto tratamiento jurídico. La sentencia de apelación no la concedió, y escuetamente declara que, al tratarse de pretendidas ventajas comerciales obtenidas por la demandante, también se hubiesen producido en el caso de cumplir con el compromiso del preaviso resolutorio. La indemnización que el Tribunal de Instancia otorga no agota ni cierra la compensación de los daños y perjuicios ocasionados al coexistir con las indemnizaciones compensatorias en materia de clientela que han de distinguirse de las propias derivadas de incumplimiento contractual. Y es que la clientela obtenida durante la vigencia del contrato no pertenece al colaborador ni al empresario principal, pero éste la aprovecha e integra en su fondo comercial como consecuencia directa de la extinción de la relación. Y es que al extinguirse el vínculo, si el concedente continúa disfrutando y favoreciéndose de la clientela generada por la actividad profesional de su correspondiente, que ha cumplido sus obligaciones, se produce un perjuicio de los intereses de éste, correspondiendo tal situación con la de enriquecimiento sin causa, que justifica la indemnización que corresponda, ya que se ha producido un desplazamiento de los clientes y una ventaja económica añadida para su disfrute, que deviene de las labores de captación y esfuerzo ajenos, que redundan en perjuicio del colaborador, por la disminución o pérdida en sus propios negocios futuros, pues no puede percibir comisiones ni otras retribuciones de la clientela perdida, que sucede en nuestra litis, y que resulta más patente e intensificado al tener en cuenta que los Transportes Ochoa, S. A., no tenían implantación comercial propia y anterior en la ciudad de Lugo.

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA AJENA. LA FALTA DE CAPACIDAD SUFICIENTE PARA ENAJENAR. LOS PRINCIPIOS DE ROGACION Y CONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Nos encontramos ante una sentencia que condena a indemnizar los perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia, pero que decide esa condena antes de que se haya ejecutado la sentencia, en que por reconocer la existencia del contrato, debía acordar su cumplimiento y sólo cuando éste no fuera posible transformar la condena.

El Tribunal Supremo, en constante y conocida jurisprudencia, declara que son dos las acciones que recoge el artículo 1.124 del Código Civil, y ambas —resolución y cumplimiento—, son incompatibles, pero se pueden ejercitar subsidiariamente, esto es, cabe pedir la resolución y para caso de no prospe-

rar, pedir el cumplimiento. El Tribunal Supremo siempre ha proclamado el principio de rogación y el de congruencia, en virtud de los cuales no cabe conceder algo distinto de lo pedido, y por ello puede decirse aquí que la sentencia de la Audiencia, en cuanto declara resuelta la compraventa, de la que sólo se pidió por el actor el cumplimiento y por la demandada la nulidad que no prosperó ni se ha recurrido, ha conculcado el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tal transgresión debe rectificarla esta Sala, suprimiendo la decisión judicial la declaración de resolución de la compraventa. Admitida la validez del contrato, no puede ignorarse que el de autos es de compraventa de cosa ajena, válido en nuestro Derecho, y que permite la condena a su cumplimiento, puesto que le cabe al vendedor la posibilidad de adquirir la cosa y, caso de no lograrla, la ejecución de la sentencia se llevará a cabo por transformación de la condena a vender y entregar la cosa en la de indemnizar daños y perjuicios. Esta indemnización es la forma de dar satisfacción a la pretensión tanto de quien pide el cumplimiento del contrato, que no puede cumplirse, como de quien obtiene la resolución al amparo del artículo 1.124 del Código Civil.

RESOLUCION DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1998.)

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la presente litis.—La resolución del contrato celebrado se llevó a cabo por causa del incumplimiento de una cláusula del propio contrato y que consistió en el transcurso con exceso del plazo de seis meses fijado sin haberse autorizado el derribo de la edificación señalada, y para evitar una incertidumbre excesivamente dilatada en beneficio de ambas partes.

Doctrina de la sentencia.—La declaración de cumplimiento de los contratos es una cuestión fáctica, aunque la trascendencia jurídica del incumplimiento implique una cuestión de Derecho que debe ser apreciada en casación. En el caso del incumplimiento consta acreditado y la valoración que del mismo hace el juzgador de instancia resulta plenamente acorde con los criterios de la Sala.

Conforme con reiterada doctrina de la Sala, la interpretación de los contratos está reservada a los órganos de instancia, de manera que no es susceptible de casación sino cuando se demuestra que es ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales y la efectuada en la resolución recurrida no incurre en ninguno de estos defectos.

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. EL DERECHO DE OPCION DE COMPRA. NEGOCIO JURIDICO DISIMULADO. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1998.)

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—En el ánimo de las partes (señores Ruiz Allacid y Nohales Gomariz) existe un deseo de efectuar una compraventa en escritura pública de cara a terceros y en garantía del comprador, y un contrato de

opción de compra, posterior en favor del vendedor, integrando todo ello un contrato fiduciario de naturaleza compleja. Nos hallamos ante un negocio jurídico disimulado, es decir, actos jurídicos válidos y lícitos, encubiertos por contratos aparentes, pero que revisten y despliegan toda su eficacia desde el momento que existe un consentimiento, un objeto y una causa verdadera y lícita que las partes han querido ocultar, cumpliendo, en todo caso, para su validez las formalidades legales necesarias. No cabe hablar de que haya existido un fraude de Ley, puesto que el primer requisito de éste, a tenor del artículo 6.4 del Código Civil, es que el acto realizado, en este caso el contrato de compraventa, así como el de opción de compra, esté prohibido por el ordenamiento jurídico o sea contrario a él, lo que no ocurre al no estar establecida tal prohibición y basarse aquellos contratos en una causa lícita y verdadera, aceptada y consentida por las partes contratantes, no pudiendo confundirse el fraude de ley con el acto simulado, ni éste con el acto disimulado, pues el fraude de ley siempre es ilícito, mientras que el acto simulado puede basarse en una causa lícita en algunas ocasiones, y el disimulado siempre ha de fundarse en una causa lícita y verdadera.

RESOLUCION DE UNA OPCION QUE POR SU NO EJERCICIO HA CADUCADO Y NO PUEDE RESOLVERSE LO QUE YA SE HA EXTINGUIDO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1998.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Mediante escritura otorgada el día 6 de junio de 1990, el demandado don Florentino Martínez García, concedió a «Parque Bosque, S. A.», un derecho de *opción de compra* sobre la finca denominada E-3 en la Urbanización El Bosque de Madrid (Villaviciosa de Odón), con vigencia hasta el 30 de noviembre de 1991. La referida opción *no fue ejercitada*, por lo que caducó, imposibilitando la compraventa sobre la que se proyectaba, que de esta manera no llegó a celebrarse.

Doctrina de la sentencia.—Se trató de una resolución *pactada*, y a su vez de una *opción con precio o prima*, que hace aplicable el artículo 1.124 del Código Civil, conforme a la doctrina de la Sala que exige, en todo caso, se dé el presupuesto básico de incumplimiento acreditado por la parte conducente, distinguiendo contractualmente dos momentos: uno, referente al propio convenio opcional, que ha de reunir los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, y autoriza a diferenciar el pacto de opción del derecho a su ejercicio que se inserta y otro, que corresponde a la perfección de la compraventa proyectada, consecuente a la ejercitación de la opción en el plazo acordado y cumpliendo las condiciones convenidas, como negocio final, cuya conclusión queda supeditada a la libre voluntad y decisión del optante, pues realizada la opción se perfecciona la venta.

En nuestra litis, al resultar la resolución convenida, ha de estarse a la reglamentación contractual que la disciplina, en cuanto autoriza su ejercicio «en el transcurso del período de la opción» y no antes ni después, como sucede en nuestro caso. La resolución practicada tuvo lugar en tiempo no contemplado, pues ya había caducado la opción. La sentencia de apelación al haberlo así apreciado, no aceptó la misma, por lo que no se puede tachar de

incongruente, pues las declaraciones del Tribunal de Instancia las autoriza el principio *iura novit curia* por ser necesarias, consecuentes y conexcionadas a la cuestión debatida, respetándose la base fáctica, en cuanto a la procedencia y eficacia de la resolución unilateral de referencia, que debió acomodar su ejercicio a lo convenido. Además, las sentencias desestimatorias de la demanda no resultan incongruentes, salvo en los supuestos en los que el fallo se hubiera dictado teniendo en cuenta alguna excepción no alegada ni debatida —salvo las que son de apreciación de oficio—, y cuando para dictarse pronunciamiento absolutorio se altera el soporte fáctico («*causa petendi*») de la cuestión debatida en el pleito e incluso cuando se reputan como demostrados hechos carentes de toda prueba. Se produce una vulneración del artículo 1.282 del Código Civil, por haberse marginado la intención contractual de las partes, en relación a sus actos coetáneos y posteriores al contrato para limitar la pérdida de las cantidades abonadas al solo supuesto de que «Parque Bosque, S. A.» no hubiera ejercitado por acto libremente decidido el derecho de opción de que disponía, pero no para el caso de darse variaciones urbanísticas —como las que tuvieron lugar—, y que afectaban al objeto del contrato, conforme a lo acordado. Y es que la facultad potestativa de resolver la relación negocial creada impide dejar su ejercicio positivo y cumplimiento a su libre arbitrio, así la doctrina reiterada de la Sala proclama el predominio de la interpretación literal al ostentar rango prioritario el artículo 1.281.1, de tal manera que si los términos de un contrato son suficientemente expresivos y no albergan duda alguna sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de acudir a las reglas de los artículos siguientes, que son subsidiarias y complementarias.

El plazo para el ejercicio de la opción es un plazo de caducidad, como pone de manifiesto el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y la doctrina de la Sala. Al contrato de opción, a diferencia de los demás contratos, le asiste la peculiaridad de que una vez extinguido no puede resolverse, y ello comprende todas las consecuencias de la resolución y, por tanto, *no se prolonga* una vez que se produce su caducidad, conforme a los términos pactados por los interesados. El artículo 1.964 del Código Civil establece el plazo de prescripción de quince años. En los supuestos de opción no se produce prescripción, sino que el derecho se extingue por estar caducado. El término duración del derecho de opción de compra se integra como requisito para el ejercicio vinculante del mismo y, a su vez, como condición que determina su existencia.

LA FIGURA DEL PRECONTRATO EN RELACION AL CONTRATO DE SEGURO DE CAUCION. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1998.)

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—«Alinova, S. A.» realiza el 23 de julio de 1990, con «Anaya, S. A.», un compromiso de aval con índices del tipo de tasas o precio de retribución y dirigido a la Delegación de Hacienda. Compromiso que fue logrado a través de la mediación de la otra parte recurrida «Mediterráneo Correduría de Seguros, S. A.», que tenía por objeto que la firma «Alinova, S. A.» pudiera obtener un aplazamiento en el pago del importe de sociedades ante la Delegación de Hacienda.

Doctrina de la sentencia.—La actuación negocial citada ha de entenderse como un verdadero *pactum preparatorio* o *pactum in contrahendo*, contrato preliminar o precontrato. Y como tal contrato preliminar es un contrato del que lógicamente se desprenden obligaciones que no debe confundirse con la promesa unilateral de contratar ni con los simples tratos preliminares. Dicho precontrato es un estudio previo al contrato definitivo, del cual no pueden separarse las partes arbitrariamente, ya que se infringiría no sólo el artículo 1.258, sino también el principio de obligatoriedad de los contratos que proclaman los artículos 1.090, 1.254, 1.256 y 1.278, todos ellos del Código Civil. Y en nuestra litis, el precontrato obligatorio suscrito, tiene su origen en el Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, vigente cuando se formalizó el referido precontrato, y en concreto su artículo 56 que establecía que el peticionario ofreciera garantía en forma de aval solidario de Banco o Caja de Ahorros, acompañando en la solicitud el correspondiente compromiso de formalizar aval si se concede aplazamiento.

La actual figura de precontrato surge en razón de las actuales necesidades financieras que han dado carta de naturaleza a unas formas de garantías contractuales y según las cuales, el asegurador garantiza al asegurado el cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales que con él ha asumido una tercera persona, que es el tomador del seguro. Doctrina que, como no podía ser menos, ha sido acogida normativamente en nuestro Derecho en el artículo 68, el cual afirma que «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro, de unas obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al segundo, a título de reconocimiento o penalidad, los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato». Figura esta del seguro de caución susceptible perfectamente de ser precedida por un contrato preliminar o precontrato, entendiéndose éste como un contrato cuyo objeto es la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, o como un contrato principal o definitivo.

EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1998.)

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se recuerda por la Sala, en este momento, la teoría, ya clásica y decantada, sobre la penetración del velo en la persona jurídica o desenmascaramiento de su personalidad, pues desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consignados por la Constitución Española, se decide prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino de fraude, admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar, «levantar el velo jurídico» en el interior de esas personas cuando sea preciso evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra los intereses de los socios, es decir, de un

mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho aplicable al litigio.

Paralelamente a esto, se entiende infringido el artículo 1.591 del Código Civil, por cuanto que en la sentencia se habla de una cuota separada de responsabilidad en el fallo y de manera solidaria en otro apartado, viendo qué defectos pertenecen al arquitecto, cuáles al aparejador, cuáles al constructor y cuáles a los propietarios. Se da como probado que el libro de órdenes de dirección de obra se dio el visto bueno a la misma, ¿sería la dirección técnica la única culpable y responsable frente a los actores y propietarios de lo ocurrido en la vivienda siniestrada? La respuesta es negativa, pero también, en realidad, no todos los partícipes tienen en la obra el mismo grado de responsabilidad. Así, según los defectos acreditados, serían responsables: de las grietas y fisuras en la tabiquería, el arquitecto; del desajuste en la carpintería interior, también el arquitecto; de la permeabilidad de las juntas de la carpintería exterior, habría una responsabilidad solidaria entre el aparejador y el constructor; de las piezas de rodapié desprendidas o partidas, el arquitecto; de las manchas de humedad en el solado de la vivienda, el arquitecto; de las humedades en el techo del sótano, también habría una responsabilidad solidaria, pero ahora entre el arquitecto, el aparejador y el constructor; de las humedades en muros perimetrales del sótano, la propiedad; del deficiente acabado de la losa de acero: armaduras sin recubrimiento, la constructora; de las juntas permeables a la luz en bloque visto en fachada del semisótano, el constructor; de las corrientes de aire a través de los mecanismos de electricidad empotrados y bajo el rodapié, solidariamente el arquitecto, el aparejador y el constructor; del pilar sin función en planta de sótano, el arquitecto, y de las lesiones en losa sobre escalera exterior al sótano, la propiedad. Nos encontramos, en realidad, ante el ejercicio de una acción al amparo del artículo 1.591 del Código Civil — como ya hemos adelantado— *por vicios ruinógenos*, no pudiéndose apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al pedirse o dirigirse la acción contra cualquiera de los destinatarios o implicados en la obra constructiva de mentada acción.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1998.)

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Mantiene la sala que las sentencias absolutorias son siempre congruentes, *salvo* que la absolución se produzca por una excepción no alegada y no aplicable de oficio o que haga variar la *causa petendi*, que no se aplica al caso de autos. Y es que de todo lo actuado se desprende que el único y verdadero incumplimiento lo ha causado el actor comprador del inmueble quien en momento alguno, ni en la actualidad, a pesar incluso del grave problema pendiente o que pueda generarse sobre el desplazamiento posesorio y entrada por las vías de hecho en la vivienda objeto del pleito, ha consignado el precio adeudado.

Es doctrina jurisprudencial unánime y constante que el ofrecimiento de pago si va seguido de la consignación carece de valor. Y en nuestra litis, el actor ni ha consignado ni siquiera intentado el precio adeudado. Y, además,

la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, según dispone el artículo 1.256, ni puede exigir el cumplimiento de una obligación recíproca ni incurrir en mora cuando no se cumple el contrato, como se desprende de los artículos 1.124 y 1.100 del Código Civil, pudiendo instar, además, del cumplimiento, la resolución del contrato conforme a los artículos 1.124 y 1.504, especialmente en la venta de inmuebles, cuya facultad no ha ejercitado el demandado.

LEGALIDAD DE UNA FACULTAD DE DESESTIMIENTO UNILATERAL DE UN CONTRATO PROYECTADO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Hemos de diferenciar ahora los dos recursos que fueron interpuestos: *a)* En cuanto al primero: Se lleva a cabo una coligación entre un contrato de mandato y unas obligaciones de hacer en el futuro, una vez acabado con buen fin ese mandato con el desalojo de inquilinos y arrendatarios y la autorización legal para el derribo. Esta coligación o conexión negocial deriva del propio fin perseguido por las partes, que era el derribo de un viejo edificio y la construcción de uno nuevo para vender sus pisos y locales. El mandato fue el instrumento hábil para conseguir la que se puede llamar la segunda fase y que se hiciese realidad. Al mandatario se le dio el plazo de cinco años para su gestión, con arrendatarios y autoridades administrativas, incluyendo actuaciones judiciales pero al cabo de dos años, los propietarios podían vender el inmueble, concediendo al mandatario un derecho de adquisición preferente. Así las cosas, el inicio de la segunda fase se condicionó a que la venta no se produjese por los propietarios. La sentencia de la Sala mantenía que cuando el cumplimiento de la condición dependiese de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional sería nula, habiendo de referir esto al supuesto de que dependa de la condición la exigibilidad de las obligaciones contraídas, pero no al caso de que lo condicionado sea la entrada en vigor del contrato, y así pudiese afirmarse la validez de éste, aunque una de las partes se reservase el derecho a resolverlo. *b)* En cuanto al segundo: Se calculan los daños que son indemnizables al recurrente, teniendo precisamente en cuenta que el futuro negocio que se proyectó ya no es posible realizarlo al haberse enajenado el edificio a un tercero. No se puede pretender incrementar aquellos daños con un lucro cesante que se indemnizaría por duplicado.

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1998.)

El recurso de casación triunfa.

Doctrina de la sentencia.—A la vista de los hechos que tuvieron lugar, se estima que se ha producido una modificación objetiva en el contrato de suministro de energía eléctrica. El artículo 1.203 del Código Civil contempla la modificación de las obligaciones cuya norma se halla contenida en la sección de la novación, que forma parte del capítulo de extinción de las obligaciones.

No se trata propiamente de una novación, ya que el concepto preciso es el de extinción de una obligación por la creación de otra nueva. Se ha producido una modificación de las obligaciones en el precio y en el suministro, hubo una modificación aceptada y consentida por ambas partes, la parte suministradora aumentó el precio y la entidad local consintió pacífica y libremente los mismos (pagos) durante todo ese tiempo sin formular objeción. Es clara, pues, la modificación objetiva de la obligación de pago del precio derivada del contrato de suministro.

COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES. PLAZO DE RESERVA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1998.)

Triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Mediante documento privado de fecha 2 de octubre de 1989, la entidad actora vende a los recurrentes dos fincas sitas en Estepona, bajo la modalidad de compraventa por precio aplazado con pacto de reserva de dominio. En el que se pactó que: hasta el pago total y completo del precio, el vendedor se reserva el dominio de las fincas, objeto del contrato, y el comprador no tomará posesión de las mismas hasta haber efectuado el pago completo e íntegro, así como el pago del importe total del IVA aplicable a esta transmisión.

Doctrina de la sentencia.—Nuestro Código Civil no regula las compraventas de inmuebles sometidos a pacto de reserva de dominio, que tiene por objeto garantizar el pago del precio, toda vez que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida, en tanto no se produzca el abono íntegro de la contraprestación, habiendo determinado la doctrina jurisprudencial su naturaleza y características, la que se configura como una compraventa sometida a condición suspensiva que se proyecta en la fase de consumación del negocio, pues éste ha de reputarse debidamente perfeccionado, desplegando los efectos traslativos cuando se verifica el completo pago por producirse la transferencia definitiva de lo enajenado, con lo que el derecho expectante del comprador se consolida por el hecho de cumplir la obligación que le incumbía de abonar el precio del contrato.

El impuesto del IVA no constituye el propio precio del contrato, aunque es consecuente al mismo y procede, como sucede en nuestra litis cuando se lleva a cabo la transmisión de bienes inmuebles, al configurarse como operación gravada, constitutiva de hecho impune, ya que se reputa como entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre los corporales, incluyendo la cesión de bienes en virtud de contratos de venta aplazados de reserva de dominio.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

RESOLUCION DE CONTRATO.—ES APLICABLE LA LAR AUNQUE LOS ARRENDATARIOS NO LLEGASEN A ADQUIRIR LA CUALIDAD DE PROFESIONALES DE LA AGRICULTURA O LA PERDIESEN PROCEDIENDO LA RESOLUCION DEL CONTRATO POR LA CESION DEL USO DE LA FINCA HECHA POR LOS ARRENDATARIOS, QUE IMPLICA SUBARRIENDO DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1994.)

El Juzgado de Don Benito desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Cáceres rechazó la apelación.

Triunfa la casación. La Audiencia entendió que el contrato se regía por el Código Civil, ya que los arrendatarios no son profesionales de la agricultura, sin entrar a conocer el fondo del asunto y dejó imprejuizada la demanda, confirmando la sentencia de primera instancia. La calificación dada por la Audiencia es de contrato parciario, categoría introducida por nuestro Derecho por el artículo 101 LAR de 1980, que separa este contrato de la tradicional aparcería que la nueva Ley reserva para los contratos en que el propietario cedente, además de la tierra, aporta ganado, máquinas o capital circulante, en los términos del artículo 102 de la Ley. Esta exige que los arrendatarios sean profesionales de la agricultura, excluyendo los supuestos contemplados por el artículo 6 para los cuales existe el régimen del Código Civil. Sin embargo, no se declara la nulidad de un contrato de arrendamiento suscrito por quien no es profesional de la agricultura o por quien, siéndolo, lleven en cultivo tierras que superen 500 hectáreas de secano o 50 de regadío, concediendo al IRYDA la facultad de subrogarse en estos arrendamientos, pero no contempla el supuesto de que el IRYDA no haga uso de la facultad que le confiere la Ley, o aquél en que no hubiese personas que acepten el cultivo de las tierras. En estos casos puede admitirse que estos contratos se rijan por el Código Civil. Pero no es éste el supuesto de este litigio, porque la finca no supera los límites de extensión señalados, y la condición de profesionales de la agricultura puede alcanzarse por todo aquél que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe directamente de la explotación. Que luego no lleguen a adquirir esta cualidad o la pierdan, determina que incurran en la causa de resolución 1.ª del artículo 76 de la Ley, y esta pérdida es un hecho declarado probado por las sentencias de instancia. El procedimiento es el adecuado y el contrato se rige por la Ley de 1980. La apreciación de los documentos aportados con la demanda revelan el abandono voluntario y la cesión del uso de la finca por parte de los arrendatarios, habiendo efectuado subarriendo de la explotación, lo que comporta la estimación de la demanda y la resolución del contrato por las causas 1.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª del artículo 75 sin perjuicio de la liquidación que proceda por falta de los abonos consiguientes y la indemnización de daños cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO CORRESPONDE A LOS APARCEROS EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. ADEMÁS, LOS APARCEROS HABIAN DEJADO DE SERLO POR HABERSE DICTADO SENTENCIA DE DESHAUCIO CONTRA ELLOS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994.)

El Juzgado número 2 de Lérida desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No se admite la casación. Las leyes especiales que, como tales, son excepcionales al reglamentar situaciones que están previstas por las leyes generales en forma singular y específica, no son susceptibles de aplicación extensiva ni analógica. La LAR trata los arrendamientos propiamente dichos así como los parciarios en su Título I y, muy especialmente, en su Título II: las aparcerías, pero con un tratamiento diverso, omitiendo para la aparcería la institución de la adquisición forzosa que es, peculiar y restrictivamente, aplicable a los denominados arrendamientos históricos y las leyes que establecen una línea de ayudas para facilitar a los arrendatarios el acceso a la propiedad, aplican esta institución a los arrendamientos propiamente dichos, lo que hace inferir que la realidad social no demanda la extensión que se propugna en el recurso. Además, al haberse dictado sentencias de desahucio contra los aparceros, éstos carecían, en el momento de la demanda inicial de este procedimiento, de la legitimación activa para hacerlo por haber perdido, en virtud de estas sentencias, su carácter de aparcerero.

RETRACTO.—SE PRECISA LA CONSIGNACION DEL PRECIO, SIENDO CONOCIDO, SIN QUE BASTE EL AVAL O AFIANZAMIENTO DEL MISMO EN ESTE SUPUESTO. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 2 de Puerto de Santamaría estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. La Audiencia dice que, siendo conocido el precio de venta, debió ser consignado y no afianzado ni avalado, diciendo la recurrente que la presentación del aval cumple la finalidad de la exigencia legal, ya que hablar de aval bancario hoy día, es hablar de dinero en metálico, pues de no entenderse así se estaría obstaculizando el derecho a obtener una efectiva tutela jurisdiccional. Pero la Sentencia de 20 de abril de 1994 dice que la presentación del aval no es equiparable a la consignación del precio, ya que el precepto legal sólo considera suficiente el afianzamiento, si el precio no fuese conocido, como se deduce del artículo 618 del Código Civil, por lo que se trata del incumplimiento de un requisito legal para dar curso a la demanda. Este requisito no puede subsanarse después, debiendo cumplirse estrictamente dentro del plazo legal para el ejercicio del derecho de retracto, como es poner a la inmediata disposición de la parte demandada el precio, previamente abonado a su transmitente.

ACTUALIZACION DE LA RENTA.—LA ACTUALIZACION DE LA RENTA PUEDE REALIZARSE POR LAS PARTES SIN NECESIDAD DE INTERVENCION JUDICIAL, SEGUN EL ARTICULO 38 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1994.)

El Juzgado de Ecija estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. La relación arrendaticia nació por el contrato de 1978, en el que se pactó una cláusula de estabilización de la renta, fijando una cantidad de kilos de trigo, haciéndose la conversión de cereal a metálico conforme a las normas reguladoras de las campañas cerealísticas correspondientes. En 1985 el arrendador reclama una actualización de la renta con arreglo a los nuevos precios fijados en dichas disposiciones. En los años anteriores la conversión del trigo se había efectuado aplicando el precio oficial que, para los efectos de renta, había fijado el Decreto 1628/79, de 12 de junio, precepto y precio derogado a la publicación de la presente Ley, en la que se fija el precio en dinero, pero estableciendo, en previsión de la subsistencia de los arrendamientos concertados antes de la Ley, una actualización de la renta conforme a criterios realistas. Esta actualización es la del artículo 38 que concede a las partes la facultad de efectuarla de común acuerdo, tomando como referencia los índices anuales de precios percibidos por el agricultor y establecidos por el Ministerio de Agricultura, sustituyendo el ficticio valor-trigo para renta por el valor real del producto. El sistema de actualización se deja a la voluntad de las partes en la expresión «podrá acordarse por las partes». Si falta esa voluntad es cuando la Ley prevé la posibilidad de acudir al Juez para que, en el proceso adecuado, fije la cláusula de estabilización, añadiéndola al contrato (art. 39 de la Ley). El contenido literal y lógico de los preceptos que hemos analizado sólo puede conducir a esta interpretación, sin que quepa entender que la intervención judicial es preceptiva en todo caso. En el caso que nos ocupa, los contratantes dejaron convenida una cláusula de estabilización con todos los requisitos necesarios para su efectiva regulación, que no contradice las reglas del artículo 38 de la Ley.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD SE CONCEDE «INTUITU PERSONAE», POR LO QUE SOLO PROCEDERIA RESPECTO A LOS CAUSAHABIENTES DEL ARRENDATARIO, NO SIENDO ESTA ATRIBUCION OBJETO DEL LITIGIO. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Gijón desestimó la demanda, pero triunfa la apelación.

Tiene éxito la casación. En primera instancia se declaró que, al haberse acreditado la cualidad de jubilado del arrendatario, procede la desestimación de la demanda. La Audiencia resolvió que, a pesar de hallarse en dicha situación, la jurisprudencia dice que ese carácter de pensionista no afecta a que pueda, a su vez, ostentar la cualidad de cultivador personal y de profesional de la agricultura, declarando el derecho de los actores a acceder a la propiedad de la finca. Pero, durante la tramitación del litigio se ha producido el fallecimiento del arrendatario, no pudiendo admitirse que sus causahabientes *per se* tengan derecho a que se considere a su causante como titular del

derecho de acceso y, de consiguiente, integrarlo entre los derechos transmisibles *mortis causa* del arrendatario, pues por su naturaleza personal se extingue por su muerte, tanto más cuanto que se trata de un derecho de privilegio que, sobre todo, en la atribución de ese singular derecho de acceso a la propiedad del bien arrendado está configurado *intuitu personae*, es decir, que existe sólo cuando vive el arrendatario, de manera que, con su muerte desaparece el sustrato de subjetividad en contemplación del cual está aquél estructurado y la misma Ley contempla la contingencia del fallecimiento del arrendatario, señalando el orden de preferencia para sucederle en el arrendamiento, pero, añadiendo que, en todo caso, el sucesor ha de ser profesional de la agricultura. En virtud de todo ello, sólo debe dirimirse por este proceso si el actor tiene derecho de acceso a la propiedad y que, por lo expuesto, no cabe reconocer. Pero como este supuesto no ha sido planteado de esta «litis» habrá de dilucidarse en el juicio correspondiente, en donde se determine si reúnen las condiciones exigidas por la Ley para que se les otorgue el derecho controvertido.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—PROCEDE LA RESOLUCION PORQUE LA ACTIVIDAD DE EXPLOTACION DE LAS MAQUINAS RECREATIVAS DESNATURALIZA EL OBJETO Y CARACTER DEL ARRENDAMIENTO, SUPONIENDO UN CAMBIO DE TITULAR EN EL ARRENDAMIENTO DEL LOCAL. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1994.)

El Juzgado número 5 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. Se declara probado por las sentencias de instancia que existía un subarriendo no autorizado del local. Alega el recurrente que la propietaria fallecida autorizó un convenio de subrogación de derechos arrendaticios, la modificación del titular arrendaticio, el uso del local, el precio del contrato y la revisión de la renta, con la finalidad de usar el local para instalar en él máquinas recreativas y, por tanto, la facultad de contratar con una empresa operadora, propietaria de las máquinas, para que instale las mismas y sean explotadas por el titular arrendaticio. La sentencia recurrida reconoce la estipulación modificativa y admite que la actividad de explotación de máquinas recreativas no está excluida contractualmente, si bien considera que ello era irrelevante porque lo esencial era si la explotación del negocio de las máquinas lo realiza la entidad citada, en todo o en parte, o, exclusivamente el arrendatario, con independencia de que éste siga conservando su derecho. El recurrente y su hermano conservan su derecho arrendaticio, pero la entidad propietaria de las máquinas recreativas se está beneficiando de la explotación del local. Los presupuestos fácticos —publicidad, licencia de apertura y explotación directa de dichas máquinas— determinan la imposibilidad de equiparar la situación de la empresa con la de aquellos terceros que no actúan sobre el local arrendado con un poder o señorío de hecho. Lo prohibido es el aprovechamiento, la ventaja o el beneficio obtenidos por un tercero sin respetar la voluntad del arrendador a quien corresponden las facultades dispositivas, dado que el uso corresponde al arrendatario y no a un tercero, como se deduce del artículo 1.543 del Código Civil. La Sala ha reconocido la

existencia generalizada en locales de negocio, de máquinas y servicios de diverso tipo explotadas por distinto dueño, pero debe evitar que este criterio tolerante ampare supuestos en las que las máquinas o servicios lleguen a desnaturalizar el objeto y carácter del arrendamiento y alteren la actividad económica del negocio, suponiendo un cambio de titular del contrato.

RETRACTO.—PARA LA ADMISION DE LA CASACION SE NECESITA QUE EL VALOR DE LO VENDIDO EXCEDA DE TRES MILLONES DE PESETAS.
(SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1994.)

El Juzgado número 2 de Elche estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Para la admisión del recurso ha de tenerse en cuenta el valor real, que es el escriturado de tres millones de pesetas, lo que ha sido cuestionado por los demandados, sin que dicho valor pueda ser incrementado por los gastos del contrato y cualquier pago legítimo hecho para la venta. Por tanto no era susceptible de casación al no alcanzar la cuantía litigiosa el límite mínimo: exceder de tres millones, exigido por el artículo 1.687 LEC.

TRASPASO.—LA VERDADERA ARRENDADORA ERA LA MADRE DE LOS ACTORES, DADO EL CARACTER PARAFERNAL DEL LOCAL, POR LO QUE NO PROCEDE EL DERECHO DE TRASPASO PRETENDIDO POR ESTOS.
(SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Zamora desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Valladolid revocó la anterior, admitiendo el ejercicio del derecho de traspaso por la parte actora en virtud del derecho de tanteo.

Triunfa la casación. El arrendatario notificó su decisión de traspasar el local y los propietarios ejercitan su derecho de tanteo, con su derecho a percibir el 30 por 100 del precio que habrá de deducirse del importe que han de reintegrar al arrendatario. Este se opuso alegando la nulidad de la escritura de adición de herencia del padre, otorgada por los actores por tener dicho bien carácter ganancial, declarando inexistente el derecho de traspaso, así como el mantenimiento del arrendamiento. La sentencia de primera instancia dijo que el bien era parafernial, por lo que no tienen la cualidad de arrendadores los actores, siguiendo subsistente el arrendamiento. La Audiencia dijo que los actores eran arrendadores y la madre era mera administradora y procede el derecho de traspaso en virtud del tanteo. La Sala destaca que la madre de los actores, como propietaria, la arrendó al demandado con el consentimiento de su marido. A ella se le notificó el deseo de traspasar y ella negó su consentimiento, notificando luego los actores que ejercitan su derecho de traspaso, negando al arrendatario la legitimación para impugnar la escritura de adición de herencia en la que los actores incluyeron el local, pero debe prevalecer la tesis del Juzgado de que la propietaria del local era la madre, por el carácter parafernial del bien, no procediendo la distribución *mortis causa*, ya que sobrevive la titular, siendo inconsistente la escritura de adición de herencia de 1985. Por tanto a los actores no les corresponde el derecho de tanteo por carecer de la cualidad de arrendadores y la madre se opuso al traspaso pretendido, que no se llegó a perfeccionar, declarando la nulidad de la escritura de adición de herencia y el mantenimiento del arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PARA QUE PROCEDA LA RESOLUCION SE NECESITA QUE EL IMPORTE DE LAS OBRAS DE RECONSTRUCCION DEL LOCAL ARRENDADO EXCEDAN DEL 50 POR 100 DE SU VALOR Y NO EL DEL EDIFICIO EN SU TOTALIDAD. (SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 4 de Tarragona estimó la demanda, no admitiendo la Audiencia la apelación.

Triunfa la casación. El antiguo artículo 155 LAU hablaba de «valor de la finca a efectos fiscales» y se substituyó por el contenido actual del artículo 118 en que se habla de «pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio», y se dice que ocurre ésta «cuando para la reconstrucción de la vivienda o local se haga precisa la ejecución de obras cuyo costo exceda del 50 por 100 de su valor real al tiempo de ocurrir aquél», refiriéndolo sólo a la vivienda o local y no al edificio en su totalidad, ya que éste puede no estar destruido, afectando la pérdida sólo a una parte, y se da la resolución si la pérdida afecta a la vivienda o local arrendado, independientemente de lo que ocurra en el resto del inmueble. La más moderna jurisprudencia así lo ha interpretado, a partir de la Sentencia de 13 de mayo de 1974, refiriendo el importe de las obras a las concretas dependencias cuya resolución se discute. Resulta claro que, sin modificar el cálculo efectuado por los peritos, el valor real de la parte del edificio referida a los locales situados en la planta baja, asciende a la suma de 4.225.000 pesetas y el importe de las obras necesarias para la reconstrucción de la planta baja supondría un coste de 3.800.000 pesetas, cantidad superior al 50 por 100 exigido en el precepto legal que vimos antes, resolviendo los contratos de arrendamiento de los locales comerciales ocupados por los demandados.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDEN ENTENDERSE AUTORIZADAS LAS OBRAS REALIZADAS OCHO AÑOS DESPUES DEL CONTRATO, AUNQUE ESTE CONTUVIERA UNA AUTORIZACION DE OBRAS QUE HABRA DE ENTENDERSE LIMITADA A LAS INICIALES, NECESARIAS PARA COMENZAR LA ACTIVIDAD DEL LOCAL. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 9 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. Se firmó el contrato en 1981 y se realizaron en 1989 obras, sin autorización del arrendador, que modificaron la configuración del local. El problema está en si la preceptiva autorización que exige el artículo 114 LAU estaba ya concedida en el contrato, en el que se autorizan unas obras de adaptación e instalación para que en el local se pueda desarrollar la actividad comercial a la que piensa el arrendatario dedicarlo, por lo que se trata de obras iniciales, añadiéndose que, una vez inaugurado el local no podrá hacerse obra alguna sin autorización escrita del arrendador. No puede admitirse que permanezca abierto al público un supermercado sin haber obtenido la licencia municipal ni admitir la inexistencia de límite temporal para realizar las obras iniciales de adaptación, como tampoco la alegación de que el contrato no se ha perfeccionado, después de estar ocupado el local por el arrendatario durante ocho años y haber pagado la renta a satisfacción de arrendador y arrendatario. Si la Autoridad municipal le exige al titular del negocio ciertas condi-

ciones en el local para que pueda desarrollar su actividad comercial, la solución está contemplada en la Ley sin que esté permitida la realización de obras sin autorización del propietario o del Juzgado.

RESOLUCION DE CONTRATO Y REVISION DE RENTA.—NO PRESCRIBE LA ACCION PARA RECLAMAR LA REVISION DE LA RENTA PERO SIN QUE LA ELEVACION TENGA EFECTOS RETROACTIVOS. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Vitoria estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. Desestimada la resolución del contrato y admitida la revisión de renta por el Juzgado, la Audiencia Provincial rechazó también la revisión de renta por haber prescrito la acción por el transcurso de quince años. El recurso se basa en la infracción del artículo 101.1 LAU que excluye de la prescripción la facultad y acción del arrendador para elevar la renta, de lo que infiere que la facultad del arrendador para elevar la renta podrá ejercitarla en cualquier tiempo, pero sin que la elevación tenga efecto retroactivo. Los aumentos de renta que pudieran derivarse de la aplicación de la cláusula 2.ª del contrato, con anterioridad a 22 de junio de 1974 —el requerimiento se hizo en 22 de junio de 1989— se hallan prescritas por los artículos 1.964 y 1.969 del Código Civil, por lo que se estima el motivo en cuanto a los aumentos pertinentes, posteriores a la indicada fecha, a las que se aplica el criterio legal del artículo 101 LAU sobre el ejercicio de la facultad del arrendador para elevar la renta.

DESAHUCIO.—EL SUBARRIENDO O CESION DEL ARRENDAMIENTO NECESITA AUTORIZACION EXPRESA Y ESCRITA DEL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Lalín estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Provincial de Pontevedra.

No prospera la casación. Arguye el recurrente que hubo hechos concluyentes e inequívocos para sostener que el subarriendo o cesión impugnados fueron consentidos por el arrendador. El precepto legal invocado no admite dudas, pues exige «autorización expresa y escrita del arrendador» y al no existir ésta en el caso discutido, ha de ser estimada la demanda. Parecen confundir al recurrente ciertas declaraciones de la Sala que, teniendo en cuenta situaciones de hecho, distintas de la ahora contemplada, determinaron que no era precisa tal declaración expresa para la validez del subarriendo. En algunas sentencias la Sala determinó la no necesidad de contrato escrito, pero no para el subarriendo sino para contratos de arrendamiento, en que la fase constitutiva de los mismos no estaba suficientemente clara en cuanto a las personas intervinientes, permitiendo en una —9 de junio de 1986— que un tercero pagase en su propio nombre la renta y, en otro caso —31 de marzo de 1993— se reconoció a una sociedad en constitución, la cualidad de arrendataria pero, todo ello, sin discutir la necesidad de concurrencia de los requisitos para un subarriendo o cesión tan claramente perfilados en la Ley como los de este caso. No hubo hecho concluyente alguno para consentir la cesión del

local y la Sala no puede, por no tratarse de una tercera instancia, volver a examinar las pruebas para llegar a la conclusión a que llega la recurrente. Conocer la cesión no implica consentirla y, en cambio, el arrendador ejerció la acción resolutoria, aun no prescrita.

RESOLUCION DE RENTA.—EL ARTICULO 101.1.º LAU NO DA EFECTO RETROACTIVO AL AUMENTO DE RENTA, POR LO QUE EL EFECTO ELEVATORIO SE PRODUCE DESDE EL MOMENTO DE LA RECLAMACION, NO SIENDO DE APLICACION EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 106, SINO EL DE PRESCRIPCION DEL ARTICULO 1.964 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Fuengirola desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó parcialmente.

Tiene éxito la casación. La cuestión jurídica que se debatió y resolvió en primera instancia estuvo referida a concretar la clase de renta que debe servir de base para el cálculo de la elevación pactada de la misma, la renta base o la revalorizada. El Tribunal de apelación amplió la cuestión resolviendo distintos problemas referidos a las cláusulas de estabilización cuando sólo se contempló contractualmente el supuesto de elevación del índice de coste de la vida, confirmando la resolución del Juzgado en orden a efectuar el cálculo de la elevación sobre la renta revisada y no sobre la contractual, indicando el carácter no retroactivo del aumento de las rentas. Como materia de casación sólo ha quedado la impugnación de la declaración de la sentencia recurrida en orden a entender que no es viable la reclamación de las diferencias entre las rentas satisfechas y las revisadas, ya que no se ha justificado la notificación al arrendatario de tales aumentos. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que determina que el artículo 101.1.º LAU no da efecto retroactivo al aumento de la renta, produciéndose el efecto elevatorio desde el momento de la reclamación, no siendo de aplicación el plazo de caducidad para reclamarlo del artículo 106 LAU cuando el incremento de la renta se deriva de un pacto contractual y no de los supuestos fijados por la Ley, siendo de tener en cuenta el plazo prescriptivo del artículo 1.964.1.º del Código Civil. La constancia de documentos fehacientes sólo se justifica en autos a partir de los meses de mayo y junio de 1983, constituyendo esta fecha la inicial a partir de la cual se entiende justificada la notificación de la efectividad del aumento, siendo de aplicación el sistema de revalorización establecido en las sentencias de instancia y no combatido en el presente recurso.

DESAHUCIO.—AUNQUE NO PROCEDA LA ACUMULACION DE LAS ACCIONES DE DESAHUCIO Y DE INDEMNIZACION, NO CABE DUDA QUE LOS TRIBUNALES PUEDEN CONOCER Y RESOLVER LA DE DESAHUCIO PLANTEADA. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994.)

El Juzgado número 46 de Madrid estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Tiene éxito la casación. El Juzgado estimó la demanda de desahucio y la de indemnización de daños y perjuicios, pero la Audiencia Provincial revocó por considerar inidóneo el cauce procedimental seguido para el conocimiento de las acciones ejercitadas, absteniéndose de entrar en el fondo del asunto. Pero,

si bien es cierto que por el actor se acumularon indebidamente en el procedimiento de desahucio dos acciones: desahucio e indemnización, de las cuales la segunda no puede ventilarse en este procedimiento por el carácter sumario de los mismos y, según el artículo 154 LEC, no cabe la válida acumulación, pero lo único que podrá impedir es que los tribunales conozcan y decidan la acción que, por las razones antedichas, se ha ejercitado inadecuadamente, pero no cabe concluir que la abstención del órgano judicial para conocer de las acciones planteadas se extienda a la que, por su naturaleza, es apta para ser resuelta en esta clase de procedimientos sumarios, como es la acción de desahucio por expiración del plazo contractual del arrendamiento de industria.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SE HA PROBADO LA DESTRUCCION O DERRIBO DE LOS ALMACENES A QUE SE REFIERE LA DEMANDA, YA QUE EL HECHO DE NO EXISTIR EN EL PLANO NO DICE NADA, POR NO CONSTAR LA FECHA DE CONFECCION DE DICHO PLANO. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1994.)

El Juzgado número 11 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se da la casación. Aunque, según reiterada jurisprudencia, los informes periciales emitidos en el proceso no son documentos idóneos para la casación, es de advertir que el informe del arquitecto no contradice la declaración de la sentencia de que no se ha probado la destrucción o derribo de los almacenes a que se refiere la demanda, ya que el perito se limita a decir que no existen, según figuran en el plano, cuya fecha de confección no consta con certeza. La dedicación de un espacio del local de negocio a oficina, no por sí solo, implica alteración de configuración y existe confusión en cuanto a la construcción no autorizada, a menos que se refiera a otra, cuestión no probada al venir impugnado el plano que se aporta con la demanda, en cuanto a su fecha en relación con la del arrendamiento.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

(Departamento de Derecho Civil de la UNED. Dirección: Profesor LASARTE)

LA RESPONSABILIDAD DE UNA EMPRESA POR MUERTE DE UN TRABAJADOR EN ACCIDENTE LABORAL SOLO PUEDE EXIGIRSE ANTE LOS ORGANOS DE LA JURISDICCION SOCIAL. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1998.)

Ponente: Señor don José Luis Albácar López.

La demandante reclama indemnización por daños y perjuicios por la muerte de su marido en accidente laboral contra la empresa que le empleaba y

otras dos personas físicas cuya responsabilidad solidaria pide también en la demanda. Los demandados contestan pidiendo la libre absolución y planteando la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de uno de los demandados. La demanda se estima parcialmente, absolviendo al demandado en cuestión. La Audiencia Provincial revoca la sentencia por falta de jurisdicción sin entrar en el fondo de la cuestión.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante, alegando que si en la sentencia recurrida se ha probado la relación laboral entre el fallecido y la empresa demandada, la responsabilidad de ésta por accidentes de trabajo corresponde exigirla ante los órganos jurisdiccionales de lo Social, según el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, con necesidad de abstenerse de su conocimiento los de la jurisdicción civil (arts. 9, 22, 25 y 85 LOPJ).

LA ENTIDAD PUBLICA TITULAR DE UN CENTRO HOSPITALARIO ES IGUALMENTE RESPONSABLE POR LA MUERTE DE UN PACIENTE POR FALTA DE CONTROL SUFICIENTE DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL PERSONAL DEL CENTRO. TAL RESPONSABILIDAD SE OBJETIVIZA POR ESTAR PREVISTA TAMBIEN EN LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Señor don José Almagro Nosete.

Una paciente, que sufría sordera de ambos oídos, es sometida en un centro hospitalario dependiente del Servicio Andaluz de Salud a una operación que mejoró la audición de un oído; después fue sometida a otra para recuperar o mejorar la audición del otro, pese al cambio en sus condiciones físicas que agravaba los riesgos. Como consecuencia de ello sufrió un «shock» anafilático durante la misma, cayendo en coma irreversible y falleciendo más adelante. El médico cirujano que practicó la operación y la entidad pública titular del centro fueron demandados por daños y perjuicios. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, absolviéndose al médico y condenando a la entidad. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, absolviendo a ambos; se apoyó en que la sentencia de primera instancia basó su condena a la entidad en el artículo 28 LCU, que no fue invocado en la demanda, lo que supone un cambio en la pretensión y, por tanto, una extralimitación en los poderes de juez; además, si se absolvió al médico demandado, no se puede extender la responsabilidad civil por vía del artículo 1.903 del Código Civil al hospital. El demandante recurre en casación.

El TS estima el recurso al entender que puede aplicarse otro precepto no invocado por el demandante, siempre que se mantenga la causa de pedir y se actúe conforme a lo pedido. La aplicación del artículo 1.903 del Código Civil no está subordinada a la previa determinación de un responsable dependiente y procede cuando se demuestra que el daño se produjo por negligencia acaecida en el círculo de actividad de la empresa, imputable a los empleados de la misma, de no ser así, se favorecería la impunidad de grandes y complejas organizaciones empresariales. El empleador no es responsable sólo si demuestra que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Por ello, la responsabilidad de entidades gestoras o titulares de hospitales es directa cuando el daño es consecuencia de una asistencia masificada que impide controlar adecuadamente la actuación profesional y administrativa del per-

sonal. El artículo 28 LCU se refiere concretamente a los «servicios sanitarios» para determinar la responsabilidad objetiva de la entidad que sólo puede ser excluida por caso fortuito, fuerza mayor o culpa del perjudicado. Si los hechos permanecen sustancialmente idénticos, la elección de la norma aplicable es función netamente judicial, siempre que no cambie la pretensión; si respecto de los hechos se produce una concurrencia de normas que permite la operación de subsunción o exclusión de otras, es parte del oficio judicial. Todo ello no excluye una posible reclamación contra otros miembros del equipo de profesionales, pero, en definitiva, es el empresario el responsable por el daño causado en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL TIENDE A OBJETIVIZARSE SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, BASANDOSE EN LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y ACENTUANDO EL RIGOR DE LA DILIGENCIA REQUERIDA; POR TANTO, DEBE PROBARSE QUE SE ACTUO CON LA DEBIDA DILIGENCIA PARA EVITAR EL DAÑO. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Señor don Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa.

Un paciente que ha intentado suicidarse es internado en un Hospital del «Insalud» para su tratamiento médico-psiquiátrico; algunos días después, accede desde su habitación a un saliente del tejado del pabellón, se arroja a la calle y muere. La viuda demanda al «Insalud» la indemnización por daños y perjuicios, fijando una cantidad determinada. En primera instancia se estima parcialmente la demanda al rebajar la cantidad pedida y añadirle los intereses legales. La Audiencia Provincial revoca la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS estima que el principio del artículo 1.902 del Código Civil (responsabilidad por culpa) requiere para su aplicación la imputación de la misma culpa al eventual responsable del daño; la jurisprudencia ha evolucionado en cuanto a objetivizar esta responsabilidad, en principio subjetiva, pero lo ha hecho recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, sin erigir el riesgo en único fundamento de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso, el principio de la responsabilidad culposa. Por tanto, se exige a los hospitales extremar las medidas de seguridad y vigilancia, individualizándolas en orden al caso particular de que se trate. En la sentencia del Tribunal *a quo* queda probado que el personal médico del centro conocía las tendencias suicidas del paciente, pero no llega a demostrarse (pese a lo que dicha resolución afirma) que los mecanismos de seguridad fueran los adecuados para evitar el suicidio, pues para ello habría sido preciso que la habitación careciera de acceso a la calle y que la vigilancia no hubiese cesado en ningún momento, medidas que, indudablemente, no se adoptaron, sin que el «Insalud» pueda demostrar que tales omisiones no se produjeron, por lo que ha de indemnizar el daño causado.

LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL PUEDE EXIGIRSE TAMBIEN SOLIDARIAMENTE CONTRA VARIOS SIN QUE SEA NECESARIO EL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Una compañía realiza unas obras de apertura de una zanja, y el empleado que dirige las obras lo hace sin pedir previamente los planos de las canalizaciones por premura de tiempo, y siguiendo otro trazado que el señalado por la licencia del Ayuntamiento, lo que originó que se enganchase y dañase un cable subterráneo de alta tensión. La entidad propietaria del cable demanda a la compañía y a su aseguradora una suma más los intereses legales en concepto de indemnización. Las demandadas contestan alegando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. En primera instancia se desestima la demanda y se estima la excepción. La Audiencia Provincial revoca la sentencia. Las demandadas recurren en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que existe una relación de dependencia entre la compañía y el jefe de obras, por lo que surge la responsabilidad de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, mientras que la responsabilidad de la aseguradora nace de la LCS, produciéndose entre los demandados una responsabilidad solidaria con la posibilidad de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como obligado a reparar el daño causado (art. 1.144 del Código Civil), sin que exista litisconsorcio pasivo necesario porque la causa es única y no se puede establecer distintas responsabilidades. La responsabilidad solidaria surge también respecto de los que hayan de responder por otro, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan establecerse entre los distintos intervinientes en la vía que proceda.

EN CASO DE MUTUA COLISION DE VEHICULOS DE MOTOR, LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD DE OTRAS PERSONAS, SIN QUE PUEDAN APLICARSE LA DOCTRINA DEL RIESGO NI LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Un turismo (conducido por el padre de la propietaria con autorización de ésta y ocupado por otras dos personas) toma una curva a excesiva velocidad, derrapa e invade el otro carril, chocando contra un camión que venía en dirección opuesta; el conductor del turismo falleció y los dos ocupantes resultaron heridos. La viuda y los hijos del fallecido demandan al conductor, al propietario y a la aseguradora del camión por daños y perjuicios; a esta demanda se acumulan los autos de la demanda de los dos heridos contra los herederos del muerto y contra la aseguradora del turismo, así como contra el conductor, el dueño y la aseguradora del camión. Los herederos son declarados en rebeldía por no contestar a la segunda demanda. En primera instancia, se desestima la primera demanda y se estima la segunda respecto de los herederos y la aseguradora del turismo, desestimándola respecto de los demás demandados. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. La viuda y la hija del difunto (propietaria del turismo) recurren en casación contra la aseguradora.

El TS constata los hechos probados en la sentencia de instancia: según las pruebas practicadas, el accidente se debió a la conducción imprudente del

fallecido, por tomar una curva a velocidad excesiva. En primer lugar, no pueden revisarse los hechos probados, por no ser la casación una tercera instancia; además, no puede alegarse error de hecho en la apreciación de la prueba, porque fue suprimido por la Ley de Reforma Procesal de 1992. En segundo lugar, no puede aplicarse la doctrina de la inversión de la carga de la prueba ni la del riesgo (insuficiencia de las garantías adoptadas) al conductor del camión, porque son incompatibles con los supuestos de mutua colisión de vehículos a motor donde, en principio, no se puede determinar quién fue el causante; pero, en este caso, se ha probado que la víctima tuvo la culpa exclusiva del accidente, lo que excluye la culpa ajena y da una razón de más para que no proceda la indemnización a las recurrentes, y que éstas sean responsables de los daños causados a las demás personas.

LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.903 ES DIRECTA, NO SUBSIDIARIA. LA ATRIBUCION DE LA CULPA HA DE HACERSE EN FUNCION DE LO REALMENTE OCURRIDO, NO DE LOS COMETIDOS DE CADA UNO DE LOS INTERVINIENTES. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Señor don José Almagro Nosete.

Un Ayuntamiento encarga, en régimen de concesión, a una entidad los servicios de mantenimiento de la maquinaria de las instalaciones del cementerio municipal, y a otra entidad los servicios de reparación. El encargado de la primera entidad advierte a la segunda la necesidad de reparar la maquinaria, por lo que tal entidad se sirve de una carretilla autoelevadora para proceder al traslado. Durante el mismo, las manipulaciones de la carretilla por los empleados de la segunda entidad, acompañados por el encargado de la primera, hacen que se ponga en marcha y avance unos metros; siguen manipulándola sin tomar más precauciones, y la máquina se pone en marcha por segunda vez, arrollando a un trabajador y causándole la muerte. La viuda y el hijo del fallecido demandan al encargado de la primera empresa y a los responsables de ambas, al Ayuntamiento y a la aseguradora, para que conjunta y solidariamente les abonen cierta suma en concepto de indemnización. La primera instancia estima íntegramente la demanda; la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia absolviendo a los demandados de la primera empresa y manteniendo la condena a los demás, declarando también que la responsabilidad de la aseguradora será dentro de los límites de cobertura de la póliza. Los demandantes, el Ayuntamiento y la segunda entidad recurren en casación.

El TS constata que las sentencias de instancia declararon probado que el encargado participó en los hechos que dieron lugar al accidente, aunque la segunda instancia lo absuelve por considerar que cumplió su cometido al avisar a la segunda empresa, que sería responsable exclusiva de la maquinaria a partir de ese momento; pero la atribución de la culpa no ha de hacerse en razón de los cometidos abstractos de cada una de las empresas intervinientes en los hechos, sino en lo que realmente ocurrió: no hay caso fortuito ni imprevisibilidad porque la máquina ya se había puesto en marcha al menos una vez antes del accidente, sin que después ninguno de los presentes (encargado y obreros) tomase más precauciones al continuar manipulándola; por tanto, el encargado de la primera empresa es responsable. En tal caso, la primera empresa es también responsable, en virtud del artículo 1.903 del Código Civil, sobre el que la jurisprudencia establece que la responsabilidad

extracontractual de las empresas en los supuestos que tal precepto contempla es directa, no subsidiaria, sin perjuicio de poder exigirla a otras personas, con las que surgirá un vínculo de solidaridad. Por tanto, se estima el recurso interpuesto por los demandantes.

El recurso interpuesto por el Ayuntamiento se desestima por quedar también probada la propiedad del Ayuntamiento sobre la maquinaria causante del accidente, y que se encarga del mantenimiento y reparación de la misma, asumiendo en los pliegos de concesión cualquier riesgo como máximo director del servicio. Por tanto, su responsabilidad directa y solidaria queda establecida según el artículo 1.903 del Código Civil.

El recurso interpuesto por la segunda empresa es también desestimado por poner en tela de juicio la valoración de la prueba en las dos instancias, lo que convertiría la casación en una tercera instancia; queda probado que intervinieron en los hechos sin tomar las debidas precauciones, lo que determina su responsabilidad.

La sentencia establece la responsabilidad civil de la aseguradora en los mismos términos que la sentencia de primera instancia.

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS EN ACCIDENTE FERROVIARIO SURGE POR LA ACTUACION DEFECTUOSA DE LOS EMPLEADOS DE LA RENFE, PERO SU CULPA SE COMPENSA CON LA DEL PERJUDICADO CUYA ACTUACION TAMBIEN DIO LUGAR AL DAÑO.
(SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Un tren expreso que estaba parado en la estación no salió a la hora fijada, y en vista del retraso, un viajero (portador de un brazo y antebrazo ortopédicos) entró en la cantina hasta que dieran el aviso de salida; el servicio de megafonía instalado en la estación no funcionó adecuadamente y el jefe de estación dio la orden de marcha del tren sin cerciorarse de que el viajero se dirigía al mismo; el tren se puso en marcha a velocidad inusual (debida a su retraso) en el momento en que el viajero ponía el pie en el estribo y se sujetaba a la barandilla; como no lo hizo fuertemente, se cayó, sufriendo lesiones y la amputación de la pierna izquierda hasta el muslo y un dedo del pie derecho. El perjudicado demanda a la RENFE una determinada suma como indemnización. En primera instancia, se desestima la demanda; la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia al reconocer el derecho a la indemnización del perjudicado, pero rebajando la cantidad exigida y sumándole los intereses legales. Ambas partes recurren en casación.

El TS desestima el recurso de la RENFE porque se ha demostrado que el mal funcionamiento de la megafonía y el precipitado y veloz arranque del tren dieron lugar al accidente, pues el agente no sólo debe atenderse a exigencias impuestas reglamentariamente, sino también adoptar las medidas de prudencia y precaución impuestas por las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para evitar el daño.

Desestima también el recurso del perjudicado por quedar también probado que hubo también culpa del recurrente en la producción del daño, pues debió estar más atento a la salida del tren y máxime porque por su minusvalía tenía más dificultades para subir al mismo, por lo que su culpa se compensa con la culpa de la entidad y procede la reducción de la cuantía de la indemniza-

ción. Se entiende que deben abonarse los intereses ejecutorios desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, por tratarse de una cantidad no conocida hasta que se fija en la misma.

NO SE PUEDE EXIGIR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL AL SERVICIO VASCO DE SALUD POR NO SERLE IMPUTABLE DEFECTO DE FABRICACION EN EL MATERIAL UTILIZADO. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR DAÑOS CAUSADOS EN LA PRESTACION DE UN SERVICIO PUBLICO NO ES EXIGIBLE POR VIA CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Una paciente se somete a tratamiento médico para la extracción de cerumen del oído en un centro hospitalario dependiente del Servicio Vasco de Salud, y durante dicho tratamiento se rompe la jeringa utilizada. La paciente demanda al médico y al Servicio de Salud reclamando una cantidad determinada como indemnización. En primera instancia, se estima la demanda parcialmente, absolviendo al médico y condenando al Servicio a pagar una cantidad menor que la reclamada. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia al modificar la cuantía de la indemnización, manteniendo los demás pronunciamientos. El Servicio Vasco de Salud recurre en casación.

El TS, examinando la sentencia de instancia, que reconoce como hecho probado que la jeringa tenía un defecto de fabricación, no considera correcta la imputación de responsabilidad al recurrente, porque no está obligado a montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades, asumiendo las obligaciones que a ellos compete. Tampoco la Administración es responsable de que los fabricantes no controlen adecuadamente la calidad de sus productos; en todo caso, cualquier responsabilidad de la misma no es exigible por vía civil.

NO PUEDE IMPUTARSE LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE FERROVIARIO A LA ENTIDAD TITULAR SI EL ACCIDENTADO NO RESPETO LAS BARRERAS DE SEGURIDAD EN UN PASO A NIVEL. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Se demanda a la Sociedad de Ferrocarriles Españoles por Vía Estrecha (FEVE) una cantidad determinada más los intereses en concepto de indemnización por daños y perjuicios por accidente ocurrido en las siguientes circunstancias: el demandante se propuso cruzar las vías por un paso a nivel que tenía las barreras bajadas justo después del paso de un tren por una vía, y lo hizo en el momento en que por la otra circulaba otro tren en dirección contraria, produciéndose el accidente. En primera instancia, se estima parcialmente la demanda rebajando la cuantía de la indemnización. La Audiencia Provincial revoca la sentencia desestimando totalmente la demanda. El demandante recurre en casación.

El TS desestima los motivos sobre las pruebas y su valoración porque la casación no es una tercera instancia. Desestima también el motivo de Derecho

sustantivo, porque está probado que el accidente no se debió a falta de medidas de seguridad; al contrario, si las barreras del paso a nivel estaban bajadas, el accidentado debió esperar a que se levantaran para poder cruzar con seguridad las vías, teniendo en cuenta, además, que el tren que venía en dirección contraria era necesariamente visible. Por tanto, la imprudente conducta del dañado fue de tal gravedad que constituye por sí misma la causa del accidente, excluyendo totalmente la culpa de la demandada.

EL DAÑO CAUSADO POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA EXCLUYE LA CULPA AJENA. LA DETERMINACION DEL NEXO CAUSAL ENTRE ACCION U OMISION Y DAÑO DEBE HACERSE VALORANDO LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO CONCRETO. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Un hombre fue al bar-restaurant de un polideportivo municipal (donde se celebraba una fiesta) y accedió a las piscinas de la planta baja, a una hora en que éstas estaban ya cerradas (pues los hechos ocurrieron de madrugada), por lo que estaban rodeadas por diversas barreras y vallas y no había iluminación, aunque llegaba la de la primera planta; el hombre confundió la piscina infantil con la de adultos y se tiró de cabeza a aquélla, dándose tan fuerte golpe contra el fondo que se lesionó la columna, quedando tetrapléjico. El lesionado demandó al Ayuntamiento, a la compañía de seguros y al concesionario del bar, reclamando indemnización en concepto de responsabilidad extracontractual. En primera instancia, se desestima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. El demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que el recurrente accedió a las piscinas a pesar de todos los impedimentos para la entrada (hora, falta de servicio, necesidad de pago de un precio, vallas) que establecían una prohibición clara de paso, sin necesidad de más avisos (por ejemplo, carteles indicadores), según destaca la sentencia recurrida. En cuanto a la determinación de la culpa, pese a la tendencia objetivista que se observa en la jurisprudencia, está claro que hay que basarse en la valoración del acto causante del daño y sus circunstancias en cada caso concreto. Por tanto, estando probado que la víctima incumplió una prohibición patente e hizo caso omiso de las condiciones inadecuadas, la culpa es exclusivamente suya, exonerando de responsabilidad a los demandados-recurridos.

LA CALIFICACION DE LOS DEFECTOS APRECIADOS COMO CONSTITUTIVOS DE RUINA (PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL) ES FUNCION JURIDICA DEL ORGANO JURISDICCIONAL, SIEMPRE QUE NO INFRINJA LAS REGLAS DEL RECTO CRITERIO EN LA VALORACION DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1998.)

Ponente: Señor don Pedro González Poveda.

Las Comunidades de Propietarios de dos edificios sitos en un complejo residencial demandan a cinco personas físicas y la compañía aseguradora, reclamando la declaración de incumplimiento de los demandados en cuanto

a la ejecución, terminación y entrega de la urbanización correspondiente al complejo, así como en la construcción de los servicios sociales y deportivos ofrecidos, y que se les condene a cumplir específicamente, o a indemnizar daños y perjuicios en caso de que el incumplimiento fuera imposible; asimismo, reclaman también la declaración de vicios y defectos en los edificios ya construidos y en sus instalaciones, reclamando también su subsanación o la correspondiente indemnización; reclaman también el abono de los gastos que han tenido las Comunidades debido a estas deficiencias, más los intereses legales en concepto de indemnización. La demanda se desestima en primera instancia; la sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial. Los demandantes recurren en casación.

El TS desestima los motivos estrictamente procesales del recurso, pero estima el motivo de Derecho sustantivo. En efecto, si bien es cierto que la función de valorar las pruebas y la de interpretar los contratos corresponden a los Tribunales de instancia y no son valorables en casación, también es cierto que estas funciones no deben infringir las reglas del recto criterio; en este caso, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TS, que establece que el concepto de ruina al que se refiere el artículo 1.591 del Código Civil no consiste sólo en el derribamiento total o parcial de la obra, sino también en otros defectos de construcción que impidan el disfrute y la normal utilización y habitabilidad por representar riesgo potencial de hacer inútil la edificación si no se subsanan a su debido tiempo. La sentencia recurrida no ha tenido en cuenta los defectos manifestados por las pruebas periciales, según las cuales, tales defectos tienen carácter ruinoso, por lo que el Tribunal se ha extralimitado en sus funciones y la sentencia ha de ser casada y anulada, aunque no se pueda estimar la pretensión de abono de las cantidades reclamadas por falta de adverbación de las facturas aportadas con la demanda.

EN CASO DE ACCIDENTE FERROVIARIO, LA CULPA DE LA VICTIMA SE COMPENSA CON LA DE LA EMPRESA FERROVIARIA Y SE CONSIDERA DE MAYOR GRAVEDAD QUE LA DE ESTA ULTIMA. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Señor don Pedro González Poveda.

Siendo de noche cerrada, un vehículo avanza por la avenida de una ciudad hasta que se para debido a que la calzada está inundada; el conductor se apea y, para no ser salpicado por el agua que, al atravesar la vía inundada, lanzan los demás vehículos, se retira hasta introducirse dentro del espacio de recorrido de la línea de ferrocarril, en lugar no autorizado para el paso de peatones, siendo golpeado por el vagón de un tren que pasaba en ese momento y muriendo casi en el acto; la vía se hallaba a una altura de un metro por encima de la calzada, la distancia del raíl más próximo al límite de la zona era de tres metros, la de este límite hasta la calzada era de dos y el balasto sobre el que estaba la vía tenía un talud incluido de unos treinta grados; no había valla ni elemento de separación entre la vía y la calzada. La viuda del fallecido demanda a la RENFE, al Servicio de Aguas del Ayuntamiento y su director legal y al entonces MOPU, Demarcación de Carreteras y su ingeniero-jefe, reclamando una determinada cantidad en concepto de indemnización. La demanda se estima parcialmente en primera instancia, rebajando la cuantía de la indemnización, condenando exclusivamente a la RENFE y absolviendo a los demás demandados. La Audien-

cia Provincial confirma parcialmente la sentencia, manteniendo las absoluciones y condenando a la RENFE a pagar una cantidad menor que la establecida en primera instancia. La demandante recurre en casación.

El TS, tras rechazar el motivo del Derecho procesal, declara que no hay nexo causal entre la conducta de los codemandados absueltos y el daño causado, pues cualesquiera que fuesen sus omisiones en su obligación de conservación de las vías públicas, el resultado se considera imprevisible atendido el curso normal de los acontecimientos. En cuanto a la condena de la RENFE, la sentencia de instancia estima que la principal causa del accidente fue el propio fallecido, quien se introdujo dentro de la vía del tren en el momento en que éste pasaba, y para llegar a este punto hubo de salvar el desnivel (de casi un metro) y adentrarse en el balasto, por lo que no pudo dejar de advertir la peligrosidad del lugar; se aprecia así una concurrencia de culpas, siendo mayor la del perjudicado que la de la RENFE, lo que justifica la rebaja de la indemnización.

EL EMBARGO TRABADO Y MANTENIDO DURANTE AÑOS EN JUICIO EJECUTIVO (DECLARADO NULO) ES NEXO CAUSAL PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1998.)

Ponente: Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

«Banca Catalana, S. A.» interpuso demanda de juicio ejecutivo contra varios avalistas de una póliza de crédito; tras varios años, el juicio terminó en sentencia de remate dictada por el Juzgado, que fue revocada en apelación, cuya sentencia declaró la nulidad del juicio; como consecuencia de ello, el embargo trabado y mantenido durante cuatro años sobre los bienes de los demandados provocó graves daños morales y materiales. Uno de los avalistas demandó a «Banca Catalana» exigiendo indemnización; a dicha demanda se acumuló la del otro avalista (hijo del otro demandante). En primera instancia se estiman las dos demandas. En segunda instancia se revoca la sentencia. Los demandantes recurren en casación.

El TS examina los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil: la acción (embargo trabado a instancia de «Banca Catalana»), el daño (el conjunto de perjuicios materiales y morales causados en la empresa de los recurrentes) y el nexo causal entre una y otro. La Sala estima que la dilación del proceso durante largo tiempo (para después declararse nulo) y el embargo en sí mismo son hechos demostrados de los que se deduce la culpa o negligencia de la entidad recurrida, dándose aquí el nexo causal requerido. Por tanto, el recurso se estima.

LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL REQUIERE PARA SU APRECIACION LA CONCURRENCIA DE UNA ACCION U OMISSION IMPUTABLE OBJETIVAMENTE AL AGENTE. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1998.)

Ponente: Señor don Pedro González Poveda.

El conductor de un camión cisterna propiedad de una empresa de transportes llevó, por orden y encargo de dicha empresa, 10.000 kg de tolueno disocianato (TDI), que debía entregar a otra empresa que compró tal producto

a la entidad suministradora, que fue quien contrató el transporte. Al realizarse el trasvase del producto mediante aire comprimido como agente impulsor del bombeo, y al entrar el aire comprimido en el depósito receptor, éste se perforó por la sobrepresión, vertiéndose gran parte del producto y afectando a maquinaria y materiales existentes en la industria. La empresa compradora demandó al camionero, a la empresa transportista, a la vendedora y a las dos compañías aseguradoras, reclamando una suma determinada en concepto de indemnización. En primera instancia, se desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. La entidad demandante recurre en casación.

El TS constata que las sentencias de instancia, una vez practicadas las pruebas y valorado su resultado, llegan a la conclusión de que la actora no ha acreditado la existencia de culpa o negligencia en la actuación de los demandados; en cuanto a la determinación de quién fue el causante de la rotura del depósito, no se ha acreditado que el suministrador o el transportista tuvieran la obligación de descargar el producto, pudiendo ser posible que tal obligación la tuviera la actora (porque se desconocen los términos del contrato celebrado entre ésta y el suministrador); tampoco se conocen las características del depósito roto (debido al carácter de ilegalidad administrativa en que se encontraba la actora y su posterior desaparición). Por todo ello, resulta imposible atribuir responsabilidad a los demandados por no poderles atribuir negligencia causante del daño.

LA VALORACION DE LA PRUEBA DEL DAÑO CAUSADO HA DE HACERSE EXAMINANDO PREVIAMENTE TODOS Y CADA UNO DE LOS MEDIOS ANTES DE PROCEDER A UNA VALORACION DE CONJUNTO. NO PROCEDE INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES CUANDO LA CONSECUENCIA DE LA ACCION U OMISION SEA UN BIEN PROTEGIDO POR EL ORDENAMIENTO JURIDICO. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

La recurrente demandó a tres médicos especialistas en ginecología, reclamando una cantidad determinada más los intereses legales, por una incorrecta operación de ligadura de trompas a que se sometió para evitar la concepción, pues quedó embarazada y dio a luz dos niñas gemelas. En primera instancia, se estimó la demanda respecto de uno de los médicos, absolviendo a los otros dos. La Audiencia Provincial revocó esa condena y mantuvo las otras absoluciones. La demandante recurre en casación.

El TS establece que la sentencia recurrida incurre en una práctica productora de indefensión: en vez de valorar las pruebas una por una, suplió esta omisión por una valoración en conjunto de todos los medios probatorios aportados, contravinendo así la jurisprudencia del TS. Se aprecia también una incoherencia en la apreciación de las pruebas, pues la recurrente quería la ligadura de trompas, y no se le ligó más que la derecha, porque se creyó suficiente en vista de que en la historia clínica se hacía constar la ausencia del ovario izquierdo como consecuencia de una anterior operación, mientras que en el informe pericial se dice que se conserva la trompa y una parte del ovario; el error de la Audiencia fue estimar como hecho probado lo que se dice en la historia clínica, sin confrontarlo con los demás medios probatorios.

Por otra parte, el TS revoca la sentencia de primera instancia en cuanto a la cuantía de la indemnización que considera el embarazo no deseado de la

actora como daño moral; el TS no admite este punto de vista porque la vida humana es un bien protegido por el ordenamiento jurídico, y el nacimiento de hijos no previstos no puede considerarse un mal para los progenitores, ni siquiera cuando los hijos carecen de tara que pueda servir de excusa para sostener lo contrario. Todo ello sin perjuicio de compensación económica por mayores gastos o menores ingresos ante tal contingencia.

LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE SENTENCIA RECAIDA EN ANTERIOR JUICIO SOBRE LOS MISMOS HECHOS DETERMINANTES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL SE DA TAMBIEN RESPECTO DE UN JUICIO POSTERIOR EN QUE SE EXIGEN INDEMNIZACIONES POR INCAPACIDAD QUE PUDIERON RECLAMARSE EN EL JUICIO PRECEDENTE Y NO LO FUERON. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Señor don Pedro González Poveda.

En 1985, un ayudante de maquinista que trabajaba para una SA constructora sufrió un accidente laboral en el ejercicio de sus funciones en el centro de trabajo perteneciente a la empresa, sufriendo amputación tibio-tarsiana como consecuencia del percance. En 1990 demandó a la SA reclamando una indemnización de 15 millones de pesetas, demanda que se estimó en primera instancia en 1991, condenando a la demandada al pago de dicha suma por la amputación y por los 1.358 días de baja; esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial en 1992, que rebajó la cantidad, declarando que el tiempo que el actor tardó en sanar de sus lesiones no fue objeto de reclamación en los autos y, por tanto, no debe ser objeto de debate ni tomado en consideración para cuantificar la indemnización solicitada. Posteriormente, el actor interpuso una segunda demanda contra la SA, reclamando indemnización por los días de baja. En primera instancia se estima la demanda; la Audiencia Provincial revoca la sentencia. El demandante recurre en casación.

El TS, tras desestimar el motivo de Derecho procesal, observa que la primera demanda fue planteada bastante tiempo después del accidente y después de que el recurrente sanara; por la razón que fuese, en la primera demanda, se excluyeron de la relación indemnizatoria inicial los perjuicios instados en la segunda demanda; el TS cree que no pueden reproducirse en un nuevo proceso, en virtud de la cosa juzgada, para evitar una interminable formulación de reclamaciones que pudieran haberse planteado desde el principio: es decir, la decisión de la cuestión principal por el juez produce eficacia de cosa juzgada respecto a ulteriores procesos con relación a las cuestiones deducibles y no deducidas que, aunque no hayan sido objeto de resolución, pueden estimarse implícitamente solventadas por estar comprendidas en el *thema decidendi*; de lo contrario, se quebrarían las garantías jurídicas del demandado y sería un evidente fraude procesal, según el artículo 11 LOPJ. Por tanto, el recurso se desestima.

NO ES EXIGIBLE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS SI NO SE DEMUESTRA EL NEXO CAUSAL ENTRE LOS MISMOS Y UNA POSIBLE ACCION U OMISION DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

El falso techo de una habitación de una vivienda arrendada se viene abajo, causando daños a la arrendataria que demanda a la arrendadora reclamando

una cantidad en concepto de indemnización. En primera instancia, se estima la demanda; la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS declara que el derrumbamiento del techo tuvo lugar durante la vigencia del contrato, pero no porque la arrendadora no hubiese hecho las reparaciones necesarias, pues no puede probarse que conociese el estado del techo con anterioridad, ni que el derrumbamiento se debiera a algún acto específico suyo (ni siquiera haber colocado una caja de baldosas encima del techo, según alega la recurrente). El material probatorio aportado por la recurrente es muy impreciso y no se deduce de él ningún nexo de causalidad, por lo que desaparece la base de cuantificación solicitada al diluirse la causa de la misma.

J. M.^a C. G.

CUANTIA DE LA INDEMNIZACION: FACULTAD DE LA SALA DE INSTANCIA.
(SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de La Coruña dictó sentencia en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad con fecha de 30 de junio de 1992, desestimando la demanda interpuesta por M.R.R. contra el Instituto Nacional de la Salud, F.C.G., J.F.V., F.J.G.E.

La Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 1994, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por M.R.R. condenando al Servicio Galego de Saude y a F.C.G. a que le abonen solidariamente la cantidad de 2.500.000 pesetas por secuelas, 3.000.000 por daño moral y patrimonial padecido y 1.134.000 pesetas por los días de incapacidad temporal.

Las representaciones respectivas de F.C.G. y del Instituto Galego de Saude formalizaron recurso de casación cuyos motivos fueron declarados sin lugar.

Hechos.—M.R.R., auxiliar de enfermería y trabajadora eventual del Instituto Galego de Saude, que desempeñaba tareas en el laboratorio de bacteriología, sufrió quemaduras de segundo y tercer grado a causa de un incendio. Las condiciones del local donde trabajaba no facilitaban el acceso a los extintores.

Doctrina de la sentencia.—Interesa destacar el motivo cuarto de uno de los recursos, mediante denuncia del artículo 1.106 del Código Civil, por los criterios erróneos a juicio del recurrente que se han seguido para la determinación de los daños y perjuicios. Dicho motivo se desestima, pues según notoria y reiterada jurisprudencia las indemnizaciones de daños y perjuicios no son revisables en casación, puesto que la fijación de su cuantía corresponde a las facultades soberanas de la sala de instancia.

LA PRUEBA DE CONFESION BAJO JURAMENTO INDECISORIO ESTA SOMETIDA AL ARBITRIO JUDICIAL. ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona dictó sentencia con fecha 15 de julio de 1993, en juicio de menor cuantía desestimando la

demanda interpuesta por la representación de A.P.P., C.P.G. y C.P.G. contra A.R.O. sobre reclamación de cantidad.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, dictándose sentencia con fecha 7 de diciembre de 1993, donde se desestima la demanda interpuesta por la representación de A.P.P., C.P.G. y C.P.G.

Se interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—La acción ejercitada se deriva de la situación de gravedad de la enferma por la presión arterial y la tensión del pulso. Ante esta situación se procedió a realizar un electrocardiograma solicitándose luego una ambulancia para trasladar a la enferma a un centro especializado, acciones todas que realizó el demandado, estimando la parte recurrente que no había actuado dentro de su actividad normal.

Doctrina de la sentencia.—El recurso presentado por A.P.P., C.P.G. y C.P.G. consta de un motivo residenciado por la parte recurrente en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero al hablar de los preceptos infringidos funda estos últimos en dos submotivos que tienen su base, respectivamente, en los artículos 1.232 (la confesión hace prueba contra su autor) y el artículo 1.902 del Código Civil.

El primer submotivo sustentado en la idea de estimar la prueba de confesión como una prueba de naturaleza legal en el sentido de sustituir el libre criterio del juzgador en la valoración de la prueba por el del que la norma impone se desestima basados en que el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1.232 del Código Civil dicen que las declaraciones prestadas bajo juramento indecisorio perjudicarán al confesante y que la confesión hace prueba contra su autor, aunque el tribunal estima que en principio la tesis de la confesión como *regina probatorum* no debe prevalecer. Debiéndose hacer constar que en el presente caso se ha hablado y se hablará siempre de confesión bajo juramento indecisorio ya que en la sentencia recurrida se ha tenido en cuenta lo manifestado por el demandado en la prueba de confesión bajo juramento indecisorio en lo que le perjudica y entiende que el demandado actuó de manera normal.

El segundo submotivo de casación se apoya, según la parte recurrente, en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, que establece el principio de responsabilidad extracontractual y también fue desestimado por el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que su alegación *per se* significa incurrir en el vicio casacional sobre la que ya se había pronunciado en Sentencia de 4 de febrero de 1993, denominado supuesto de la cuestión que es una situación derivada de la fundamentación de un motivo casacional, partiendo de datos fácticos diferentes a los fijados o tenidos en cuenta en la resolución, objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte del Tribunal de Casación, puesto que la parte recurrente da, en el presente caso, una versión de los hechos que se aparta del *factum* de la sentencia recurrida.

MUERTE POR ARROLLAMIENTO DE TREN. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Luis Albácar López.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 1992, desestimando la demanda interpuesta por la

representación de A.L.G. y F.M.P.F., en juicio de menor cuantía sobre reclamación de indemnización por daños contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles.

La Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 14 de marzo de 1994, desestimando el recurso de apelación que se presentó ante ella por la representación de A.L.G. y F.M.P.F.

La representación de la parte demandada interpuso escrito de formalización de recurso de casación ante el Tribunal Supremo cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Accidente ocurrido en el paraje conocido como Partida de Agua Amarga en Alicante. Varios peatones cruzaban de noche la vía del tren por dicho lugar, por un sitio deshabitado y completamente despejado en cuanto a visibilidad, colindante con una zona rocosa junto al mar que no constituye lugar de tránsito para personas, cuando fueron atropellados.

Doctrina de la sentencia.—Se basa el recurso en un motivo único que denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que se cita como no aplicada indebidamente. Se desestima, ya que se dan como probados la negligente conducta de los arrollados por el tren, el hecho de que el lugar del accidente era recto y con completa visibilidad, así como la imposibilidad de evitar el accidente por parte del conductor del tren y la innecesidad de que por parte de RENFE se exigieran unas señales especiales ni una señalización de la prohibición del paso, lo que lleva a la conclusión de que no ha sido violado por inaplicación el mecanismo reparador del daño causado que contiene el artículo 1.902.

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR PARALIZACION DE OBRAS EN INTERDICTO ANTERIOR. ABUSO DE DERECHO O CULPA EXTRA-CONTRACTUAL NO CONCURREN. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El Juez de Primera Instancia número 7 de Almería dictó sentencia en juicio de menor cuantía desestimando la demanda interpuesta por «Promociones Paraje El Conjuero, S. A.» contra E.E.A. y F.M.T. sobre reclamación de cantidad por los daños materiales y comerciales soportados por la paralización de las obras de construcción de un complejo de viviendas dúplex en solar de su propiedad, derivada del ejercicio por parte de los demandados de la acción interdictal de obra nueva.

La Audiencia Provincial de Almería decidió con fecha 2 de noviembre de 1992, desestimar la apelación presentada ante ella por la representación de «Promociones Paraje El Conjuero, S. A.» y confirmar la sentencia anterior.

La representación de «Promociones Paraje El Conjuero, S. A.» interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Los demandados E.E.A. y F.M.T. interpusieron una acción interdictal de obra nueva, proceso en el que alegaron que la construcción llevada a cabo por «Promociones Paraje El Conjuero, S. A.» les causaba como daño o perjuicio la ocupación de parte de la vía pública, lo que originaría el retranqueo y despojo de sus fincas al tener que mantenerse una anchura de diez metros en dicha vía pública según las exigencias del Ayuntamiento, lo que a su vez hizo estimar a la parte demandante en el proceso de casación que les había ocasionado daños y perjuicios.

Doctrina de la sentencia.—La actora basó su acción en el artículo 7.2 y en la existencia de abuso de derecho, desencadenante de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. Su pretensión fue desestimada basándose el Tribunal Supremo en que la casación no es una tercera instancia y al supuesto de hecho contemplado corresponde la consecuencia jurídica de la inaplicación de los citados artículos 7.2 y 1.902 del Código Civil.

Apuntes.—La misma Sala del Tribunal Supremo, en Sentencias de 31 de diciembre de 1985, de 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987 y la más reciente de fecha 27 de mayo de 1998, dictada en recursos contra sentencias desestimatorias de la petición de daños y perjuicios como consecuencia del ejercicio de acción interdictal de obra nueva y con la alegación de los susodichos artículos 7.2 y 1.902 del Código Civil, estableció la improcedencia de admitir el abuso de derecho en la actuación de la otra parte, dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto.

Sin embargo, en otras Sentencias de 6 de julio de 1990, 15 de diciembre de 1992 y 4 de diciembre de 1996 se ha dado lugar a la indemnización como consecuencia del planteamiento de interdicto de obra nueva, pero ello siempre que el requerimiento de la concurrencia de culpa o negligencia al entablar la acción interdictal.

RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO JUDICIAL POR FALTA DE DILIGENCIA EN LA CONSERVACION DEL OBJETO DEL DEPOSITO. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

El Juez de Primera Instancia de Haro dictó Sentencia con fecha 16 de marzo de 1993, en juicio de menor cuantía promovido a instancia de A.S.C. contra C.P.Z. sobre reclamación de cantidad, estimando la demanda interpuesta y condenando al demandante a resarcir todos los daños producidos con expresa imposición de costas.

La Audiencia Provincial de Logroño, Sala de lo Civil, con fecha 16 de marzo de 1993, estimó la apelación de la representación de C.P.Z., revocando la sentencia por falta de legitimación pasiva de los pedimentos contenidos en la demanda.

La representación de A.S.C. formalizó recurso de casación con fecha 15 de abril de 1994, cuyos motivos fueron estimados.

Hechos.—La embarcación «Xargo», propiedad de A.S.C., sufrió daños por la falta de cuidados durante un depósito judicial declarado en autos 60/79 y en el que C.P.Z. fue nombrado depositario y tomó posesión material del barco que estaba en perfectas condiciones con las faltas normales de estar parado seis meses.

Doctrina de la sentencia.—El primer y único motivo para el recurso de casación fue el número 4 del artículo 1.692 LEC con la infracción de los artículos 1.785, 1.786, 1.787, 1.788 y 1.789 del Código Civil y su doctrina jurisprudencial de las Sentencias del TS de 21-12-98, 18-6-52 y 19-4-91. El motivo de casación se estima ya que el razonamiento de la audiencia es insólito puesto que no es posible afirmar que el llamado depósito judicial (art. 1.759 del Código Civil) carece de regulación en el Código Civil y que sólo

halla su consistencia en la disciplina adjetiva de la LEC y superpone una sanción de Derecho adjetivo procesal que nunca tiene valor determinante para regular la materia en disputa olvidando que el 1.759 luego es desarrollado en los artículos 1.785 a 1.789 donde en el primer artículo de los mencionados se expresa que el depósito judicial tiene lugar cuando se decreta el aseguramiento de los bienes litigiosos y luego en el artículo 1.788 aparece la obligación de depositario de bienes secuestrados de cumplir respecto de ellos como un buen padre de familia y no habiéndose cuestionado en autos los daños provocados sobre la embarcación es consecuente la responsabilidad de C.P.Z.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. PRETENDIDA COMPENSACION DE CULPAS. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Luis Albácar López.

El Juez de Primera Instancia número 7 de Gijón con fecha 18 de junio de 1993, estimó parcialmente la demanda interpuesta por M.O.G.S. contra la Compañía Mercantil Soldal, S. A., y contra la entidad Hermes Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por culpa extracontractual condenando a ambos al pago de forma solidaria de siete millones veintitrés mil ochocientos cuarenta y tres pesetas (7.023.843 ptas.) y al pago de los intereses legales producidos desde la fecha de interposición de la demanda, abonando cada una de las partes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La Audiencia Provincial de Oviedo con fecha 1 de marzo de 1994, estimó parcialmente el recurso de apelación presentado por el representante de la parte demandada y revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia en el sentido de condenar a los demandados Soldal, S. A. y Hermes, S. A., este último hasta el límite máximo de cobertura y previa deducción de las cantidades abonadas a que indemnicen solidariamente al actor en la suma de veintisiete millones de pesetas más los intereses.

La representación de Soldal, S. A., presentó recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—M.O.G.S. trabajaba en el dosificador de polvo de ignición en Soldal, S. A., y resultó dañado por una deflagración.

Doctrina de la sentencia.—Interesa destacar el motivo tercero que pretende la compensación de culpas y que no es estimada por el Tribunal, alegando que dada la fundamentación fáctica sobre la que se asienta la casación, que es la misma que la de la segunda instancia, en la que no se reconoce la negligencia de la víctima, no cabe estimar la compensación de culpas, sin perjuicio de que, como señala el alto tribunal, lo que se intenta en este motivo no es otra cosa que combatir la cuantificación del daño, que se antoja excesiva, y que salvo supuestos excepcionales escapa a la casación, obligada a respetar los criterios de la Sala de Apelación.

ACCIDENTE EN FESTEJOS POPULARES. NO TUVO CULPA EL AYUNTAMIENTO. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Motilla del Palancar dictó sentencia en juicio de menor cuantía con fecha 18 de septiembre de 1993,

desestimando la demanda sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios interpuesta por F.A.M.S. contra el Ayuntamiento de Minglanilla y A.M. de Seguros y Reaseguros.

La Audiencia Provincial de Cuenca dictó Sentencia con fecha 27 de enero de 1994, desestimando el recurso de apelación interpuesto por F.A.M.S.

La representación de F.A.M.S. formalizó recurso de casación que se declaró sin lugar.

Hechos.—En las fiestas patronales de Minglanilla, F.A.M.S. recibió en el ojo izquierdo el impacto de un petardo, sufriendo como consecuencia una seria lesión por quemadura de la conjuntiva.

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación se funda en un único motivo basado en el 4.º del artículo 1.692 de la LEC, infracción del artículo 1.902 del Código Civil. Dicho motivo se desestima porque, según se razona, faltan los elementos fácticos en qué apoyar la relación de causalidad con la imputación o el reproche culpabilístico que acarrea el suceso anudándolo a una acción u omisión atribuible al Ayuntamiento, por lo que no puede achacarse a este último las consecuencias de unos actos, queridos por los vecinos y asistentes a los mismos.

M. G. L.

LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.902 NO PUEDE TRATARSE ABSOLUTAMENTE COMO OBJETIVA. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Sierra Gil de la Cuesta.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Marchena, el 16 de junio de 1993, dictó sentencia estimando la demanda. La Audiencia Provincial dictó sentencia el 16 de febrero de 1994, revocando en parte la del Juzgado.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por los daños ocasionados a un menor, parecer, según se desprende de la sentencia, por la manipulación de un electrodoméstico casero, sin las debidas precauciones.

Doctrina.—Hay que decir que el artículo 1.902 del Código Civil, así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual, figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia.

En concreto la de esta Sala, 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 mo-

mento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado».

En cuanto a la motivación de la sentencia, en puridad de técnica casacional, debiera haberse basado en el artículo 1.692.3 de la LEC, lo que no será óbice para su estudio con base al principio *pro actione*. Las sentencias deben ser motivadas, exponiendo las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, por exigencia de la Constitución y de la legitimación procesal ordinaria, aunque a ello no se opone la parquedad o brevedad de los razonamientos.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. NO PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES: PRINCIPIO PROCESAL Y CONSTITUCIONAL. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Fernández-Cid de Temes.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Cáceres, el 20 de mayo de 1993, dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2.ª) dictó Sentencia el 21 de febrero de 1994, en la que confirmó en todos sus extremos la del Juzgado de Instancia.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* al recurso interpuesto.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por los daños y perjuicios ocasionados en la industria (una piscifactoría) propiedad de los demandantes, contra la JUNTA DE EXTREMADURA y el encargado de dirigir la obra (empleado de una empresa constructora). Los daños ocasionados en la industria fueron provocados por los vertidos de hormigón que como consecuencia de una mala actuación de los operarios, al intentar hormigonar unas calicatas llenas de agua, éstas se desbordaron y fueron a parar al río, arrastrando los citados vertidos hasta la piscifactoría, lo que causó la muerte de un número elevado de truchas.

Doctrina.—En cuanto a los motivos formulados de falta de jurisdicción por razón de la materia y por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el Real Decreto 429/1993, ponen de manifiesto la intención del legislador de atribuir la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero dada la fecha en que ocurrieron los hechos y en que se entabló la demanda, anteriores a su publicación, es llano que resultan inaplicables, rigiendo en cambio, el sistema dual de jurisdicciones implantado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El principio procesal del «no peregrinaje de actuaciones» y la doctrina jurisprudencial, aplicable al caso, que reclaman la *vis attractiva* de la jurisdicción civil, cuando se demanda no sólo a la Administración, sino a otras personas que son interpeladas judicialmente, como sujetos responsables de Derecho privado, con fundamento, entre otras razones, en la necesidad de mantener la «continencia de la causa» y en la conveniencia de impedir soluciones contradictorias.

El no peregrinaje de jurisdicciones y la tutela judicial efectiva constituyen razones suficientes para la desestimación del recurso.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE ORGANISMOS PUBLICOS: HA DE SUSTANCIARSE EN VIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA AL HABER QUEDADO FIRME LA ABSOLUCION DE LAS PERSONAS FISICAS DEMANDADAS CON AQUELLOS. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Gullón Ballesteros.

El Juzgado número 7 de Granada, con fecha 21 de mayo de 1993, dicta sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) dicta Sentencia el 21 de mayo de 1994, estimando en parte el recurso de apelación.

El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por el daño moral y perjuicios causados a la actora, por la muerte por culpa médica de su hija. La muerte tuvo lugar en el servicio de urgencia de un hospital, al producirse una hemorragia cuando los doctores del citado servicio le estaban realizando una endoscopia. La endoscopia, según se desprende del fundamento tercero de la sentencia, fue realizada correctamente, siendo la prueba más indicada para el cuadro clínico que presentaba la paciente.

Es necesario apuntar que la paciente había sido atendida en otros servicios unos días antes, por la ingestión de una espina de pescado que se le había quedado clavada en el esófago.

La actora, madre de la paciente fallecida, interpuso demanda contra el Servicio Andaluz de Salud y contra los médicos que la atendieron en el servicio de urgencia.

Doctrina.—Del texto transcrito puede colegirse que hay dos razones de imputación de responsabilidad a los organismos públicos demandados. Una es la naturaleza objetiva de aquélla. Otra es el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, por falta de diagnóstico y tratamiento adecuado antes de la endoscopia.

Estas argumentaciones, obviamente, tratan en última instancia de fundamentar el fallo condenatorio de los organismos públicos demandados junto a los médicos en la vía civil, pero son totalmente inaceptables porque los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, son partes de un sistema de responsabilidad civil asentado sobre la culpa, nada tiene que ver con el fundamento de los servicios públicos a quienes se imputa el daño. La responsabilidad que de ello nace se regula por las disposiciones administrativas al efecto, que se fundan en el principio de responsabilidad objetiva de la Administración. Tampoco tienen nada que ver el artículo 28 de la Ley General de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, con los artículos de la Constitución citados con el fin de establecer una responsabilidad objetiva, que ya el propio precepto consigna, ni sirve para que los preceptos civiles se interpreten superando el principio de la culpa ni su aplicación desplaza la normativa de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios. Así las cosas, la razón de la condena a los organismos públicos demandados radica en el daño producido por el funcionamiento de los servicios sanitarios, lo que hubiera debido llevar a la Audiencia a la apreciación de oficio de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, no a pronunciar una condena en la vía civil basándose en preceptos de esta naturaleza no aplicables a los hechos que son presupuestos de aquella condena.

Comentario.—En este caso, no se hace por parte del Tribunal Supremo alusión al «peregrinaje de jurisdicciones», como ocurría en el anterior, lo que nos confirma una vez más que la doctrina sobre el tema está fuertemente consolidada, como así se pone de manifiesto entre otras en las Sentencias de 18 de febrero y 23 de diciembre de 1997.

Si uno de los demandados es un particular, siendo el otro un organismo público, la vía a utilizar es la civil. Al haber sido absueltos los médicos que atendieron a la paciente, ya no podríamos estar hablando de «peregrinaje de jurisdicción», porque la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD POR RIESGO. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA TITULAR DE LA MINA. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Barcalá y Trillo-Figueroa.

El Juzgado número 8 de León, con fecha 29 de junio de 1993, dicta sentencia estimando en parte la demanda. La Audiencia Provincial de León (Sección 1.ª) dicta Sentencia el 21 de mayo de 1994, estimando el recurso de apelación, revoca parcialmente la sentencia del Tribunal *a quo*.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se promueve juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios ocasionados por el fallecimiento del esposo de la actora cuando se encontraba trabajando de picador (cargo que desempeñaba) en una mina de carbón, propiedad de la empresa demandada. Asimismo se demanda al encargado de hacer cumplir las normas de seguridad.

El Juzgado de Primera Instancia condena a la empresa y absuelve al encargado de seguridad. La Audiencia, en base a las pruebas practicadas, considera que se cumplía toda la normativa de seguridad, exigida a la empresa y absuelve a la misma de pagar indemnización alguna. Por su parte, el Tribunal Supremo considera que no hay lugar al recurso de casación interpuesto por la actora.

Doctrina.—Los dos primeros motivos del recurso de que se trata incurren en el defecto procesal de examinar y valorar determinados elementos probatorios, lo cual, no resulta admisible en casación.

En relación con la culpa extracontractual, es conveniente poner de manifiesto que 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 al cambio que 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.

En relación con el factor «riesgo» y, también, con el factor «culposo», está el denominado de «previsibilidad», en el supuesto que se enjuicia, la previsi-

bilidad con caracteres de probabilidad no cabe apreciar que hubiera fallado ya que, como se recoge en la sentencia recurrida, no era previsible el derrabe.

RESPONSABILIDAD DECENAL. ARTICULO 1.591. OBLIGACIONES DE APAREJADOR Y ARQUITECTO. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Inca, dictó Sentencia el 8 de septiembre de 1992, estimando la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª), el 15 de septiembre de 1993, dictó sentencia desestimando la demanda.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se formula demanda de menor cuantía por una Comunidad de Propietarios, contra los constructores-promotores, el arquitecto y el aparejador solidariamente, solicitando que sea demolida y posteriormente reconstruida la parte del edificio que ha resultado dañada. La interposición de la misma es debido a la ruina del edificio donde vivían los actores, según se desprende de los fundamentos de la sentencia; que atendiendo a los informes periciales, pudo ser provocada por varias causas, como el hundimiento del terreno de apoyo de la cimentación o la acción de aguas subterráneas por corrientes de arrastre, entre otras, declarando el arquitecto que no se hizo en ningún momento un estudio geotécnico del suelo.

Asimismo y para entender claramente el fallo, es preciso decir que el arquitecto modificó el proyecto inicial en relación a una parte determinada de la obra, y que fue él personalmente el que dirigió y supervisó la ejecución de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a todos los demandados solidariamente, se interpuso recurso de apelación por todos menos por el arquitecto, absolviendo la Audiencia a los recurrentes, es decir, a todos los demandados menos al arquitecto. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia y condena a los demandados en los términos que lo hacía el Juzgado de Instancia.

Doctrina.—El motivo primero del recurso interpuesto por los actores alega infracción del artículo 1.101 del Código Civil y de la jurisprudencia que dimana del mismo. La responsabilidad de la entidad viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a los demandados aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedores corresponde, y al margen de la responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil, puede producirse responsabilidad por incumplimiento contractual, cuya acción está sometida directamente al plazo prescriptivo de quince años del artículo 1.964 del Código Civil, afecta exclusivamente al vendedor y que puede resultar compatible con el artículo 1.591 por referirse a que la cosa enajenada debe ser apta para la finalidad con que es adquirida.

En los motivos segundo, tercero y cuarto, se ataca el pronunciamiento desestimatorio de la demanda con relación al aparejador. Sobre el arquitecto técnico en el ejercicio de sus funciones recaen las obligaciones relativas a la ordenación y dirección de la ejecución material de las obras de acuerdo con el proyecto realizado, así como la inspección de los materiales, tanto en su

dosificación y mezclas como en su instalación, obligaciones que se extienden a la comprobación de la idoneidad de la cimentación ejecutada en relación con la proyectada y a la compactación del terreno. Pero si tenemos en cuenta que el arquitecto introdujo cambios, dirigiendo y supervisando personalmente los mismos, determina que no pueda apreciarse una conducta negligente en el aparejador demandado en el cumplimiento de su deber de vigilancia, al haber quedado sustituido en esa función, en relación con la sustitución indicada, por lo que es claro que el aparejador no podía apreciar si lo ejecutado era conforme al proyecto que, como se dice, era inexistente en esa parte de la obra.

IMPROCEDENTE RECLAMACION DE DAÑOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Martínez-Calcerrada y Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia de Haro dictó Sentencia con fecha de 18 de marzo de 1993, estimando parcialmente la demanda formulada. La Audiencia Provincial de Logroño (Sala de lo Civil), el 10 de marzo de 1994, desestimó el recurso, confirmando la sentencia del Juzgado de instancia.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se formula demanda de juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, por el fallecimiento del hijo de la actora cuando estaba jugando en el parque con unos amigos. El fallecimiento tuvo lugar cuando el menor fallecido, y sus amigos, cogieron unos tubos de riego que el encargado municipal de las tareas de riego había depositado en una zona del parque (no donde habitualmente los almacenaba), para proceder a su utilización al día siguiente. Los menores empalmaron varios tubos y al levantarlos el fallecido, los aproximó al tendido eléctrico, lo que produjo una descarga eléctrica que le causó la muerte.

De las pruebas practicadas se desprende que aunque la instalación del tendido eléctrico responde al proyecto y a las exigencias normales contenidas en el Decreto, no son suficientes al pasar el mismo por un casco urbano y en concreto por un parque público.

La demanda se interpuso contra el Ayuntamiento y contra la Compañía Eléctrica.

Doctrina.—La determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en caso de índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con la abstracción de todo exclusivismo doctrinal, si bien el artículo 1.902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, el entorno físico y social donde se proyecta la conducta para

determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio.

Comentario.—El TS considera en este supuesto que el resultado de muerte es producido únicamente por una conducta negligente del menor, por lo que hace una fundamentación cuyo resultado es la desestimación de las sentencias dictadas por la Audiencia y el Juzgado de Primera Instancia.

La interpretación de los hechos no me parece correcta y se aleja de la doctrina que considera que «en supuestos de concurrencia de conductas en una relación causal productora de un resultado lesivo, se compensarán las aportaciones causales, pero nunca se tratará de compensar culpa con culpa» (SSTS de 18 de febrero y 13 de octubre de 1980). En este sentido, la que se relaciona a continuación, dictada unos días más tarde que la que ahora estamos comentando.

CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA PRODUCCION DEL ACCIDENTE; SU EFECTO MODERADOR A LA INDEMNIZACION. ETIOLOGIA CAUSAL Y NO COMPENSACION CULPABILISTICA. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Martínez-Calcerrada y Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander dicta Sentencia el 4 de septiembre de 1992, estimando la demanda. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 1.ª), dicta Sentencia con fecha 9 de febrero de 1994, desestimando la demanda.

El Tribunal Supremo *estima parcialmente* el recurso de casación.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía por los daños sufridos por el menor, hijo del actor, que se encontraba en la romería de su pueblo junto con unos amigos. De madrugada, cuando estaban dando un paseo por los alrededores, se adentraron en el monte, en un terreno donde había existido una cantera, y en cuyo acceso principal había un cartel prohibiendo el paso a toda persona que no fuera de la empresa, asimismo se exhibían carteles en otros accesos peatonales; la finca es propiedad de uno de los demandados, siendo el otro la entidad aseguradora. Debido a la oscuridad, el hijo del actor se despeñó por uno de los cortes de la antigua cantera.

Doctrina.—Ese descuido o sea falta de control o vigilancia del paraje donde ocurrieron los hechos fueron determinantes de la caída y de las lesiones sufridas por el hijo de la actora, no obstante no cabe devaluar que, asimismo, en el accidente, sin duda, contribuyó su propia imprudente actuación de adentrarse en un paraje agreste y sin luz y acceder a la cantera y precipitarse al vacío, lo que determina su contribución causal a los daños y el consiguiente adecuado reajuste en el *quantum*, o sea, el 50 por 100 a cada parte, porque por esa coautoría culpabilística en el *factum*, su efecto contributivo es evidente, sin que por ello tenga que hablarse, con alguna imprecisión, del juego de una especie de compensación de culpas, ya que aunque sea figurativo o didáctico, las culpas nunca se compensan como tampoco se perdonan los pecados, por lo que, cuando, como sucede en las concurrencias como las del caso de autos, si un accidente se produce por varias causas —concausas— cuya conjunción provoca el suceso y todas provienen o responden a —autorías— sujetos distintos, no cabe sino computar en el resarcimiento reparador del daño declarado a favor de la víctima o dañado, su tanto de culpa o autoría en aquella concausa.

Concurre, en consecuencia, una omisión culposa que enlaza de modo preciso y directo (nexo causal) con el resultado (caída), lo que implica la concurrencia de culpa del perjudicado, dimanante de que el mismo penetrase en la cantera, ya que para que la culpa de la víctima exonere al agente de responsabilidad ha de ser el fundamento exclusivo del resultado o tener acusado relieve e intensidad suficiente para absorber toda otra concurrente, sin que en otro caso pueda tener más alcance que la moderación del montante económico a satisfacer.

INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL DERIVADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. NO ES SUFICIENTE PARA ESTABLECER DICHA RESPONSABILIDAD LA PURA NOCION DE «RIESGO», SIENDO NECESARIO UN REPROCHE CULPABILISTICO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Palma de Mallorca, el 24 de febrero de 1993, dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4.ª), el 6 de abril de 1994, estimó en parte el recurso interpuesto por la actora aumentando la indemnización y desestimó el de la sociedad demandada.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía en concepto de indemnización por daños morales, por el fallecimiento del marido y padre de los actores, quien sufrió un accidente en el lugar de trabajo, al producirse una explosión en uno de los tanques de almacenamiento cuando estaba procediendo a la limpieza del mismo.

Doctrina.—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 obtienen 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.

Esta línea jurisprudencial es de cabal aplicación al supuesto que se enjuicia, puesto que resulta fuera de duda que el trabajo encomendado al operario fallecido implicaba un claro riesgo, por lo que habría de corresponder a la mercantil recurrente, en virtud del principio de inversión de la carga probatoria, la prueba total de haber agotado la diligencia exigible en orden a evitar

aquel resultado, sobre todo al recaer sobre ella la presunción culposa prevista al final del citado artículo 1.903 del Código Civil.

J. R. J.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. FLEMON DENTARIO. CURSO FATAL INFECCION, ANGINA DE LUDWIG, RETRASO EN LA INTERVENCION, OMISIONES CULPABLES, RESPONSABILIDAD CENTRO MEDICO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE MAYO DE 1998, NÚM. 462/1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Voto particular: E. Fernández-Cid de Temes.

Recurren ante el Juzgado de Primera Instancia la viuda e hijos del fallecido contra el centro médico. Solicitan que se le condene a pagar la suma de sesenta millones o aquella otra cantidad mayor o menor que señale el Juzgado.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda, lo mismo hizo, posteriormente, la Audiencia.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y condena al centro hospitalario demandado a pagar a la actora para sí y para sus hijos (a partes iguales), la cantidad de cuarenta millones de pesetas.

Como voto particular presenta lo que constituya su proyecto de sentencia, dado que estaba designado como ponente, y considera que no ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—Al marido de la actora se le empastó una muela, tres días después volvió al mismo odontólogo que le había atendido por haberle aparecido un flemón que le dificultaba los movimientos de la mandíbula inferior. Al no encontrarse el odontólogo fue atendido por su enfermera que le recetó un calmante.

Acudió posteriormente a su médico de cabecera que le prescribió antibióticos y le remitió a otro odontólogo. Este le exploró, apreció la existencia de adenopatías, confirmó el tratamiento del médico de cabecera y le recomendó la práctica de una pantografía que no se llegó a practicar, pues, no pudiendo soportar el dolor, por consejo de su médico, ingresó en el centro hospitalario.

Fue atendido por el médico de urgencias, a las seis de la tarde, siéndole diagnosticado un flemón dentario, mantuvo el tratamiento de antibióticos y ratificó el ingreso e internamiento. Ordenó una analítica básica. Al preguntársele sobre este caso manifestó que había en el centro especialista de estomatología, pero que en ese momento no estaba. Lo cierto es que los especialistas que le intervinieron al día siguiente vieron al enfermo por primera vez cuando iniciaron su jornada habitual de trabajo, no habiéndole sido avisados con anterioridad.

En un caso como éste lo más apropiado es intervenir cuanto antes, dada la virulencia de la infección, si bien de esto no puede deducirse que se hubiera evitado el fatal desenlace.

Comentario.—Se condena al centro hospitalario por las omisiones habidas en las primeras horas del ingreso, a saber, la práctica de pruebas radiológicas y analíticas urgentes y la visita del médico especializado, hechos claves para atajar la infección, así como una rápida intervención quirúrgica.

En cuanto a la diligencia que se requiere, son numerosas las sentencias que dicen que comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso (Sentencias de 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 31 de enero, 2 de abril y 17 de diciembre de 1986, 17 de julio de 1987).

Rebaja la suma indemnizatoria en consideración a que el enfermo, antes de ingresar, había sido tratado por un odontólogo y examinado por otro que no han sido demandados, por lo que no se ha podido establecer la incidencia de su actuación en el conjunto de los hechos, no obstante lo anterior, la responsabilidad del centro ha quedado plenamente individualizada.

La argumentación del voto particular para desestimar el recurso se basa en que el tratamiento fue el adecuado, aunque no se diagnosticase la angina de Ludwig, en definitiva, que se actuó según los dictados de la *lex artis* y que la culpa médica ha de ser probada.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. RESPONSABILIDAD MEDICA. GUIA DE LA CONDUCTA PROFESIONAL CORRECTA DEL ANESTESIOLOGO. «LEX ARTIS AD HOC». ATRIBUCION AL DEMANDADO DE LA PRUEBA DEL CASO FORTUITO Y DE LA FUERZA MAYOR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JULIO DE 1998, NÚM. 761/1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Hechos.—Un paciente es intervenido quirúrgicamente varias veces de las lesiones sufridas en un accidente. En el curso de una operación con anestesia general sufre un paro cardio-respiratorio, que le provocó una anoxia cerebral, se produjo una descerebración provocando una situación de gran invalidez y quedando condenado a permanecer de por vida en silla de ruedas y dependiendo de otras personas para actividades vitales.

La causa generadora del perjuicio fue la aplicación de anestesia general.

En la demanda se solicitaba que se condenara conjunta y solidariamente al médico que realizó la intervención, al anestesista, al centro sanitario y a una entidad aseguradora al pago de una indemnización de cincuenta millones más un capital para establecer una pensión vitalicia no inferior al salario mínimo interprofesional, más las revalorizaciones legales vigentes.

El Juez la estima parcialmente, condenándolos a abonar una suma de algo más de veinte millones y una pensión vitalicia de 360.000 pesetas. La Audiencia mantiene la pensión y eleva la indemnización a algo más de treinta millones. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Comentario.—La esencia de este supuesto estriba en comprobar si se han observado las pautas profesionales debidas para el caso concreto —*lex artis ad hoc*—. A ella se refiere el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1990 cuando dice que: «la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional».

La aplicación de anestesia es, de por sí, delicada y generadora de riesgos para la vida e integridad física del paciente. Por este momento es sumamente importante que el anestesista efectúe al paciente las pruebas pertinentes para

asegurarse previamente de su estado de salud y de su posible sensibilidad a la anestesia y sobre esta última no se realizó ningún estudio.

También el cirujano debe controlar durante la operación las constantes vitales para, en caso de que fallen, utilizar los medios técnicos indispensables para contrarrestarlas en el mínimo tiempo posible. Si se hubieran llevado a cabo, tal vez se hubiera podido solventar una situación mejor, una situación tan crítica como la que se presentó.

En la intervención de estos médicos se conculcaron las normas que la *lex artis ad hoc* exigía. Su obligación como profesionales de la medicina consistía en procurar al enfermo todos los cuidados posibles que el estado de la ciencia aconsejara, cosa que no se hizo. Hubo negligencia en sus actuaciones y, como consecuencia, de la culpa del personal a su servicio responde también el centro hospitalario.

La Sentencia de 22 de abril de 1997 analiza la obligación que origina la responsabilidad médica como obligación de «prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado», no la de obtener un resultado. Consecuencia de esto es que «en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado».

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL —POLIZA MULTIRIESGO—. RECLAMACION POR UN TERCERO DE UNA INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998, NÚM. 833/1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Demandan, ante el Juzgado de Primera Instancia, los padres de una niña que falleció como consecuencia de una caída casual mientras jugaba en la parte alta de un inmueble, rematado con un muro de 2,40 metros de altura, realizado con bloques fijados con cemento y arena y que por efecto de las lluvias habían sufrido erosión con pérdida de adherencia.

La niña se apoyó, cuando estaba jugando, en uno de esos bloques situados en la parte superior del muro. El bloque se desprendió, ella cayó al suelo desde lo alto del muro y el bloque le cayó encima produciéndole inmediatamente la muerte.

Reclaman como indemnización la cantidad de quince millones más el 20 por 100 anual, a contar desde tres meses de la fecha del óbito, ya que la compañía aseguradora no efectuó en este plazo la reparación del daño.

El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia de aquél.

La compañía aseguradora recurre en casación argumentando que el matrimonio actor no fue parte en el contrato de seguro, ostentando sólo la condición de tercero perjudicado, sin que pueda considerarse como el beneficiario a que se refiere el artículo 16 de la Ley del Contrato del Seguro.

Argumento que no fue admitido por el Supremo, ya que se trataba de un contrato de seguro de responsabilidad civil, el cual, según el artículo 173 de la Ley 50/1980, el asegurador ha de cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

Merece la pena destacar, aún cuando el Tribunal Supremo, tal vez por ser doctrina consolidada no lo menciona en esta sentencia, el hecho de que «el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarcimiento del daño al asegurador que contrató un seguro de esa especie» (Sentencias de 26 de marzo de 1977, 30 de mayo de 1985, entre otras).

El matrimonio estaba totalmente legitimado, en virtud del perjuicio sufrido, para accionar directamente contra la entidad aseguradora y la forma y modo en que lo hizo, ya que esta clase de seguro cubría el siniestro que originó el fallecimiento, por lo que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

RECLAMACION DE DAÑOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. ACCIDENTE CAUSADO POR UN MENOR DE EDAD. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JULIO DE 1998, NÚM. 723/1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Luis Albácar López.

Hechos.—Se presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando una indemnización de cincuenta millones de pesetas por los daños sufridos como consecuencia de la actuación de un menor. La demanda se dirige contra los padres y, en caso de insolvencia de éstos, contra el menor, para que lo haga efectivo sobre sus propios bienes.

El Juzgado estima en parte la demanda y ordena que se le abone la suma de veintiséis millones y medio de pesetas, aproximadamente, en concepto de indemnización. Recurrida esta sentencia en apelación, la Audiencia rebaja la anterior cantidad indemnizatoria a algo menos de diez millones.

Ambas partes recurren en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

El actor permite ser acompañado por un menor de edad y que éste portara una escopeta de caza cargada y en disposición de ser usada, siendo indiferente que el motivo de acompañar al menor lo fuera para que éste cobrara su primera pieza, o como él mismo indica, con la presunta intención de apartar al menor de las posibles líneas de tiro, pues, como dice la sentencia de la Audiencia, resulta insólito que si tal era su actitud, permitiera que el menor llevara consigo un arma, sin prever que ésta, por el peso de la misma o por la poca aptitud del menor para su manejo se disparara tal y como ocurrió.

El evento ocurrido resultaba previsible y, por tanto evitable, si hubiese obrado «con la elemental diligencia de cerciorarse de que el arma se encontraba descargada o de impedir que el menor portase la misma, máxime cuando, según sus propias e interesadas manifestaciones, el motivo de acompañar al menor lo era para evitar precisamente accidentes como el ocurrido, por lo que es evidente que la actuación del demandado concurrió en la producción del evento dañoso».

Comentario.—Existe un incumplimiento del deber relevante de previsibilidad y este requisito es esencial para generar culpa extracontractual. No se da la situación de caso fortuito como suceso imprevisible, insuperable o irresistible, ajeno por completo a la voluntad del autor del acto enjuiciado.

No se ha desplegado toda la diligencia exigible en función de las circunstancias del caso, pues no se han adoptado todas las prevenciones y cuidados requeridos que la prudencia impone para la prevención del evento dañoso.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. RESPONSABILIDAD DEL MEDICO COMO CONSECUENCIA DE UNA INTERVENCION QUIRURGICA Y DEL CENTRO SANITARIO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 1998, NÚM. 1326/1994.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Se solicita una indemnización de treinta y cinco millones de pesetas por los daños sufridos como consecuencia de una pequeña intervención quirúrgica. La demanda se entabla contra el Instituto Nacional de la Salud, la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, contra el médico que practicó la operación y contra las compañías aseguradoras de forma solidaria.

El Juzgado condenó a los demandados a abonar poco más de doce millones de pesetas de forma solidaria. La Audiencia les absolvió. El Supremo anuló la sentencia de la Audiencia y dejó la indemnización establecida por el Juzgado, argumentando que no había sido recurrida por la demandante.

La intervención consistía en la reducción de una pequeña hernia muscular en el poplíteo de la pierna derecha, esto es, en la parte posterior de la rodilla. Días después se apreció una parálisis en el nervio poplíteo externo.

El resultado fue desproporcionado en relación con la naturaleza y entidad de la intervención y, por otra parte, no existe prueba en autos, dice el Tribunal Supremo, que permita atribuir el resultado dañoso a otra causa distinta de la intervención quirúrgica sufrida, por eso se condena al médico y, por su incardinación en los servicios médicos del Instituto Nacional de la Salud, se condena también a éste y a la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, por existir una presunción de culpa en la elección o en la vigilancia, con independencia de la contraída por el autor material.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RECLAMACION INDEMNIZATORIA AL «INSALUD». PAGO DE INTERESES CORRESPONDIENTES AL «INSALUD». (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MAYO DE 1998, NÚM. 432/1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

En este supuesto se demanda al Centro sanitario perteneciente a la red pública, al INSALUD y al Jefe de la Unidad de Medicina Interna. Se reclama una indemnización y una pensión para una paciente por las gravísimas lesiones sufridas al arrojarle al vacío desde una ventana situada en la tercera planta de dicho centro. Había ingresado en dicho centro por haber ingerido agua fuerte. Estaba aquejada de depresiones neuróticas.

El Juzgado absolvió al Centro hospitalario y al Jefe de la Unidad de Medicina Interna del mismo y condenó al INSALUD a abonar cinco millones en concepto de indemnización al marido, doce a la paciente, así como una indemnización mensual de cuatrocientas cincuenta mil pesetas a esta última.

La Audiencia redujo la indemnización de la afectada a cinco millones de pesetas y la pensión mensual a ciento cincuenta mil.

Tanto los esposos como el INSALUD interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia, excepto en lo relativo al pago de los intereses.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. CONCURRENCIA DE CULPAS. COMPENSACION DE RESPONSABILIDADES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 1998, NÚM. 500/1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Los hechos son los siguientes: un abuelo de sesenta años y su nieto de cinco iban circulando en bicicleta por la margen del Canal del Porma, propiedad de la Confederación Hidrográfica del Duero. El niño adelantó a su abuelo y cayó con la bicicleta al canal, el abuelo se tiró a salvarle y ambos perecieron, ninguno de los dos sabía nadar.

Demandan los familiares a la Confederación Hidrográfica del Duero para que les abone, en concepto de indemnización, a la viuda e hijos del fallecido la cantidad de quince millones de pesetas, y a los padres del niño, veinte.

El Juzgado desestimó la demanda acogiendo a la excepción de falta de jurisdicción, sin entrar en el fondo del asunto. Lo mismo hizo la Audiencia. El Tribunal Supremo, sin embargo, declaró la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto y estimó parcialmente la demanda, condenando a la Confederación Hidrográfica del Duero a abonar la cantidad de 3.750.000 pesetas, en concepto de indemnización, por la muerte del esposo y padre, y la de 5.000.000 de pesetas por la muerte del niño a sus padres.

En el recurso se defiende la competencia del orden jurisdiccional civil por su *vis atractiva* y su carácter residual, entendiendo que se han conculcado los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica al tratar de distinta forma supuestos muy similares planteados ante la misma Audiencia de León, pues un año antes había ocurrido un suceso parecido, murieron dos personas ahogadas en el Canal, una de ellas estaba bañándose y la otra intentó salvar a la primera. La Audiencia de León adoptó un criterio distinto, pues, en contra de lo argumentado en el caso de autos, declaró la competencia del orden jurisdiccional civil, condenando a la Confederación Hidrográfica del Duero a responder de un 25 por 100 de lo reclamado por los perjudicados, ya que las víctimas habían contribuido al resultado con un 75 por 100 de culpa.

En la sentencia de la Audiencia de León sobre el caso anterior se decía que «Sólo en una interpretación muy amplia puede decirse que el luctuoso suceso se produjo a consecuencia del funcionamiento de un servicio público, siendo más propio decir que se produjo con ocasión del mismo, por lo que la Sala entiende que ante estos supuestos dudosos se debe atribuir a la jurisdicción civil la competencia del asunto».

T. SS. M.

RESPONSABILIDAD DEL INSALUD POR DAÑOS CAUSADOS EN LAS INSTITUCIONES DEPENDIENTES DEL MISMO. UNIDAD DE LA CULPA CIVIL. AUTORIZACION JUDICIAL PARA DISPONER DE LA INDEMNIZACION CONCEDIDA AL ACTOR EN REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR DE EDAD. VOTO PARTICULAR. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Luis Albácar López.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Mérida, en sentencia de 30 de noviembre de 1992, desestima íntegramente la demanda sobre reclamación de cantidad promovida a instancia de don Francisco V. C. (como representante legal de su hijo) contra el INSALUD, estimando la excepción de prescripción opuesta por el demandado, y absolviendo, con expresa imposición de costas a la parte la actora.

La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección Primera) en Sentencia de 25 de enero de 1994, desestima el recurso de apelación interpuesto por don Francisco V. C., confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, sin hacer expresa declaración de costas.

Prospera el recurso de casación interpuesto por el actor.

Hechos.—El 21 de octubre de 1986 nace prematuramente en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social de Mérida, dependiente del INSALUD, el menor Francisco V. C., permaneciendo en la incubadora 56 días. Durante el mes de julio de 1987, alarmados los padres por las deficiencias que aprecian en la vista del niño acuden al pediatra, y tras una peregrinación de hospital en hospital, se le diagnostica, el 1 de octubre de 1987, en la institución oftalmológica de Barraquer, que su hijo padece la enfermedad denominada «fibropiasia retrolental», siendo operado en la citada institución el 14 del mismo mes y año, y sometiéndose a revisiones periódicas.

La estancia del menor en la incubadora durante un largo plazo, con una insuficiente vigilancia oftalmológica, recibiendo abundantes dosis de oxígeno, constituyen un factor de riesgo de la enfermedad contraída, que propició, cuando no causó, la enfermedad que aqueja al menor, produciéndose la pérdida de la visión.

Doctrina de la sentencia.—De los distintos motivos en los que se funda el recurso cabe destacar el tercero que hace referencia a la infracción de los artículos 1.104 y 1.107 del Código Civil, alegando que la responsabilidad por la que se reclama es, pese a las citas legales de la demanda, la contractual, motivo que debe ser admitido, pues: *«sin perjuicio de que hay razones para admitir que la relación que une al INSALUD con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual y, concretamente, de arrendamiento de servicios, ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución, indefensión de los demandados en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción. Siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio del brocardo, da mihi factum, dabo tibi ius.*

...Debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia, ...de que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual señalan como "doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro", junto con los límites estrictos a los estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera "que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con

exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda que la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial". Y el principio de "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar que las acciones puedan ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique la normal del recurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible"».

Merece la pena destacar el argumento que utiliza el Tribunal Supremo para justificar la necesidad de autorización judicial para poder disponer de la indemnización concedida a D. F., en representación de su hijo menor, en su fundamento sexto, cuando afirma que: *«Teniendo la indemnización que esta sentencia concede la finalidad primordial de reparar, en la escasa medida de lo posible, la privación de la vista de un menor y habida cuenta de lo previsto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor, ...se acuerda que durante la minoría de edad del hijo, cuantos gastos y detracciones se hagan de la suma concedida como indemnización o de los frutos o intereses o plusvalías de los bienes en que la mismas se inviertan, cuando sean superiores a la cantidad de 3.000.000 de pesetas anuales ...habrán de ser aprobadas por la autoridad judicial encargada de la ejecución de la presente resolución, oído el Ministerio Fiscal... la medida que se adopta en la presente resolución no resulta extraña en nuestro ordenamiento jurídico ni comporta una inusitada desconfianza en la institución paterna. La medida adaptada no comporta incongruencia por exceso...»*

Nos parece de alto interés el Voto particular del Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, por lo que pasamos a transcribirlo en parte:

...muestra absoluta conformidad con los fundamentos jurídicos de la sentencia, en cuanto que son determinantes de la decisión de fondo que mantiene la condena a indemnizar los daños y perjuicios padecidos por el menor, pero disiente del añadido cautelar que contiene la parte dispositiva del recurso, y de las razones en que se fundan las medidas acordadas y ello por las siguientes razones:

A) La Ley Orgánica de Protección del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/1996, de 15 de enero, que proclama derechos del menor, establece medidas y principios rectores de la acción administrativa, regula las actuaciones «en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores», establece como principio general (art. 2) que en su aplicación «primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo»...

B) La Ley del Menor, en respuesta a situaciones singulares que la realidad social ha producido, sale al paso de los perjuicios que los titulares de la patria potestad causen o pongan en riesgo de causar...

C) Interpretados estos preceptos según la *ratio legis*, la exposición de motivos y el tenor literal de los preceptos, se obtiene la conclusión de que se distingue entre acciones preventivas y acciones reparadoras y que toda persona o autoridad que detecte una situación de riesgo o de desamparo del menor ha de comunicárselo a quien corresponda (art. 13).

Las medidas se toman *una vez apreciada la situación de riesgo* (art. 17) o cuando el menor se encuentra en situaciones de desamparo (art. 18).

D) En el presente caso, las actuaciones procesales no revelan dato alguno que haga sospechar la existencia de situación de riesgo, ni por tanto puede ser *apreciada*, y en consecuencia faltan los presupuestos legales para tomar decisiones que afectan al contenido de la patria potestad, desconfían de las actuaciones de los padres, imponiéndoles un sistema de garantías que constriñen su derecho-deber de administración y les impone obligaciones sin acreditar la causa que la justifica.

E) Desde el puro ámbito pragmático, mantener esas medidas, origina una especial ejecución de la sentencia, que ya no podrá quedar al poder dispositivo establecido en el artículo 919 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, durara hasta que el menor alcance la mayoría de edad y dificultara a los jueces que la ejecuten, la adopción de medidas preventivas, todas al servicio del interés del menor, a las distintas situaciones de los padres y el grado de honorabilidad de los padres aconsejen en cada caso.

Por último, crea una situación especial para el peculio sin tener en cuenta el resto de los eventuales derechos y bienes que forma el patrimonio. En conclusión, entiende que nada tiene que acordar la Sala *ex officio*, por bastar la notificación de la sentencia al Ministerio Fiscal.

Notas.—En el recurso se plantean dos cuestiones de interés. Por un lado, se ratifica la doctrina pacífica de la unidad de culpa civil, que permite que dadas las dificultades de la delimitación del campo propio de la responsabilidad contractual y extracontractual, cuando los hechos sean fundamento de ambas, el perjudicado puede optar entre una y otra acción. Doctrina que, sin embargo, deja de ser uniforme, en cuanto al problema procesal que esconde, existiendo dos tendencias, una que es la de estimar que el Tribunal puede, en estos supuestos de concurrencia de ambas responsabilidades, fundar su decisión (sin incurrir en incongruencia) en normas distintas de las invocadas, siguiendo el principio de *da mihi factum, dabo tibi us*, que es la tendencia que sigue esta sentencia, con cita de otras, como las de 18 de febrero de 1997, 1 de abril de 1994, y 11 de febrero de 1993. Por entender 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 contractual en vez de la extracontractual, o viceversa: *principio iura novit curia*.

La otra tendencia es, sin embargo, la contraria, considerar que si la parte opta sólo por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de las dos clases de responsabilidad, el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada, sin que pueda variarla. Sin que pueda pretenderse que bajo *el principio iura novit curia* pueda cambiarse la acción ejercitada, así las Sentencias de 15 de mayo de 1997, 24 de diciembre de 1997, 26 de diciembre de 1997, y 10 de mayo de 1984, entre otras.

Por otro lado, es de destacar que la sentencia señala la necesidad de autorización judicial para disponer de la indemnización por los daños sufridos por el menor, que asciende a 60.000.000 de pesetas, al establecer que cuantos gastos y detracciones se hagan de dicha suma o de los frutos o interés de la misma o de los bienes en que haya sido invertida durante la minoría de edad de don Francisco, cuando supere la cantidad de 3.000.000 de pesetas anuales habrán de ser aprobados por el juez a quien corresponda la ejecución judicial de la sentencia de casación, oído el Ministerio Fiscal, medida que me parece

excesiva y extralimitada, pues comparto plenamente el voto particular del magistrado Martínez-Marina, por entender que comporta desconfianza paterna, sin existir ninguna situación de riesgo o desamparo que pueda apoyar tal medida, además de innecesaria, pues el Código Civil prevé el control judicial de los actos de naturaleza dispositiva en el artículo 166.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. CIRCULACION. CAIDA DE ARBOL EN SITIO DE TRANSITO: DIFERENCIA ENTRE LOS ARTICULOS 1.908.3 Y 1.902 DEL CODIGO CIVIL. CONCURRENCIA DE CULPAS. RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS: SISTEMA MIXTO DE INDEMNIZACION. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, en Sentencia de 6 de febrero de 1995, estima parcialmente la demanda, condenando a la Xunta de Galicia y al Ayuntamiento de Estrada a que se abone de forma solidaria al demandante, don José Luis C. F., la cantidad de 30 millones de pesetas, así como a que en igual forma se abonen al mismo una pensión vitalicia, a satisfacer con carácter anual, dentro de cada mes de febrero, de 5.475.000 pesetas, importe revisable anualmente, según los incrementos del IPC, todo ello con el límite de doscientos cincuenta millones de pesetas, absolviendo a los demás demandados de las pretensiones contra ellos formuladas, condenando a los codemandados Xunta de Galicia y al Ayuntamiento de la Estrada al pago de las costas causadas a instancia de la actora, siendo de cargo de ésta las causadas a instancia de los restantes codemandados.

La Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia de 10 de noviembre de 1995, estima el recurso interpuesto por la representación de la Xunta de Galicia y se desestiman los recursos interpuestos por la representación del Ayuntamiento de la Estrada y don José Luis C. F., contra la referida sentencia, con estimación parcial de la demanda interpuesta por don José Luis C. F., contra el Consorcio de Compensación de Seguros, la Xunta de Galicia-Consellería de Agricultura, el IRYDA, contra el Estado Español-Consellería de Agricultura, Ayuntamiento de Estrada y otros, condenando al Ayuntamiento de la Estrada a que abone al demandado la suma de 30 millones de pesetas, así como que, en igual forma, abone al mismo una pensión vitalicia anual, dentro de cada mes de febrero, de 5.475.000 pesetas, importe revisable anualmente, según los incrementos del IPC, todo ello con el límite de doscientos cincuenta millones de pesetas, absolviendo a los demás demandados de las pretensiones contra ellos formuladas, todo ello sin hacer especial imposición en costas en primera instancia, y con imposición de las costas del recurso por partes iguales a los coapelantes, debiendo además, satisfacer cada uno de ellos, las causadas a costa del recurso revocando parcialmente la del Juzgado.

El actor don José Luis C. F., y la representación del Ayuntamiento de la Estrada ya formalizaron sendos recursos de casación. Prospera el primer recurso de casación, y no el segundo, estimándose parcialmente la demanda.

Hechos.—Accidente de circulación sufrido por don José Luis C. F., de dieciocho años, cuando conducía su motocicleta por un camino rural al colisionar contra un pino que se encontraba caído atravesando la totalidad del camino. Como consecuencia de dicho accidente sufrió lesiones de las que quedan como secuelas irreversibles, tetraplejía completa e incontinencia de los esfín-

teres anal y vesical, precisando sondaje cada doce horas, siendo necesariamente dependiente de otra persona y presentando cuadro depresivo grave, con deseos de muerte e ideación de suicidio.

En el tramo del camino rural en el que se produjo el accidente se realizaron obras y se emplazó inadecuadamente un árbol dentro del talud, ofreciendo peligro de caída. La construcción de la vía fue realizada por la Xunta. Posteriormente se hizo entrega de las obras y se transmitió el dominio de las mismas al Ayuntamiento de la Estrada, sin que tal entidad formulara objeción alguna.

Coinciden ambos concurrentes (tanto representantes de la víctima como el Ayuntamiento condenado) en los motivos del recurso de casación. Primero: en la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, y segundo: en la infracción del artículo 359 de la LEC, impugnado de la sentencia por incongruente, ya que concede cosa distinta que la reclamada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo analiza los motivos en orden inverso, así en cuanto a la infracción que se alega del artículo 359 de la LEC se desestima alegándose que: «...En el aspecto relativo a la determinación de la cuantía indemnizatoria, los informes obrantes en autos son suficientemente expresivos de la gravedad e irreversibilidad de las secuelas sufridas por el demandante, además de la consiguiente frustración de expectativas de vida familiar, social y profesional, le hacen totalmente dependiente de un tercero... Tal situación lleva a estimar la conveniencia de acoger un sistema mixto de indemnización abono de cantidad a tanto alzado más pensión vitalicia, que, además de realizar función compensatoria del daño sufrido por el demandante con inclusión en ella tanto del daño moral puro como del indirectamente económico, sirva, al propio tiempo, para hacer frente a los costes que en un futuro se pueda derivar de ...la asistencia y cuidado que por tercera persona y de por vida va a precisar... La sentencia del órgano a quo ratifica el criterio precedente y frente a la declaración de incongruencia sostiene... que el ajuste al fallo no ha de ser, necesariamente, literal, sino racional y flexible, recogiendo lo esencial petitionado aunque se agreguen extremos accesorios que conduzcan a la efectividad de las pretensiones ejercitadas...

Esta Sala de casación asume el carácter innovador de los criterios empleados para determinar la reparación posible de los daños y perjuicios causados con el sistema de capital más renta, como componentes de la indemnización resarcitoria considera, como antes lo hicieron los órganos de instancia, que la congruencia de la decisión judicial no se ve alterada al modular la pretensión resarcitoria dentro de los límites solicitados, en atención a que el total de lo que se satisfaga, en concepto de indemnización, no puede sobrepasar el máximo de la cantidad solicitada».

Respecto al recurso interpuesto por la representación de la víctima, el primer motivo del recurso alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil, tratando de extender la responsabilidad a la Xunta, absuelta en segunda instancia, se acoge el motivo por entender que en segunda instancia se ha producido una confusión entre los ámbitos aplicativos del artículo 1.908.3.º y 1.902 del Código Civil, en este sentido, el Tribunal Supremo sostiene que: «El artículo 1.902 tiene sentido general y se extiende a toda acción u omisión que causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia... el artículo 1.908.3 tiene sentido específico, por cuanto se refiere al propietario y a un evento determinado (caída de árboles colocados en sitio de tránsito), pero, además, el supuesto normativo no exige directamente la culpa del propietario, por lo que se diferencia del supuesto anterior... la responsabilidad que deriva del artículo 1.908.3 se

considera, junto con otros casos, como ejemplo dentro del Código Civil de responsabilidad objetiva...

En el caso, sin embargo, la condena al Ayuntamiento se fundamenta, razonablemente, de acuerdo con la prueba practicada, en el artículo 1.902 del Código Civil. Pero esa condena, conforme a lo explicado, no debe ceñirse, exclusivamente, al sujeto, ahora propietario, sino que debe extenderse con alcance solidario, sin perjuicio de las relaciones internas que exista entre ambas entidades, a la Xunta de Galicia, que colaboró eficazmente con su negligencia a la producción del daño».

CULPA EXTRACONTRACTUAL ARTICULO 1.902: PRUEBA DEL NEXO CAUSAL POR PRESUNCIONES. ARTICULO 1.903.4: CULPA DIRECTA DE MATIZ OBJETIVO Y SOLIDARIA. PENSIÓN VITALICIA A FAVOR DE AUTISTA. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de Madrid, en Sentencia de 6 de septiembre de 1991, estima la demanda sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por don Valerio Z. G., que actúa como tutor de su hijo don Francisco Z. M., condenando a los demandados (A.P.Ñ.A. y a don Hipólito V. H.) solidariamente a que abonen a la parte actora para atender a don Francisco Z. M., la cantidad alzada de 11.000.000 millones por todos los conceptos.

La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 24 de noviembre de 1993, estima el recurso de apelación interpuesto por los demandados, revocando la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 16, absolviendo a los demandados apelantes.

Prospera el recurso de casación interpuesto por la representación de don Valerio Z. G., que se funda en dos motivos.

Hechos.—Accidente sufrido por alumno autista de veintidós años de edad, mientras transportaba un objeto (en concreto, balda metálica de aproximadamente dos o tres kilos, de más de un metro cincuenta centímetros de largo, por cincuenta o sesenta centímetros de ancho) de un lugar a otro del colegio, por mandato del director del centro. Mientras el referido alumno realizaba esta tarea, sufrió una caída al perder el equilibrio, golpeándose con una esquina del estante en el párpado, produciéndose 37 días después la pérdida total de la visión.

Doctrina de la sentencia.—Considera conveniente el Tribunal aclarar algunos extremos antes de entrar en el análisis de los motivos. «*En primer lugar, que tanto la culpa o negligencia, por acción u omisión, como el nexo causal o relación entre ella y el daño, contienen un componente fáctico que hoy sólo puede atacarse por error en la valoración de la prueba con cita de la norma hermenéutica tasada que se considere infringida, pero son cuestiones con acentuado componente jurídico que, como tales, pueden acceder a casación por el número 4 del artículo 1.692 de la LEC.*

En segundo lugar, que el hecho de la situación especial que comporta la enseñanza, cuidado, educación y recuperación social de los disminuidos psíquicos, obliga a tener tales circunstancias en cuenta, pero no implica que hayan de recibir el mismo tratamiento que, por ejemplo, la responsabilidad médica...

Por último... la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión — causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causa y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pues como se viene repitiendo con reiteración, si bien el artículo 1.902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidado reglamentario, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que la responsabilidad de una conducta, no sólo ha de atenderse a esta diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo, lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la relación necesaria para evitar el perjuicio».

El primer motivo denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por vicio de incongruencia por haber resuelto la cuestión litigiosa partiendo de bases fácticas opuestas a los hechos admitidos por ambas partes: motivo que decae «tanto la culpa o negligencia como el nexo o relaciona la causalidad son cuestiones de carácter jurídico y no exclusivamente fácticas, aunque hayan de deducirse de hechos que se declaren probados, de manera que dichos requisitos para concluir la existencia de la responsabilidad no pueden ser tratos como simple “admisión de hechos” de los que obligatoriamente haya de partir el juzgador... además la congruencia o incongruencia ha de medirse por la comparación entre lo suplicado y el fallo...»

El segundo motivo se funda en la infracción del artículo 1.253 del Código Civil: «...el cauce elegido es el adecuado, pues al no atacarse los hechos y si la aplicación o inaplicación de deducciones o nexo lógico, ha de citarse como infringido, inaplicado o mal aplicado el artículo 1.253 del Código Civil, por establecer que para apreciar presunción es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, de manera que ofrecido a control a través de este artículo es la sumisión a la lógica de la operación deductiva y nunca el ataque a la premisa de orden fáctico... la presunción, como medio supletorio de prueba, a falta de la directa, y dada su especial naturaleza (deducción personal del juzgador) es difícil que pueda exigirse su aplicación excepcional que pueda impugnarse en casación haberse omitido su empleo, pero la excepcionalidad no implica imposibilidad y esta Sala ha casado sentencias por no emplear la prueba de presunciones cuando hechos demostrados para la propia sentencia recurrida surge la conexión, coherencia o congruencia obligada, según la lógica o recta razón, con el hecho o relación jurídica consiguiente, cual ocurre precisamente en los supuestos de responsabilidad por culpa contractual o extracontractual, o en los de simulación contractual o de introducción de un tercero sin consentimien-

to del dueño en el uso de la cosa arrendada que requieren en empleo de esta prueba indirecta.

Por lo demás, estimado el motivo constando la culpa, el daño y el nexo causal, la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código Civil. Abarca a la Asociación de padres autistas por culpa in eligendo o in vigilando al ser don Hipólito V. H. dependiente jerárquico suyo, siendo tal responsabilidad de matiz marcadamente objetivo... de carácter directo... y solidaria, pudiendo el demandado dirigirse contra cualquiera de ellos... al ser única».

ACCIDENTE FERROVIARIO. DEUDAS INDEMNIZATORIAS CONDUCTENTES A LA REPARACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CARACTER DE DEUDAS DE VALOR. DETERMINACION DE SU CUANTIA. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada, en Sentencia de 30 de enero de 1986, desestima la demanda sobre reclamación de cantidad al apreciarse la excepción de prescripción, interpuesta por doña Josefa M. C. contra don Manuel P. E. (maquinista) y contra RENFE.

La Audiencia Territorial de Granada dictó Sentencia el 18 de diciembre de 1987, confirmando la del Juzgado. Contra la sentencia dictada en apelación, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación, que en Sentencia de 15 de enero de 1991 declaró no haber lugar al mismo (confirmándose la sentencia recurrida).

Contra las referidas sentencias, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de amparo, resuelto por el Tribunal Constitucional (Sala Segunda de lo Civil) con fecha de 30 de junio de 1993, en virtud de la cual se anulan las sentencias impugnadas y se ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia la Audiencia de Granada.

La Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), en recurso de apelación, dictó Sentencia el 27 de diciembre de 1993, revocaba la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y estima parcialmente la demanda, condenando solidariamente a don Manuel P. E. y a RENFE a que abonen a la actora la cantidad de 7.500.000 pesetas por los daños sufridos (entendiendo que debe rechazarse de plano el aumento de cuantía inicialmente realizado en esta alzada al suponer *mutatio libelli* no permitida).

La actora interpuso recurso de casación y prospera.

Hechos.—Accidente ferroviario sufrido el 19 de noviembre de 1976 por don Manuel P. H. y su hijo don Manuel P. H., cuando subidos en su ciclomotor, al tratar de cruzar un paso a nivel debidamente señalizado sin guarda, existiendo una espesa niebla, fueron arrollados por el tren, resultando muertos los dos ocupantes del ciclomotor.

Se declara la existencia de culpa o negligencia por parte de los demandados, y se considera que también hubo parte de culpa con el conductor del ciclomotor, por lo que se admite la compensación de culpas respecto al mismo.

Doctrina de la sentencia.—Se alega inaplicación de los artículos 1.103 del Código Civil en relación con el artículo 24.1 y 2 de la CE, artículo 5.1 de la LOPJ y el artículo 3, apartados 1 y 2 del Código Civil, el 1.215, 1.232.1 y

1.243 del Código Civil, motivo que debe estimarse: ...pues la elevación que hizo la actora de su pretensión indemnizatoria, no puede ser tomada en consideración por introducir una cuestión nueva en aquel momento como la vista del recurso de apelación... *ha de tenerse en cuenta, si bien es reiterada y notoria la doctrina de esta Sala, que aquí se mantiene la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 del Código Civil es facultad propia de los juzgadores de instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero que en el caso de que ello no sea así, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues la sentencia aquí recurrida, al hacer uso de la facultad moderadora que le concede el artículo 1.103 del Código Civil (aunque sin citarlo de forma expresa), ha desconocido en absoluto que también es doctrina reiterada y uniforme la de que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia, no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquélla en que se dicte la sentencia o al período de ejecución de la misma.*

Notas.—Llama la atención el lamentable retraso judicial que se produce en el presente caso, teniendo en cuenta que el accidente ferroviario con resultado de muerte de los dos ocupantes del ciclomotor se produjo en 1976.

Dicho retraso se debe a un cúmulo de sucesos, llamativos y deplorables, que empiezan tras la tramitación y sobreseimiento de las diligencias penales instruidas por los hechos, y una vez obtenido el beneficio de justicia gratuita en el oportuno procedimiento al extraviarse un primer proceso (autos núm. 298/78) que en relación a los hechos se había promovido contra don Manuel P. E. y contra RENFE, por lo que la expresada demandante (que actuaba en nombre propio y de sus [entonces] hijos menores) se vio en la necesidad de volver a promover (en 1985) un segundo proceso que es el que aquí nos ocupa, contra los mismos demandados, y que la llevan a un triste peregrinaje por diversos tribunales, hasta conseguir una indemnización después de más de veinte años.

Proceso que se inicia con la referida Sentencia de 30 de enero de 1986, y que aparece relatado al inicio, en el que desestima la demanda por considerarse prescrita la acción de responsabilidad extracontractual, sentencia que se confirma en grado de apelación, y que igualmente se confirma al recurrir en casación. Llegándose por el Ministerio Fiscal a interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en virtud del cual se anulan las sentencias impugnadas y se retrotraen las actuaciones al momento anterior al dictar sentencia la Audiencia Provincial.

La Audiencia Provincial de Granada, en recurso de apelación, dictó sentencia el 27 de diciembre de 1993, en la que declara la existencia de culpa por parte del maquinista y de RENFE, y considera que también hubo culpa por parte del conductor del ciclomotor, por lo que admitiendo la compensación de culpas respecto del conductor del ciclomotor, fija como indemnización la cantidad de 7.500.000 pesetas. Contra dicha sentencia la actora interpone el presente recurso de casación.

El Tribunal Supremo considera que la Audiencia al hacer uso de la facultad moderadora (art. 1.103 del Código Civil), al resultar probado que hubo concurrencia de la culpa de los demandados, con la culpa del infortunado conductor, debió ser hecha y no se hizo, teniendo en cuenta la doctrina de que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios,

tienen el carácter *de deudas de valor*, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia a la fecha en que se dicte sentencia o al período de ejecución del mismo, teniendo en cuenta, además, las muy especiales circunstancias del presente caso, retraso en la resolución de más de veinte años, no imputable a la actora, motivo por el que prospera el recurso de casación. Y se estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a que indemnicen a la actora en la cantidad total que resulte de revalorizar la cifra de 7.500.000 pesetas, con arreglo a las variaciones del índice del IPC, producidas durante el período comprendido entre el 19 de noviembre de 1976 y la fecha en que se efectúe la ejecución de la sentencia, en que se hará la referida valoración.

Es destacable la anegable actuación del Ministerio Fiscal, que contrasta con la pésima actuación del Juzgado. Y son indudables los perjuicios que se le ocasiona a esta familia, pues la viuda espera más de veinte años para cobrar la indemnización. Que por mucho que se revalorice, habrá causado un daño irreparable a la viuda por la muerte de su esposo y uno de sus hijos y a los hijos y hermanos de los fallecidos, pues junto con la pérdida y el dolor, no habrán podido disponer de una indemnización que hubiera ayudado a esta familia a salir adelante cuando, precisamente, los hijos eran menores. ¿No sería el Estado el responsable de la mala actuación de la justicia?

CULPA EXTRACONTRACTUAL. ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL INTERPRETATIVA. ACCIDENTE FERROVIARIO. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santiago de Córdoba, en Sentencia de 12 de noviembre de 1993, estima parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad, formulada por doña Amalia G. D. por sí y como representante de sus hijos menores de edad don Antonio S. G. y doña María Josefa S. G. contra RENFE.

La Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia el 3 de febrero de 1994, confirma la sentencia de primera instancia.

El recurso de casación interpuesto por RENFE no prospera.

Hechos.—Accidente ferroviario ocurrido al ser arrollado un trabajador ferroviario por una máquina cuando atravesaba las vías férreas en zona deficientemente iluminada y en la que existía una línea de cables de 32 a 33 centímetros de altura en situación paralela a la línea férrea. Descuido por parte de RENFE de las debidas condiciones de seguridad, lo que comporta un reproche culpabilístico para la empresa, y descarta que el accidente se debiera a culpa exclusiva de la víctima.

En el recurso de casación fueron dos los motivos admitidos, en los que, de modo respectivo, se denunció infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, al considerar que no existía culpa de RENFE e infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, relativas al principio de responsabilidad por culpa.

Doctrina de la sentencia.—En relación a la responsabilidad por culpa extracontractual: *«Resulta evidente que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, requiriendo su aplicación, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al responsable del resultado*

dañoso, en tal aspecto es cierta la doctrina jurisprudencial reseñada..., en cuanto que la jurisprudencia de la Sala ha ido evolucionando en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, pero semejante 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, fundamento único de la obligación de resarcir, y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, ...en definitiva, 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 valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiojetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas y propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por 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 vehículos de motor».

Notas.—Aplicada la doctrina jurisprudencial expuesta al caso de autos, está fuera de toda duda que concurría una situación de riesgo, cables en situación paralela a las vías a una altura de 30 centímetros y escasa iluminación de la zona, y reproche culpabilístico al haber descuidado RENFE las debidas condiciones de seguridad, procurando un sitio para el paso de los operarios con el menor peligro, todo lo cual viene a descartar que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima. Se dan, por tanto, los clásicos requisitos que generan la responsabilidad extracontractual: acción u omisión culposa o negligente, resultado dañoso y adecuada y suficiente relación de causalidad entre uno y otro.

NO RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL NI LABORAL, PUES LA MUERTE SE PRODUJO EXCLUSIVAMENTE POR CULPA DE LA VÍCTIMA.
(SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villacarrillo, en Sentencia de 28 de junio de 1993, desestima la demanda sobre reclamación de cantidad con condena en costas, interpuesta por el matrimonio de don Juan T. F. y doña Carmen CH. S. (padres del menor que murió ahogado), contra don Diego R. R. (patrón). La Audiencia Provincial de Jaén, en Sentencia de 4 de febrero de 1994, confirma la sentencia de primera instancia con condena en costas.

No prospera el recurso de casación interpuesto por el referido matrimonio.

Hechos.—Accidente sufrido por don Juan T. CH., de diecisiete años (le faltaban cinco meses para la mayoría de edad), cuando tras terminar su jornada laboral, se trasladaba con su patrón y el resto de sus compañeros a la localidad donde residen. Por el camino decidieron entre todos desviarse de la ruta normal para ir a la «Charca del Aceite» a bañarse, dado el calor que hacía. Al cabo de unos minutos de meterse en el agua notaron la falta del menor, quien falleció ahogado. El demandado desconocía que el fallecido no sabía nadar.

Doctrina de la sentencia.—En los tres primeros motivos del recurso se denuncia incompetencia de jurisdicción del órgano civil: «*Los repetidos motivos están condenados al fracaso... porque resulta... una conducta contradictoria que sean los propios actores los que instaron la pretensión ante esta jurisdicción, y ahora, en cambio, esgrimen mentada cuestión de incompetencia en el orden civil... porque no se trata de una responsabilidad derivada de la relación laboral existente entre un trabajador y el demandado, y porque planteándose la reclamación por la vía del artículo 1.902 del Código Civil, es evidente que tampoco acaece que el accidente pueda calificarse de laboral...*»

Se alega infracción de los artículos 84.1 y 2.a) y c) de la Ley General de la Seguridad Social, tampoco es de apreciar el motivo, ya que no se trataba no sólo de un accidente de trabajo puro, ni, incluso de la modalidad, del llamado genuino accidente in itinere porque, en definitiva, el desvío para realizar una actividad propia del ocio, aún cuando fuera con la conformidad del que figuraba como patrón (por lo que hasta se puede considerar devaluada esa condición al actuar ya como un compañero más) es indicativo de la no consideración de accidente de trabajo alguno.

Del resto de los motivos se va rechazando uno por uno. Merece destacar el séptimo y el octavo en los que se denuncian, en el primero, inaplicación del artículo 1.263 del Código Civil, en relación con el 315 del mismo cuerpo legal, y en el octavo, el artículo 5.1 y 4 LOPJ en relación con los artículos 12 y 24.1 CE, también son motivos inconsistentes porque «*confunden lo que son requisitos legales para actualizar la capacidad de negociar, productora de efectos jurídicos propios de la capacidad de obrar plena a results de la mayoría de edad, con lo que no es, sino la facultad personal de discernir o distinguir del bien y el mal, y sobre todo, poder libremente elegir una conducta u otra, que sin ninguna otra repercusión, con respecto a terceros, como suele acontecer en el rol social, está perfectamente atribuido a personas que, como el fallecido, con diecisiete años de edad, hasta rebasan la propia responsabilidad penal*».

CULPA EXTRACONTRACTUAL. MODERACION DE LA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

El Juzgado de Primera Instancia de Estrada, en Sentencia de 7 de junio de 1993, estima parcialmente la demanda, interpuesta por don Manuel R. A. y doña Estrella A. A., actuando en representación de su hijo menor don Santiago, sobre reclamación de cantidad contra el Ayuntamiento de Forcarey, don Manuel C. R., la Compañía de Seguros AGF y contra las personas desconocidas e inciertas que echaron la pólvora en Presqueiras el día 8 de septiembre de 1991, condenando a los demandados a que indemnicen solidariamente a los actores, ésta con el límite del Seguro obligatorio concertado en la cantidad de (28.000.000 de pesetas) más los intereses legales, sin pronunciamiento en costas, absolviendo a las personas desconocidas e inciertas.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, en Sentencia de 14 de abril de 1994, revocando parcialmente la del Juzgado, condena al Ayuntamiento de Forcarey, a don Manuel C. R., y a la Compañía de Seguros AGF a que indemnicen solidariamente al actor don Santiago, en la cantidad de (25.000.000 de pesetas), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 921 de la LEC, a partir

de la fecha de la sentencia. La aseguradora deberá además satisfacer el 20 por 100 anual a partir de los tres meses siguientes a la notificación de la presente, dejando entonces de satisfacer los señalados en el artículo 921 de la LEC, absolviendo a las personas desconocidas e inciertas, sin condena en costas.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, el Ayuntamiento de Forcarey, de una parte, y de otra AGF y don Manuel C. R., interpusieron sendos recursos de casación.

El TS declara haber lugar al interpuesto por el primero y no haber lugar al interpuesto por los segundos.

Hechos.—El día 8 de septiembre de 1991, en Forcarey, se celebraron unos festejos, y para amenizarlos se lanzaron bombas pirotécnicas de tercera clase de una sola detonación. El día del lanzamiento, Santiago, menor de trece años, recogió una bomba que guardó hasta el 24 de septiembre, día en que enseñándosela a un amigo le explotó en las manos, produciéndole lesiones constitutivas de invalidez.

Doctrina de la sentencia.—Respecto del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Forcarey. El primer motivo del recurso alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil, así como la jurisprudencia que lo desarrolla: *«Se da una falta de relación de causalidad en la conducta imputada al Ayuntamiento demandado que no venía obligado por la concesión de autorización para la celebración de la fiesta a comprobar el correcto y eficaz ejercicio de su actividad por el pirotécnico contratado por la comisión organizadora de las fiestas, dependiente ésta del Ayuntamiento, ni a vigilar si todos los artefactos lanzados habían explotado antes de su caída»*. Por todo ello procede la estimación de este motivo, lo que determina, sin necesidad de entrar en el segundo, la casación y nulidad de la sentencia recurrida, así como la revocación, en cuanto al Ayuntamiento de Forcarey, de la sentencia de primera instancia.

Respecto del recurso interpuesto por AGF y don Manuel C. R., cabe destacar el motivo segundo, en el que se alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta. *«...la conducta del (demandado don Manuel C. R.), del citado profesional pirotécnico ha de calificarse de negligente, ya que no comprobó o no comprobó adecuadamente que todos los artefactos lanzados habían explotado en el aire y que ninguno de ellos había caído a tierra sin hacerlo, como así ocurrió. Dado que estaba realizando, se repite, una actividad que entraña grave riesgo, venía obligado a adoptar la más extremada diligencia en evitación de situaciones como la que se produjo»*. Se alega, asimismo, que el menor lesionado intervino en la cadena causal interfiriéndola, ello es cierto... hay desde luego, un concurso de culpa por parte del niño en la guarda y manipulación del artefacto explosivo cuya peligrosidad no podía desconocer, y en atención a ello se modera la responsabilidad, pues *«...si bien es doctrina reiterada y notoria la de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 del Código Civil es facultad propia de los Juzgadores de instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en los que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de la facultad moderadora cuando la misma viene forzada y, lógicamente, impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia»*. Por todo ello, se desestima el motivo.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO POR RUINA DEL EDIFICIO. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ciudad Real, en Sentencia de 15 de junio de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a don Alberto F.-Y. P. a pagar a don José A. G. (padre del menor fallecido) la cantidad de siete millones de pesetas, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y a que se abone las costas de ese juicio.

Apelada la sentencia, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó Sentencia en fecha de 20 de diciembre de 1993, en la que desestima por unanimidad el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, así como estima por unanimidad el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando totalmente la demanda, absolvió a don Alberto F.-Y. P. con imposición al demandante don José A. G. de las costas causadas en instancia y de las derivadas de su recurso de apelación.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, el demandante ha interpuesto el presente recurso de casación que basado en seis motivos se desestima.

Hechos.—Fallecimiento de menor de seis años por caída de uno de los pilares cuya misión era sustentar una cadena que servía para delimitar la entrada de una finca, al derrumbarse mientras se columpiaba en la misma en compañía de otros dos menores.

Con relación a los hechos, el Juzgado de Instrucción número dos de Ciudad Real instruyó las actuaciones penales correspondientes (Diligencias previas núm. 562/91), en las que el referido Juzgado dictó auto de fecha 23 de marzo de 1992, por la que se acordó el archivo de las mismas.

Doctrina de la sentencia.—Como de los seis motivos integradores del recurso, en uno de ellos se denuncia infracción de los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la LEC (error de derecho en la valoración de la prueba), razones de metodología casacional aconsejan empezar por dicho motivo. «...los informes acompañados con la demanda, en cuanto a prueba preconstituida extraprocesalmente, no se les puede atribuir el carácter de prueba pericial al no haber sido emitido el referido informe con las garantías procesales exigidas para una prueba de esa naturaleza con la consiguiente indefensión para la parte a la que se le privó de las expresadas garantías procesales... la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de la instancia, a cuyo criterio debe estarse, ya que sujeto su proceso valorativo a las reglas de la sana crítica y no constatada éstas en normas legales preestablecidas, tal criterio no puede ser sometido a revisión casacional, a no ser que el mismo sea notoriamente irracional o no ajustado a las directrices de la lógica». Nada de lo cual ocurre aquí..., por lo que el expresado motivo ha de fenecer.

En el motivo primero se denuncia interpretación errónea del artículo 1.907 del Código Civil en relación con los artículos 389 y 391 y 1.104 del mismo texto legal y de jurisprudencia relacionada. El expresado motivo ha de ser desestimado, ya que: «la responsabilidad, de índole predominantemente subjetiva, que proclama el artículo 1.907 del Código Civil, viene lógicamente referida al supuesto de que se produzca ruina del edificio (entendido este término en sentido amplio y comprensivo de cualquier género de construcción) única y exclusivamente como consecuencia de falta de las reparaciones necesarias por

parte de su propietario, pero no cuando tal caída o ruina sea debida a la intervención o interferencia de un tercero que con su extraña conducta la produzca».

Del resto de los motivos destacamos el quinto y sexto que aparecen formulados con carácter subsidiario para el supuesto de desestimación de los cuantos que le preceden, como así ha ocurrido, y en ellos se denuncia respectivamente infracción por inaplicación del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta en el sentido de que la responsabilidad que del mismo se deriva tiene el carácter de solidaria y no de mancomunada: *«en el supuesto de daños a un tercero por ruina de un edificio derivada de vicios de su construcción, el dueño del referido edificio ha de responder directamente frente al tercero perjudicado, sin perjuicio de las acciones que luego puedan corresponder a dicho dueño frente al constructor o los técnicos que intervinieron en la construcción, cuyos vicios fueron determinantes de la ruina».* ...Por todo lo expuesto, los expresados motivos han de ser desestimados, ya que... no cabe estimar el recurso (o algunos de sus motivos) cuando haya de mantenerse subsistente el fallo de la sentencia recurrida, aunque sea por unos razonamientos jurídicos distintos de los que se tuvo en cuenta.

L. T. M.

4. DERECHO PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Existe maquinación fraudulenta a los efectos de estimar el recurso de revisión cuando, conociendo el domicilio real del demandando, se pide el emplazamiento por edictos, provocando la rebeldía e impidiendo que el demandado tenga noticia del planteamiento del juicio, asegurando así el éxito de la pretensión.

También se suele estimar la revisión por maquinación fraudulenta cuando la parte demandante podría conocer el domicilio real de la otra, realizando fáciles gestiones, como sucede en el caso de la Sentencia de 2 de diciembre de 1996, de la que es ponente el Excmo. señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. En este caso, la Sala argumenta que con unas mínimas gestiones se hubiera podido conocer el domicilio de la otra parte, ya que las partes eran familiares entre sí, y además todos ellos habían suscrito conjuntamente una escritura de manifestación y aceptación de herencia en la que se señalaban todos los domicilios.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El plazo de tres meses para interponerlo es de caducidad y no de prescripción, de manera que no cabe interrupción, requiriéndose de manera inexcusable

sable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que ha de probarse con precisión.

RECURSO DE CASACION.—NO SON SUSCEPTIBLES DE RECURSO DE CASACION LOS SUPUESTOS SOBRE CUANTIA INESTIMABLE O QUE NO HAYA PODIDO DETERMINARSE EN LOS QUE LA SENTENCIA DE APELACION Y DE PRIMERA INSTANCIA SEAN CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD, TENIENDO ESTE CARACTER AUNQUE DIFIERAN EN LO RELATIVO A COSTAS. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

En el mismo sentido, Sentencia de 28 de diciembre de 1996, Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SON MERAMENTE DECLARATIVAS. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Las resoluciones definitivas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conocido como de Estrasburgo, sólo tienen naturaleza declarativa, ya que el Convenio Europeo de Salvaguarda de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no atribuye competencia al Tribunal, ni para anular una sentencia, ni para ordenar la desautorización de los temas objeto de la queja.

Las resoluciones del TEDH no tienen efecto directo o de ejecución en el sistema judicial español. Este no prevé la ejecución de sentencias internacionales (cosa distinta sería las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros), pero es que, además, el TEDH no es un órgano judicial supranacional, pues el reconocimiento del Estado Español de la jurisdicción de dicho Tribunal no puede exceder a lo previsto en el artículo 46 del convenio, que colateralmente prohíbe dar naturaleza de Tribunal nacional de última instancia definitiva al Tribunal de Estrasburgo.

Para que ello fuere posible tendrían que utilizarse los siguientes caminos:

a) Modificar la legalidad actual, como han hecho los Estados de Noruega, Luxemburgo, Malta, estableciendo un nuevo motivo de revisión de sentencias firmes, o

b) La firma de un nuevo protocolo de convenio que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las resoluciones de TEDH o las decisiones del Comité de Ministros por los Estados demandados.

RECURSO DE CASACION—ACORDADA UNA DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER DEBE PRACTICARSE. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Existe quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales, a los efectos de

fundamentar el recurso de casación en el número 3.º del artículo 1.692 LEC, cuando una vez acordada una diligencia para mejor proveer ésta, finalmente, no ha sido practicada. Una vez acordada la diligencia por el órgano jurisdiccional en uso de la facultad que le concede el artículo 340 LEC, no puede dejarse al arbitrio de una de las partes su realización (en este caso al propio órgano jurisdiccional), provocando indefensión para la parte al haber sido privada de la práctica de una prueba propuesta y admitida en primera instancia (independientemente de que fuese acordada para mejor proveer).

ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE.—CUANDO SE RECLAMA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA ADMINISTRACION Y, AL MISMO TIEMPO, A PARTICULARES, LA JURISDICCION CIVIL ADMITE EL SUPUESTO COMO DE SU COMPETENCIA EN BASE FUNDAMENTALMENTE A LA «VIS ATRACTIVA» DE LA JURISDICCION CIVIL —POR LOS DEMANDADOS PARTICULARES— Y PARA EVITAR UN «LARGO PEREGRINAJE» A TRAVES DE DISTINTAS JURISDICCIONES. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

CUESTION DE COMPETENCIA.—NULIDAD DE LAS CLAUSULAS DE SUMISION EN LOS CONTRATOS DE ADHESION. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

En este caso la cláusula de sumisión se encuentra impresa, inserta en un párrafo más amplio y con letra diminuta, esto es, formando parte de un contrato de adhesión, lo que obliga a tenerla por nula y no puesta [art. 10.c)-3.º de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios], no siendo de aplicación el artículo 75 LEC. A esta conclusión llega la Sala del TS, ya de manera reiterada, usando como criterio interpretativo, para integrar el citado artículo 10 de la LGPDCU, la directiva de la CEE número 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, la cual, tras definir las cláusulas abusivas, obliga a los Estados miembros a impedir que tales cláusulas vinculen al consumidor.

Anulada pues, tal cláusula vuelve la sentencia a las normas generales para fijar la competencia. Se trata de unas mercancías que viajaron a portes pagados, esto es, por cuenta y riesgo del vendedor, por lo que se entiende que éste entrega el género en el domicilio del comprador, y éste es el que determina la competencia.

En el mismo sentido la Sentencia de 4 de diciembre de 1996, de la que es ponente el Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

CUESTION DE COMPETENCIA.—CLAUSULAS DE SUMISION EN CONTRATO DE CREDITO PACTADO EN POLIZA MERCANTIL. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Marina Martínez-Pardo.

En este caso, la Sala admite la validez de la cláusula de sumisión por las siguientes razones:

a) El contrato de crédito pactado en póliza mercantil no es un contrato de adhesión; cualquiera que sea el contenido repetido que haya dado lugar a la impresión de determinadas cláusulas, éstas no impiden que las pólizas establezcan condiciones particulares, todas las cuales conforman el contrato que se perfecciona con el consentimiento de ambas partes, al cual se llega tras negociaciones oportunas sobre capital, intereses, garantías, análisis de solvencia, etc.

b) Las cláusulas de sumisión son perfectamente admisibles, no rompen por sí solas el equilibrio de las prestaciones de las partes y no son contrarias a la buena fe.

c) La voluntad de los firmantes del crédito en calidad de acreditados, no sufre compulsión alguna dada la extensa relación de instituciones bancarias y los diversos criterios mercantiles de cada una de ellas, que permiten advertir los efectos de la competencia entre bancos.

d) Los requisitos exigidos por el artículo 57 LEC se cumplen rigurosamente en este caso y no empece lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, porque ni contrarían la buena fe ni el justo equilibrio de las prestaciones, ni perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al cliente del banco.

EXCEPCION DE COMPROMISO (SUMISION DE LAS PARTES A ARBITRAJE).—PIERDE SU EFECTIVIDAD SI SE CONTESTA A LA DEMANDA, PUES SE ENTIENDE QUE HA HABIDO SUMISION TACITA AL TRIBUNAL. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

No se admite en este caso la excepción de falta de jurisdicción por sumisión de las partes a arbitraje, porque la parte demandada no se limitó únicamente a oponer dicha excepción, sino que contestó extensamente a la demanda interpuesta contra él, por lo que se entiende que ha habido una sumisión tácita por parte del demandado a los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil.

RECURSO DE REVISION.—NO SE PUEDE CONSIDERAR COMO DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO, DETENIDO POR FUERZA MAYOR A EFECTOS DE FUNDAMENTAR EL RECURSO DE REVISION EN EL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 1.796 LEC, EL DOCUMENTO CUYA MATRIZ ESTA EN UN PROTOCOLO NOTARIAL. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

RECURSO DE REVISION EN SENTENCIAS RECAIDAS EN JUICIOS EJECUTIVOS. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El recurso de revisión sólo cabe contra sentencias firmes, esto es, contra la que no quepa recurso alguno. Luego, en principio, las sentencias dictadas en juicios ejecutivos no son susceptibles de revisión, ya que no producen excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.

Pero esta doctrina ha de ser concordada con la también reiterada, que dice: tal excepción de cosa juzgada se produce en el caso de excepciones que devienen inutilizables en el juicio declarativo posterior, tanto en los casos en que, esgrimidas en tiempo y forma, fueron desestimadas, como en aquéllas en que el ejecutado no quiso o no supo oponerlas.

Es decir, la no firmeza de las sentencias recaídas en los juicios ejecutivos sólo afecta a aquellas cuestiones que pueden ser discutidas en un posterior juicio declarativo, pero no a las que no pueden ser planteadas de nuevo, lo que, en este aspecto, las hace firmes y susceptibles de revisión.

INCONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Existe cuando se concede algo diferente a lo solicitado, debiendo resultar tal incongruencia de comparar lo postulado en el súplico de la demanda y los términos del fallo combatido.

Ha de denunciarse por el número 3.º del artículo 1.692 LEC, como cuestión procesal que es, y no por el número 4.º

INCONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

La congruencia no implica necesariamente un ajuste literal con lo suplicado sino una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes, aunque no coincida en su plena literalidad con las palabras empleadas en el *petitum* de la demanda.

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

El proceso especial de declaración de error judicial no puede confundirse con una tercera instancia. Sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de hechos distintos o incurriendo en equivocaciones manifiestas y palmarias en la aplicación de la ley, sin que puedan traerse a colación conclusiones que no resulten lógicas dentro del esquema traído al proceso.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *La teoría de la publicidad registral y su evolución.*

Discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Contestación de Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Editado por la Real Academia. Madrid, 1998. Un tomo de 203 páginas.

El día 30 del pasado mes de noviembre, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación celebró solemne sesión para recibir como Académico de Número a nuestro compañero don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, el cual pronunció su discurso de ingreso sobre este tema de gran interés doctrinal y práctico y que nos atañe de modo directo.

Dicho discurso, que ha sido cuidadosamente elaborado, es una manifestación más de la madurez doctrinal del autor, hombre estudioso y trabajador, como todos sabemos. A su condición de Registrador de la Propiedad en activo une la de Catedrático de Derecho Civil, con una labor larga y fructífera en la docencia, que ha enfocado para llevar a la Universidad la inquietud por los estudios registrales. Viene enseñando a los futuros abogados la doctrina y la práctica hipotecaria y dirige muchas tesis doctorales que destacan por el acierto en la elección y el desarrollo de los temas. Dentro del Colegio de Registradores, dirige con el éxito conocido el Seminario *Jerónimo González*, participa activamente en la Comisión Ejecutiva de esta Revista y en el Consejo de Redacción del Boletín de Información del Colegio. Tanto en la Universidad como en el Registro, MANUEL AMORÓS es una personalidad descollante y goza de un merecido prestigio, ganado a golpe de estudio y laboriosidad.

El tema de la publicidad registral es uno de los preferidos por AMORÓS, y ahora ha tenido ocasión de desarrollarlo con amplitud; para su discurso académico no podía abordar otro mejor.

La elección de este tema la justifica por su importancia intrínseca, dadas sus implicaciones y consecuencias. Fácilmente se aprecia, nos dice, que si el Registro de la Propiedad es una institución destinada a dotar de publicidad a determinados actos y situaciones jurídicas, la teoría de la publicidad tiene un valor fundamental para comprender mejor la naturaleza del Registro, su significado y los niveles de su eficacia institucional. Esta teoría, cuando está rigurosamente elaborada, es el mejor instrumento para resolver los complejos problemas que nos plantea la vida práctica. Por eso AMORÓS considera que la publicidad registral es uno de los grandes temas que se perfilan hoy en el horizonte del Derecho y esa es la causa de que deba profundizarse en su naturaleza y sus perfiles institucionales, a la luz de las más recientes aportaciones doctrinales, para mejor comprender la función del Registro de la Propiedad y sus aplicaciones en cada caso.

El Académico recipiendario entra en materia en el estudio de la publicidad y sus manifestaciones empezando por presentar el concepto de la publicidad en general, recogiendo las tres acepciones que de esta palabra contiene el

Diccionario de la Lengua. De ellas, acepta como la más adecuada la que la define como *conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos*. Sigue, para distinguir entre la publicidad en sentido económico y en sentido jurídico; ya en este último campo la restringe a su vez al ámbito iusprivatista, donde se proyecta especialmente sobre el tráfico jurídico de los inmuebles y la dinámica de los derechos reales. Y aun cabe hacer una subdistinción entre la publicidad posesoria y la publicidad registral.

Reduciendo gradualmente el ámbito de esas distintas clases de publicidad, llega AMORÓS a la estrictamente registral, a la que define como la *actividad de un Registro público que tiende a manifestar un hecho, acto o situación jurídica y crea la posibilidad de que el objeto publicado sea conocido por todos*. Para llegar al último escalón, el autor distingue entre Registros de publicidad o eficacia sustantiva y Registros administrativos, interesándonos, naturalmente, los primeros, que crean oponibilidad y eficacia frente a terceros, afectan sustancialmente a los efectos de la relación publicada y tienen por finalidad, bien garantizar la seguridad del tráfico jurídico (Registros de bienes) o servir de prueba o título de legitimación respecto a los datos personales inscritos (Registros de personas). Es así como, paso a paso, nos ha llevado al Registro de la Propiedad que es, según nos dice, *aquella institución destinada a dotar de publicidad a las situaciones jurídicas relativas a bienes inmuebles para conseguir la seguridad jurídica en el tráfico de estos bienes*.

La segunda parte del discurso se dedica a estudiar la evolución de la teoría de la publicidad registral; para ello, parte de la Ley Hipotecaria de 1861 hasta la actualidad, dividiendo la exposición en cinco etapas, caracterizadas cada una de ellas por sus principales acontecimientos doctrinales.

La primera va desde la promulgación de la Ley Hipotecaria hasta 1909, en que se produce su primera reforma global. Hace una amplia referencia a los autores del texto inicial y acude a resaltar los pasajes más apropiados de la Exposición de Motivos, en donde, con un lenguaje preciso y precioso, verdadero monumento del idioma español, se centran posiciones y se aclaran ideas para mejor poner en marcha un sistema novedoso, que con los años se ha revelado verdaderamente eficaz. Refleja los comentarios de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, FRANCISCO DE CÁRDENAS, BENITO GUTIÉRREZ, OLIVER Y SÁNCHEZ ROMÁN, un completo abanico de autores que dieron brillo a los primeros textos hipotecarios.

La segunda etapa va de 1909 a 1944, de reforma a reforma. La Ley de 1909, aparte de otros retoques importantes, tenía como misión preponderante tratar de concordar la LH con el Código Civil, cosa no conseguida del todo; pero ese es otro cantar que no procede tocar ahora. AMORÓS nos presenta los diversos estudios que comentaron el nuevo texto legal y se detiene especialmente en don JERÓNIMO GONZÁLEZ, al que considera el autor más importante de esta época, y quizá también de las posteriores, por su conocida elaboración de *Los principios hipotecarios*, libro hoy convertido en un texto clásico de obligada consulta y que acredita a su autor como un investigador y publicista de extraordinaria categoría. Contempla también a FERNANDO CAMPUZANO, MORELL Y SERRANO SERRANO, entre los españoles, amén de otros autores alemanes, franceses e italianos que profesaron la ciencia hipotecaria y publicaron destacadas obras sobre la publicidad.

La tercera etapa va desde la Ley de 1944-46 al año 1955-57, fecha esta última en que aparecen las *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de

LACRUZ BERDEJO, libro al que AMORÓS concede especial importancia por las novedades que introdujo en la doctrina hipotecaria de entonces, con la incorporación de las ideas formuladas por los autores extranjeros más recientes. Reseña la publicación por entonces de las obras de IGNACIO DE CASSO, ANGEL SANZ, ROCA SASTRE, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS y los *Comentarios a la legislación hipotecaria* de CAMY.

La cuarta etapa va desde 1955-57 a 1980. Empieza con la obra de LACRUZ BERDEJO, donde se considera al Registro de la Propiedad como un organismo establecido por nuestro legislador para conciliar la seguridad de los derechos adquiridos con la seguridad del tráfico, haciendo notar la diferencia que existe entre ambos tipos de seguridad. Además de las *Lecciones* de LACRUZ BERDEJO, en esta época se publica el segundo volumen de los *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* del Profesor Díez-PICAZO, obra importante en nuestro campo, que el nuevo Académico resalta en todo su valor. En 1974 se celebró en Madrid el segundo Congreso Internacional de Derecho Registral y en él se publicó una terminología o índice de conceptos del Derecho Registral español, de gran interés para definir las voces más usadas en nuestro sistema. Con la cita de las obras FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL Y DE RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, se completan las manifestaciones doctrinales sobre la publicidad en esta época.

La última etapa va de 1980 hasta la actualidad y en ella son muchos y muy importantes los autores que estudian las cuestiones de la publicidad registral. Se cita, entre otros, a PEÑA, ALVAREZ CAPERUCHI, JOSÉ M.^a CHICO, PRADA ALVAREZ-BUILLA, ANTONIO MANZANO, ANTONIO PAU Y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. Este último es autor de una obra que, aunque incompleta, puede ya calificarse de monumental en los estudios de Derecho Registral Inmobiliario.

Termina el discurso con una interesantísima recapitulación en la que AMORÓS resume el contenido de su disertación, afirmando que la idea de la publicidad está siempre presente en los textos legales y en los estudios jurídicos que se refieren al Registro de la Propiedad desde 1861 hasta la actualidad. Esa publicidad es una de las bases o principios fundamentales en que se asienta el nuevo Registro para favorecer el desarrollo del crédito territorial y proteger a los titulares de derechos en relación con los terceros. Después de 1909 aparecieron importantes estudios, sobresaliendo los de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y tras la Ley de 1946 se han publicado numerosos trabajos dedicados a la publicidad en cuanto que produce un plus de eficacia *erga omnes*; ya desde 1957 a la actualidad se ha producido un desarrollo extraordinario en los estudios de Derecho Inmobiliario Registral.

En las palabras finales del discurso el nuevo Académico se hace la pregunta de si tendrá utilidad su disertación, en cuanto reviste caracteres esencialmente teóricos y se contesta, acertadamente, en sentido afirmativo por la doble razón de que sirve para apreciar el sentido de la evolución de los conceptos y las ideas sobre la publicidad y porque así podremos conocer mejor el estado actual de la cuestión sobre los problemas planteados relativos a esta publicidad registral inmobiliaria. Lo rubrica con la frase de que la teoría rectamente formulada es el mejor camino para conseguir una actividad práctica satisfactoria en el mundo del Derecho.

En nombre de la Academia, contestó al discurso de ingreso el Profesor Díez-PICAZO. Suscribimos plenamente sus elogios al recipiendario, que no son simplemente protocolarios, sino que contienen puramente la verdad. La obra escrita del Profesor AMORÓS, dijo, es tan extensa que no es posible exponerla de forma pormenorizada. La reflexión que ha hecho en su discurso, con los

bagajes técnicos precisos y la metodología adecuada, aplicada a problemas que conoce bien, puede ser especialmente útil. Siguió diciendo que, en este sentido, AMORÓS trata de descubrir la función del Registro de la Propiedad, porque entiende que son posibles nuevos enfoques para una renovada teoría de la publicidad registral, por eso su trabajo es digno de encomio, pues acomete también el estudio de la evolución del pensamiento jurídico en esta institución concreta. Concluyó Díez-PICAZO haciendo constar solemnemente el carácter magistral del discurso y el hecho de que el Profesor AMORÓS GUARDIOLA ingresa en la Real Academia por derecho propio.

Tras reafirmar y rubricar esta última afirmación, sólo nos queda enviar la más efusiva y cordial felicitación a nuestro amigo y compañero MANUEL AMORÓS por su merecido ingreso en la Docta Corporación, que viene a honrar a todo el Cuerpo de Registradores.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, ANTONIO Y OTROS: «Libro homenaje a Juan Manuel Rey Portolés». Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1998. Un tomo de 829 páginas.

Pocas veces habrá estado tan justificada la edición de un libro homenaje como en esta ocasión en que se la dedica el Colegio de Registradores a la memoria del que fuera uno de sus más brillantes miembros, que se nos marchó prematuramente en la plenitud de su transcurso vital y cuando mejores cosas se podían esperar de él.

Todos los que hemos conocido a JUAN MANUEL REY, sabemos la gran pérdida que ha supuesto su desaparición y es seguro que echaremos de menos tanto su relevante personalidad como las directrices y enseñanzas que nos impartía en sus concienzudos trabajos. Formó parte del Consejo de Redacción de esta Revista y fue asiduo y brillante colaborador en ella y por eso le echamos de menos grandemente.

No es cosa de repetir lo que ya se ha dicho y todos sabemos, pero sí queremos recoger lo que escribe nuestro Decano en la presentación, diciéndonos que Juan Manuel Rey fue un espejo de Registradores y en él hemos de mirarnos para saber si ejercemos debidamente nuestra labor. Dedicó todo el tiempo necesario a la tarea delicada y compleja de la calificación y también a las otras muchas tareas que impone la profesión registral, que son a veces áridas y burocráticas. Y lo hizo con una pasión que desbordaba los cauces monótonos del quehacer diario. Además, y sobre todo, su talante intelectual le impulsó a sacar con esfuerzo muchas horas de estudio y a escribir con rigor sobre los temas más arduos.

Tras su fallecimiento, los compañeros de Valencia organizaron en el invierno del año pasado un ciclo de conferencias que ahora se recogen, añadiéndose además varios trabajos que han aportado algunos de sus maestros, compañeros y alumnos que han querido sumarse al homenaje.

El libro, editado por el Centro de Estudios Registrales, ha sido coordinado por MANUEL GOMIS, con gran esmero y acierto, ordenando los trabajos por su contenido en tres grupos, que son la teoría general y Derecho Civil, Derecho Hipotecario y Derechos Administrativo y Fiscal.

Junto a una afectuosa presentación del Decano, el libro empieza con una nota biográfica que nos muestra la valía intelectual de Juan Manuel, manifestada en la brillantez de sus estudios, en su esplendorosa trayectoria profesional y en una extensísima bibliografía con una lista que alcanza nada menos que cincuenta y cuatro trabajos o publicaciones.

A seguido vienen los estudios en su homenaje, en número de veinte, todos valiosísimos y llenos de afecto. No los podemos comentar ni resumir, como quisiéramos, al ser imposible por razones de espacio. Los autores, nuestros amigos, comprenderán que, a nuestro pesar, lo único que podemos hacer es relacionar sus títulos y recomendar su lectura.

Dichos estudios son los siguientes:

TEORIA GENERAL Y DERECHO CIVIL

La segunda codificación, por Antonio Pau Pedrón.—*El concepto de negocio jurídico como concepto unitario, sincrético y jurídico*, por José Manuel García García.—*La casuística del leasing inmobiliario*, por Antonio Manzano Solano.—*Reflexiones sobre la sociedad civil*, por Luis M.^a Stampa Píffero.—*La naturaleza de la venta judicial inmobiliaria*, por Antonio Téllez Lapeira.—*Situación de las cargas y gravámenes de las fincas afectadas por instrumentos urbanísticos de equidistribución*, por Manuel Angel Rueda Pérez.

DERECHO HIPOTECARIO

Las personas y su consideración registral, por César García-Arango y Díaz-Saavedra.—*La prescripción de la acción hipotecaria*, por Luis Díez-Picazo Ponce de León.—*Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios*, por Rafael Azpitarte Camy.—*La concurrencia de dos garantías reales: la hipoteca inmobiliaria y la mobiliaria*, por Juan Manuel Llopis Giner.—*Embargo y adjudicación del crédito hipotecario: La resolución de la DGRN de 24 de abril de 1991*, por Juan Carlos Ramón Chornet.—*Anotación preventiva de embargo*, por Eugenio Mata Rabasa.—*La preferencia de los créditos anotados en el Registro de la Propiedad por razón de embargos a la luz de sus precedentes históricos*, por Celestino-Ricardo Pardo Núñez.—*Función del Registro y del Registrador en la sociedad actual*, por José Poveda Díaz.—*Una modesta proposición (para la redacción de los asientos de inscripción en el Registro de la Propiedad del Derecho real de hipoteca) según las enseñanzas de Juan Manuel Rey Portolés*, por Fernando Canals Brage.—*El tratamiento profesional de la publicidad formal*, por Luis M.^a Cabello de los Cobos y Mancha.—*Organización funcional de los Registros. Informatización/Información*, por Jesús López Médel.—*Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés*, por Vicente L. Montés.

DERECHO ADMINISTRATIVO Y FISCAL

Régimen jurídico-registral de las concesiones administrativas, por Juan María Díaz Fraile.—*Temas puntuales del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, por José Menéndez Hernández.

Como vemos, el contenido del libro es espléndido y como, además, está pulcramente presentado, hemos de proclamarlo así y agradecer al Colegio de Registradores este entrañable homenaje que bien merecía uno de sus más distinguidos miembros.

Ya nos queda, como final, aportar también nuestro modestísimo, pero emocionado, recuerdo al que fue nuestro gran amigo, compañero y tantas veces valiosísimo colaborador en estas páginas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MOREU BALLONGA, JOSÉ LUIS Y OTROS: *Problemas jurídicos del aprovechamiento del agua en la agricultura*. Universidad de La Rioja. Logroño, 1998. Un tomo de 173 páginas.

En este libro se recogen las distintas ponencias desarrolladas en las II Jornadas de Derecho Agrario que se celebraron en la Universidad de La Rioja en los últimos días de octubre de 1997 y que se centraron, como se deduce de su título, en analizar las varias cuestiones derivadas de la nueva configuración legal del agua como elemento público, teniendo en cuenta que su aprovechamiento tiene, por el contrario, un tinte indudablemente privado.

Tales cuestiones ponen de manifiesto lo difícil que es abordar el conjunto de sectores de la realidad si se emplean razonamientos tan solo desde la óptica del Derecho público o del privado. Si, en definitiva, lo importante es encontrar soluciones a esos problemas que demandan una respuesta jurídica, es preciso acudir a la vez a sus diferentes perspectivas para obtener una visión acabada y lo más completa posible de la cuestión.

Por ello, en estas jornadas se acudió a un abanico de juristas especializados, tanto en Derecho Civil como Administrativo, a un experto en temas hidráulicos y hasta a un profesor de Derecho Financiero. Cada uno de ellos aborda la cuestión desde el punto de vista de su disciplina y se obtiene así un panorama completo. Por algo el Derecho Agrario lo requiere así por ser una materia interdisciplinar y pluriforme, integrado por las varias esferas que lo nutren.

Las jornadas estuvieron dirigidas y coordinadas por los Profesores PEDRO DE PABLO CONTRERAS y ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, respectivamente, y en ellas se desarrollaron las siguientes ponencias:

1. «*Aguas privadas, especialmente aguas subterráneas*», por el Profesor JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Comienza haciendo la historia de la primitiva Ley de Aguas de 1866, reformada en 1879, que llegó a tener vigencia centenaria, hasta ser sustituida por la Ley vigente de 1985. Promulgada esta última bajo la égida socialista, se presenta como publicadora de todas las clases de aguas y apuesta decididamente por la planificación hidrológica, a la cual pretende someter toda la gestión del agua con marcado tinte administrativo, incluyendo las comunidades de regantes dentro del Derecho teniendo los poderes administrativos sobre los concesionarios. Tan sólo se dulcifica la tendencia en las disposiciones transitorias, una genérica respecto a las aguas que fueron privadas, punto que se analiza detalladamente en la ponencia. Tras un apunte sobre la legislación especial de Canarias, el ponente estudia la regla general sobre las aguas privadas y la posible opción de los titulares de derechos sobre ellas de inscribir-

las como tales en el Registro de Aguas, tal como se concede en la Disposición transitoria 4.ª, analizando después los contados supuestos de pervivencia indefinida de derechos sobre las aguas privadas y su régimen en la nueva Ley.

II. *«Aspectos jurídicos de la mejora de la gestión del agua en los riegos»*, por EMILIO PÉREZ PÉREZ, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Murcia. Fue Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura y es gran conocedor de estos temas, como sabemos por haber publicado varios trabajos, algunos de ellos en nuestra Revista. Comenzó su ponencia exponiendo los problemas de carácter general que dificultan la gestión de los riegos y que son, a su entender, la indeterminación de las titularidades relativas al agua, la inexistencia de padrones o registros oficiales de los aprovechamientos hídricos, la insuficiencia de la representación de los regantes en los órganos de gestión del agua y, por último, las dificultades para gestionar los recursos hídricos, junto con los problemas que surgen de la colaboración con otras entidades.

Para superar esas dificultades expone las soluciones que podrían favorecer el aprovechamiento conjunto de las aguas, tanto superficiales como subterráneas, mediante una aplicación más racional y efectiva del sistema concesional configurado en la Ley de Aguas. Considera que varios aspectos de la reforma de esta Ley pueden afectar al regadío, como la vinculación del agua a la tierra, las cesiones temporales de derechos de uso del agua y la iniciativa, financiación y construcción de obras para riego. Termina el Dr. PÉREZ PÉREZ su valiosa y documentada ponencia reflejando las normas de la Unión Europea que pueden repercutir en la gestión de los regadíos.

III. *«La titularidad de las aguas en la Ley 29/1985. Aspectos del aprovechamiento del agua para regadío»*, por el Profesor ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Secretario del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja. Acota el tema partiendo de las ideas de la escasez del agua, de su destino para el riego y de estudiar sólo sus aspectos insprivatistas. Expone los antecedentes y la legislación vigente y centra ya el estudio en la titularidad de las aguas terrestres, tanto en su aspecto dominical como en el de tan solo de su aprovechamiento. Analiza el uso privativo de las aguas de dominio público y el aprovechamiento de estas mismas aguas cuando media una concesión administrativa. Señala como características que perfilan la figura de la concesión de aguas la discrecionalidad, la temporalidad, la adscripción a un uso concreto, la posibilidad de ser revisada y la determinación del caudal máximo del aprovechamiento. Estudia la naturaleza jurídica, clases y contenido de estas concesiones, según sus diversos tipos, los cuales desarrolla detalladamente, constituyendo una amplia exposición.

IV. *«Reflexiones sobre las comunidades de regantes»*, por el Profesor SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Considera a estas comunidades como un auténtico microcosmos, señalando que, no obstante, su arraigo social, siguen siendo grandes desconocidas. Repasa su normativa histórica y actual, que siempre les han reconocido personalidad jurídica. Constituyen la comunidad los propietarios de las tierras situadas en el término a regar; y el agua de cuyo aprovechamiento son titulares está, por tanto, vinculada a la tierra. El Profesor MARTÍN RETORTILLO realiza la vinculación *ob rem* de quienes forman parte de estas comunidades; es una titularidad colectiva de un aprovechamiento de las aguas, una relación de propiedad con las tierras que riegan de quienes forman parte de la comunidad, sobre la base de la doctrina del derecho sub-

jetivamente real. Otro aspecto que estudia es el de la administración y toma de decisiones o sea el ámbito político de estas comunidades, que se adaptan a los principios de representatividad y estructura democrática. Concluye su estudio insistiendo en que las comunidades son institucionalmente expresión de la llamada sociedad civil y en que es obligado situar en el marco de entendimiento y comprensión de los poderes públicos.

V. «*La titularidad de las infraestructuras de regadío*», por el Profesor ANTONIO FANLO LORAS, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Rioja. Como introducción a su estudio observa que la estatalización de las aguas continentales constituye una de las decisiones fundamentales de la Ley de Aguas de 1985, sin que esta afirmación suponga la supresión por esta Ley del carácter perpetuo que tuvieron los aprovechamientos de agua para riego en la legislación anterior. A seguido, observa que la titularidad de las aguas sigue siendo problemática por la simple razón del carácter imperfecto y disperso de su regulación en nuestro ordenamiento, lo que, además, se ve agravado por problemas terminológicos, dada la falta de precisión de estas normas y la confusión producida respecto a los preceptos del Código Civil que han de considerarse derogados por ser contrarios a la Ley de Aguas. Termina su trabajo tratando del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas y estudiando la propuesta de Directiva por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas respecto al principio de tarificación de los costes íntegros del uso del agua.

VI. «*Fiscalidad sobre el aprovechamiento de aguas para regadío*», por el Profesor GERMÁN OROL MORATAL, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Rioja. Nos dice que causa perplejidad que el agua, de dominio público y que carece de precio por sí sola, resulte apta para ser base de tributos. Y, sin embargo, lo es. Por ello estudia los tributos vinculados a actividades administrativas, especialmente las relacionadas con el suministro de aguas para riego, sujeto al pago de un canon y por tanto del IVA y lo mismo cabe decir del canon por vertidos. El ponente examina los diversos supuestos y hace unas reflexiones finales relacionadas con una propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el particular.

VII. «*La facultad de exclusión del dueño del predio de los usos comunes del agua*», por el Profesor JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SAINZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos. Su estudio se centra en el artículo 414 del Código Civil que dispone que nadie puede penetrar en propiedad privada para buscar aguas o usar de ellas sin licencia de los propietarios. El ponente parte de la hipótesis de que este precepto no ha sido derogado por la nueva Ley de Aguas y contempla el ámbito de su aplicación, considerándolo una norma que pretende la defensa de la propiedad del suelo y a la que concede un máximo alcance: La facultad de exclusión abarcará también los llamados usos comunes generales a que se refiere el artículo 48 de la Ley de Aguas, que son beber, bañarse y otros domésticos, como abreviar el ganado. Pero, como todos los derechos, tiene, que aquí se estudian, pues no puede consagrarse una facultad absoluta y omnímoda. Por ello, concluye que la panoplia de que dispone el propietario para la exclusión de usos comunes del agua desde su fundo, aunque es amplia y variada, no es específica y por esa razón tal vez no sea fácil adaptar esos medios al concreto tipo de violación del derecho de propiedad que acontezca.

UNIDROIT: *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, versión española de A. M. GARRO. Roma, 1995, 273 páginas.

Como se sabe, UNIDROIT es la denominación habitual del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que fue creado en 1926 al amparo de la Sociedad de Naciones, el cual, reorganizado en 1940 como un organismo intergubernamental independiente, está adscrito hoy a la Organización de las Naciones Unidas. El Instituto se compone de 56 Estados miembros, se rige por un Consejo constituido por 25 juristas, en su mayor parte académicos, elegidos cada cinco años por la Asamblea General, y mantiene su sede original en Roma. En el año 1994, año en que se publicaron las versiones inglesa, francesa e italiana del libro que reseñamos, España no estaba representada en el Consejo.

La gestación de esta obra ha sido larga. Ya en 1971, el Consejo aprobó un proyecto cuya finalidad inicial era la «Progresive Codification of International Trade Law», y que luego se concretó en la «Preparation of Principles for International Commercial Law», con lo que su objeto se recortó significativamente, pues, de estar encaminado hacia la elaboración de un código, pasó a la formulación de un simple *Restatement* del Derecho que rige, de hecho, las obligaciones contractuales en el comercio internacional. Al propio tiempo se constituyó un pequeño grupo de trabajo formado por tres eminentes comparatistas, los Profesores R. DAVID, de la Universidad de Aix-en-Provence, C. M. SCHMITTOFF, de la City University of London, y T. POPESCU, de la Universidad de Bucarest, grupo que en 1974 emitió un informe sobre la importancia del proyecto y la estructura del futuro texto uniforme.

Sólo en 1980 se dio un nuevo impulso al proyecto, formándose otro grupo de trabajo más amplio, integrado ahora por una veintena de juristas, que, presidido por el Profesor de la Universidad de Roma I, MICHAEL JOACHIM BONELL, ha trabajado durante catorce años para dar a luz esta importante obra, cuya redacción definitiva ha estado a cargo de un Comité presidido por E. A. FARNSWORTH, Profesor de la Universidad de Columbia. Aunque el grupo de trabajo no contó con la intervención permanente de ningún jurista español, han participado en las tareas del mismo los Catedráticos de Derecho mercantil de la Universidad Complutense y Carlos III de Madrid, EVELIO VERDERA TUELLS y RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, respectivamente; la traducción española se ha llevado a cabo por A. M. GARRO, Profesor de origen argentino de la Universidad de Columbia, y se ha revisado, entre otros, por el Profesor DAVID MORÁN BOVIO, de la Universidad de Cádiz, y por la doctoranda LUISA BARRAMEDA.

El método seguido por el grupo de trabajo fue el de las ponencias individuales por capítulos o secciones, cuya tarea consistió en presentar un primer proyecto, basado en estudios comparativos, junto a un breve comentario del texto propuesto. Lo que se refleja en la estructura actual y redacción final de la obra.

En efecto, el libro consta de un Preámbulo y 119 preceptos, agrupados en estos siete Capítulos, a saber: Disposiciones generales, Formación, Validez, Interpretación, Contenido, Cumplimiento, que comprende dos Secciones, una sobre el cumplimiento en general y otra sobre la onerosidad excesiva, en tanto el último capítulo se refiere al incumplimiento y se subdivide en cuatro Secciones: Incumplimiento en general, Derecho a exigir el cumplimiento, terminación y Resarcimiento. Mientras M. J. BONELL redactó el preámbulo y los capítulos relativos a las disposiciones generales, la formación y la interpreta-

ción, U. DROBNIG se ocupó de la validez y la pretensión de cumplimiento; M. FONTAINE, del contenido y el cumplimiento en general; M. P. FURMSTONE, del incumplimiento en general; D. MASKOW, de las circunstancias del pago, la onerosidad excesiva y la fuerza mayor; D. TALLÓN, de las cláusulas de exclusión y el resarcimiento, y finalmente O. LANDO —el mismo coautor de los *Principles of European Contract Law* (vid. nuestra recensión en esta *Revista*, 646, 1998, págs. 1129-1132) tuvo a su cargo la redacción de los capítulos correspondientes a la validez y la resolución por incumplimiento. Igual que en la fase preparatoria, cada precepto viene acompañado de un escueto comentario, en algún caso con ejemplos, que presenta la particularidad de no mencionar las singulares fuentes utilizadas por el respectivo redactor del precepto.

Aparte del encomiable esfuerzo intelectual, es evidente que la publicación de esta obra tiene por finalidad incidir en la realidad jurídica en todos sus ámbitos, concretamente en el negocial, el judicial y el normativo. En efecto, de acuerdo con el Preámbulo, sus propósitos o funciones se encaminan en las tres direcciones apuntadas. Ante todo, pretenden establecer las reglas generales aplicables a los contratos que cuenten con algún elemento de internacionalidad y sean de naturaleza civil o mercantil, entendida en sentido amplio y comprensivo, no sólo de los que crean obligaciones de dar, sino también de los que generan prestaciones de hacer, tales como los contratos de suministros, servicios profesionales o de financiación. Lo que comporta —a diferencia del texto europeo que acabamos de recordar— la exclusión de los contratos celebrados por los consumidores, que rara vez serán de índole internacional. Por otra parte, los *Principios* pueden constituir la ley del contrato por pacto expreso de los contratantes, caso en el cual se recomienda un convenio arbitral para eludir las sorpresas del Derecho internacional privado, o bien por remisión indirecta mediante las fórmulas usuales en el tráfico, que suelen referirse a los principios generales del Derecho, los usos y costumbres del comercio internacional o la *lex mercatoria*. En fin, aparte de servir para integrar otros textos del Derecho uniforme, pueden ser útiles en el ámbito nacional, lo mismo para la solución judicial o arbitral de aquellos casos en que sea difícil determinar la norma aplicable, que como modelo para el legislador estatal, a la hora de regular o de actualizar el Derecho de obligaciones y contratos.

Nótese, pues, que no estamos ante un proyecto llamado a convertirse inmediatamente en norma vinculante, ni para los Estados, ni para los particulares contratantes; antes al contrario, se trata de un excelente ejemplo de un texto que propicia la progresiva unificación internacional y sectorial del Derecho por la vía *soft* de la doctrina. Con todo, no hay que desconocer que una obra de esta índole facilita en muy importante medida la labor unificadora, sobre todo, por la autoridad científica de sus autores o el prestigio del órgano que la promueve —como ocurre con el libro que nos ocupa— y por aplicación práctica de la misma; de hecho, por ejemplo, el texto de los *Principios* se ha seguido de cerca en la redacción de la parte general del Derecho de obligaciones del Código civil ruso promulgado en 1995.

Por lo que se refiere al contenido de la obra, es inútil que tratemos de resumir aquí el complejo y completo articulado de la misma; conviene, en cambio, que nos limitemos a resaltar sus aspectos más llamativos y novedosos desde el punto de vista del Derecho español.

Así, las Disposiciones generales, que fijan los principios básicos sobre los que se asienta el sistema de los *Principios*, establecen el carácter dispositivo

de sus reglas, como no podía ser de otro modo, tanto por la naturaleza puramente doctrinal de las mismas como por estar referidas al Derecho de obligaciones, que en los ordenamientos estatales es también predominantemente dispositivo. Lo que llama la atención aquí es más bien lo contrario, esto es, que se establezca, además, el carácter imperativo de algunas disposiciones, las cuales no se pueden modificar o derogar por los contratantes (art. 1.5). Aparte de la buena fe (art. 1.7), las normas imperativas son escasas, pero sumamente significativas, lo mismo que sus excepciones; se trata de las que contemplan la validez del contrato (cap. 3.º), salvo las que conciernen a la imposibilidad originaria y al error que son, en cambio, dispositivas—, así como las que regulan la determinación del precio (art. 5.7), las cláusulas de exoneración (art. 7.1.6) y la pena convencional por incumplimiento (art. 7.4.13).

En cuanto a la formación del contrato, se sigue por regla general la técnica de la recepción (art. 2.6), de manera que se entiende que el mismo se ha perfeccionado a partir del momento en que la aceptación llega al oferente, es decir, «cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal» (art. 1.9). Es de notar que no se establece, con carácter general, el deber de información en la fase precontractual, pero, si se pacta la obligación de confidencialidad, su infracción confiere al otro contratante la indemnización de los daños y perjuicios, que incluye los beneficios obtenidos por el infractor (art. 2.16). Tampoco hay un deber de entablar las negociaciones de buena fe; sin embargo, entrar en tratos sin la intención de alcanzar un acuerdo, interrumpirlos sin motivo, engañar, ocultar o tergiversar datos que debieron ser revelados se consideran supuestos de mala fe y obligan a indemnizar el interés negativo, consistente en los gastos y el coste de oportunidad de no contratar con un tercero, pero no la ganancia que hubiera obtenido el otro contratante con la celebración del contrato (art. 2.15).

Es de interés, asimismo, la escueta disciplina de las condiciones generales de la contratación, puesto que resuelve los principales problemas que se presentan en la práctica. Se entiende por cláusulas *standards* «aquellas preparadas con antelación por una de las partes para uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte» (art. 2.19), las cuales se rigen por las reglas generales de la aceptación, con los matices propios de la predisposición; las cláusulas sorpresivas se declaran inválidas cuando sean inesperadas por su contenido, lenguaje o presentación (art. 2.20); en caso de contradicción, prevalecen las cláusulas negociadas frente a las generales (art. 2.21) y, en fin, los formularios contradictorios vinculan en lo que concuerden o sean sustancialmente comunes, salvo oposición clara de cualquiera de las partes (art. 2.22). A lo que se une, en protección del contratante débil, la interpretación *contra proferentem* (art. 4.6) y la lesión (art. 3.10).

El capítulo más original de la obra es, sin duda, el que concierne a los elementos esenciales y a la validez del contrato, tanto por la novedad de sus reglas como por los elementos de los que prescinde, aunque no todas las soluciones propuestas sean de compartir. Se proclama, en primer término, que «todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito» (art. 3.2); se desprende de aquí, por un lado, que todos los contratos son consensuales, suprimiéndose discutida categoría de los contratos reales, y, por otro lado, que la causa, o la *consideration* en su caso, no es un elemento esencial del contrato, si bien sus

funciones prácticas se alcanzan por la doble vía de la falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad de lo pactado aspectos que se rigen por el Derecho nacional de cada Estado— (art. 3.1) y la rescisión del contrato por lesión (art. 3.10). Es claro que estamos ante una innovación importante, y que acaso sea razonable, pero no lo es menos que el texto deja en la sombra la técnica de transmisión de la propiedad que, de este modo, no se unifica, sino que sigue regida de forma dispar por los distintos ordenamientos nacionales.

En segundo lugar, es llamativo, y muy discutible, el régimen de la imposibilidad originaria y la falta de poder de disposición, pues, en lugar de afectar a la validez del contrato, ambos casos se rigen por las reglas generales de la responsabilidad contractual (art. 3.3), de la que solamente cabe la exoneración por fuerza mayor (art. 7.1.7), con lo que se pretende evitar, salvo pacto en contrario, la nulidad del contrato y las consiguientes dificultades para las partes y los terceros que se derivan de su retroactividad.

En nuestra opinión, hay aquí pretendida una consecuencia de la supresión de la causa, que aspira, además, a eludir las dificultades prácticas apuntadas; no obstante, desde el punto de vista del reparto de los riesgos, esta solución no parece estar equilibrada ya que asigna a la posición deudora un riesgo, acaso excesivo, de no poder cumplir satisfactoria y oportunamente la obligación que ha contraído por el contrato. Asimismo, la solución criticada presenta el inconveniente de facilitar que se eludan las prohibiciones legales, que quedan igualmente entregadas a los Derechos nacionales, con lo que se puede incurrir en el defecto, a nuestro juicio grave, de que el objeto ilícito devenga en la práctica irrelevante.

En tercer lugar, en materia de vicios del consentimiento, las novedades más importantes se refieren al error y a la excesiva desproporción. En cuanto al primero, su campo de actuación está sumamente restringido puesto que sólo es relevante el error determinante; éste error no se puede invocar si quien lo padece ha incurrido en culpa grave —lo que es correcto— o ha asumido el riesgo de equivocarse o si, según las circunstancias del caso, debe soportar dicho riesgo —lo que parece excesivo; además, tampoco cabe el error cuando es bilateral o cuando la otra parte ha dado comienzo ya a la ejecución del contrato, pero sí en los casos extremos de que esta parte haya la causante del error, o lo conocía, o debía conocerlo, o no lo desveló cuando lo exigían los criterios comerciales razonables de lealtad negocial (art. 3.5). Por otra parte, la acción de nulidad por error se configura como una acción subsidiaria ya que, en caso de conflicto, son preferentes las pretensiones derivadas del incumplimiento y la responsabilidad contractual (art. 3.7), y no prospera si el otro contratante está dispuesto a cumplir el contrato en los términos propuestos por el que se ha equivocado (art. 3.13). Por último, es de resaltar que esta disciplina es de carácter dispositivo (art. 3.19), de modo que la protección que confiere es renunciable *a priori*, con la dudosa consecuencia de que es válido el pacto por el que se acuerda que el contrato no será impugnabile, pese al error que puedan padecer, *a posteriori*, una o las dos partes contratantes.

De nuevo estamos aquí ante un reparto de los riesgos desequilibrado puesto que el fiel de la balanza se inclina demasiado en contra del contratante que yerra, y el contrapeso que lo justificaría, en teoría, no parece convincente. Se trata tan sólo de asegurar a la otra parte la eficacia del *pacta sunt servanda*, incluso en el caso extremo del error, y de evitar los inconvenientes prácticos de la nulidad; hay aquí un drástico retorno al *caveat emptor*, que no parece compatible con la protección del contratante débil que tan trabajosamente se

ha venido imponiendo durante los últimos cincuenta años de historia jurídica europea.

Una orientación opuesta impera, en cambio, en tema de lesión o de excesiva desproporción, supuesto que se presenta cuando el contrato, o alguna de sus cláusulas, otorga a un contratante una ventaja excesiva habida cuenta de la naturaleza y finalidad del contrato y de si se ha aprovechado injustificadamente de la situación de dependencia, aflicción económica, necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en que se puede encontrar la contraparte. Con todo, la nulidad del contrato se puede evitar en este caso por la adaptación razonable del mismo, bien por los contratantes de común acuerdo o por resolución judicial (art. 3.10). Novedad importante y acertada, pues, frente al criterio restrictivo del art. 1293 del Código Civil, pero no tanto de cara a los ordenamientos territoriales españoles que admiten, como el catalán o el navarro, la rescisión por lesión enorme y hasta enormísima.

Finalmente, el régimen de la nulidad es también novedoso, pero desafortunado. Dada la supresión de la causa y la irrelevancia del objeto inicialmente imposible o ilícito, se comprende que se consagre únicamente la anulabilidad; por eso, cabe la confirmación expresa o tácita del contrato anulable (art. 3.12). Las novedades radican en que la nulidad puede ser exclusivamente extrajudicial y opera en este caso mediante la comunicación de una parte a la otra (art. 3.14), dentro de un plazo razonable (art. 3.15); por otra parte, cabe la nulidad parcial de alguna o algunas estipulaciones contractuales, pero sólo en el caso en que sea razonable conservar la validez del resto del contrato (art. 3.16); en fin, debe indemnizarse el interés negativo, se produzca o no la ineficacia del contrato, por parte del contratante que conocía y tenía que haber conocido la causa de la nulidad (art. 3.18).

Por último, el régimen de la nulidad es de *ius cogens* en lo que concierne al dolo, la intimidación y la lesión; en cambio, la disciplina del efecto obligatorio del mero acuerdo, de la imposibilidad originaria de la prestación y del error es, por el contrario, de carácter dispositivo (art. 3.19). Lo que significa que las partes pueden pactar exactamente lo contrario y establecer o restablecer convencionalmente los requisitos que estimen más apropiados para sus relaciones contractuales. Así, nada impide que, por pacto expreso, acuerden una forma convencional o que regulen el error de otro modo, y también que acuerden ajustarse al régimen de la causa o del objeto del Derecho nacional que resulte aplicable. Distinción que, aparte de revelar una cierta y sana inseguridad por la novedad que comporta, viene a suplantarse la diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa; parece que no tiene otro objeto que el de ensanchar la autonomía privada hacia zonas de las que suele estar excluida en los Derechos nacionales, y presenta la dificultad añadida de no propiciar soluciones uniformes en un terreno tan delicado y difícil como es el que nos ocupa, nada menos que la eficacia y la validez de los contratos.

Menos innovadores son los demás Capítulos de la obra que comentamos, aunque de gran interés para el Derecho español. Así, las reglas para la interpretación de los contratos son muy similares a las que rigen la materia en nuestro Código. Sólo llama la atención aquí que el último canon hermenéutico se refiera explícitamente a la integración del reglamento contractual, que procede ante la falta de acuerdo de los contratantes sobre la determinación de sus derechos y obligaciones; las fuentes de integración son la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y la lealtad negocial

y el sentido común (art. 4.8). Es claro, pues, que esta norma alude al contenido del contrato.

Por eso, es llamativo que la disciplina de este último comprenda una disposición casi igual a la anterior a los efectos de determinar las obligaciones implícitas, que son las que dimanar de las mismas fuentes que acabamos de señalar, a las que se unen las prácticas establecidas entre los contratantes y los usos (art. 5.2). Además del deber de cooperación entre los contratantes cuando sea razonablemente esperado (art. 5.3), se debe resaltar que el texto acoge la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado (art. 5.4) e incluso propone los criterios para distinguir unas y otras (art. 5.6). Pero esta distinción —y esto es lo importante— carece de reflejo alguno en las disposiciones sobre la responsabilidad contractual, ni incide, por supuesto, en las reglas de la prueba; por el contrario, la distinción se reconduce acertadamente a sus justos términos, es decir, a un problema de interpretación, acaso integradora, del contrato.

Sobre el cumplimiento de la obligación contractual, destaca que el cumplimiento parcial, lo mismo que el anticipado, sólo puede ser rechazado en caso que el acreedor tenga un interés legítimo para el rechazo (arts. 6.1.3 y 6.1.5 *a contrario*), además de la excesiva onerosidad o *hardship*. En términos generales, se da este último supuesto por la existencia de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, bien por el aumento del costo de la propia prestación o bien por la disminución del valor de la contraprestación, y además cuando tales sucesos ocurren o se conocen después de la celebración del contrato, fueron razonablemente imprevisibles, o escaparon al control de la parte perjudicada, o ésta ha asumido el riesgo de que ocurriesen (art. 6.2.2). En todos estos casos, el perjudicado puede pedir al otro contratante la renegociación del contrato y, a falta de acuerdo, cualquiera de las partes puede acudir al juez para que éste adapte el contrato a fin de restablecer su equilibrio o lo resuelva en los términos que él mismo determine (art. 6.2.3). Es claro que, definido así, este supuesto coincide con la fuerza mayor, pero difiere en los efectos, pues esta última extingue el contrato y exonera al que la padece de cumplir su propia prestación (art. 7.1.7); en cambio, en la onerosidad excesiva sigue vinculado al contrato, que se mantiene en vigor, sólo que adaptado de común acuerdo o por el juez a las circunstancias sobrevenidas. En el fondo, ante estos sucesos extraordinarios, se confiere aquí una curiosa opción al contratante perjudicado para que elija si quiere seguir o no ligado al contrato, opción de naturaleza potestativa puesto que determina la posición jurídica del otro contratante.

Por último, en lo que concierne al incumplimiento son novedosas la disciplina de la interferencia de la otra parte o de un tercero en el cumplimiento (art. 7.1.2), la subsanación del incumplimiento (art. 7.1.4), la mora (art. 7.1.5), la ineficacia de las cláusulas limitativas de responsabilidad que fueren manifiestamente inequitativas (art. 7.1.6) y la fuerza mayor (art. 7.1.7), que es la única excusa que puede justificar el incumplimiento. La responsabilidad contractual es, pues, netamente objetiva.

Asimismo, la obra nos propone un bien articulado sistema de remedios frente al incumplimiento, que consisten en la ejecución forzosa (art. 7.2.1), la pena judicial por desacato (art. 7.2.4), la resolución o derecho a dar por terminado el contrato (art. 7.3.1), el incumplimiento anticipado por una parte ante la seguridad de que la otra no va a cumplir (art. 7.3.3), el resarcimiento integral, del que se deduce la ganancia obtenida por la parte perjudicada al

evitar gastos o daños, en tanto que incluye el daño moral (art. 7.4.2) y el coste de la operación de reemplazo mediante un nuevo contrato que viene a sustituir al contrato incumplido (art. 7.4.5), el deber de atenuar el daño (art. 7.4.8) y la liquidación de los daños preestablecida en cláusula penal (art. 7.4.13).

En definitiva, este apretado resumen pone de relieve que se trata de una obra importante y bien hecha, que ha aparecido con la acertada finalidad de facilitar a largo plazo la unificación internacional del Derecho que regula las obligaciones contractuales; y ello, sin olvidar que puede ser útil también como un modelo a seguir en la unificación sustancial de los distintos ordenamientos nacionales. Sólo es de lamentar que algunas novedades técnicas puedan representar un obstáculo para el logro de esta deseada meta. En concreto, nos referimos especialmente a las que figuran en el Capítulo redactado por U. Drobnig y O. Lando sobre la validez del contrato. Criticadas someramente las principales innovaciones que aquí se proponen, parece recomendable que, en una próxima y necesaria revisión del texto, se reconsidere, al menos, la supresión de la causa y del objeto del contrato, así como la disciplina del error y de la nulidad.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *La diversidad de legislaciones civiles en España*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1998. Un tomo de 186 páginas.

Uno de los rasgos más característicos del ordenamiento jurídico español es la diversidad legislativa, consecuencia de la fragmentación en diversos reinos durante la Edad Media. Tras la unificación de dichos reinos a principios de la Edad Moderna, la diversidad de legislaciones y de órganos legislativos subsistió hasta los Decretos de Nueva Planta respecto de los territorios de la Corona de Aragón (a los que después se restituyeron sus leyes, pero no sus órganos legislativos). Posteriormente, la Constitución de 1812 estableció en su artículo 259 la unidad legislativa para toda la monarquía, principio que se enfrentó a la reacción absolutista, surgiendo así la llamada *cuestión foral*, agravada por las guerras carlistas. A partir de entonces, todos los esfuerzos de codificación han tenido en cuenta esta cuestión, desde el Proyecto de 1851 (de tendencia claramente unificadora) hasta el Código Civil, que en principio trató de resolver el problema mediante un sistema de supletoriedad del Derecho común y la elaboración de unos Apéndices de Derecho foral (de los cuales sólo llegó a aprobarse el de Aragón de 1925). En cualquier caso, la idea rectora hasta la Reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974 (con excepción de la Constitución de 1931) ha sido la unificación legislativa. El nuevo Título Preliminar proclama en el artículo 13.2 el pleno respeto a los Derechos forales y la supletoriedad del Derecho común respecto de los mismos, salvo lo dispuesto en el primer párrafo del citado precepto.

Este problema de la diversidad legislativa se planteó de modo candente en el momento de intentarse la codificación del Derecho civil. Todos sabemos que las tesis particularistas de los defensores de los Derechos forales dieron al traste con el Proyecto de 1851, y de verdadero milagro, gracias al tesón de

sus redactores y dejándose trozos de piel en el camino, pudo salir adelante el Código Civil de 1889.

Precisamente, uno de los más acreditados estudiosos del Código Civil, el profesor D. ENRIQUE LALAGUNA, Catedrático de Derecho Civil de Valencia, que ha publicado las diversas reformas introducidas en el cuerpo legal básico, analiza ahora el problema, tal como se enfoca a partir de la Constitución de 1978, y lo hace de un modo completo y profundo, tal como nos tiene acostumbrados en sus trabajos.

La Constitución de 1978 da un giro radical en el modo de tratar la diversidad legislativa mediante un triple planteamiento: a) reconocimiento del derecho de autonomía de las regiones históricas (artículos 2 y 143.1), con el Estatuto como norma institucional básica y parte integrante del ordenamiento jurídico (art. 147.1); b) potestad legislativa de ciertas Comunidades Autónomas sobre sus respectivos Derechos civiles especiales o forales *allá donde existan* (149.1, 8a); c) competencia exclusiva del Estado sobre legislación procesal sin perjuicio de especialidades a favor de las Comunidades Autónomas, dando lugar así a la creación de sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia (art. 152).

El punto de partida de tales competencias es la asunción de las mismas por la Comunidad Autónoma a través del Estatuto, y el ámbito se determina por la Compilación ya existente; es decir, que no todas las Comunidades Autónomas tienen estas competencias, ni éstas se basan en el autogobierno, sino en la especialidad foral contenida en la Compilación *allá donde exista*, según dice expresamente la Constitución española.

Por tanto, la Constitución considera los Derechos forales como un rasgo de identidad política de la organización jurídica de España. El Congreso de Zaragoza de 1981 (al contrario que el de 1946, que consideraba las Compilaciones como un primer paso para la elaboración de un Código general y único para todo el territorio español) confirma esta tendencia, añadiendo que el contenido de los Derechos forales no se agota en las Compilaciones, pues legislar supone innovar, y la competencia legislativa llega hasta los principios informadores de la legislación. Pero las Compilaciones son el punto de partida de esta actuación legislativa.

El autor examina en el primer capítulo del libro, *Coexistencia de diversas legislaciones civiles en España después de la Constitución de 1978*, la tendencia ya explicada, así como la actuación legislativa de las Comunidades Autónomas que tengan Derechos especiales o forales: en primer lugar, la actualización de la Compilación para adecuarla a los principios constitucionales; en segundo lugar, la «regionalización de la Compilación», que es una ley estatal mientras no se convierta en autonómica, por lo que mientras las Cortes Generales no elaboren las leyes a que cada Estatuto se refiere y el Parlamento de la Comunidad Autónoma no legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las leyes y disposiciones estatales que se refieren a dichas materias; es decir, la asunción de la competencia no supone recepción automática de la Compilación en los ordenamientos autonómicos respectivos.

El artículo 149 delimita los ámbitos de competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas, afirmando la competencia exclusiva estatal sobre ciertas materias *en todo caso* (competencia exclusiva y excluyente). En su primer apartado habla de la competencia del Estado en materia de Derecho Civil, pero no es ilimitada, sino que termina donde empiezan los Derechos forales.

El segundo capítulo, *Competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil, foral o especial*, examina la situación de *conurrencia* a la que se refiere el artículo 149.1, que atribuye genéricamente una competencia exclusiva al Estado en materia de legislación civil, *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*. Así, dichas Comunidades Autónomas han asumido en sus respectivos Estatutos tales competencias.

No obstante, se plantea la cuestión de las Comunidades en que sólo hay Derecho civil consuetudinario, no recogido en ninguna Compilación, pero que han asumido tal competencia en sus Estatutos; tales son los casos de Asturias, Murcia y Extremadura (ésta última, a propósito del Fuero del Baylío). Sobre esto, muchos autores opinan que se trata de normas con rango de costumbre, no de ley, sin que las Comunidades Autónomas dispongan de capacidad normativa para alterar su naturaleza. Pero aquí sobresale un caso especial: el Derecho consuetudinario de Valencia, cuya competencia admite el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 28 de septiembre de 1992 en cuanto a arrendamientos históricos, estableciendo el valor de la costumbre como título habilitador para convertirse en Derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del Derecho civil estatal.

El ámbito de aplicación de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil surge de las Compilaciones, allá donde existan y salvo las materias de competencia excluyente a favor del Estado. Son las normas e instituciones de Derecho civil contenidas en las Compilaciones lo que en su caso podrá ser objeto de conservación, modificación y desarrollo. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 12 de marzo de 1993, admitió expresamente la posibilidad de que los ordenamientos preconstitucionales (es decir, las Compilaciones) puedan desarrollarse hasta ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, sin vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación, y según los principios informadores peculiares del Derecho foral (El caso concreto se refería a la legislación aragonesa en materia de adopción; esto puede aplicarse también a las leyes catalanas sobre filiación, patria potestad, tutela, alimentos, etc., orientadas a la creación de un verdadero «Código de familia»).

El tercer capítulo, *Normas reservadas «en todo caso» a la competencia exclusiva del Estado*, examina, uno por uno, los seis supuestos de competencia exclusiva y excluyente del Estado:

1.º *Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*, que guarda un claro paralelismo con el artículo 13.1 del Código Civil, sin atenuar ni limitar la vigencia del mismo, sino reforzándolo; se citan a este propósito las Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1986, de 26 de junio de 1986 y de 21 de abril de 1989, junto con los votos particulares discrepantes.

2.º *Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*: se refiere a las formas de contraerlo, así como sus efectos *personales*, no los *patrimoniales*, que gozan de especial regulación en los Derechos forales. Hay que señalar aquí el supuesto de regulación de las parejas de hecho, realizado por Cataluña antes de haberse elaborado ninguna otra norma, estatal o autonómica, al respecto.

3.º *Ordenación de los registros e instrumentos públicos*: se entiende que los «registros» son los Registros jurídicos (no los administrativos), en los que la

inscripción produce un efecto jurídico basado en la publicidad; así lo establece el Tribunal Constitucional. No obstante, hay que mencionar aquí el hecho de que algunas Comunidades han hecho reformas en sus respectivos Derechos que afectan al contenido y asientos de los Registros (por ejemplo, Cataluña, cuyo Código de Sucesiones ha afectado al contenido y a la aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria).

En cuanto a los instrumentos públicos, el Tribunal Constitucional sostiene que se busca el aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados, y, por lo tanto, de las escrituras públicas, para el establecimiento y uniformidad del régimen jurídico de su naturaleza y contenido.

Se examina también la doctrina del Alto Tribunal sobre la redacción de los asientos de los Registros en lengua castellana, sin perjuicio de expedir certificaciones en la correspondiente lengua autonómica; se hace una consideración detenida de la STC de 24 de abril de 1997 y de la Ley del Parlamento de Cataluña de 7 de enero de 1998, de dudosa constitucionalidad, en virtud del deber de conocer el idioma en que los asientos están redactados, pues de ese deber procede la eficacia protectora *erga omnes* de los asientos, que deben estar redactados en un idioma conocido por todos los españoles (es decir, en castellano); se reproduce también el Convenio entre la Generalidad de Cataluña y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de 28 de abril de 1998, sobre redacción de asientos e instrumentos en lengua catalana.

4.º *Bases de las obligaciones contractuales*: se refiere a un común denominador normativo para que cada Comunidad Autónoma introduzca las peculiaridades que estime convenientes dentro de su marco competencial. Sin embargo, los Estatutos guardan silencio sobre esta competencia, por lo que será de aplicación el artículo 149.3 de la Constitución (aplicación de las normas estatales o, en todo caso, supletoriedad). Según el Tribunal Constitucional, el concepto de bases es *material y normal*: dichas bases pueden estar contenidas tanto en la Constitución como en normas preconstitucionales, así como los criterios básicos que se infieran de la legislación estatal vigente. Las bases han de establecerse en leyes; la consideración de normas de rango no legal como básicas tiene carácter excepcional.

5.º *Normas para resolver conflictos de leyes*: se refiere a conflictos de Derecho internacional y de Derecho interregional (art. 16 CC); según autores como GONZÁLEZ CAMPOS y ARCE JANÁRIZ, la competencia del Estado no se limita tan sólo al dictado de normas de conflicto, sino que comprende también el de otros métodos de determinación del Derecho aplicable. Hay también normas de Derecho interregional contenidas en legislaciones forales, cuya validez y eficacia tienen su límite en el que en ellas se altere el principio de *un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles que coexisten en España* (STC de 6 de mayo de 1993 y 8 de agosto de 1993).

6.º *Determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso a las normas de Derecho foral o especial*: parece que se neutraliza aquí el principio general de la competencia exclusiva y excluyente del Estado sobre la determinación de las fuentes del Derecho; pero esta aparente contradicción se salva porque el artículo 149 parece referirse en general, no sólo al *Derecho civil común* (en contraposición a los *Derechos forales*), sino al *sistema de fuentes del Derecho del Estado*. Es decir, en los Derechos forales, el sistema de fuentes propio se refiere sólo a la *legislación civil*, y las Comunidades Autónomas que no tengan tal sistema podrían también legislar para tenerlo, con los

límites del artículo 149 (*allá donde existan*). En caso de posibles conflictos con el sistema de fuentes estatal, podría aplicarse el artículo 150 de la Constitución, elaborándose leyes de armonización.

En resumen, este libro aborda de modo completo y acertado los problemas que la situación creada por la Constitución plantea en nuestro ordenamiento jurídico privado, sometiendo a examen las reglas de atribución de competencias tal como aparecen en el propio texto constitucional y se reflejan, casi siempre con tendencia a la ampliación, en los Estatutos de Autonomía de las diversas Comunidades. El autor ha recogido, naturalmente, la doctrina, no siempre concorde, que el Tribunal Constitucional ha ido emanando en sus Sentencias.

Un libro densísimo, al que será preciso acudir para solucionar los frecuentes problemas originados por esta diversidad de legislaciones.

M.^a DEL CARMEN CORRAL GUJÓN

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 649-650 (Octubre-Noviembre 1998)

«Naturaleza, estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones», por JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL, pág. 12305 (sin sumario).

«Drogas, sociedad... y hombre», por JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATALLA y otros, pág. 12319 (sin sumario).

«Los Derechos civiles forales y los órganos judiciales: La jurisprudencia foral», por JOSÉ MARÍ OLANO, pág. 12325.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: COMPETENCIAS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL: 1. COMPETENCIAS EN MATERIA HIPOTECARIA. 2. LA CUESTIÓN DEL LLAMADO «RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN» FORAL.—III. EL RECURSO DE CASACION FORAL: LA JURISPRUDENCIA FORAL: 1. EL DERECHO POSITIVO SOBRE LA CUESTIÓN: SU EVOLUCIÓN. 2. LAS COMPETENCIAS EN LA FUNCIÓN CASACIONAL Y LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA. 3. LAS INJERENCIAS EN LA FUNCIÓN CASACIONAL Y LA INFRACCIÓN DE JURISPRUDENCIA AJENA. 4. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL SUPREMO: EL RECURSO DE AMPARO COMO REMEDIO PROCESAL INADECUADO.

«Un aspecto del llamado Estatuto del contribuyente: El derecho a que le sean reembolsados los costes de las garantías prestadas para suspender la ejecución de actos administrativos tributarios», por EDUARDO AZNAR GINER, pág. 12353.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. FUNDAMENTO DE LA NORMA.—III. EL DERECHO DE REEMBOLSO: 1. REGLA GENERAL. 2. ESPECIALIDAD. 3. CARGA DE LA PRUEBA DEL DESEMBOLSO DE LOS COSTES DE LA GARANTÍA. 4. MOMENTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE REEMBOLSO. 5. PROCEDIMIENTO.—IV. LA REDUCCIÓN Y CANJE (O DEVOLUCIÓN) DE LA GARANTÍA EN CASO DE ESTIMACIÓN DEL RECURSO O RECLAMACIÓN NO FIRME.

«La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información», por JAVIER MANUEL CUCHI DENIA, pág. 12371.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR.—III. EL HONOR: 1. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DEL HONOR. 2. LA NUEVA DELIMITACIÓN DEL HONOR. 3. LAS PERSONAS JURÍDICAS.—IV. LA CALUMNIA: 1. SU

TIPO BÁSICO. 2. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL HONOR: 2.1. *La veracidad de las informaciones*. 2.2. *La diligencia del informador*. 3. «ITER CRIMINIS» Y AUTORÍA. 4. SU PENALIDAD.—V. LA INJURIA: 1. SU TIPO BÁSICO. 2. SUS CLASES. 3. AUTORÍA E «ITER CRIMINIS». 4. LA PENALIDAD.—VI. LA *EXCEPTIO VERITATIS*: 1. SU INCIDENCIA EN LA RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. 2. LA INTIMIDAD COMO LÍMITE DE LA VERACIDAD.—VII. LAS DISPOSICIONES GENERALES: 1. LA PUBLICIDAD. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 3. LA INHABILITACIÓN ESPECIAL. 4. LA RETRACTACIÓN. UNA NUEVA ATENUACIÓN DE LA PENA: 4.1. *La rectificación*. 5. LAS CAUSAS DE PROCEBILIDAD. 6. LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA.—VIII. LA COMPATIBILIDAD DE LA NUEVA TUTELA PENAL CON LA CIVIL.—IX. CONCLUSIONES. EL MANTENIMIENTO DE LA TENSION CON LA LIBERTAD DE INFORMACION.

«La reforma de las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social», por VICENTE PÉREZ DAUDI, pág. 12747 (sin sumario).

«La casación para la unificación de doctrina laboral: Instituciones afines en Derecho Comparado», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ FORTEA, pág. 12763.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS ORGANOS Y RECURSOS LABORALES EN FRANCIA.—III. EL ARTICULO 372.1 DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE Y LA CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA.—IV. LA DIVERGENZREVISION LABORAL ALEMANA: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON LA CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA.

«Tráfico contractual internacional de créditos titulizados y ámbito de aplicación del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales», por MANUEL E. MORÁN GARCÍA, pág. 12863.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. TITULIZACION COMO FENOMENO FINANCIERO INTERNACIONAL.—III. TITULIZACION Y DERECHO APLICABLE: A) OBLIGACIONES SURGIDAS DEL TRÁFICO CONTRACTUAL DE OPERACIONES FINANCIERAS INTERNACIONALES TITULIZADAS Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE ROMA. B) LA EXCLUSIÓN DEL INCISO SEGUNDO DEL PÁRRAFO C) DEL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 1.º DEL CONVENIO DE ROMA.—IV. CONCLUSIONES.

«Imprevisión del demandado respecto al control de oficio de la competencia judicial internacional. Una propuesta para rentar los artículos 19 y 20 del Convenio de Bruselas de 1968», por M. TERESA ECHEZARRETA FERRER, pág. 12981.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. MARCO LEGAL DEL PROBLEMA.—III. ALGUNOS MOTIVOS DE IMPREVISION QUE CUESTIONAN LA ORGANIZACION DE LA DEFENSA DEL DEMANDADO: 1. IMPREVISION RESPECTO A LOS HECHOS ALEGADOS POR EL DEMANDANTE. 2. IMPREVISION ANTE LA CONCRECIÓN POR EL TRIBUNAL DE ORIGEN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA. 3. IMPREVISION

RESPECTO A LOS EFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA. 4. IMPREVISIÓN DEL DEMANDADO RESPECTO A OTROS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y ADAPTACIÓN DEL CB EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS.—IV. EFECTOS DE LA IMPREVISIÓN DEL DEMANDADO EN FASE DE RECONOCIMIENTO.—V. UNA PROPUESTA PARA RENTABILIZAR LOS ARTICULOS 19 Y 20 DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968.—VI. CONCLUSIONES.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 27 (1998)

«Resumen de la Doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el estado civil durante el año 1997», por JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 639.

SUMARIO: 1. NOTA EXPLICATIVA.—2. ORGANIZACION DEL REGISTRO CIVIL.—3. ANOTACIONES.—4. NOTAS MARGINALES.—5. PUBLICIDAD FORMAL.—6. REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA TERRITORIAL.—7. TRASLADO DE INSCRIPCIONES.—8. LA CALIFICACION REGISTRAL Y SUS RECURSOS.—9. EL NOMBRE PROPIO.—10. ATRIBUCION DE APELLIDOS.—11. LA INSCRIPCION DE LA FILIACION DENTRO DE PLAZO.—12. LA INSCRIPCION DE LA FILIACION FUERA DE PLAZO.—13. INSCRIPCIONES MARGINALES A LA DE NACIMIENTO.—14. ADQUISICION ORIGINARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—15. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCION.—16. ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE LAS DECLARACIONES VOLUNTARIAS SOBRE NACIONALIDAD.—17. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA.—18. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—19. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD.—20. PRUEBA DE LA NACIONALIDAD.—21. LA VECINDAD CIVIL Y EL REGISTRO.—22. LA INSCRIPCION FUERA DE PLAZO DE NACIMIENTO.—23. CAMBIOS DE NOMBRES Y APELLIDOS.—24. LA INSCRIPCION DEL MATRIMONIO CANONICO.—25. EL EXPEDIENTE PREVIO A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL.—26. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.—27. OTROS MATRIMONIOS ESPECIALES.—28. DISPENSAS MATRIMONIALES.—29. INDICACIONES SOBRE EL REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO.—30. LA INSCRIPCION DE DEFUNCION.—31. LA INSCRIPCION DE DEFUNCION CUANDO EL CADAVER HA DESAPARECIDO O HA SIDO INHUMADO.—32. EXPEDIENTES EN GENERAL.—33. RECURSOS EN MATERIA DE EXPEDIENTES.—34. LA RECTIFICACION DEL REGISTRO.

Número 28 (1998)

«Los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997)», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 685.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS RIESGOS DE DESARROLLO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR.—III. LA SENTENCIA DEL TICE, DE 29 DE MAYO DE 1997: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA CONTRADICCION ENTRE LA DIRECTIVA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA CONSUMER PROTECTION ACT DE 1987.

Número 29 (1998)

«Desistimiento unilateral del inquilino. Sus consecuencias», por CARMEN MUÑOZ GARCÍA, pág. 695.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. RESOLUCION Y DESISTIMIENTO POR EL ARRENDATARIO: 1. RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR EL ARRENDATARIO. 2. DESISTIMIENTO UNILATERAL.—II. ANTECEDENTES. REGULACION ESPECIFICA POR LAU, DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964. FACULTAD DE EXTINCION POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL ARRENDATARIO.—III. DIFERENTE TRATAMIENTO POR LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS SEGUN DURACION LIBREMENTE PACTADA POR LAS PARTES: 1. CONTRATOS CON DURACION PACTADA SUPERIOR A CINCO AÑOS. 2. CONTRATOS CON DURACION PACTADA INFERIOR O IGUAL A CINCO AÑOS.—IV. SUPUESTO EN QUE SE ELUDE LA APLICACION DE LA RIGUROSIDAD DE LA LEY. DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: 1. EL JUICIO DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO. 2. JUICIO DE COGNICION. ACUMULACION DE ACCIONES. 3. CONCLUSIONES.

Número 30 (1998)

«Arbitraje de consumo», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 709.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. CONCEPTO.—III. CARACTERES: 1. CARÁCTER INSTITUCIONAL. 2. VOLUNTARIEDAD. 3. GRATUIDAD. 4. INNECESARIEDAD DE PROTOCOLIZACION DEL LAUDO. 5. CARÁCTER VINCULANTE Y EJECUTIVO DEL LAUDO. 6. UNIDIRECCIONALIDAD. 7. SIN PERJUICIO DE LA PROTECCION ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.—IV. OBJETO DEL ARBITRAJE.—V. MATERIAS QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE ARBITRAJE.—VI. ORGANOS DEL ARBITRAJE: 1. LAS JUNTAS ARBITRALES: A) *Ambito competencial territorial*. B) *Ambito funcional*. C) *Composicion*. 2. EL COLEGIO ARBITRAL: A) *Composicion y designacion*. B) *Sustitucion*. C) *Capacidad e inhabilidades*. D) *Obligacion de resolver*. E) *Abstencion y recusacion*.—VII. FORMALIZACION DEL CONVENIO ARBITRAL.—VIII. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.—IX. EL LAUDO ARBITRAL.—X. CORRECCION O ACLARACION DEL LAUDO.—XI. EJECUCION DEL LAUDO.—XII. ANULACION DEL LAUDO.—XIII. MODELO DE ACUERDO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS PARA LA CONSTITUCION DE LA JUNTA ARBITRAL DE CONSUMO.

Número 31 (1998)

«Enajenación de cosa común y resolución del contrato: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1997», por RAFAEL VÉDERA SERVER, pág. 749.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. ENAJENACION DE COSA COMUN: TRANSCENDENCIA DE LA SITUACION JURIDICO-REAL EN LA RELACION OBLIGATORIA: a) EL TIPO DE COMUNIDAD Y LAS POSIBILIDADES DE ENAJENACIÓN; b) LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES: CRITERIOS Y TENDENCIAS.—III. LA RESOLUCION DEL CONTRATO EN CASO DE PLURALIDAD DE SUJETOS: a) LAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA PLURALIDAD DE SUJETOS: SU POSIBLE HETEROGENEIDAD EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS SINALAGMÁTICAS; b) PLURALIDAD DE ACREEDORES Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—IV. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO Y SU RELACION CON LA INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: a) RESOLUCIÓN Y RESTITUCIÓN; b) RESTITUCIÓN PECUNIARIA EN CASO DE IMPOSIBILIDAD DE RESTITUCIÓN «IN NATURA».

Número 32 (1998)

«Una aproximación al concepto de año agrícola en la Ley de Derecho Civil de Galicia», por JULIO I. IGLESIAS REDONDO, pág. 787.

SUMARIO: I. EL CONCEPTO DE AÑO AGRICOLA EN SEDE DE APARCE-RIA: A) EN SUS DISPOSICIONES GENERALES. B) EN SUS DISPOSICIONES PARTICULARES: 1. *En la aparcería pecuaria*. 2. *En la aparcería forestal de nuevas plantaciones*.—II. EL CONCEPTO DE AÑO AGRICOLA EN SEDE DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.—III. CONCLUSION.

Número 33 (1998)

«El denominado derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial de *timesharing*», por JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN, pág. 803.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. IDEA GENERAL DEL HOY LLAMADO «TIEMPO COMPARTIDO».—II. IMPORTANCIA CUANTITATIVA DEL FENOMENO DEL TIEMPO COMPARTIDO.—III. PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL SECTOR.—IV. NORMATIVA COMUNITARIA.—V. LEGISLACION ESPAÑOLA: DERECHO VIGENTE.—VI. EL PROYECTO DE LEY DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES.

Número 34 (1998)

«El precedente legislativo de la posición jurídica del hijo extramatrimonial», por M.^a BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 831.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: ANTECEDENTES DERIVADOS DEL DERECHO ROMANO.—II. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: LAS PARTIDAS Y LAS LEYES DE TORO. FUEROS MEDIEVALES.—III. POSICIÓN DEL DERECHO CANÓNICO EN ESTA ETAPA MEDIEVAL.—IV. ETAPA CODIFICADORA: 1. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. 2. REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981.

Número 35 (1998)

«Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español», por MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, pág. 853.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RIESGOS DE DESARROLLO EN LA DIRECTIVA 85/374.—III. LOS RIESGOS DE DESARROLLO EN DERECHO ESPAÑOL.

Número 36 (1998)

«Notas sobre la capacidad de las fundaciones», por ANTONIO ORTÍ VALLEJO, pág. 871.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES: A) TITULARIDAD DE DERECHOS. B) LA CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DEL COMERCIO O INDUSTRIA. C) CUESTIONES DE CAPACIDAD EN LA TITULARIDAD DE PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES MERCANTILES. D) TITULARIDAD FORMAL: CONSTANCIAS REGISTRALES E INVENTARIO DE BIENES. E) TITULARIDAD PASIVA DE LAS FUNDACIONES: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS MISMAS.—II. LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS FUNDACIONES: A) RÉGIMEN JURÍDICO DE AUTORIZACIÓN PREVIA PARA CIERTOS ACTOS DISPOSITIVOS. B) RÉGIMEN JURÍDICO DE MERA COMUNICACIÓN POSTERIOR DE ACTOS DISPOSITIVOS. C) CAPACIDAD PARA ACEPTAR Y REPUDIAR HERENCIAS, LEGADOS Y DONACIONES. D) COMPARECENCIA EN JUICIO. E) AUTOCONTRATACIÓN.—III. LA CUESTIÓN DEL COBRO DEL SERVICIO PRESTADO POR LA FUNDACIÓN.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

«La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)», por JOSÉ MARÍA GONDRA, pág. 493.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) EL FENÓMENO DE LA EMPRESA EN LA REALIDAD ECONÓMICO-SOCIAL: LA VISIÓN QUE DE ÉL TIENEN LAS CIENCIAS SOCIALES. B) LA EMPRESA EN EL DERECHO: EL ESTADO DISGREGADO DE LA ORDENACIÓN. C) LAS DIFICULTADES QUE OFRECE LA APREHENSIÓN DE LA EMPRESA CON LOS CONCEPTOS TÉCNICO-

ORDENADORES DEL DERECHO. D) LOS ESFUERZOS DE LA DOCTRINA POR SUBSUMIR LA EMPRESA BAJO UN CONCEPTO JURÍDICO UNITARIO: CRÍTICA DE ESTE PLANTEAMIENTO.

1. *La dimensión subjetiva de la empresa en el Derecho de personas.*—II. LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA: A) REFERIBILIDAD SUBJETIVA DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA EN EL DERECHO: EL TITULAR DE LA EMPRESA. B) LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE EMPRESARIO, REFERIDA AL TITULAR DE LA EMPRESA. C) FORMAS DE TITULARIDAD DE LA EMPRESA: DIFERENTES TIPOS DE EMPRESA. D) ENTRECRUZAMIENTO DE LAS DIMENSIONES «SUBJETIVA» Y «OBJETIVA» DE LA EMPRESA.—III. LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA: A) LA ACTIVIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE EMPRESARIO: NOCIÓN Y RÉGIMEN. B) LOS ACTOS JURÍDICOS MERCANTILES CONSIDERADOS EN SU INDIVIDUALIDAD: ESPECIALIDADES DE RÉGIMEN Y DESARROLLO DE UNA TIPOLOGÍA PROPIA.—2. *La dimensión objetiva de la empresa en el Derecho de bienes.*—IV. LA EMPRESA COMO BIEN ECONOMICO: LA DOBLE PERSPECTIVA ORDENADORA DEL DERECHO PATRIMONIAL: A) LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA EMPRESA: UN BIEN ECONÓMICO DE ESTRUCTURA COMPLEJA. B) LA EMPRESA DESDE LA PERSPECTIVA ORDENADORA DEL DERECHO DE COSAS Y DEL DERECHO DE OBLIGACIONES.—V. LA EMPRESA COMO OBJETO DE DERECHO: LA RELACION ENTRE LA EMPRESA Y SU TITULAR: A) UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LAS NOCIONES DE BIEN (OBJETO DE DERECHO) Y DE PATRIMONIO EN EL DERECHO. B) LAS VÍAS DE PROGRESIÓN DE LA DOCTRINA EN LA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA EMPRESA: LOS RECURRENTES INTENTOS POR HACER DE ELLA UN OBJETO UNITARIO DE DERECHO. C) RECONDUCCIÓN DE LA EMPRESA A LA NOCIÓN DE PATRIMONIO: PATRIMONIO DE AFECTACIÓN, PATRIMONIO-ORGANIZACIÓN, PATRIMONIO «NETO». D) LA RELACIÓN ENTRE TITULAR Y EMPRESA: UNA RELACIÓN NECESARIAMENTE PLURAL.—VI. LA EMPRESA COMO OBJETO DE TRAFICO JURIDICO: A) NEGOCIOS JURÍDICOS CON FINALIDAD TRASLATIVA DE LA EMPRESA: FIN-CAUSA, OBJETO Y CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL. B) CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE LOS NEGOCIOS CON FINALIDAD DE CESIÓN TEMPORAL DE LA EMPRESA: ARRENDAMIENTO Y USUFRUCTO DE EMPRESA. C) LA EMPRESA COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS CON FINALIDAD DE GARANTÍA: LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA.—ORIENTACION BIBLIOGRAFICA.

«Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 593.

SUMARIO: I. LOS ESTATUTOS Y SUS CARACTERISTICAS EN LA SRL.—II. LÍMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ESTATUTARIA.—III. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS: CLASIFICACION DE LAS MENCIONES ESTATUTARIAS: A) MENCIONES DE CONTENIDO OBLIGATORIO: A.1. *La denominación social.* A.2. *El objeto social.* A.3. *La fecha de cierre del ejercicio social.* A.4. *El domicilio social.* A.5. *La expresión del capital social.* A.6. *El modo o modos de organización de la administración.* A.7. *El modo en que la Junta General deliberará y tomará sus acuerdos.* B) MENCIONES DE CONTENIDO FACULTATIVO: B.1. *Enumeración de las mismas.* B.2. *Las menciones facultativas complementarias y sustitutorias.*

«Aproximación al régimen jurídico del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente», por GUILLERMO ALCOVER GARAU, pág. 625.

SUMARIO: I. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS TURISTICOS.—II. CONCEPTO DESCRIPTIVO DEL CONTRATO DE CONTINGENTE.—III. TIPICIDAD SOCIAL Y ATIPICIDAD LEGAL DEL CONTRATO DE CONTINGENTE.—IV. LA EXISTENCIA EN EL SENO DEL CONTRATO DE CONTINGENTE DE UNA RELACION DE COMISION IRREVOCABLE E INDIRECTA.—V. FUNCION ECONOMICA DEL CONTRATO DE CONTINGENTE Y POSICION CONTRACTUAL DE LAS PARTES.—VI. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DESDE EL MOMENTO DE LA PERFECCION DEL CONTRATO.—VII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA AGENCIA DE VIAJES UNA VEZ CELEBRADOS LOS CONTRATOS DE VIAJES COMBINADOS Y UNA VEZ ENTREGADA LA LISTA DE PLAZAS.

«La cesión global de activo y pasivo», por J. MASSAGUER, pág. 655.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: APROXIMACION A LA FIGURA DE LA CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO.—2. LA CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO COMO SUPUESTO DE LIQUIDACION ABREVIADA: a) ACUERDO DE CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO; b) TUTELA DE ACREEDORES; c) PROCEDIMIENTO; d) EFICACIA.—3. LA CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO COMO SUPUESTO DE MODIFICACION ESTRUCTURAL: a) LA CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO COMO MODIFICACION ESTRUCTURAL EN LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS; b) LA CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO COMO MODIFICACION ESTRUCTURAL EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA; c) VALORACION FINAL.

«La organización administrativa de las sociedades laborales y el derecho de representación proporcional», por RAFAEL LARA GONZÁLEZ, pág. 679.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES DE 1986: 1. LA ESTRUCTURA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO. 2. EL SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES.—III. LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES DE 1997: 1. EL RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN. 2. EL SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES. PARTICULAR REFERENCIA AL RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL: A) *Nota introductoria*. B) *La representación proporcional: Especialidades de la LSL*. C) *Crítica al sistema de la LSL*: a) La problemática; b) La cuestión de fondo: Derecho *versus* sistema. 3. CONCLUSIONES.

«Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía», por ROSA JULIA BARCELÓ y THOMAS VINJE, pág. 695.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: ASPECTOS TECNOLOGICOS: CRIPTOGRAFÍA; FIRMAS DIGITALES Y SU INFRAESTRUCTURA; EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE CERTIFICACIÓN.—II. ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO LEGAL PARA LAS AUTORIDADES DE CERTIFICACION: ¿CÓMO CONSEGUIR UN AMPLIO RECONOCIMIENTO Y GENERACIÓN DE CONFIANZA EN LOS CERTIFICADOS DIGITALES?; ¿DEBERÍA ESTE MARCO LEGAL BASARSE EN UN SISTEMA DE LICENCIAS, SIN LICENCIAS, O UN SISTEMA QUE PERMITA AMBOS? ¿QUÉ RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEBERÍA APLICAR-

SE?—III. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS FIRMAS DIGITALES.—IV. REGULACION DE LA CRIPTOGRAFIA: MEDIDAS DE CONTROL DE LA EXPORTACIÓN; MEDIDAS DE CONTROL DOMÉSTICO; SISTEMAS DE «KEY ESCROW» Y «KEY RECOVERY»; INTIMIDAD; TENDENCIAS LEGISLATIVAS DE LA COMISIÓN.—V. CONCLUSIÓN.

«La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales», por ANGEL LUIS MONGE GIL, pág. 715 (sin sumario).

«El gobierno de las sociedades», por una COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES, pág. 733.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. LA COMISIÓN ESPECIAL: ORIGEN Y FINES. 2. LA DEMANDA DE REFORMAS. 3. LA ELABORACIÓN DEL INFORME. 4. NATURALEZA DEL TRABAJO. 5. EL MOVIMIENTO DE REFORMA EN ESPAÑA.—II. INFORME SOBRE EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: 1. MISIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: 1.1. *La función general de supervisión*. 1.2. *El núcleo de las facultades indelegables*. 1.3. *Creación de valor para el accionista*. 2. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO: 2.1. *La figura del consejero independiente*. 2.2. *Clases de consejeros y equilibrio del Consejo*. 2.3. *El tamaño del Consejo*. 3. ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: 3.1. *Consideración preliminar*. 3.2. *El Presidente del Consejo*. 3.3. *La Secretaría del Consejo*. 3.4. *Las Vocalías del Consejo*. 3.5. *La Comisión Ejecutiva*. 3.6. *Las Comisiones delegadas de control*. 4. FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: 4.1. *Organización de las reuniones del Consejo*. 4.2. *Preparación de las sesiones*. 4.3. *Desarrollo de las sesiones*. 4.4. *Las actas del Consejo*. 4.5. *Evaluación del funcionamiento*. 5. DESIGNACIÓN Y Cese DE CONSEJEROS: 5.1. *El proceso de designación y la Comisión de Nombramientos*. 5.2. *Especial referencia a la selección de consejeros independientes*. 5.3. *Programas de orientación de nuevos consejeros*. 5.4. *La reelección de consejeros*. 5.5. *El cese de consejeros*. 6. LAS FACULTADES DE INFORMACIÓN DEL CONSEJERO: 6.1. *Información y examen*. 6.2. *Intendencia y auxilio de expertos*. 7. LA RETRIBUCIÓN DEL CONSEJERO: 7.1. *El control de las políticas de retribución*. 7.2. *El importe de la retribución*. 7.3. *Estructura de la retribución*. 7.4. *Transparencia de la retribución*. 8. LOS DEBERES DE LEALTAD DEL CONSEJERO: 8.1. *Los deberes genéricos*. 8.2. *Conflictos de intereses*. 8.3. *Información no pública*. 8.4. *Uso de activos sociales y oportunidades de negocios*. 8.5. *Deberes de comunicación*. 8.6. *Extensión de los deberes fiduciarios a los accionistas significativos*. 9. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y LOS ACCIONISTAS: 9.1. *Las limitaciones de la Junta General de Accionistas*. 9.2. *Delegación de votos*. 9.3. *Comunicación con los accionistas*. 9.4. *Inversores institucionales*. 10. RELACIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CON LOS MERCADOS: 10.1. *Las exigencias del principio de transparencia*. 10.2. *Información financiera periódica*. 11. RELACIONES DEL CONSEJO CON LOS AUDITORES: 11.1. *El papel de la Comisión de Auditoría*. 11.2. *La independencia de los auditores*. 11.3. *Reservas y salvedades*. 12. ADOPCIÓN Y PUBLICIDAD DE LAS REGLAS DE GOBIERNO: 12.1. *Voluntariedad*. 12.2. *Publicidad*.—III. CODIGO DE BUEN GOBIERNO.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 164 (Septiembre-Octubre 1998)

«El principio de equidistribución y la delimitación de Unidades de Ejecución», por FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. EL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCION COMO VERTEBRADOR DE LA EJECUCION URBANISTICA.—2. DELIMITACION Y MODIFICACION DE UNIDADES DE EJECUCION: 2.1. INCIDENCIA DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA DELIMITACIÓN DE UNIDADES DE EJECUCIÓN. 2.2. EL ESTUDIO DE DETALLE NO ES UN INSTRUMENTO URBANÍSTICO APTO PARA MODIFICAR UNIDADES DE EJECUCIÓN. 2.3. LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE ACTUACIÓN Y LA PREVIA MODIFICACIÓN DEL ESTUDIO ECONÓMICO-FINANCIERO.—3. INCIDENCIA DE LA STC 61/1997 EN LA GESTION URBANISTICA: LAS REPARCELACIONES DISCONTINUAS EN SUELO URBANO NO VOLUNTARIAS.

«La ejecución subsidiaria en materia de urbanismo», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 29.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EJECUCION SUBSIDIARIA DE DETERMINACIONES INCLUIDAS EN LICENCIAS DE EDIFICACION.—3. PROCEDIMIENTO PARA PROCEDER A LA EJECUCION SUBSIDIARIA: 1) RESOLUCIÓN PREVIA Y APERCIBIMIENTO. 2) EXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN INCUMPLIDA. 3) EJECUCIÓN SUBSIDIARIA REALIZADA POR UN TERCERO. CONTROLES DE LA ADMINISTRACIÓN E INNECESARIEDAD DE PROYECTO DE OBRAS.—4. LA DETERMINACION DE LOS SUJETOS OBLIGADOS AL PAGO DE LOS GASTOS DERIVADOS DE LA EJECUCION SUBSIDIARIA: 1) TRANSMISIÓN DE LA TITULARIDAD DE LA EDIFICACIÓN. 2) PLURALIDAD DE TITULARES OBLIGADOS.—5. COSTE DE LA EJECUCION SUBSIDIARIA. AUMENTO SOBRE LO INICIALMENTE PRESUPUESTADO.—6. ¿CARACTER OBLIGATORIO DE LA EJECUCION SUBSIDIARIA? DERECHO DE TERCEROS A LA EJECUCION SUBSIDIARIA.—7. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA EJECUCION SUBSIDIARIA.

«Protección de la legalidad urbanística: problemas prácticos», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 77.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO PREVIO.—2. INFRACCION DEL ORDEN URBANISTICO POR LOS ADMINISTRADOS: A) OBRAS SIN LICENCIA EN CURSO DE EJECUCIÓN. B) OBRAS SIN AJUSTARSE AL TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE EN EJECUCIÓN. C) OBRAS TERMINADAS SIN LICENCIA. D) OBRAS TERMINADAS SIN AJUSTARSE AL TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE. E) OTROS ACTOS DE USO DEL SUELO SIN COBERTURA EN TÍTULO ADMINISTRATIVO.

«Ordenación urbanística y medio ambiente. En especial espacios naturales protegidos», por BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 125.

SUMARIO: 4.1. ORDENACION URBANISTICA Y ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. PLANES ESPECIALES. SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS: 4.1.1. EL PLAN ESPECIAL ES UN INSTRUMENTO IDÓNEO PARA INTERVENIR SOBRE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LA DEFINICIÓN DE UN RÉGIMEN DE SUELO ADECUADO. 4.1.2. CLASIFICACIÓN DE UN TERRENO COMO SUELO NO URBANIZABLE DE ESPECIAL PROTECCIÓN, COMO CONSECUENCIA DE SER DECLARADO ESPACIO NATURAL PROTEGIDO. SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS.—4.2. LA INCIDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA APROBACION DEFINITIVA DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO. ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL: 4.2.1. APROBACIÓN DEFINITIVA DEL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE NORMAS SUBSIDIARIAS: NO CABE QUE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DENIEGUE DICHA APROBACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA INVIVIBILIDAD AMBIENTAL DEL PROYECTO EN EL CASO DE QUE LOS TERRENOS AFECTADOS POR LA MODIFICACIÓN NO SE ENCUENTREN PROTEGIDOS POR ALGUNA DE LAS CATEGORÍAS DE ESPACIO NATURAL. 4.2.2. ES AJUSTADA A DERECHO LA PRECEPTIVA INCORPORACIÓN DE UN ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL PLAN PARCIAL, PERO EN NINGÚN CASO CABE QUE LOS ÓRGANOS MEDIOAMBIENTALES INFORMEN SOBRE EL MISMO, CON CARÁCTER VINCULANTE PARA LA APROBACIÓN DEFINITIVA.—4.3. MEDIO AMBIENTE Y AUTORIZACION DE CONSTRUCCIONES EN SUELO NO URBANIZABLE COMUN, COLINDANTE CON UN ESPACIO NATURAL PROTEGIDO.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 4 (1998)

«La violencia habitual en el ámbito familiar», por MARÍA JOSEP CUENCA I GARCÍA, pág. 629.

SUMARIO: I. ANTECEDENTE HISTORICO: EL ARTICULO 425 DEL ACP.—II. UBICACION SISTEMATICA Y BIEN JURIDICO PROTEGIDO: 1. LA UBICACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE LESIONES. 2. POSICIÓN PERSONAL.—III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA TIPICIDAD: 1. CUESTIÓN PREVIA: EL ARTÍCULO 153, TIPO CUALIFICADO DE LA FALTA DEL ARTÍCULO 617.2, PÁRRAFO SEGUNDO DEL CP. 2. TIPO OBJETIVO: A) *Los sujetos*: a) Las diferentes relaciones recogidas en el tipo; b) Descoordinación entre el delito y la falta de malos tratos; c) Perfiles psicológicos de los sujetos activo y pasivo: su relevancia para otros elementos del delito. B) *La conducta*: a) Ejercicio de violencia física. Su concepto; b) La habitualidad. 3. TIPO SUBJETIVO.—IV. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA ANTIJURIDICIDAD: 1. LA HIPÓTESIS DE DERECHO DE CORRECCIÓN. 2. LA PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.—V. PROBLEMÁTICA CONCURSAL.

«Separació de béns o participació: Comentari de l'art. 23 de la Compilació», por ENRIC BRANCOS I NÚÑEZ, pág. 665.

SUMARIO: I. SITUACIO PREVIA.—II. DRET COMPARAT.—III. FINALITAT DE L'ARTICLE 23 CDCC.—IV. QUANTIFICACIO DE LA COMPENSACIO.—V. PER QUE NO HI HA COMPENSACIO EN EL SUPOSIT DE MORT D'UN DELS CONJUGES?—VI. DRET PROCESSAL.—VII. DRET INTERTEMPO-

RAL.—VIII. RENUNCIA A LA COMPENSACIO.—IX. RESUM FINAL.—CONTESTACIO PER ROBERT FOLLIA I CAMPS.

- «El "crédit" com a substitutiu del préstec en el finançament hipotecari de l'habitatge, i la Lley 2/1994, de subrogacions i novacions», por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, pág. 705 (sin sumario).
 «El principi constitucional de supletorietat de l'ordenament estatal», por FRANCESC DE CARRERAS SERRA, pág. 725 (sin sumario).
 «La posibilidad de contratos prematrimoniales», por JOSÉ M.^a ALEMANY GAL-BOGUÑA, pág. 741 (sin sumario).
 «Reflexiones en torno a la reforma del proceso civil», por JOAN PICO I JUNOI, pág. 757.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONVENIENCIA DE UNA NUEVA REGULACION PROCESAL.—III. INOPORTUNIDAD DE LA NUEVA REGULACION PROCESAL.

- «Breves notas en defensa de la donación como negocio jurídico adquisitivo del dominio», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, pág. 893 (sin sumario).

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 24 (Julio-Diciembre 1997)

- «Introducción al derecho presupuestario de la Comunidad Foral de Navarra», por FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL DERECHO PRESUPUESTARIO DE NAVARRA EN LA LORAFNA: a) INTRODUCCIÓN. ACTIVIDAD FINANCIERA Y CONVENIO ECONÓMICO; b) LAS COMPETENCIAS PRESUPUESTARIAS EN LA LORAFNA; c) CONTROL DEL GASTO PÚBLICO EN LA LORAFNA: COMPETENCIAS DEL PARLAMENTO FORAL Y DE LA CÁMARA DE COMPTOS.—III. EL DERECHO PRESUPUESTARIO DE NAVARRA EN LA LFGISLACION FORAL ORDINARIA: a) PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LA LEY FORAL DE PRESUPUESTOS; b) GASTO PÚBLICO Y EJECUCIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE NAVARRA; c) LA TESORERÍA DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA; d) EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO EN NAVARRA.

- «Aproximación al estudio de la usucapión en Derecho civil navarro», por M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, pág. 59.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. PRECEDENTES HISTORICOS DE LA USUCAPION EN EL DERECHO CIVIL NAVARRO: 1. DERECHO ROMANO. 2. DERECHO NAVARRO ANTERIOR AL CONGRESO DE 1946. 3. DERECHO NAVARRO POSTERIOR AL CONGRESO DE 1946.—II. RELACIONES ENTRE LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y LA PRESCRIPCION EXTINTIVA: 1. PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y PRESCRIPCION EXTINTIVA: SU FUNDAMENTO. 2. UNIDAD O DUALIDAD DE INSTITUCIONES. TESIS DOCTRINALES Y CRITERIOS LEGALES. 3. PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y PRESCRIPCION

CIÓN EXTINTIVA EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS REALES: A) *Usucapión y prescripción extintiva en relación con el derecho de propiedad*. B) *Prescripción extintiva y usucapión en relación con los derechos reales en cosa ajena*: B.1. El derecho real de servidumbre. B.2. El derecho real de usufructo. 4. EXTINCIÓN POR NO USO Y «USUCAPIO LIBERTATIS» DE LOS DERECHOS REALES EN COSA AJENA.—III. PRINCIPALES CARACTERES DE LA USUCAPION EN DERECHO CIVIL NAVARRO: 1. CONCEPTO Y CLASES DE USUCAPIÓN: A) *Usucapión relativa a bienes muebles*. B) *Usucapión relativa a bienes inmuebles*: B.1. La usucapión *secundum tabulas*. B.2. La usucapión «contra tabulas». 2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA USUCAPIÓN: A) *La posesión*: A.1. Posesión como propietario. A.2. Posesión pública. A.3. Posesión pacífica. A.4. Unión de posesiones. B) *La buena fe*. 3. LA INTERRUPCIÓN DEL PROCESO.—SELECCION BIBLIOGRAFICA.

«El Gobierno de España y la Administración General del Estado», por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 117.

SUMARIO: 1. GOBIERNO Y ADMINISTRACION: 1.1. «VETUSTA, VEXATA ET RENOVATA QUÆSTIO». 1.2. EL GRUPO NORMATIVO. 1.3. ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.—2. EL GOBIERNO DE ESPAÑA: 2.1. ANTECEDENTES. 2.2. COMPOSICIÓN. 2.3. NATURALEZA. 2.4. FUNCIONES Y FUNCIONAMIENTO. 2.5. COMISIONES DELEGADAS DEL GOBIERNO. 2.6. LA COMISIÓN GENERAL DE SECRETARIOS DE ESTADO Y DE SUBSECRETARIOS. 2.7. SECRETARIADO DEL GOBIERNO.—3. LOS MINISTERIOS: 3.1. IDEAS GENERALES. 3.2. ÓRGANO SUPREMO: EL MINISTRO TITULAR DEL DEPARTAMENTO. 3.3. UNIDADES ORGÁNICAS DE APOYO A LA ORGANIZACIÓN: LA SUBSECRETARÍA DEL MINISTERIO. 3.4. UNIDADES ORGÁNICAS DE LÍNEA: LAS SECRETARÍAS DE ESTADO. 3.5. UNIDADES ORGÁNICAS POLIVALENTES. 3.6. UNIDADES ORGÁNICAS DE APOYO AL DIRIGENTE.—4. ADMINISTRACIÓN ESTATAL DESCONCENTRADA: 4.1. IDEAS GENERALES. 4.2. LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO. 4.3. SERVICIOS NO INTEGRADOS. 4.4. APOYO A LA ADMINISTRACIÓN DESCONCENTRADA.

«La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de subvenciones agrícolas», por JOSÉ FRANCISCO ALENZA GARCÍA, pág. 191.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMUNITARIA. 2. LA ORGANIZACIÓN DE PAGO DE LAS AYUDAS DEL FEOGA-GARANTÍA: 2.1. *Normativa comunitaria*. 2.2. *Normativa estatal*. 2.3. *Normativa foral*. 2.4. *Objeto de este estudio*.—II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE SUBVENCIONES AGRÍCOLAS: 1. LA «EXCLUSIVIDAD» DE LA COMPETENCIA AUTÓNOMICA SOBRE AGRICULTURA Y LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE LA ORDENACIÓN GENERAL DE LA ECONOMÍA. 2. LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE LA POTESTAD SUBVENCIONAL DE GASTO PÚBLICO.—III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE SUBVENCIONES AGRÍCOLAS PROCEDENTES DEL FEOGA: 1. EFECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS INTERNAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 2. LAS PECULIARIDADES DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE

AYUDAS PROCEDENTES DE LA PAC: 2.1. *Ideas previas*. 2.2. *Competencias normativas*. 2.3. *Competencias gestoras*.—IV. CONCLUSIONES Y REFLEXION FINAL.—V. RELACION DE SENTENCIAS CITADAS EN MATERIA DE SUBVENCIONES AGRICOLAS.

«La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía (LO 5/1996, de 30 de diciembre)», por JUAN F. HERRERO PEREZUGÜA, pág. 219.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONFIGURACION DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA COMO ORGANO DE CASACION.—III. LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL Y EL CARACTER NO ESTATUTARIO DEL SUPRIMIDO ARTICULO 29.—IV. LA TRASCENDENCIA DEL PROBLEMA: 1. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES. 2. EL ÍNDICE DE LITIGIOSIDAD. 3. EL RECURSO GUBERNATIVO EN MATERIA REGISTRAL HIPOTECARIA. 4. EL DENOMINADO RECURSO DE REVISIÓN.—V. LA SOLUCION AL PROBLEMA: 1. LA NEGACIÓN DEL PROBLEMA. 2. LA SOLUCIÓN MEDIANTE UNA LEY ORDINARIA. 3. LA REFORMA DEL ESTATUTO.

«Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996», por ISAAC TENA PIAZUELO, pág. 243.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: A) NOCIÓN GENERAL DEL CONCEPTO DE PROTECCIÓN. B) SUJETOS BENEFICIARIOS. C) LOS OBLIGADOS ACTIVAMENTE EN LA TUTELA DE LOS MENORES.—III. CATALOGO DE INSTRUMENTOS DE PROTECCION DE MENORES.—IV. GUARDA ADMINISTRATIVA O ASISTENCIAL: A) CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA NOCIÓN DE DESAMPARO. B) TUTELA «EX LEGE» O AUTOMÁTICA. C) GUARDA LEGAL. D) ACOGIMIENTO: 1. *Noción preliminar y principios por los que se rige el acogimiento*. 2. *Modalidades de acogimiento: a) Acogimiento familiar y residencial; b) Subespecies de acogimiento familiar*. 3. *Requisitos del acogimiento familiar*. 4. *Extinción del acogimiento familiar*.—V. LA LEY DE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR: A) CARACTERIZACIÓN DE LA LEY. B) PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA LEY. C) AMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN. D) AMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN. E) DERECHOS DE LOS MENORES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (Julio-Diciembre 1997)

«El Tratado de Bayona de 10 de marzo de 1995 sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales: un marco jurídico completo», por CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, pág. 9.

SUMARIO: I. EL MARCO JURIDICO HISPANO-FRANCES DE LA COOPERACION TRANSFRONTERIZA ENTRE COLECTIVIDADES TERRITORIALES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO FRANCÉS: A) *Cooperación informal*. B) *Las circulares sobre la acción exterior de las colectividades locales*. C) *Cooperación formal: la conclusión de convenios y*

contratos. D) La participación en organismos de Derecho francés. E) La participación en organismos públicos y en sociedades de Derecho extranjero. F) Las Agrupaciones Europeas de Interés Económico. 3. LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO ESPAÑOL.—III. EL TRATADO DE BAYONA DE 10 DE MARZO DE 1995: 1. LOS SUJETOS DE LA COOPERACIÓN. 2. AMBITO DE LA COOPERACIÓN. 3. INSTRUMENTOS DE LA COOPERACIÓN. 4. ORGANISMOS. 5. LA COMISIÓN HISPANO-FRANCESA DE COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA.—III. CONCLUSIONES.

«Cuestiones sobre Derecho internacional privado andorrano después de la Constitución de 1993. Incidencia en las relaciones con España y Francia», por RAMÓN VIÑAS FARRE.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AUTONOMO Y CONSTITUCION DE 1993: 1. SISTEMA DE FUENTES. 2. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONVENCIONAL: 1. CONVENIO SUPRIMIENDO LA EXIGENCIA DE LA LEGALIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS, HECHO EN LA HAYA EL 5 DE OCTUBRE DE 1961. 2. CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, HECHO EN LA HAYA EL 29 DE MAYO DE 1993.—IV. LA EXTRADICION: 1. ANTECEDENTES. 2. LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN. LA EXTRADICIÓN ACTIVA. 3. LA EXTRADICIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993. PROBLEMAS PLANTEADOS. 4. LA LEY CALIFICADA DE EXTRADICIÓN, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1996.

«Sobre la interpretación del artículo 6.3.º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», por MIGUEL ANGEL MICHINEL ALVAREZ, pág. 47.

SUMARIO: I. RECONVENCION: 1. RECONVENCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO O HECHO EN QUE SE FUNDAMENTARE LA DEMANDA INICIAL. 2. LA DEMANDA PRINCIPAL.—II. COMPENSACION: 1. LOS DISTINTOS SISTEMAS DE COMPENSACIÓN. 2. LA PREGUNTA SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA COMPENSACIÓN.—III. DEROGACION DEL JUEZ COMPETENTE SEGUN EL ARTICULO 6.3.º: 1. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS. 2. ACUERDOS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. 3. COMPETENCIA EN MATERIA DE SEGUROS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES.—IV. CONCLUSION.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 2 (Mayo-Agosto 1997)

«Los fundamentos doctrinarios del Derecho político-electoral», por LUIS PONCE DE LEÓN ARMENTA, págs. 11-27.

«Decretos 16541 y 16542 del Congreso local», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, págs. 29-48.

«Legislación electoral de Jalisco», por CARLOS ALFREDO SEPÚLVEDA VALLE, págs. 49-81.

- «Autonomía científica del derecho electoral», por FÉLIX ANDRÉS ACEVES BRAVO, págs. 83-95.
- «Informe rendido por el presidente del Tribunal Federal Electoral relativo al proceso electoral mexicano de 1997», por JOSÉ LUIS DE LA PEZA, págs. 97-114.
- «Mínimos electorales para la construcción democrática», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, págs. 115-125.
- «Minihistoria electoral», por J. DE JESÚS GÓMEZ FREGOSO, págs. 127-150.
- «Trayectoria y perspectiva del Senado», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 151-192.
- «Análisis del Sistema Electoral Mexicano». Informe de un grupo de expertos, págs. 193-273.

Número 3 (Septiembre-Diciembre 1997)

- «La atribución de protección a los derechos humanos que establece el apartado B del artículo 102 constitucional y la jurisdicción de amparo», por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, págs. 11-35.
- «Comercio y medio ambiente», por RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA, págs. 37-63.
- «El convenio número 111 de la OIT y la discriminación en el empleo», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, págs. 65-77.
- «La verdadera fórmula Otero», por JUAN JOSÉ MATEOS SANTILLÁN, págs. 79-126.
- «El contrato de obra pública y su fundamento legal en México», por PATRICIA VILLASANA RANGEL, págs. 127-165.
- «Plagiarios y piratas: Reflexiones sobre la ética de los derechos de autor», por J. JESÚS GÓMEZ FREGOSO, págs. 167-177.
- «La concurrencia de normas en el Derecho penal», por DANIEL NÚÑEZ AVALOS, págs. 179-202.
- «Modernidad y principios de derecho del trabajo», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, págs. 203-219.
- «El contenido y alcance de los derechos reproductivos: problemática mexicana», por CLIONA NOELLE MAHER DOWLING, págs. 221-240.
- «La jurisdicción electoral a mitad de camino: un estudio de caso», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 241-288.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

- «Las leyes de inmigración: otro obstáculo más para las mujeres víctimas de violencia doméstica», por SOLANGE DE LAHONGRAIS TAYLOR, pág. 1.
- «Un análisis del derecho a confrontación puertorriqueño y la constitucionalidad de las Reglas 37 y 39 de Evidencia, según enmendadas por la Ley 42 del 7 de junio de 1988», por ROBERTO CORTÉS MORENO, pág. 25.
- «La interceptación de la comunicación por medios electrónicos, trayectoria judicial a nivel local y federal», por LUIS U. MUÑOZ ECHEVARRÍA, pág. 63.
- «Alternativas para evitar el hacinamiento en las cárceles: solución o la creación de un nuevo problema social», por RINA COFIÑO HERNÁNDEZ, pág. 89.

- «Reflexiones en torno a la doctrina del *Felony Murder Rule* en el sistema legal penal puertorriqueño: ¿estamos en el camino correcto?», por JAVIER E. RIVERA ROSARIO, pág. 111.
- «La exposición internacional al virus del SIDA: conducta que debería ser tipificada como delito», por DORIS CARRERO RUIZ, pág. 129.
- «La constitucionalidad del impedimento matrimonial por adulterio», por CARLOS M. QUINONES LÓPEZ, pág. 147.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 202 (Julio-Diciembre 1997)

- «Democracia integral en función de los Derechos Humanos», por MANUEL SANHUEZA CRUZ, pág. 17.
- «¿Estado mínimo o mínima ética?», por JORGE TAPIA VALDÉS, pág. 27.
- «La escuela de la ley (Coase y North). Instituciones y economía», por MARCO A. HUESBE LLANOS, pág. 43.
- «La Constitución como institución (texto preliminar)», por JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, pág. 57.
- «Críticas por autocrática, militarista y plutocrática de la Constitución otorgada de 1980», por MANUEL SANHUEZA CRUZ, pág. 65.
- «Qué es "Gobierno", según la Constitución», por ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN y MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, pág. 79.
- «Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones», por MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 85.
- «El presidencialismo en la Constitución de 1980. Posibilidad de un presidencialismo racionalizado», por HERNÁN MOLINA GUATA, pág. 93.
- «Recurso de protección y contencioso administrativo», por FRANCISCO ZÚNIGA URBINA, pág. 105.
- «Sobre la involución del recurso de protección», por RICARDO YAÑEZ RAMÍREZ, pág. 121.
- «Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos», por LAUTARO RÍOS ALVAREZ, pág. 133.
- «Relación del Congreso Constitución Histórica y Constituciones escritas en el viejo y en el nuevo mundo. La representación pública», por MARTA SALAZAR SÁNCHEZ, pág. 143.
- «¿Un sistema de Gobierno semipresidencial? Notas escépticas sobre una posible reforma institucional», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 149.
- «Desvfo constitucional», por JORGE MARIO QUINZIO FIGUEIREDO, pág. 163.
- «¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?», por JORGE MARIO QUINZIO FIGUEIREDO, pág. 169.
- «El notable abandono de deberes como causal de acusación constitucional de los jueces», por ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO, pág. 175.
- «El control parlamentario en Chile», por HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, pág. 187.
- «Notas sobre algunos aspectos de la interpretación del derecho público», por EDUARDO ANDRADE RIVAS, pág. 211.
- «Valor jurídico de las sentencias sobre inaplicabilidad de las leyes», por MARIELA RUBANO LAPASTA, pág. 225.

Número 203 (Enero-Junio 1998)

- «Nuevos antecedentes sobre la génesis de la Constitución Política de 1980», por SERGIO CARRASCO DELGADO, pág. 241.
- «Las libertades de expresión y de información como control de la corrupción. Una visión constitucional», por JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY, pág. 251.
- «Estado regional y el rol del Tribunal Constitucional en Chile. El ejemplo de España», por AMAYA ALVEZ DE BRAVO, pág. 265.
- «El régimen jurídico del estado de asamblea», por FERNANDO JIMÉNEZ LARRAIN, pág. 279.
- «El debido proceso y su dimensión metalegal», por ARTURO FERNANDOIS VOHRINGER, pág. 293.
- «El estatus constitucional de extranjeros», por FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA, pág. 301.
- «Las Administraciones Públicas en el Estado compuesto, según la Constitución Española de 1978», por JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, pág. 331.
- «El Ministerio Público como primera etapa de la reforma procesal nacional», por HERNÁN SILVA SILVA, pág. 347.
- «El Ministerio Público en la Constitución chilena», por JUAN PABLO BECA FREI, pág. 359.
- «El Ministerio Público», por JAIME PORTALES Y., pág. 367.
- «El principio de jurisdicción administrativa frente a los derechos públicos subjetivos», por SANDRA PONCE DE LEÓN SALUCCI y MARÍA SOLEDAD FRINDT RADA, pág. 381.
- «Problemas jurídico-políticos que deben abordarse en el proceso de regionalización», por OSVALDO OELCKERS CAMUS, pág. 399.
- «Teoría de la imprevisión», por BALTAZAR MORALES ESPINOZA, pág. 421.
- «Declaración de Chile al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar», por HERNÁN VARELA VALENZUELA, pág. 431.
- «La comisión administradora y los medios de solución de las controversias en el acuerdo Chile-Mercosur», por MISAEL SALAZAR AEDO y FREDDY SCHACHLI SALAZAR, pág. 437.
- «Medio ambiente y legislación constitucional: Estados miembros de Mercosur y su asociado Chile», por JAVIER GOROSTEGUI O. y GISELA INOSTROZA U., pág. 445.
- «La nulidad internacional aplicada al fallo arbitral de Laguna del Desierto. Alcances jurídicos», por CHRISTIAN GROLLMUS FRITZ, pág. 457.
- «Acerca del Derecho Internacional y de su enseñanza», por ADOLFO VELOSO FIGUEROA, pág. 481.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 163-164 (Agosto-Septiembre 1998)

- «La apreciación de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial *ex* artículo 177 del Tratado CE en la jurisprudencia española», por MANUEL CIENFUEGOS MATEO, pág. 9.
- «Atribución de jurisdicción al TJCE en virtud de una cláusula compromisoria:

- cuestiones de derecho aplicable en los contratos efectuados por la comunidad con particulares», por MARTÍN JESÚS URREA SALAZAR, pág. 25.
- «La normativa de la Unión Europea sobre gestión ambiental de las aguas residuales urbanas y su transposición al Ordenamiento Jurídico español», por ANGEL B. GÓMEZ PUERTO y NIEVES SERRANO ULIERTE, pág. 31.
- «La dicotomía de bases jurídicas y la política social comunitaria», por M.^a DEL CARMEN MÉNDEZ ALTOZANO, pág. 35.
- «La conformación de la política comunitaria de cooperación para el desarrollo y los trabajos de la Conferencia Intergubernamental de 1996», por MIGUEL FRANCISCO TENA JIMÉNEZ, pág. 41.
- «Las medidas de protección de urgencia tras la Ronda Uruguay en el marco GATT/OMC y de la Unión Europea», por MARÍA ISABEL GARCÍA CATALÁN, pág. 53.
- «El tráfico aéreo en España (1992-1996) y la evolución mundial», por SANTOS L. GIL IBÁÑEZ, pág. 75.
- «La lucha contra el blanqueo de capitales en España», por CARMEN A. CHAVES GALÁN, pág. 87.

Número 165 (Octubre 1998)

- «España ante el examen de Maastricht», por JOSÉ MARÍA CEREZO LÓPEZ, pág. 9.
- «Año europeo de la educación y de la formación permanente», por JESÚS LÓPEZ MEDEL, pág. 15.
- «Situación actual y perspectivas de futuro en torno a la lucha contra el blanqueo de capitales en la Unión Europea», por CARMEN A. CHAVES GALÁN, pág. 21.
- «La tributación de las telecomunicaciones», por JORDI SOLÉ ESTALELLA, pág. 45.
- «La tendencia expansiva del presupuesto general de la Unión Europea», por MIGUEL FRANCISCO TENA JIMÉNEZ, pág. 49.
- «La ordenación farmacéutica en la Unión Europea y sus Estados miembros», por SUSANA ALBA ROMERO y otros, pág. 59.
- «La política energética comunitaria: el mercado interior y el sector eléctrico», por LIDIA MORENO BLESÁ, pág. 77.
- «Incidencia del derecho de consumo en las relaciones contractuales y extra-contractuales», por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 95.

JURISPRUDENCIA CIVIL

III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

COMPRAVENTA. RESOLUCION: NO HA DE DAR OPORTUNIDAD

ALGUNA PARA EL PAGO DEL PRECIO. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—Es requisito para el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.504, la existencia de un requerimiento notarial o judicial en que se manifieste esa voluntad resolutoria del vendedor, requerimiento que, dice la sentencia de 26 de febrero de 1985, constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, más no un requerimiento o intimación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución contractual, constituido por una declaración unilateral a la que el pacto o la ley anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de la que sólo podrá escapar si paga o cumple antes de recibir esa comunicación, no después, y que por ello tiene lógicamente naturaleza recepticia, o sea, necesidad de ser conocida por el comprador.

El requerimiento no ha de dar oportunidad alguna para el pago del precio, sino que absteniéndose de reclamar el pago del precio, sobre todo ha de conminar al comprador a que se allane a resolver la obligación.

EL ARTICULO 1.281 DEL CODIGO CIVIL ES LA NORMA ESENCIAL DE LA HERMENEUSIS CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.281 del Código Civil es el precepto emblemático de la hermenéutica contractual en nuestro derecho civil obligacional, y parte de la base de estimar que en toda plasmación contractual hay que tener en cuenta más lo que se quiere que lo que se dice, y con base a ello, el intérprete ha de indagar la real voluntad de las partes contratantes, sin que lo cual signifique que so pretexto de una interpretación, sea tergiversada una declaración de voluntad nítida y contundente.

Y en este sentido la doctrina jurisprudencial de esta Sala; establece que el mencionado artículo 1.281 del Código Civil es un precepto que no excluye la interpretación, sino que la presupone.

ACCION RESCISORIA EN FRAUDE DE ACREEDORES: NO ES NECESARIO QUE EL ACREEDOR EJERCITE PREVIAMENTE ACCIONES QUE ESTAN CONDENADAS A SU FRACASO PRACTICO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo interpreta erróneamente el artículo 643 del Código Civil, al creer los recurrentes que basta la mera existencia de bienes para que no pueda establecerse la presunción de fraude, siendo así que, sin necesidad de complejas interpretaciones, sin salirse de su literalidad, es necesario que sean bastantes para pagar a los acreedores. El motivo segundo aduce infracción del artículo 1.111 del Código Civil, en tanto que el actor no ha perseguido los bienes que mantengan en su posesión los deudores antes de ejercitar la acción rescisoria. El motivo se desestima. Interpreta la persecución de los bienes que

exige el artículo 1.111 en un sentido exagerado, es decir, que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es éste el significado del precepto, sino de que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica.

EL CORREDOR DE SEGUROS NO ES PARTE EN EL CONTRATO DE SEGURO FIRMADO POR SU INTERVENCION. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados sin mantener vínculos que supongan afección con entidades aseguradoras. El corredor debe ser tan independiente que nunca se le podrá estimar como parte en un contrato de seguro privado, en la que sólo, en principio, pueden figurar como partes el tomador del seguro, el asegurado en su caso, y la parte aseguradora, sin perjuicio de otras partes; beneficiarios; sustitutos..., pero nunca el corredor que una vez terminada su acción derivada de un contrato de mediación, que nada tiene que ver con el contrato de seguro, queda al margen de éste. En la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina legal subyacente, al estimar como parte contractual a la entidad corredora, cuando, como se ha dicho, nunca podrá, sin romper la naturaleza intrínseca profesional, constituirse en

parte de un contrato de seguro, que ha surgido con vida independiente de un primario contrato de mediación.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE UN ABOGADO POR INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACION. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1.544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación *intuitu personae*, incluye el deber de cumplirlos y un deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1.258 del Código Civil y que impone al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional.

Hay una clara imputación objetiva en el sentido de que el abogado causó un daño a los actores. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa: cuando se produce un incumplimiento de la obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor; la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor. El mencionado abogado presentó la petición mucho más tarde que el plazo adecuado, y como consecuencia directa, con nexo causal, le fue desestimada por prescripción (imputación objetiva), lo hizo por un retraso o un desconocimiento normativo culpables (imputación subjetiva).

RECLAMACION DE CANTIDAD POR EL SUBCONTRATISTA AL COMITENTE, AL AMPARO DEL ARTICULO 1.597 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El tema es si al hacerse la reclamación por el subcontratista al comitente de lo que le adeuda al contratista, dicho comitente es deudor de este último, pese a que le haya aceptado una letra de cambio con anterioridad, que paga después de la reclamación. La contestación debe ser la de que la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago, siendo deudor del precio de la obra. Es claro en este sentido el artículo 1.170, párrafo 2.º del Código Civil, al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa del acreedor. Este precepto posee naturaleza dispositiva, porque nada se opone a que las partes puedan dar a la entrega misma los efectos jurídicos del pago.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD TIENE UN CONTENIDO JURIDICO Y NO GARANTIZA LA REALIDAD FISICA. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Tiene declarado esta Sala en Sentencia de 12 de abril de 1980 que el Registro por sí solo no lleva consigo ni produce una verdadera y auténtica identificación real sobre el terreno, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad tiene un simple contenido jurídico, no garantizando en consecuencia la realidad física y concreta situación sobre el terreno de la fmca inmatriculada, puesto que tal situación puede o no coincidir con la realidad existente.

Los efectos de las inscripciones no abarcan los datos físicos de las fincas y operan tan sólo en cuanto atañen a los derechos que en ellas se consignan, asegurando la existencia y contenido de los derechos reales inscritos, pero sin garantizar la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.

GASTOS NECESARIOS: LO SON LA CONTRIBUCION A LOS GASTOS GENERALES QUE IMPONE EL ARTICULO 9.5 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Por gasto necesario se entiende aquél que se hace para conservación y mantenimiento de la cosa, y la sentencia de 3 de diciembre de 1991 dice que son los que resultan imprescindibles de forma tal que de no haberlos llevado a cabo, la cosa habría dejado de existir o desmerecido. En este concepto deben incluirse la contribución, con arreglo a la cuota de participación, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, que impone como obligación de los copropietarios, el artículo 9, número 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. La consideración de tal gasto como necesario la abona en primer lugar una razón de carácter material: el impago provoca el perjuicio a todo el inmueble, en que la falta de pago de los copropietarios impide su adecuado mantenimiento; y en segundo lugar una razón de carácter jurídico: la obligación del artículo 9,5 la desarrolla el artículo 20 como *obligatio propter rem* sobre los pisos y local y corresponde al que tenga la titularidad de los mismos; asimismo, el impago provoca la posibilidad de reclamación judicial frente al titular. Por el contrario, no ocurre lo mismo con los gastos de electricidad, agua y teléfono que

corresponden o son consecuencia del uso real que de tales suministros hace la persona que los disfruta, por lo que no son gastos necesarios.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA. EXPRESADA LA CAUSA DEL RECONOCIMIENTO, TIENE CARACTER CONSTITUTIVO. PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL TRAFICO NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La figura del reconocimiento de deuda ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala y por la doctrina científica como válida y lícita, permitida por el principio de autonomía privada o de la libertad contractual sancionado por el artículo 1.255 del Código Civil y vinculante para quien lo hace, con efecto probatorio si se hace de manera abstracta y también constitutivo si se expresa su causa justificativa. La sentencia de 8 de marzo de 1956 lo califica de contrato al decir que el reconocimiento es un contrato por el cual se considera existente una deuda contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba, o prometer no exigir prueba alguna de la deuda contra el que la reconoce.

La posible negligencia de los recurrentes al dar su conformidad a condiciones contractuales que después impugnaron, cuando ya habían empezado a cumplirlas, no puede perjudicar los legítimos intereses de la contraparte sin quebrantar el principio de confianza en el tráfico negocial, basado a su vez en la buena fe y en la libertad de contratación que se reconoce en los artículos 1.258 y 1.255 del Código Civil.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. CONCEPTO. (SENTENCIA DE 23 de febrero de 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada doctrina jurisprudencial la de que la excepción de litisconsorcio se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico material objeto del pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar, lo que impone la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo como interesados en la relación jurídica controvertida, y ello es así al exigir una comunidad de relación jurídica que albergue ambas acciones (la de los comparecidos en el pleito y las de los no llamados), es decir, una situación de hecho comunitaria, una misma relación jurídica o que tengan un interés legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos.

NO PUEDE IMPUGNAR LA SENTENCIA EL LITIGANTE QUE HA VISTO RECOGIDO EN EL FALLO LO QUE SOLICITABA. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurrente carece de un interés jurídico legítimo en impugnar el contenido del fallo de la sentencia. Si el contenido de ese fallo coincide literalmente con el suplico de la contestación a la demanda, no tiene esta parte legitimidad Jurídica alguna para impugnar un resultado que exactamente se aviene a lo que él pidió. No se puede olvidar que uno de los principios fundamentales de nuestro proceso civil es el dispositivo, tanto sobre el derecho material (ejercicio de la acción), como sobre la pretensión (disponiendo del proceso a través de una serie de actos), resultando vinculados los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de las partes a través

del principio de congruencia. La parte pudo pedir todo aquello que a su derecho conviniera, pero si sólo limita su pretensión a un supuesto concreto y absolutamente determinado, y esa pretensión le es literalmente concedida, carece de legitimidad para pretender después que se amplíe su petición, so pretexto de una economía procesal que debió en su caso ser tenida en cuenta desde un principio.

EN LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS, LA REGLA DEL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO QUIEBRA CUANDO SE PACTA UN PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION POR UNA DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Los motivos se desestiman porque parten de la base errónea de calificar como obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, que son las que autorizan para oponer la excepción de contrato no cumplido a quien reclama el cumplimiento sin haber cumplido o estar realmente dispuesto a hacerlo. No hay ningún obstáculo para que la simultaneidad en el cumplimiento se quiebre voluntariamente, señalándose un plazo para cumplir alguna obligación.

SOCIEDADES MERCANTILES IRREGULARES. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones o actividades que la tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica

mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio compartido por esta Sala en la Sentencia de 3 de abril de 1991, determinando tal condición de irregular, a efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios; así lo estima la doctrina jurisprudencial, interpretando el artículo 1.117 del código de comercio, que da validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración entre los que lo celebren, siempre que reúna los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y aun en forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del código de comercio.

LA FACULTAD MODERADORA DE RESPONSABILIDAD QUE TIENEN LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA SOLO ES REVISABLE EN CASACION SI AQUELLOS NO LA APLICAN CON UN CRITERIO RACIONAL. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia, y no revisable en casación, salvo que se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación, es un elemento de conocimiento, convicción y decisión dejado a la libre apreciación del tribunal de instancia, no revisable en pura técnica casacional, salvo que en el modelo determinativo de su cuantía se incurra en flagrantes contradicciones o resultados aritméticos que pugnen con los datos de constatación del evento dañoso que se

trata de restaurar. El uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 del Código Civil es facultad propia de los juzgadores de instancia, no susceptible de casación, en el supuesto de que los mismos hagan uso de esta facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzada y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias del caso concreto que se enjuicia.

J. Q. S.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS
UN CONTRATO SE ENTIENDE CELEBRADO CON LA PERSONA A CUYO NOMBRE
APARECEN TODAS LAS PRUEBAS DE LAS RELACIONES QUE DIERON
ORIGEN LA DEUDA, SI NO SE DEMUESTRA QUE ACTUA EN NOMBRE O
REPRESENTACION DE OTRA PERSONA JURIDICA. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO
DE 1999).

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Una S. A. demanda a un cliente el pago del resto del precio por la compra de unas mercaderías más los intereses moratorios; el demandado contesta y plantea excepción dilatoria de falta de legitimación pasiva, alegando que actuó en la compra como representante de otra S.A. de la que es socio fundador y administrador. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, y la Audiencia Provincial la confirma en segunda instancia. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que, en efecto, el recurrente es la parte compradora, y no la entidad a la que dice representar, porque la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos de derecho han sido aceptados por la de segunda instancia —objeto del recurso— declara probado que las relaciones comerciales que dieron origen a la deuda que se reclama en este pleito fueron concertadas por el demandado—recurrente, a cuyo nombre se expiden facturas y albaranes, es él quien paga una cantidad a cuenta del montante total de la compraventa antes de la constitución de la SA de las que es Administrador, y no se hace constar en facturas, albaranes y recibos que compre o pague por poder o en representación de otra sociedad o que actúe como administrador de la misma. Se rechazan también los motivos basados en infracción de las normas sobre la prueba, pues se consideran los hechos suficientemente probados, y la casación no es una tercera instancia.

LA ABSOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL HACE INCOHERENTE LA CONDENA POR «GENERICICO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL», QUE SE REFIERE A LOS MISMOS VICIOS RUINOGENOS. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1999).

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

La compradora de un chalet demanda, por vicios y defectos en la construcción del mismo, a la sociedad promotora, a la sociedad contratista, al aparejador y al arquitecto al amparo del artículo 1.591 del Código Civil y del 1.101 del Código Civil por incumplimiento contractual, pretendiendo la condena solidaria de los demandados al pago de determinadas cantidades. En primera instancia, se estima parcialmente la demanda, condenando a todos a pagar, pero

rebajando las cantidades. La sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, que absuelve de la acción fundada en el 1.591 a todos los demandados, salvo al arquitecto, considerándole responsable único del daño sufrido por la actora, pero declarando que la promotora actuó con la suficiente diligencia; no obstante, la condena por «genérico incumplimiento contractual», por no entregar la edificación en suficientes condiciones de habitabilidad, e imputa los daños al arquitecto y a la promotora solidariamente; la constructora y el aparejador son absueltos. La promotora recurre en casación.

El TS estima en parte el recurso al estimar que las acciones de los artículos 1.591 y 1.101 del Código Civil son compatibles y acumulables en su ejercicio, pero la primera inutiliza necesariamente a la segunda, pues no hay mayor cumplimiento defectuoso que la entrega del inmueble con vicios ruinógenos; si la promotora ha sido absuelta de la responsabilidad del artículo 1.591, no se la puede condenar por «genérico incumplimiento contractual», pues éste sólo puede consistir en los vicios de la construcción.

LAS RELACIONES QUE SURJAN DE UN CONTRATO DE TRANSACCION SE REGIRAN EXCLUSIVAMENTE POR LO DISPUESTO EN ESTE, NO POR LAS RELACIONES QUE DIERON LUGAR A DICHO CONTRATO. LA INTERVENCION DE UN TERCERO QUE DE EL VISTO BUENO A LA TERMINACION DE LA OBRA CONTRATADA NO CONTRAVIENE EL ARTICULO 1.256 DEL CODIGO CIVIL, POR ESTAR EXPRESAMENTE PREVISTA EN EL ARTICULO 1.598.1. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999).

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Para evitar un pleito por deficiencias constructivas, la Comunidad de Propietarios de una

urbanización y una SA celebran un contrato transaccional por el cual la SA se compromete a realizar las obras de reparación, estipulándose que el Arquitecto Técnico o el Presidente de la Comunidad darán el visto bueno a la terminación de las obras. Posteriormente, la Comunidad demanda a la SA por incumplimiento del contrato, reclamando la ejecución de las obras o, en su defecto, la indemnización por daños y perjuicios. Se estima la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que la cosa juzgada que el artículo 1816 C.c. atribuye a la transacción entre partes sólo se refiere a las relaciones futuras que surjan de dicho contrato, no a las surgidas de las relaciones cuya colisión o incertidumbre generó la transacción, y los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación, siendo este contrato objeto de una interpretación estricta y sin traspasar los límites del objeto controvertido, en el cual se entienden incluidos todas las deficiencias señaladas en las estipulaciones (art. 1815 C.c.). Esta interpretación corresponde sólo a los Tribunales de instancia, y no es materia de casación.

Por otra parte, la intervención de un tercero determinado para dar el visto bueno a la terminación de la obra no supone que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, sino que se prevé expresamente en el artículo 1598.1 C.c, y es, por tanto, válido.

CUANDO EL CONTRATO ES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO CON OPCION DE COMPRA (LEASING), Y NO DE COMPRAVENTA, PROSPERA LA TERCERIA DE DOMINIO PARA RECLAMAR EL LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO SOBRE LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO, ASI COMO LA DEVOLUCION DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA y otra SA de leasing celebran un contrato sobre una serie de bienes, por un precio de arrendamiento a pagar en determinados plazos, y con una opción de compra por un precio residual. Debido a los reiterados incumplimientos de la SA arrendataria, la SA arrendadora decide resolver el contrato, promoviendo para ello un juicio de menor cuantía; por otra parte, la Tesorería General de la Seguridad Social sigue contra la Sociedad arrendataria un expediente administrativo de apremio por deudas, trabando embargo sobre sus bienes, incluyendo el material objeto del leasing. La Sociedad arrendadora formula reclamación previa en tercería de dominio, y, al ser ésta desestimada, demanda ante la jurisdicción ordinaria a la Tesorería, reclamando que se dejen libres y a su disposición los referidos bienes. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La Tesorería General recurre en casación.

El TS desestima el recurso al declarar que la sentencia de segunda instancia considera probado que el contrato es de arrendamiento financiero con opción de compra (leasing), no una compraventa a plazos, como sostienen la Tesorería General y la sentencia en primera instancia, pues ello se deduce claramente de los términos del contrato. Por otra parte, la función de calificar los contratos corresponde a los Tribunales de instancia, y no es materia de casación. Por tanto, procede que los bienes objeto del contrato queden libres del embargo y sean devueltos a la Sociedad arrendadora.

NO HAY FRAUDE DE LEY CUANDO SE EJERCITA UN DERECHO BASADO EN UN PRECEPTO LEGAL, MEDIA UN INTERÉS LICITO Y SE BUSCA UNA

PRETENSION DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Una SA concede un préstamo a un matrimonio, que éste garantiza con una hipoteca sobre una finca de su propiedad. En la escritura de constitución se estipula la facultad de los deudores de extinguir anticipadamente la deuda y cancelar la hipoteca, facultad que los deudores ejercen, después de haber satisfecho las nueve primeras mensualidades, y requieren a la prestamista para que presente la correspondiente liquidación. La prestamista da una cantidad determinada para satisfacer la cancelación anticipada, y los prestatarios, no estando conformes, promueven acto de conciliación contra la SA, haciendo el ofrecimiento de pago de dicha cantidad, sin que esto suponga aceptación de la liquidación, sino sólo un medio de evitar que produzca intereses, y bajo la condición de que la conciliada constituya aval bancario que asegure las resultas del pleito. Ante la falta de acuerdo, los prestatarios por un lado, y por otro, sólo el marido, formularon demandas para que el contrato se declarase usurario y la nulidad del crédito.

Por su parte, la SA prestamista promueve el juicio del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin aludir a la pendencia de los dos juicios anteriores. Los prestatarios solicitan la suspensión del procedimiento, que no es aceptada. Se adjudica a la prestamista la finca hipotecada, inscribiéndose a su favor. En los juicios promovidos por los prestatarios se declara la nulidad de la reclamación, estableciéndose una nueva cuantía, de la cual hacen los prestatarios ofrecimiento de pago, y declarando nula la adjudicación de la finca, por lo que se canceló la misma en

virtud de mandamiento. Recurrido el auto en apelación, éste es revocado, y se libra el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad: Después, la Sociedad vende la finca a terceros, inscribiéndose la venta. Los prestatarios demandan la nulidad del juicio y la de la compraventa. La demanda se desestima en primera instancia, pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La Sociedad recurre en casación.

El TS estima el recurso, al considerar que el Tribunal a quo aplicó indebidamente el artículo 6.4 C.c., pues para que haya fraude de ley es preciso que se realice un acto que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico al amparo de una norma de cobertura que no vaya dirigida, expresa o directamente, a proteger dicho acto, y que se pruebe la obtención de tal resultado. Por tanto, no hay fraude de ley si se ejercita un derecho previsto y protegido expresamente por la ley, media un interés lícito y se persigue un resultado protegido por el ordenamiento jurídico. En este caso, en el transcurso del procedimiento de ejecución hipotecaria no se ha hecho efectiva cantidad alguna a cuenta de lo adeudado, por lo que no hay tal fraude, pues la recurrente se ha limitado a ejercitar el derecho que le concede el artículo 131 LH, mediando el interés lícito del cobro de su crédito, pues los prestatarios han incumplido sus obligaciones vencidas, no siendo suficiente el ofrecimiento de pago, aunque la liquidación estuviese equivocada, pues para esa situación pudo haber acudido al remedio legal de la consignación.

CUANDO EL PRECIO DE LA COMPRAVENTA DE UNA FINCA IDENTIFICADA POR SU UBICACION, NO SENALADA POR SUS LINDEROS, SEHA FIJADO ALZADAMENTE, NO SE PUEDE EXIGIR DISMINUCION EN EL PRECIO PROPORCIONAL A LO QUE FALTE DE CABIDA. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1999).

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Una SA constructora demanda a una cooperativa a la que vendió un solar—inscrito como dos fincas en el Registro de la Propiedad—reclamando la elevación a escritura pública del contrato, y el abono de la parte de precio pendiente según la reducción de cabida de los inmuebles vendidos—cuya estimación se hace o, en su defecto, la restitución de las arras y la indemnización por daños y perjuicios. La Cooperativa contesta a la demanda y formula demanda reconventional, pidiendo la resolución del contrato. En primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción, y en segunda instancia se revoca el fallo y se absuelve a la Cooperativa, estimando parcialmente su reconvencción, declarando resuelto el contrato de compraventa. La SA constructora recurre en casación.

El TS desestima el recurso alegando que no hay inaplicación del artículo 1471.2 C.c., pues este caso se refiere al párrafo 1º de dicho precepto solamente. Se trata, en efecto, de la venta de un inmueble por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de número y medida, como dice expresamente el contrato y declara probada la sentencia recurrida. En cuanto a una posible inaplicación del párrafo 2º, en este caso no se han vendido una o dos fincas, sino un solo solar, aunque en el Registro aparezca inscrito como dos fincas y ésta no ha sido señalada por sus linderos, sino identificada por su ubicación, y es conocida por la compradora, como se reconoce en la sentencia de instancia. Por tanto, el señalamiento de la cabida es accidental, y lo que realmente se vende es una finca identificada, por un precio alzado, no señalada por sus linderos ni designada su cabida, por lo que no procede una posible rebaja en el precio.

NO PUEDE PEDIR LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO QUIEN, A SU VEZ, HA INCUMPLIDO SUS PROPIAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1999)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA vende una vivienda sita en una urbanización a un matrimonio. Más adelante, dicha SA demanda a los cónyuges, pidiendo la resolución del contrato por incumplimiento culposo, ya que no abonaron la parte del precio de venta representado por tres letras de cambio, así como la indemnización por daños y perjuicios. Los demandados contestan y formulan reconvencción, pidiendo la declaración del cumplimiento de la totalidad de los plazos convenidos, que la actora les entregue la vivienda en las condiciones pactadas y les otorgue escritura pública, el pago de la cuantía que se determine en ejecución de sentencia por las diferencias que tengan la parcela y vivienda objeto del contrato y la subrogación en el préstamo hipotecario que la actora hubiera concertado. En primera instancia se desestima la demanda y la reconvencción, condenando a los demandados a satisfacer el precio rebajado y la demandante a la entrega de la vivienda. En segunda instancia, se desestima totalmente la demanda principal y estima la reconvencción, condenando a la actora a la entrega, el otorgamiento de la escritura pública, el pago de la cuantía señalada y la subrogación en el préstamo hipotecario. La SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que—aparte de los motivos puramente procesales—la sentencia recurrida declaró probado que la falta del pago de parte del precio por los compradores no se debió a voluntad obstativa, sino a una serie de incumplimientos contractuales por la parte vendedora, tales como defectos de calidad y superficie en la vivienda, y un patente retraso en la terminación y entrega de

la misma. La jurisprudencia del TS ha declarado reiteradamente que la facultad resolutoria contractual que establecen los artículos 1124 y 1504 C.c. exige, como requisito previo, que el que insta la resolución haya cumplido sus propias obligaciones, pues no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor.

UN NEGOCIO JURÍDICO ATÍPICO DE CARÁCTER ASOCIATIVO SOLO SE EXTIENDE A LAS GANANCIAS QUE RESULTEN DE LO EXPRESAMENTE PACTADO EN EL MISMO, NO A OTROS CASOS, AUNQUE SEAN SIMILARES. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Tres amigas acuerdan jugar, conjunta y de forma continua y habitual, a la Lotería Primitiva, para lo cual realizan una aportación semanal cada una, con el compromiso que, de obtener un premio, se partiría su importe entre las tres por partes iguales. En 1.992, una de las tres visó un boleto adquirido en común, el cual no resultó premiado en el sorteo, pero en el concurso televisivo Primi-Juego II, existente por esas fechas, después de transmitirse el sorteo, se telefoneó por azar al domicilio de dicha señora, la cual ganó un premio de 25.000.000. de pesetas. Las otras dos amigas formulan demanda, reclamando la partición del premio entre las tres, pues la demandada ganó el premio gracias a la posesión del boleto propiedad de las tres. En primera instancia se desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS estima el recurso calificando, en primer lugar, el acuerdo entre las tres amigas como un negocio jurídico atípico de carácter asociativo, con caracteres similares a los de la Sociedad civil definida por el artículo 1665 C.c.,

para repartir única y exclusivamente el premio correspondiente en caso de que acertaran a la Lotería Primitiva, no a cualquier otro juego, por lo que no podía extenderse al Primi-Juego, por que no se había pactado, ya que ni siquiera existía en el momento de hacerse el acuerdo (esto ocurrió en 1988), y, aun cuando hubiera surgido para promocionar a la Primitiva, es un juego distinto de ella. Al no ser premiado el boleto, deja de tener valor y la copropiedad del mismo desaparece, puesto que surge un nuevo boleto jugado a la semana siguiente, por lo que el premio obtenido en el Primi-Juego no puede ser interpretado como fruto de dicho acuerdo.

EL OBJETO DEL PRECONTRATO ES LA CELEBRACION DEL CONTRATO DEFINITIVO, NO EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A QUE PUEDA DAR LUGAR ESTE ULTIMO. UN CONTRATO HECHO POR MANDATARIO VERBAL ES NULO A MENOS QUE LO RATIFIQUE EL MANDANTE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández.

En 1986, una SA (a través de un mandatario verbal) y una persona física celebraron un contrato por el cual se comprometían a permutar un local perteneciente a la SA por otro local de iguales características. Más tarde, la S.A. cede sus derechos a otra, la cual demanda al otro contratante para que lleve a cabo la permuta y otorgue la correspondiente escritura pública, o venta, en su caso, bajo apercibimiento de veriflcarlo el Juz~ado en su nombre v re~resentación v a sus exnensas si no lt- hi-ierP T ~ msl~l~ se estimó en premia instancia, y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia en cuanto a la obligación de llevar a cabo la permuta, manteniendo en el resto el fallo de dicha sentencia. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al calificar el negocio de precontrato de permufa, y no de contrato propiamente dicho, como sostienen ambas partes, pues en él se dice claramente que se comprometen a permutar, no que permutan, y no se puede exigir, por tanto, el cumplimiento de una obligación que ha de contraerse en el futuro, sino que por este negocio se obligan a realizar el contrato que será fuente de dicha obligación. Por otra parte, la alegación del recurrente de que la Sociedad cedente actuó en la cesión de sus derechos a través de mandatario verbal no puede prosperar, pues un contrato hecho bajo mandato verbal es nulo si el mandante no lo ratifica, y dicha promesa se ratificó expresamente por la Sociedad cedente el 1 de septiembre de 1.992, con lo que se convalidó retroactivamente hasta la fecha de la conclusión del negocio.

EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCION HIPOTECARIA SE SEGUIRA EN EL LUGAR DONDE RADIQUE LA FINCA HIPOTECADA. EL MANDATO PARA PROCEDER A LA VENTA DE LA FINCA SUBSISTE, PESE A LA MUERTE DEL MANDANTE, DEBIDO A QUE TAMBIEN INTERESA SU CUMPLIMIENTO AL MANDATARIO YA TERCEROS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

En 1976, se celebra la venta de un piso situado en Barcelona, sobre el cual se constituye una hipoteca en garantía de un préstamo; en la escritura, entre otras estipulaciones, se pacta la sumisión expresa a los Tribunales de Tarragona—de donde son vecinos los prestamistas—y la constitución del mandato a favor de los ejecutantes para la adjudicación de la finca en caso de ejecución extrajudicial. El comprador fallece en 1983, y su

hija y heredera firma, con otras tres personas, un documento privado en el cual reconoce que estaba en deber los intereses de la hipoteca en el que se prorroga el préstamo; en 1984 arrienda la finca, con un anexo en el que vende la finca a la arrendataria, pero este pacto no llega a realizarse. Los prestamistas ejercen la acción hipotecaria extrajudicialmente, la finca se subasta y es adquirida. La prestataria demanda a los prestamistas, a la arrendataria y a los adjudicatarios reclamando la nulidad de la escritura de venta a favor de los adjudicatarios, declarar la cancelación de la inscripción registral de dicha escritura y la indemnización por daños y perjuicios. Se desestima la demanda en primera instancia, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso alegando, en primer lugar, que la sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Tarragona no puede oponerse a lo dispuesto en el actual artículo 236 del Reglamento Hipotecario, que exige que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria sólo sea seguido ante Notario hábil para actuar en el lugar en el que radique alguna de las fincas, hallándose en este caso en Barcelona; además, esta sumisión expresa se señala en el contrato sólo para el procedimiento judicial. En cuanto a la posibilidad de haberse extinguido el mandato a favor de los ejecutantes por fallecimiento del hipotecante (padre de la recurrente), según el 1732.3º C.c. no es admisible, porque un mandato puede ser irrevocable cuando su fin sea proteger, no sólo los intereses del mandante, sino también los del mandatario o de terceros (procurator in rem suam), y para evitar que se frustre el fin perseguido por voluntad de uno sólo de los interesados, lo que es precisamente el caso del mandato a favor de los ejecutantes para la venta de la finca en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

ES VALIDO EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL EN EL QUE SE CONDICIONA LA RESOLUCION CONTRACTUAL AL PAGO DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS EN UN PLAZO QUE DISCRECIONALMENTE CONCEDE EL VENDEDOR AL COMPRADOR, Y TAMBIEN ES VALIDA SU ENTREGA EN EL DOMICILIO DE ÉSTE, AUNQUE SE HAGA A OTRA PERSONA. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1999)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Un matrimonio celebra un contrato de compraventa con otro en 1984, y en 1993, los compradores demandan a la esposa y al marido, que falleció en 1987, por lo que le sustituyen sus herederos, reclamando la resolución del contrato, previo requerimiento que se les hizo por medio de Notario y acto de conciliación, en el cual se daba un plazo de ocho días para pagar, apercibiéndoles de que, si así no se hace, se llevará a cabo la resolución. La carta se entrega a una tía del marido en el domicilio de los compradores. La demanda fue estimada en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso al rechazar el argumento según el cual no es válido un requerimiento que da un plazo para pagar, resolviéndose el contrato en caso contrario, porque el requerimiento del artículo 1.504 C.c. no es para que el comprador pague, sino para que se allane a la resolución; pero la jurisprudencia del TS dice que uno de los presupuestos para que el artículo 1504 se aplique es, aparte del requerimiento, la voluntad rebelde al incumplimiento, y si no se paga en un plazo, está clara la voluntad del comprador de no cumplir y allanarse a la resolución. El hecho de que la carta-requerimiento se haya entregado a la tía del marido, advirtiéndole su obligación de entregarla a éste sin

especificar nada sobre la esposa, no invalida el requerimiento, pues la carta iba dirigida a los dos y se hizo en el domicilio de ambos.

ES CONDICION «NO INVALIDANTE» AQUELLA EN QUE LA VOLUNTAD DEL DEUDOR DEPENDE DE UNOS MOTIVOS QUE INFLUYEN EN ELLA, AUN CUANDO ESTÉN CONFIADOS A LA SOLA VALORACION DEL INTERESADO.
(SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1999)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

En 1987, una SA celebró un contrato privado de opción de compra de un solar con un matrimonio —más exactamente, con el marido, que afirmó actuar con el consentimiento de su esposa—, fijándose un plazo de cuatro meses a partir de la obtención de la licencia de obras para el ejercicio de tal derecho. La SA comenzó a realizar las oportunas operaciones para obtener la licencia, y en 1988, recibió, por conducto notarial, carta de la esposa, en la que negaba su conocimiento del contrato y su consentimiento a la venta del solar, por lo que la SA interpuso querella contra los cónyuges por presunto delito de estafa, cuyas diligencias previas fueron sobreseídas. La S.A. demandó a los cónyuges reclamando el cumplimiento del contrato, el otorgamiento de escritura pública de compraventa, la resolución en caso de no hacerse aquello y la indemnización por daños y perjuicios. La demanda se desestima en primera y segunda instancias, y la SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que la estipulación que señala un plazo desde la obtención de la licencia para ejercitar la opción entra en la categoría de condición puramente potestativa, en cuanto que su dicción da a entender que la eficacia de lo convenido queda supeditada a

la exclusiva voluntad del optante, por lo que, en relación con los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil, la jurisprudencia establece una interpretación restrictiva de los mismos, distinguiendo entre condiciones puramente potestativas y simplemente potestativas, basadas, respectivamente, en la pura arbitrariedad y en la valoración de otros intereses, por lo que proclama como condición no invalidante aquella en que la voluntad del deudor depende de un conjunto de motivaciones e intereses que, actuando sobre ella, influyen en su determinación, aun cuando estén confiadas a la sola valoración del interesado.

EL HECHO DEL PAGO INCUMBE PROBARLO A QUIEN LO ALEGA. EL NEGOCIO NO PIERDE VALIDEZ POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES DE LAS QUE NO DEPENDE LA VIDA DEL MISMO. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1999)

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

En 1988 se celebró un contrato de opción de compra de finca rústica, concedida durante un plazo de seis meses, luego prorrogado indefinidamente mientras se pagara el precio de la opción en unas cantidades a pagar semestralmente. Se subordinaba también la eficacia de la opción a que la optante obtuviera la concesión y licencias de explotación y construcción de una gasolinera. Después la optante demandó a la concedente para que otorgara escritura pública, y ésta se negó porque la optante había dejado de pagar el precio correspondiente a dos semestres. Las sentencias de primera y segunda instancias declararon probado tal impago y desestimaron la demanda. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que quien ejerce un derecho de opción concedida mediante precio debe demostrar el pago del mismo, lo que en este caso no está probado en autos, y esto incumbe a quien lo alega, no a quien lo niega, por su dificultad y porque a veces determina inversión de la carga de la prueba. No cabe analizar si se concedieron o no las autorizaciones, porque, según el contrato, se subordinó a éstas su eficacia, no su validez, por lo que ésta es una cuestión irrelevante.

LA TRANSMISION DEL DOMINIO POR COMPRA VENTA SOLO TIENE LUGAR SI HAY TRADICION, AUNQUE NO HAYA DUDAS SOBRE LA PERFECCIONDEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

En 1991, dos Sociedades celebran un contrato privado de compraventa sobre determinados bienes. En 1993, se ejecutaron los bienes de la Sociedad vendedora, y la Sociedad compradora ejercitó la tercería de dominio alegando dicho contrato, acreditando la realidad de la transmisión con la aportación del documento privado y tres letras de cambio y un cheque. La demanda se desestimó en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. La Sociedad compradora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al establecer que la transmisión de dominio en virtud de compraventa sólo puede hacerse, no sólo probando el perfeccionamiento del contrato (título), sino también la tradición (modo), y en este caso, no es necesario que para aplicar el artículo 1462 C.c. haya escritura pública (tradición simbólica), pues también puede serlo la privada, según declara el artículo 1227 C.c. Las sentencias de instancia declararon probado la

perfección del contrato, y, por tanto, la existencia de título, pero no tuvieron por acreditada la entrega de la cosa (modo), porque no consta que el documento cumpla ninguno de los requisitos del 1.227, y la valoración de los hechos probados en las sentencias de instancia no es admisible en casación.

LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR UNO DE LOS CONTRATANTES DE LAS GARANTIAS CONVENIDAS DA LUGAR A LA PERDIDA DEL BENEFICIO DEL PLAZO. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LA VIDA DEL CONTRATO PUEDE ALTERAR LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LO CONVENIDA POR LAS PARTES. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

En 1984, dos Sociedades suscribieron con otra un acuerdo sobre reconocimiento de deuda, en cuya cláusula 3a se especifican las modalidades de pago, con los correspondientes plazos estipulados al respecto. Después, las acreedoras demandaron a la deudora la suma debida, y la demandada contestó y formuló reconvenición reclamando la improcedencia de la resolución del contrato de concesión operada unilateralmente por las acreedoras, así como su incumplimiento contractual estableciendo la plena vigencia de dicho contrato. En primera instancia se estimó la demanda y se desestimó la reconvenición, condenando a la demandada a pagar la mencionada suma. En segunda instancia, se confirma parcialmente la sentencia, condenando a la demandada al pago de la suma y declarando improcedente la resolución del contrato de concesión, condenando también a la demandante a indemnizar a la demandada por daños y perjuicios una cantidad equivalente al lucro cesante por los

catorce meses que no disfrutó la concesión. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que las garantías dadas para el pago de las cantidades, siendo éstas consistentes en el otorgamiento de escritura pública y entrega de las letras pagaderas en cuatro años, son suficientes para causar la pérdida del beneficio del plazo, pues la deudora ha rehusado otorgar tales garantías, y se estima vencida la deuda ya en el momento de interponerse la demanda, que es el momento que sirve de referencia al estado temporal de la controversia. La posible violación del artículo 1091 C.c.—posible atribución a un contrato de efectos jurídicos distintos a los convenidos por las partes sin norma alguna habilitante no se da, debido a la contemplación por la sentencia recurrida de las vicisitudes y circunstancias acaecidas a dicho pacto, para concretar que, efectivamente, se debe la suma señalada. No se incluye la totalidad del lucro cesante en la indemnización, porque la cuantía se supedita al resultado del último ejercicio como modelo de cuantificación de dichos perjuicios.

LA OCULTACION POR EL ASEGURADO DE LAS CARACTERISTICAS DE LA COSA ASEGURADA QUE PUEDEN SER INFLUYENTES Y DETERMINANTES DE LA CONCLUSION DEL CONTRATO ES CONSTITUTIVA DE DOLO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Una SA constructora reclama a su aseguradora el pago de la indemnización por el siniestro ocurrido en el terreno asegurado. Se estima la demanda en primera instancia y se revoca la sentencia en la segunda. La constructora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al declarar que la interpretación que la sentencia recurrida da al artículo 10.3 de la Ley del Contrato de Seguro es correcta, pues el asegurador está exonerado del pago en caso de culpa grave o dolo que supone reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlos conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrar el contrato, lo que coincide con la regla general del artículo 1269 C.c.. En este caso, la sentencia recurrida declaró probado que la constructora conocía las características del terreno, que obligaron a cambiar el sistema de cimentación, a través de un informe emitido meses antes de la celebración del contrato, ocultando todo ello a la aseguradora.

LOS GASTOS NECESARIOS DEL ARTICULO 453 DEL CODIGO CIVIL SOLO SON EXIGIBLES SI SE REALIZAN PARA LA CONSERVACION DE LA COSA Y REDUNDAN EN BENEFICIO DEL PROPIETARIO NO POSEEDOR. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

En procedimiento seguido ante la antigua Magistratura de Trabajo —en 1988— se adjudicó a una SA la rotativa propiedad de otra SA. Esta última Sociedad celebró un contrato de arrendamiento sobre unos locales, como arrendataria, con el fin de editar un periódico. En 1989, el Juzgado de lo Social intentó la entrega de la máquina a la adjudicataria, sin que dicha entrega fuese posible por dificultades técnicas. Poco después, la SA poseedora de la máquina formula interdicto de recobrar la posesión, que es desestimado, para hacerse entrega efectiva de la posesión de la máquina, con su extracción de los locales en que estaba

instalada, ocupando una de las tres crujías del local, y los locales estuvieron cerrados durante once meses, sin que el citado periódico se publicase. La maquinaria no fue entregada hasta marzo de 1990 a la adjudicataria. Entonces, la poseedora demanda a la adjudicataria reclamando una determinada cantidad más los intereses legales, en concepto de gastos necesarios de conservación de la cosa. En primera instancia se desestima la demanda, y la Audiencia Provincial estima la sentencia. La poseedora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al reconocer los hechos que la sentencia de instancia declara probados, de los que se concluye que los gastos hechos por la poseedora no repercutieron de forma beneficiosa en el adjudicatario que pagó el importe del remate y que no pudo disponer de la rotativa hasta marzo de 1990, hechos que han de mantenerse incólumes en vía casacional. Por tanto, los gastos del artículo 453 C.c., que sólo se abonan cuando hayan redundado en beneficio del propietario no poseedor o en la conservación de la cosa, no pueden aplicarse a un supuesto en que la poseedora retrasa a propósito la entrega de la posesión en detrimento económico de la propietaria no poseedora, pues ello sería un enriquecimiento injusto.

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA EN CUANTO NEGOCIO ABSTRACTO TIENE EFICACIA VINCULANTE. LOS ARTICULOS 1.094 Y 1.101 CODIGO CIVIL SOLO SON APLICABLES EN CASO DE DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA, Y LA RESPONSABILIDAD A LA QUE ALUDENES SUBJETIVA. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1999).

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Una SA pesquera prestó una serie de servicios a un Banco, consistentes en atender los gastos de estancia en el

puerto de dos buques propiedad del mismo, entre los cuales se incluía la retribución del vigilante de dichos buques; encontrándose éstos amarrados, ocurrió un incendio en el primero, por causas desconocidas, si bien las cerraduras del puente de gobierno estaban forzadas. La SA demandó al Banco reclamándole una cantidad más los intereses legales, y el Banco formuló reconvenición por los daños y perjuicios causados por el incendio. La demanda fue estimada —y desestimada la reconvenición— en primera instancia, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Banco recurrió en casación.

El TS desestimó el recurso, calificando, en principio, el contrato —por el cual la SA se obligaba a la información, custodia y consignación respecto a los buques— como mercantil, si bien es un contrato atípico, pues las prestaciones son diversas y han sido configuradas como elementos contractuales independientes, siendo por tanto la llamada teoría de la combinación la que mejor conviene para dilucidar el régimen jurídico del contrato, que contiene elementos del arrendamiento de servicios y del depósito, pero sin que pueda calificarse concretamente de uno o de otro, por lo que no se pueden invocar para este caso concreto los artículos 303 del Cco. ni el 1.544 C.c., invocados en el recurso. Sin embargo, la sentencia recurrida declaró probado que el banco reconoció su deuda hacia la SA por la relación jurídica entre los dos, y el reconocimiento de deuda es en sí un negocio jurídico contractual abstracto, que se rige por el artículo 1.277 C.c, y su efecto es una inversión de la carga de la prueba para destruir la presunción que dicho artículo establece, por lo que correspondía al demandado oponer y probar algún hecho extintivo. Lo que lleva a analizar si la SA demandante incurrió en algún incumplimiento contractual debido al incendio, pues ella contrató al vigilante: la norma aplicable al caso son los artículos 1.094 y 1.101 C.c., que regulan las obligaciones de conservación de

la cosa e indemnización por daños y perjuicios; pero la responsabilidad que se exige en virtud de éstos sólo puede darse cuando se incurre en dolo, negligencia, morosidad y contravención del tenor de lo pactado, y, en todo caso, debe recaer sobre el vigilante, no sobre la SA que le contrató pues tal responsabilidad es subjetiva, no objetiva, aparte de que no ha sido demostrada en las sentencias de instancia que el incendio sea imputable a omisión del deber de vigilancia, pues el vigilante estaba presente aquel día, y se desconocen las causas del incendio.

LAS OBLIGACIONES ENTRE EXTRANJEROS SE REGIRAN POR EL DERECHO ESPANOL CUANDO NO SEA POSIBLE A LOS TRIBUNALES ESPANOLES FUNDAMENTAR CON SEGURIDAD ABSOLUTA LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1999).

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Nueve extranjeros demandan a otro extranjero el pago de una deuda más los intereses pactados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca la sentencia, condenando al demandado al pago de las cantidades aludidas. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que el artículo 12.6 C.c. exige que quien invoca la aplicación del Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia y la vigencia de tal Derecho, así como su aplicación al caso concreto; todo ello es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, de forma que su aplicación no suscite la menor duda razonable entre los Tribunales españoles. En este caso, según consta en la sentencia de instancia, el demandado admitió en confesión judicial la autenticidad del documento privado y el reconocimiento de que la deuda está contenida en dicho documento. El TS reconoce

al Tribunal de instancia soberanía para la apreciación de las pruebas, sin entrar a examinarlas, por no ser la casación una tercera instancia.

LA PREFERENCIA CREDITICIA DEL LEASING SE DETERMINA POR LA FECHA DE LA POLIZA SI LA CANTIDAD ADEUDADA SE CONCRETA EXACTAMENTE EN ÉSTA. UN CREDITO QUE CONSTE EN POLIZA INTERVENIDA POR CORREDOR DE COMERCIO ES EXIGIBLE EN CUALQUIER CLASE DE CONTRATO, PERO SOLO POR SU IMPORTE, NO POR LAS COSTAS Y GASTOS DEL JUICIO EJECUTIVO. (SENTENCIA DE 30 de diciembre de 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA de leasing celebró con otra SA un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra sobre una maquinaria en 1990, mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa, y dicho contrato estaba garantizado, a favor de la arrendataria, por varios fiadores solidarios: La arrendataria dejó de pagar las cuotas mensuales, y la arrendadora dio por vencidas todas las cuotas concertadas, promoviendo contra la arrendataria y los fiadores un juicio ejecutivo, por su parte, un Banco era tenedor de diversas letras de cambio aceptadas por la arrendataria y libradas por uno de los fiadores, y, al no ser pagadas, el Banco promovió contra la arrendataria juicio ejecutivo, en el que recayó sentencia de remate de 4 de febrero de 1991. La SA arrendadora promovió contra el Banco y contra el citado fiador un proceso de tercería de mejor derecho. En primera instancia se desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia. El Banco recurrió en casación.

El TS desestima el recurso en cuanto a sus dos primeros motivos: no se considera vulnerado el artículo 1.924.3º A) C.c., porque una póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio en la que se contiene el crédito es equiparable a la

escritura pública, y si la cantidad adeudada está exactamente concretada en la misma póliza, sin necesidad de realizar una posterior liquidación —como es el caso presente—, para resolver cuestiones de preferencia de créditos habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza, que aquí es de fecha de 26 de noviembre de 1990, es decir, anterior a la sentencia de remate; por otra parte, tampoco se entiende vulnerada la Disposición Adicional 7.ª, la de la Ley 26/88, de 2 de julio, porque, aunque ésta se refiera expresamente a pólizas de préstamo, no impide su aplicación a pólizas de otros contratos como el de leasing —que son exigibles por el hecho de la suscripción de la póliza por Corredor de Comercio, no por la calificación del contrato.

En cambio, estima el tercer motivo, en el que se denuncia la infracción del 1923.3º A) C.c. en cuanto a la exigencia de las costas y gastos del juicio ejecutivo, pues la preferencia crediticia que dicho artículo establece se refiere sólo al importe del crédito.

PARA QUE UNA FINCA EN PROPIEDAD HORIZONTAL PUEDA CONSIDERARSE COMO TAL, DEBE SER SUSCEPTIBLE DE APOVECHAMIENTO INDEPENDIENTE Y TENER SALIDA A ELEMENTO COMUN O A LA VIA PUBLICA. SI EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE HA SENALADO LA FINCA SIN ALUDIR A SUS LINDEROS O A SU CABIDA, HA DE ENTREGARSE TODA LA FINCA, Y NO UNA PORCION DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Dos hermanas demandan la entrega de un apartamento dúplex, su terraza, y un local comercial que hay debajo del mismo, el otorgamiento de escritura pública de compraventa,

la entrega de las licencias para la explotación del local, e indemnización por falta de uso y explotación de dicho local a una persona, y los presuntos herederos de una herencia yacente; a esta demanda se acumula otra contra tres Sociedades. En primera instancia se estiman ambas demandas, y la Audiencia Provincial sólo las estima parcialmente. Ambas partes recurren en casación.

El TS estima el recurso de la parte demandante y desestima el recurso de la demandada, al considerar que la terraza del apartamento no es susceptible de propiedad separada, al punto de pertenecer a una de las Sociedades demandadas, y no cabe el argumento de que no pueda ser objeto del contrato, porque una terraza, por sí sola no es susceptible de aprovechamiento independiente, ni tiene salida a elemento común o a la vía pública, según dicen el artículo 396 C.c. y el 3 a) de la Ley de Propiedad Horizontal, pues sólo puede accederse a ella a través de la planta inferior del apartamento dúplex, por lo que, siendo evidente que está aparejada al mismo, es objeto del contrato junto con él. Por otra parte, tampoco puede alegarse que sólo ha de entregarse la parte de la finca definida dentro de los linderos del apartamento y del local, porque en el contrato no se expresan linderos ni superficie del local, sino que se señaló con otros criterios, por lo que ha de entregarse toda la finca señalada.

M. ^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

EL COMPRADOR QUE PAGA EL ARBITRIO DE PLUSVALIA TIENE DERECHO A REPECUTIRLO SOBRE EL TRANSMITENTE, Y SI ESTE ESTA EXENTO DEL PAGO ES QUIEN HA DE RECLAMAR DEL AYUNTAMIENTO QUE NO LE

COMUNICO LA LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El derecho a repercutir lo pagado, ha de acogerse, pues la obligación nacida de la cláusula cuarta del contrato de compraventa tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1.091) y ha de cumplirse en la forma que determina el artículo 354.2 del R.D. 781/86, que autoriza tal repercusión de lo pagado sobre aquél en el que recaé el arbitrio, es decir, en el enajenante, sin que por lo expuesto pueda mantenerse que se pagó indebidamente, por el comprador, que se ve apremiado al efecto, pero que no debe en ningún caso convertirse en el contribuyente, como si sobre él recayese el tan aludido arbitrio, y si existe exención a favor del vendedor (Mutua), es ella quien tiene que oponerla frente al Ayuntamiento y acreditarla, reclamando del mismo si es que hubo cobro de lo indebido y si es que dicho organismo no le comunicó la liquidación y las sanciones cual afirma, ya que el comprador cumplió su obligación al declarar la transmisión del dominio e indicar que estaba exenta, y si el Ayuntamiento no le comunicó la liquidación del impuesto de plusvalía no puede pretender que las consecuencias perjudiciales de ello recaigan sobre el comprador, e realidad simple sustituo del pago y por ello, con derecho a repercutirlo sobre el enajenante, que es quien ha de reclamar, en su caso, del Ayuntamiento, porque su pasividad no justifica lo contrario.

EN EL PACTO DE ARRAS DEBE HACERSE CONSTAR LA FUNCION PENITENCIAL DE LOS ANTICIPOS ENTREGADOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Es doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, que el empleo de la palabra

señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio. Lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos la interpretación de dicho precepto sustantivo viene a sentar que no se trata de derecho necesario; para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados, pues, en otro caso cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado.

LA TACHA DE LOS TESTIGOS DEBE SER APRECIADA DISCRECIONALMENTE POR EL JUEZ, QUIEN DEBE VALORAR LA IMPORTANCIA DE SUS DECLARACIONES. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La tacha de testigos, que siempre hay que advertir no es lo mismo que su inhabilidad para declarar -inhabilidad natural (art. 1246 CC) e inhabilidad legal (art. 1247 CC), no es medio de prueba, sino más bien opera como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testimoniales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad y por no ello no ser veraces. Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma, y tanto se practique, como no en la sentencia donde el Juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo tachado, con lo que no se impide estimar en todo o en parte el valor probatorio de estas declaraciones, al autorizar el

artículo 1.248 CC y el 6-9 de la 1, EC su apreciación discrecional, para lo que se puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada testigo y entre estas aquellas por las que fueron tachados. La tacha actúa como circunstancial y ha de apreciarse en concurrencia con otras coyunturas que se den.

LA CONSIGNACION JUDICIAL DE CANTIDAD PRODUCE LOS EFECTOS DEL PAGO CUANDO EL ACREEDOR SIN RAZON SE NIEGA A ADMITIRLO.
(SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

El artículo 1.176 CC contiene una modalidad particular del pago de deuda mediante la consignación de su importe total, es decir debe de tratarse de pago completo, para lo cual el deudor lleva a cabo una manifestación explícita de su voluntad decidida de querer pagar, con entrega efectiva, que no es suficiente, y con ello no se produce el pago, pues necesita de la recepción y cobro por el acreedor y sólo cuando sin razón o justificación dotada de racionalidad suficiente, éste se niega a admitirlo, es cuando se opera la liberalización del deudor, para lo cual el Juez debe ponderar si la consignación practicada se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, a fin de declararla bien hecha y cancelar la obligación, con lo cual se alcanza condición de definitiva e irrevocable (arts. 1.177 y 1.180 CC-1, A FUNCIÓN CALIFICADO-A DE LOS CONTRATOS E- COMPETENCIA DE 1, A SALA DE INSTANCIA CUYO CRITERIO DEBE PREVALECER (Sentencia de 8 de febrero de 1999) El recurrente entiende que la relación contractual litigiosa tiene naturaleza de típica compraventa mercantil. No obstante la Audiencia en día razonó, excluyendo al calificación, que los pactos que vinculan a las partes integran «una figura contractual atípica y compleja que participa de la diferente naturaleza jurídica que configura ya la compraventa, ya al

suministro» ya al contrato de ejecución de obra y que los litigantes engloban bajo la genérica denominación de «contratos industriales». Ergo como la función calificadora del contrato es competencia de la Sala de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer, salvo que sea ilógico, excepción que no se produce en el caso de autos, no prospera este motivo.

LA ACEPTACION POR EL ACREEDOR DE LA OBLIGACION DEL FIADOR PUEDE SER TACITA. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1999).

El Tribunal supremo entiende la que sentencia de la Audiencia recurrida reconoce el carácter subsidiario de la fianza prestada al declarar en su fallo que el recurrente «solamente debe ser condenado si no pudiera hacer pago el deudor principal». Además, el artículo 1.834 CC permite demandar conjuntamente al deudor y fiador, si bien ha de quedar a salvo el beneficio de excusión de éste, y no puede hacerse efectiva inmediatamente su condena. Por último, es incomprensible que se diga que el recurrente no ha sido requerido de pago cuando ha sido demandado junto con el deudor por el acreedor a ese fin, contestando a la demanda y apelando la sentencia de primera instancia.

EL CONTRATISTA DE UNA OBRA QUE NO HA SIDO PENALIZADO POR EL DUEÑO, POR RETRASO EN LA TERMINACION DE LA MISMA, NO PUEDE PENALIZAR AL SUBCONTRATISTA POR DICHO RETRASO. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La Sala del Tribunal supremo señala que si bien la interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de la instancia, el resultado hermeneútico por éstos obtenido puede, sin embargo ser

sometido a esta revisión casacional, cuando con el mismo se llegue a conclusiones absurdas o ilógicas, siendo éste el supuesto aquí contemplado. En sede de doctrina general, en todo contrato de arrendamiento de obra, la ya típica cláusula penal de uso tan frecuente, que consiste en la fijación del pago, por el contratista de una sanción pecuniaria por cada día de retraso en el plazo pactado de terminación de la obra, está concebida obviamente, a favor del dueño de la obra para compensarle de los perjuicios que le ocasione el retraso en la entrega de la misma ya totalmente terminada. La cláusula penal objeto del proceso no puede tener la aplicación automática que corresponde a la típica cláusula penal al principio indicada en sede de doctrina general, y ello no sólo porque en la cana de la contratista a la subcontratista se dice expresamente que «la penalización será proporcional a la que tiene la contratista'~, sino también porque aunque no existiera tal documento la entidad contratista no puede sufrir, por el retraso en la terminación, el perjuicio que afecta al dueño de la obra (ya que no lo es) sino que única y exclusivamente puede considerarse perjudicada en la medida en que se vea penalizada por un retraso en la terminación de la obra, que no le sea imputable a ella (como contratista), sino a un subcontratista de la misma. Como en el presente supuesto litigioso aparece plenamente probado que la entidad contratista no ha sido penalizada pro el dueño de la obra, por retraso en la terminación de ta misma, ni por ningún otro concepto, es evidente que no puede ella pretender la aplicación a la subcontratista de la cláusula penal litigiosa por un supuesto perjuicio que no ha tenido, aparte de que si se accediera a la aplicación de la cláusula penal litigiosa a favor de la contratista se estaría viabilizando un evidente y totalmente recusable enriquecimiento injusto a favor de la referida contratista.

LOS ARTÍCULOS 1.124 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL SE COMPLEMENTAN.
(SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Las Sentencias dictadas por esta Sala han creado una doctrina jurisprudencia, que especifica que los artículos 1.124 y 1.504 CC no se excluyen sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del segundo para el supuesto de compraventa de inmuebles, y para el caso concreto de falta de pago del precio por parte del comprador. Ahora bien, para una correcta aplicación del artículo 1.504 CC, deben concurrir los siguientes requisitos: - precio aplazado, - impago del precio, - voluntad rebelde al cumplimiento del pago del precio, - requerimiento judicial o notarial, y - que el vendedor cumpla sus obligaciones de entrega del bien inmueble. Existe una doctrina jurisprudencial pacífica y constante, que ha superado una anterior contrapuesta, la que especifica que nada impide calificar al requerimiento del artículo 1.504 CC como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad -a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual- condicionada, es decir que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se debe supeditar, en el sentido técnico-jurídico, o se debe subordinar al cumplimiento de un acto concreto: el pago por el deudor comprador.

ES CAUSA DE EXTINCION DE LA OBLIGACION LA IMPOSIBILIDAD NO IMPUTABLE AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

Se considera infringido el artículo 1.184 CC que establece la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación como causa de extinción; es causa de extinción de

la obligación por no ser posible realizar la prestación por el deudor, sin que le sea imputable a éste, si le es imputable no es causa de extinción de la obligación sino que da lugar a la resolución, a la ejecución forzosa en forma específica o a la indemnización. No hay infracción del artículo 1.184 del Código Civil cuya aplicación no procede en el presente caso.

NO SE PUEDE CITAR COMO INFRINGIDO EL ARTICULO 1.591 CC PARA CUESTIONES DE N, 4TUIRALE~ZA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

Los pretendidos vicios de la obra, la sentencia recurrida los imputa a la actora, sin que se haya citado ninguna norma infringida en aquella valoración probatoria, por lo que ha de quedar incólume en este recurso. El artículo 1.~91 CC es nonna de carácter sustantivo y nada atañe a la cuestión de prueba. Además frente al juicio de la audiencia la actora enfrenta el dictamen técnico que acompañó a la demanda, pero por si mismo nada hace que tenga el carácter de veracidad, por haberse hecho a petición de parte irlteresada y no durante el periodo probatorio de este procedimiento.

I. I. M.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

DERECHO CIVIL

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

*LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ACUMULACION DE ACCIONES
SIMULACION CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1998.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella en sentencia de 12 de diciembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) en sentencia de 30 de diciembre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El presupuesto procesal del litisconsorcio pasivo necesario obliga a avocar a juicio a todos los interesados en la relación jurídica material que es objeto de debate judicial y que de alguna manera han de quedar afectados por la resolución que se dicte sin embargo, no tiene ese alcance absoluto que propugna el recurrente la presente litis, porque resulta de toda evidencia la innecesariedad de traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendía. Por eso tal doctrina aplicada a nuestro caso determina el rechazo de la excepción de litisconsorcio pasivo alegada, pues figurando el esposo como demandante ha de negarsele legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad del acto dispositivo por falta de consentimiento de la esposa, la presencia de la misma en el proceso es muestra de su aquietamiento a la pretensión de anulabilidad ejercitada por ella por lo que era necesaria su llamada al pleito en el concepto de demandado sin que la sentencia/ en caso de declaración de nulidad, haya de contener pronunciamiento condenatorio para el esposo que entonces vendría obligado a soportar la nulidad en razón al consentimiento manifestado a la acción ejercitada por la esposa. Aparte de desestimar el litisconsorcio pasivo

necesario tambien se rechaza la defectuosa acumulación de acciones, y para ello tiene en cuenta que las acciones acumuladas nacen de un mismo contrato cuya nulidad se postula. Si bien por diferentes causas no incompatibles entre si, se dirigen contra las mismas personas en concepto de demandados. La simulacion contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder esta a otra finalidad juridica distinta sin que se oponga a la apreciacion de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante el fedatario publico que, como t-ene declarado la Sala la eficacia de los contratos otorgados ante Notario no alcanza la veracidad intrinseca de las declaraciones de ios contratantes, ni la intencion o proposito que oculten o disimulen, porque esto escapa a la apreciacion notarial~ dado que, evidentemente, el documento publico da fe del hecho y de la fecha, pero no de su verdad intrinseca; por otra parte, es necesrio acudir a la prueba de las presunciones determinada en el articulo 1.253 delCodigo ~ivil para apreciar la realidad de la simulacion, y ello por ser ~randes las dificultades de la prueba plena de la simulacion de los contratos por el empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulacion y por aparentear que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad. Segun reiterada jurisprudencia se puede distinguir una dualidad o simulacion absoluta, cuando el proposito comercial inexistente por completo y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, ostenta una finalidad cuasi publica con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destruccion de lo así • simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficcion efectuado.

PRESCRIPCION. NOTIFICACION. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998~.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granollers en sentencia de 29.04.92 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14a) en sentencia de 7.06.93 estima los recursos deducidos~ El recurso de casación no triunfa.

Hechos.- Acaece un incendio a causa del cual queda destruido un almacén y las viviendas superiores del edificio. Dicho almacén estaba arrendado, y su techo no se encontraba recubierto de mortero de c.p.a. de tres centímetros de grosor como exige el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y en estado deficiente. En el citado local no solo se guardaban en el momento del incendio materiales no combustibles destinados a la construcción, sino también, otros fácilmente inflamables como plásticos, colas y dos vehículos de la empresa.

Doctrina de la Sentencia.- La acción se ejerció transcurrido el plazo legal de prescripción. De un lado, la sentencia recurrida entiende que la prescripción como limitación que es al ejercicio extemporáneo y tardío de las acciones en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista, al ser una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, ha de merecer un tratamiento restrictivo, criterio especialmente aplicable en las prescripciones cortas, de plazo anual o similar. ~ es que la conducta del perjudicado solicitando la indemnización aparece opuesta a la inactividad que su~tenta la institución en la presunción de abandono de su titular, eliminándose el fundamento subjetivo sobre el que se mantiene, sin olvidar el objetivo de protección del deudor determinante pero compatible en tanto no se vulneran las exigencias de seguridad y certeza, conforme a lo . .

reiterado y declarado por la jurisprudencia. En nuestro supuesto, incoado un proceso penal, el plazo anual queda interrumpido por la tramitacion de la vta penal preferente, debiendo de computarse desde el momento en que se concluyo la causa criminal, como mínimo y salvo supuestos específicos no aplicables a la litis y la interrupcion de la prescripcion de conformidad con el artículo 1.974 delCodigo Civil, en las obligaciones solidarias, aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, lo cual significa que cualquier acción intentada contra alguno de ellos es oponible frente a los demas. En consencuencia, incoadas diligencias penales por los hechos enjuiciados en los presentes autos no comenzo a computarse dicho plazo sino desde que concluyeron las diligencias. La Sala considero que no cabe presumir el transcurso del plazo de prescripcion. Mas, recientemente, la jurisprudencia evoluciona, conforme a doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de que debe constar conocimiento del archivo definitivo o sobreseimiento de las actuaciones penales, por medio de la notificacion correspondiente, a los interesados que no fueron «parte» en el proceso penal para que a partir de esa fecha se compute el plazo. Y es que en un supuesto sejemante, recogiendo la doctrina de que «subsistiendo la llamada accion civil derivada de delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiendo este personado en el proceso penal~ los organos judiciales procederan a la notificacion de la providencia de archivo de las actuaciones penales», pues en otro caso, la ausencia de esta notificacion es suceptible de efectuar negativamente, como aquí sucede, el derecho constitucional de la perjudicada en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparacion del dano sufrido. Al no haberse notificado a los perjudicados el auto de archivo con las actuaciones penales, el «dies a quo» para el computo del plazo de prescripcion de la ejercitada accion civil de

responsabilidad por culpa extracontractual (artículo 968.º) es aquel en que/ según se pruebe en el proceso, los perjudicados tuvieron por otro medio, real y efectivo, conocimiento de la existencia. Además de lo hasta ahora expuesto, hemos de añadir que es reiterada la doctrina que mantiene que la interpretación que haya de darse a las normas que regulan los plazos de prescripción en el ejercicio de los derechos y acciones o establecen el cómputo de dichos plazos, sin embargo, dentro de la función de garante de los derechos fundamentales que le está encomendada corresponde a este Tribunal determinar si las resoluciones judiciales impugnadas por prescindir enteramente de la falta de notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales a la perjudicada es contraria al derecho de acceso al proceso en el orden civil, que el artículo 24.1 de la Constitución Española reconoce, para lo que se ha de tener en cuenta que el perjudicado en el proceso penal no puede reiniciar el ejercicio de la acción civil para la reparación del daño causado hasta que terminen las actuaciones penales, y ello porque el conocimiento de la fecha en que han finalizado dichas actuaciones constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional. Y también porque el conocimiento de este hecho ha de valorarse en atención a las consecuencias negativas que puede sufrir el perjudicado cuando no ha renunciado al ejercicio de la acción civil. FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Zaragoza en sentencia de 16.02.93 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5a) en sentencia de 29.2.93 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.- La declaracion de suspension de pagos no produce limitacion alguna en la capacidad juridica del suspenso. Sus facultades no tienen otra limitacion que la que lleva a cabo el organo de control que conforman los interventores o los que decreta la suspensión de pagos, tratandose de situacion distinta a la quiebra, como dispone y preve el articulo 6 de la Ley de Suspension de Pagos de 22 de Julio de 1.922, y esto lleva a la posibilidad de que durante el estado de suspension puedan plantearse juicios ordinarios contra el comerciante deudor suspenso al margen del propio procedimiento concursal, para, entre otros supuestos, ejercitar acciones resolutorias de las relaciones obligacionales concertadas, aunque la sentencia que recaiga no podra entrar en via ejecutoria, al quedar vinculado el actor que la hubiera obtenido favorable al convenio que se alcance en el procedimiento de suspension y siempre que no se trate de creditos privilegiados.

Doctrina de la Sentencia.- Lo que efectivamente se cuestiona es si se da situacion de litisconsorcio pasivo necesario. Los preceptos que se dicen infringidos no declaran ni justifican la vocacion al proceso de los interventores en supuestos como el presente, lo que si sucede para los casos previstos en el articulo 22 de la Ley de Suspension de Pagos. Los interventores no tienen que completar la capacidad juridico procesal del suspenso, ya que la ley no la limita -aunque en cierto sentido la controla- y sobre todo en lo que concierne a su posición pasiva en el litigio entablado contra el mismo. En realidad, la funcion de los interventores resultan e~presamente delimitadas en la Ley especial, y no inciden en la actitud del comerciante suspenso para soportar las demandas que se entablan contra el mismo. Y es que la relacion contractual que medió entre los litigantes «fue una compraventa mercantil ordinaria» y no la especial de venta de bienes muebles a plazos.

EL SEGURO OBLIGATORIO DEL AUTOMOVIL COMO BASE DEL SEGURO OBLIGATORIO DE CAZA. RELACION ENTRE AMBOS. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Zafra (Badajoz) en sentencia de 14.06.93 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2a) en sentencia de 2.11.93 estima parcialmente los recursos interpuestos.

Prospera en parte el recurso de casación.

Objeto de la litis.- El artículo 52.3 del Reglamento de Caza de 25 de Marzo de 1971 remite la cuantía máxima de las prestaciones a cargo del seguro obligatorio de caza a lo establecido en la normativa que regula el seguro obligatorio de automoviles.

DE 1998) - Doctrina de la sentencia.- La actual regulación del seguro obligatorio del automóvil en cuanto a ámbito y límites del seguro se encuentra en el Real Decreto de 30 de Diciembre de 1986 que aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor, obligatorio, cuyos límites cuantitativos se encontraban en el artículo 13. Dicho precepto fue modificado por el Real Decreto de 30 de Octubre de 1992, que eleva los límites de indemnización del de responsabilidad civil, surgente por la adaptación de España al Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas, elevándose el límite de los daños corporales. DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO) El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid en sentencia de 30.11.92 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13a) en sentencia de 6.06.94 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.- La controversia procesal se centra en si la resolución operada, extinguida la opción por caducidad al no haberse ejercitado en el plazo acordado,

resulta de procedencia, y con ello la recurrente tiene derecho a que se le reintegren las cantidades que anticipó.

Doctrina de la Sentencia.— Se trata aquí del ejercicio tardío de la resolución por la parte actora y por tanto inoperante y así mismo configura acto voluntario, pues ni se alegó y menos se demostró la concurrencia de alguna causa determinante que hubiera impedido su ejercitación en el tiempo que correspondía y resultaba apto para su eficacia. La doctrina contenida en varias sentencias DECIDIO QUE la resolución del contrato opcional debió de llevarse a cabo durante la vigencia del mismo. Y, sin embargo, la sentencia recurrida no aplicó tal doctrina e interpretó mal el clausulado que reglamentaba el contrato de opción, al decretar que podía resolverse, extinguida aquella, lo que no resulta posible, infringiéndose los artículos 1.254 y 1.255 en relación al 1.262 del Código Civil, pues la OPCIÓN DE COMPRA, al carecer de disciplina normativa salvo la referencia que efectúa el artículo 14 del Reglamento Hipotecario tiene su fuente de regulación en la voluntad de las partes, no autorizándose, por tratarse de relación obligacional, que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes, que es lo que sucedería si se aceptase la tesis del Tribunal de Instancia, ya que de esta manera la facultad resolutoria se prorrogaría «sine die». Y es que la resolución de los contratos exige que estos tengan existencia, que tengan vida jurídica. No se puede resolver aquello que dejó de tener constancia efectiva, como sucede en nuestra litis, pues al no ejercitarse la opción en el plazo de su vigencia, pereció automáticamente por imperio de la caducidad a la que estaba sometida, perdiendo toda existencia jurídica que el concedente mantuvo y respetó en todo el tiempo de vigencia el derecho que había otorgado.

INTERPRETACION DEL CONTRATO SOBRE OBLIGACION DE SU PAGO. EXISTENCIA, EFECTOS Y OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia numero 13 de los de Madrid en sentencia de 6.07.92 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Seccion 10a) en sentencia de 20.12.93 desestima el recurso de apelacion.

No prospera el recurso de casacion.

Objeto del litigioQ.- El problema del presente caso reside en que se celebra compraventa pública en virtud de escritura de 11 de Febrero de 1986, por medio de la cual la recurrente adquiere de la mercantil demandada un edificio con pago aplazado, consistiendo dicho aplazamiento en que la Camara Oficial de Comercio e Industria de Madrid retiene en garantia del pago de la liquidacion definitiva y firme del Arbitrio de Plusvalia y otros que proceden, una cantidad, importe que será reducido del ultimo pago del precio aplazado, sin perjuicio, eso si, de posibles mutuos abonos, pactando en la concreta clausula Septima lo siguiente: «Todos los gastos, contribuciones e impuestos que se deriven de esta compraventa/ seran satisfechos por las partes con arreglo a la ley».

doctrina de la Sentencia.- Resulto improcedente el reintegro de la totalidad del impuesto pues si cabe admitir una autorización en principio ya que el pago lo efectua la compradora por la parte vendedora, y es esta la primera obligada, cuando sucede como en nuestro caso que el tributo no tiene condicion de firme y definitivo y pender de su determinacion por no haberse resuelto los recursos contenciosos administrativos interpuestos por la vendedora contra la liquidacion efectuada por el Ayuntamiento de Madrid y no desconocidos por la Camara Oficial, las partes contratantes han de respetar y acatar las reglamentaciones obligacionales que acordaron, no siendo

posible, por prohibirlo el artículo 1.256 del Código Civil el cumplimiento arbitrario unilateral.

EL CONTRATO DE SEGURO. LAS FACULTADES DE LOS AGENTES AFECTOS REPRESENTANTES. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Valencia en sentencia de 12.11.91 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) en sentencia de 30.10.93 estima en parte el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

Hechos.— La Comunidad de Propietarios «Torres del Turia» demanda a la entidad «Lepanto S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros», interesando quedar obligado por el seguro contratado que incluía daños por siniestros producidos en las jardineras existentes en las azoteas del edificio, y la condena a la reparación de los daños causados a la comunidad y demás asegurados o beneficiarios en cuantía a determinar en fase de ejecución de sentencia. Y, subsidiariamente, la decisión hecha de la no inclusión en el contrato de los siniestros provenientes de las mencionadas jardineras.

Doctrina de la Sentencia.— Ante este sentir y en base a lo dispuesto en y por el artículo 17.2 de la Ley de Producción de Seguros Privados, las entidades aseguradoras serán responsables frente a terceros de los actos realizados por sus agentes en todo lo que haga referencia a su actuación de acuerdo con el contrato de agencia, entendiéndose que están facultados «para el cobro de primas contra entrega de recibos firmados por apoderado... y para llevar a cabo los actos de comunicación entre esta y el asegurado». Y el artículo 42.2 de su Reglamento para el que «la amplitud de las facultades del agente estará determinada en el contrato de agencia» y «en ningún caso el asegurado que haya actuado de buena fe podrá verse perjudicado por las facultades conferidas al agente y no reconocidas en las normas reguladoras del seguro.. y 45.3

del mismo Reglamento, donde se precisa que «las entidades aseguradoras seran responsables frente a terceros de los actos realizados por sus agentes en todo lo que haga referencia a su actuacion, de acuerdo con el contrato de agencia, sin perjuicio del derecho de repeticion contra el agente». La figura del factor mercantil] requiere, en punto a su actuacion correcta en el medio negocial, de la previa existencia de un apoderameinto escriturado así como acomodar su actividad a las facultades conferidas en el poder o directrices marcadas por su mandante, no lo es menos que en s-comportameinto frente a terceros tiene vital importancia la apariencia jur~dica que rodea su actuacion, de manera que cuanbdo el quehacer que realiza, por su propio contenido transcendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia que origina es la vinculacion entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebrarla el principio de seguridad juridica.

RECONVENCION. CONTRATO DE ARR~N~AMIENTO DE OBRAS. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1998) .

El Juzgado de Primera Instancia de Puertollano en sentencia de 10.07.93 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real (Seccion 2a) en sentenica de 31.12.93 desestima el recurso de apelacion.

No prospera el recursc de casacion.

Hechos.- Se alega la concurrencia de falta de legitimacion pasiva en base a que el presupuesto que actua como relacion contractual entre los litigantes de fecha 25.09.90 fue suscrito por la contratista -parte actora, Instalaciones Aguirre S.L.-, y Don Jose Cabanas Fernandez, y no por la recurrente, sociedad Cabanas e Hijos S.A., siendo el objeto del contrato de arrendamiento de obras, las actividades de acondicionamiento e instalacion de frio enel Hotel denominado «Cabanass», propiedad de la mercantil citada, con aportacion de materiales.

Doctrina de la Sentencia.- La excepcion fue aportada al proceso de manera tardía y sin justificación, al resultar incompatible con la pretensión deducida en reconvencción de resolución del contrato. Paralelamente a esto decir que, Don Jose Cabanas Fernandez no actuó para sí y por cuenta propia, sino como representante autorizado y legal de la entidad que recurre, pues en la escritura constitucional se le nombro Administrador Unico y no se probó que hubiera sido cesado en dicho cargo. Al mismo tiempo la documentación emitida por la actora y aceptada para dar cumplimiento al contrato suscrito figuraba expedida a nombre de «Cabanas e Hijos S.L., y lo mismo sucede con las letras libradas por el pago del precio que la mercantil acepto. También se contradice el «factum» declarado probado de que las obras realizadas estan dotadas de perfección en su ejecución y si no se finalizaron fue debido a que el dueño incurrió en incumplimiento de pago acreditado y hubieron de suspenderse los trabajos de la instalación concertada, al introducir unilateralmente la que recurre otra empresa, y la cantidad reclamada en la demanda se correspondia con el resto del precio adeudado por la obra parcial efectuada. Y aunque en el presupuesto figuraba un precio global, la dinamica del contrato opero en la forma inusual de satisfacer parcialmente el precio contra certificaciones de obra realizada, y ello aunque el artículo 1.599 del Código Civil impone que el precio se satisfara al hacerse la entrega, por vía del pacto bilateral pueden acordarse pagos fraccionados y estos resultan posibles y vinculan, aunque la obra se hubiera concertado por precio alzado y no hay concurrencia de convenio previo, por no mediar el tácito de aceptar el precio anticipado, que se satisface aunque no sea en su totalidad.

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.
INCUMPLIMIENTO DE LA CONFIGURACION DE LA FACULTAD DE POSEER
POR EL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia numero 3 de Henidorm en sentencia de 19.11.91 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Seccion 5a) en sentencia de 6.11.93 desestima el recurso de apelacion.

No prospera el recurso de casacion.

Base factica de la presente litis.- Don Dennis Sugar Frank celebra contrato de compraventa en escritura publica, en fecha 8 de Noviembre de 1988, como vendedor, con Don Joseph Antoine Cebokli, como comprador, cuyo objeto es una vivienda unifamiliar, con sus muebles y enseres y una parcela de terreno, por un precio cierto, cuyo pago en parte se hace en el acto y en parte es aplazado con condicion resolutoria en caso de impago. El vendedor (Don Dennis Sugar Frank) se reserva con caracter vitalicio el derecho de habitacion en la planta alta de la vivienda y el garaje de la planta baja y se anade la siguiente clausula: «El comprador tendra derecho a la utilizacion sin restriccion de la planta baja y jardin de la total finca desde la firma de la escritura. Este derecho es personal para el comprador y su madre». El 20 de Marzo de 1990 Don Joseph Antoine Cebokli vende el objeto de la compraventa anterior a Dona Pilar Perez Cuenca, en la escritura se hace constar el derecho de habitacion y la clausula citados. - Doctrina de la Sentencia.- La base jurldica de nuestra litis es el rechazo a la teorla del movil causalizado comG aplicable al caso. A la vista del artlculo 1.274 delCodigo Civil se mantiene que la causa como elemento esencial del negocio juridico y del contrato es un concepto objetivo. El movil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las parte lo incorporen al negocio como una clausula o como una condicion, sin embargo, se puede dar el caso de que el movil se incorpore a la causa, es el móvil causalizado, y tenga trascendencia como tal elemento del negocio jurídico, y como elemento afecta a la existencia, no al desarrollo o al cumplimiento del contrato. En nuestro caso no se puede entender que un determinado movil -que una persona~ el

comprador, y su madre, convivan en la casa— haya llegado a integrar la causa, lo que no se deduce del contrato en el que se ha previsto una condicion resolutoria por impago, pero no por falta de convivencia, ni se ha declarado probado por la sentencia de instancia que simplemente construye la teoría del movil causalizado sin apoyarse en hechos declarados probados. La resolucíon del contrato es la ineficacia de éste, con efecto retroactivo, en virtud de causa que no sea invalidez ínicial, desapareciendo la relacion contractual y volviendo las partes a la situacion jurídica anterior. En el contrato de compra-venta de 8 de Noviembre de 19~8 ya citado, se prevíe el uso de la planta baja, pues la planta alta la utilizaba el vendedor en virtud del derecho de habitacion que se constituyó a su favor era un derecho personal para el comprador y su madre. Al venderse a un tercero, con la subsiguiente facultad de ocupar y poseer la finca, se incumplíe frontalmente esta prevícion. No se trata, mantiene la Sala, de una prohibición de disponer, inaplicable en un contrato a título oneroso, ni de una obligacion, sino de la configuracion de una facultad, mas que de un derecho, derivada de la compra-enta y de la adquisicion de la propiedad de posesion como facultad personal. Al transmitirse la propiedad a un tercero, se incumple la clausula contractual, valida segun el artículo 1.255 del Código Civil que forma parte de la lex contractus aplicable, segun el artículo 1.091 del mismo cuerpo legal, a nuestra ítis. No se puede pensar que es una obligacion secundaria que no pue-ve dar lugar a la resolucíon, ya que ni es secundaria ni es obligacion. Es, mas bien, una configuracion de la facultad de poseer, que aparece como esencial y cuyo incumplimiento da lugar a la resolucíon. La resolucíon afecta al contrato de 8 de Noviembre de 1988, siendo su efecto RETROACTIVO, con lo que pierden validez aquellos actos de disposicion que realiza el comprador adquirente, es decir, pierde validez el contrato

celebrado el 20 de Marzo de 1990 por Don Joseph Antoine Cebokli y Dona Pilar Perez Cuenca.

CONTRATO DE COMPRAVENTA. RECLAMACION DE PARTE DEL PRECIO APLAZADO. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Burgos en sentencia de 30.03.93 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) en sentencia de 1.12.93 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera. Hechos.- Don Isidro Sanz Barahona y Dona Ma Angeles Garay Ideal, reclaman una cantidad como parte del precio de una nave que fue de su propiedad y que fue vendida a los demandados. La citada venta tuvo lugar mediante escritura pública otorgada el 24 de Octubre de 1989, previa la autorización del Juzgado y con la asistencia de los interventores, dada la situación de Suspensión de Pagos en que aquellas se hallaban, pactándose que los compradores harían efectiva en el momento de la transmisión determinada cantidad, quedando otra retenida como garantía de los materiales de los bienes adquiridos, que se debería llevar a cabo por los transmitentes en el plazo máximo de tres meses a contar desde esa fecha.

Doctrina de la Sentencia.- De los términos del contrato se desprende claridad y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, estamos única y exclusivamente en presencia de un aplazamiento de parte del precio, no de una cláusula penal que autoriza a la pérdida de este o a su reducción cuando la entrega no se produjera en el tiempo establecido. Las llaves fueron entregadas por conducto notarial unos días después del señalado en el contrato, por lo tanto, se cumple la condición que obliga a los compradores a pagar el resto del precio o cantidad retenida.

TÍTULO-VALOR. ARTÍCULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998).

El Juzgado de Primera Instancia numero ~ de los de Madrid en sentencia de 10.09.92 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid ~Seccion 19a) en sentencia de 12.11.9 estima parcialmente el recurso de apelacion.

El recurso de casacion no triunfa.

1998~.

Objeto del liti~ En el presente caso el núcleo de la contienda judicial esta constituido por la emision de obligaciones al portador que efectua la parte recurrida/ o sea por la creacion de un numero determinado de titulos valores.

Doctrina de la Sentencia.- Los titulos-valores, doctrinalmente hablando, son aquellos documentos que respetando derechos de contenido patrimonial, por encontrarse sometidos a un regimen especial sustantivo y por carecer de una regulacion especifica, se da en ellos una gran importancia a la voluntad de los emisores y tambien de los tenedores. En otro orden de cosas y en base a lo determinado en el articulo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que las sentencias sean congruentes es requisito que las mismas respondan a las pretensiones de las partes. La congruencia requiere conformidad entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relacion jurídico procesal como en lo que atañe a la accion ejercitada, sin que le sea lícito al juzgador alterar ni modificar la causa de pedir.

CAUSA DEL CONTRATISTA. ~SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE EL Juzgado de Primera Instancia numero 38 de los de Madrid en sentencia de 28.04.92 desestima la excepcion planteada. La Audiencia Provincial de Madrid (Seccion 21a) en sentencia de 1.02.94 desestima el recurso de apelacion.

No triunfa el recurso de casacion.

Hechos.- La sociedad «Consulting y Servicios a la Construcción S.L., concerta en documento privado de fecha 10 de Mayo de 1991 con la sociedad «Mancaper S.L., la compra de una finca. Se fija un precio de venta, entregando una determinada cantidad en concepto de arras penitenciales y el resto de la cantidad fijada sería abonada por la compradora en un plazo máximo que se extendería hasta el 5 de Septiembre de 1991, contra entrega de escritura pública. En una de las cláusulas de venta se pacta por la vendedora el otorgar escritura pública a la persona física o jurídica que designase la compradora, y la vendedora, pues, otorgara a petición de la compradora un poder notarial a elección del comprador para poder gestionar la venta de la finca objeto del contrato, así como su permuta o dación en pago y con vigencia hasta el 20 de Diciembre de 1991».

Doctrina de la Sentencia.- La ratio decidendi de la sentencia recurrida no es otra que la falta de cumplimiento de la obligación de pago del resto aplazado, y en la que es contraria a la buena fe la conducta de la compradora al ofrecer el pago uno o dos días antes del vencimiento del plazo. Además de esto tampoco se podía alcanzar el fin del contrato, la nueva edificación sobre el solar adquirido, ya que por las ordenanzas aplicables, no tenía la superficie necesaria. Y es que no se ofreció el pago del precio que quedó aplazado simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública de venta por la sociedad vendedora, lo probado es que la sociedad recurrente envió un telegrama en el que se le pedía que le otorgase poder notarial para formalizar la compraventa y solucionar defectos técnicos sobre su demolición y nueva construcción, que fue respondido con otro al día siguiente por la vendedora, requiriendo a la compradora para que señalase día, hora y Notario, y que no tenía óbice en otorgar poder alguno siempre que pagase lo convenido en el contrato. La sentencia niega que el primer telegrama sea un ofrecimiento de pago. Además el fin del contrato es posible de

alcanzar porque la finalidad para la que se adquiria la casa y sus condicionamientos a estos efectos nada hablan probado en contrario, excepto la entrega por la vendedora a la compradora de un documento destinado al estudio del solar. De tal forma que si la compradora creyo de manera subjetiva que la casa se podia demoler y edificar sobre el solar resultante un edificio de determinadas características y no se puede hacer es un error que no riesgo asumido por la vendedora y facilmente subsanable.

CONTRATO VERBAL DE CESION DE LA POSESION DE UNOS INMUEBLES EN RUINA. LA ACCION REIVINDICATORIA. NO POSESION DE MALA FE POR PARTE DEL CESIONARIO: EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCION HASTA EL ABONO DEL IMPORTE DE LOS GASTOS DE CONSTRUCCION DEL LOCAL. GASTOS NECESARIOS NO GASTOS UTILES. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1998) .

El Juzgado de Primera Instancia numero 5 de los de Vigo en sentencia de 11.03.93 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Seccion 4a 3 en sentencia de 15.10.93 desestima el recurso de apelacion.

El recurso de casacion no prospera.

Hechos.- Fue declarado hecho probado que la relacion obligacional existente entre las partes, estipulada solamente en forma verbal, consistio en la cesion por parte del demandado del uso de dos inmuebles contiguos y plenamente edificados sitos en la isla Norte de las islas Cies (Galicia) con el fin de que pudiera el demandado explotar un negocio de bar-restaurante realizando el demandado obras de adaptacion necesarias sobre alguna de las cuales le dio instrucciones la actora, y a cambio la parte demandante obtenia como beneficio atraer visitantes a las Islas y como consecuencia de ello pasajeros a sus barcos.

Doctrina de la Sentencia-- Con base en dichos hechos probados, la sentencia recurrida llega a la conclusion de que la relación contractual entre las partes no estipulada por

escrito sino solo verbalmente ~ue un contrato atipico y ese mismo caracter unido al hecho de que sea una relacion obligacional para la que no se convino una duracion determinada, remite a aquellos supuestos que permiten que las partes puedan liberarse de la relacion obligatoria. Paralelamente a lo antedicho, se esboza que la accion reivindicatoria ejercitada por los actores fue un medio procesal y sustantivo adecuado para recuperar la posesion de los bienes litigiosos. Tambien debemos tener en cuenta que la posesion se mantiene en ejercicio de un derecho de retencion que ampara al poseedor, que es el que, implicitamente, protesta al poseedor cuando contesta al requerimiento notarial al advertir de los gasto~ invertidos, entonces no puede hablarse de posesion de mala fe, pues ningun ofrecimiento se le habia hecho de compensar gasto alguno pudo contraponer su derecho de retención y ejercerlo. La condena al pago de los gastos de construccion realizados en la finca litigiosa, sin haber reconocido la opcion de poder abonar el aumento de valor que por tales gastos adquiere la cosa (artículo 453, parrafo 2º del Código Civil~ es rechazada pues la opcion que concede tal precepto esta referida unica y exclusivamente a los gastos utiles, cuya condicion no concurre en los gastos de construccion realizados en la finca litigiosa, sino que tienen el caracter de gastos necesarios, pues por exigencias de lo verbalmente estipulado por las partes hubieron de ser realizados para transformar un inmueble que se hallaba practicamente en ruina en un bar~ restaurante en pleno funcionamiento.

COMPETENCIA DESLEAL: LEY 3/1.991, DE 10 DE ENERO. ESTUDIO CONCRETO DE LOS ARTICULOS 2 Y 5 DE DICHO CUERPO LEGAL. (SENTENCIA DE 15 DE ABR~L DE 1998) El Juzgado de Primera Instancia numero 8 de los de Oviedo en sentencia de 13.09.93 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo tSeccion 6a~ en 1.02.94 estima el recurso de apelacion.

Hechos.- Don Jovino Alberto Felix Vazquez es propietario de un negocio denominado «El Trampolin» dedicado a la venta de prensa y revistas y luego ampliado a golosinas, frutos secos, caramelos y similares, colindante al mismo se encuentra un establecimiento dedicado a cine. Por acuerdo de fecha 8 de Enero de 1993 se adopta la decision de instalar en el interior un servicio de cafetería en el que se venden bebidas, aperitivos, chocolatinas, etc... teniendo licencia para el ejercicio de tal actividad. A la puerta de entrada al cine se coloca un cartel en el que se dice que no se permite la entrada al mismo con bebidas y productos comestibles. Doctrina de la Sentencia.- La presente litis dedica su estudio a la posible infraccion de los articulos 2 y 5 de la Ley 3/1.991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal. (1) Por lo que se refiere al número 2, en tal precepto se analiza el ambito objetivo de su aplicacion, y se mantiene en el propio Preamble de la Ley lo siguiente: «para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan las dos condiciones que preve el parrafo primero del articulo 2», mencionado reiteradamente, y que dispone que el acto se «realice en el mercado», es decir, que se trate de un acto de trascendencia externa, y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales», es decir, que el acto tenga por finalidad «promover o asegurar la difusion de las prestaciones propias o de un tercero», y caracterizada así la finalidad concurrencial del acto de competencia desleal de «promover o asegurar la difusion de sus prestaciones propias o de un tercero», accediendo con ello a un mayor numero de consumidores o usuarios de los que integran un determinado mercado, tal finalidad concurrencial no se da en la encargada de instalar un local destinado a la exhibicion de películas (cine o un bar o cafeteria; su cuota de mercado aumentara o disminuira en razon de que las películas que exhiba tenga o no el favor del publico que va a verlas, no de la prestacion dentro de su local y unicamente a quienes a el hayan accedido mediante

el pago de su correspondiente entrada con el fin de ver una película, de un servicio accesorio como es el bar, que habitualmente existe en locales de esta clase; carece pues su actuación en base a la explicación hecha de trascendencia externa pues no le va a aportar en forma alguna un aumento de espectadores en perjuicio de la clientela de otro competidor. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que no se dan los requisitos exigidos por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia para que un acto pueda ser calificado de desleal, al no quedar la conducta atribuida a la encargada de instalar el local destinado a cine incluida en el ámbito objetivo de aplicación de este texto legal. (2) Por lo que se refiere al número 5 de la misma Ley de Defensa de la Competencia, en el mismo se establece la llamada «cláusula general» según la cual «se reputa desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», buena fe referida a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que el artículo 7.1 del Código Civil acoge como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos. Tal norma obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética que se refiere a valores tales entre otros como la honradez, la lealtad y la responsabilidad. Tal clausulado trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en las que posteriormente se recogen en los artículos 6 al 17. Y es que la sociedad que instalo el local destinado a la exhibición de películas, no permitiendo la entrada en el mismo con bebidas y comestibles no constituye acto vinculante para ella ni frente a los espectadores que acudan allí frente a los vendedores de tales productos, no es una conducta contraria a la buena fe, entendida esta como comportamiento justo y adecuado, el que establecimientos dedicados a distinta actividad tengan servicios de cafetería, prohíban mediante anuncios o similares, el consumo en sus instalaciones de productos llevados desde el

exterior por los que a ellos acceden, aunque con ello se produzca una merma en las ventas de los establecimientos cercanos.

Isabel Moratilla Galán

Consideracion introductoria sobre el derecho de acceso a registros y archivos administrativo*

I. LA SIGNIFICACION Y TRASCENDENCIA DEL DERECHO

1. El artículo 105.b) de la Constitución establece que la Ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

Esta regla constitucional constituye la expresión del principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas, que sirve, en definitiva, para completar la garantía jurisdiccional del control pleno de la actuación administrativa, fomentando la significación del principio participativo, consustancial con el principio democrático. La consideración del carácter prestacional de las Administraciones Públicas, y su dependencia última respecto de los ciudadanos, a quienes debe servir en el Estado Social de Derecho, subrayan el vigor constitucional de aquél principio.

Su justificación en nuestro orden constitucional deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno

de la actuación administrativa. Es ilustrativo, a estos efectos, recordar que el Tribunal Constitucional lo ha reconocido así, aunque en relación con la actividad de las Asambleas Legislativas, si bien sus razonamientos son aplicables al ámbito de la Administración. En la Sentencia 136/89, de 19 de julio, declaró que «la publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia del carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático mediante la cual se hace posible el control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: uno, la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados». Desde la perspectiva de la posición que, en nuestro ordenamiento constitucional, ocupa la Administración Pública (tal vez con más claridad en el ámbito local, en el que coincide el ejercicio de responsabilidades estrictamente administrativas con el ejercicio de funciones de representación), es posible obtener, sin dificultad, la misma conclusión.

En un sentido similar se ha pronunciado, por otra parte, el Consejo de Europa, en la Recomendación 854, de 1.979, relativa al acceso del público a los documentos gubernamentales y a la libertad de información. En ella la Asamblea Parlamentaria del Consejo juzgó deseable, a salvo de algunas «excepciones inevitables», que «el público tenga acceso a los documentos gubernamentales», en atención, entre otros extremos, a que «los contribuyentes, es decir, el público en general, son los que abastecen las arcas del Estado y que, por tanto, deberían tener la posibilidad de saber si los fondos públicos están bien o mal utilizados por los servicios y organismos gubernamentales». En atención a las razones que emplea, recomendó al Comité de Ministros «invitar a los

Estados miembros que aún no lo hayan hecho a introducir un sistema de *libertad de información, es decir, de acceso a los documentos gubernamentales*», cifrando este derecho en favor de todas las personas.

2. Es claro que se produce una acusada tensión entre las exigencias del principio de transparencia y la acusada tendencia a la opacidad. F. Sainz Moreno ha puesto de manifiesto, en un magnífico análisis, las dificultades existentes para encontrar un correcto equilibrio, sobre la base de sostener que «el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos (arts. 9.2 y 23.1 CE)». Precisamente, según indica, porque «de un lado, la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide (arts. 105.b, 109 y 23 CE), pero, de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente. Ello significa, para sus autoridades y funcionarios, un doble deber: el deber de informar y el deber de callar» (1).

Desde esta perspectiva, el derecho de acceso —como expresión del más amplio principio de transparencia— se alinea en la tradición de control de las Administraciones Públicas, para quienes —obvio es decirlo— resulta, históricamente, más cómodo actuar sin sujeción a control alguno (la evolución del contencioso administrativo lo explica bien) y hacerlo resguardada bajo el manto del secreto (2).

II. EL DERECHO DE ACCESO Y SUS VINCULACIONES CON OTROS BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Aunque, como se viene indicando, el derecho de acceso, reconocido constitucionalmente, goza de virtualidad propia, como instrumento para el control de las Administraciones Públicas, proyecta sus efectos sobre otros derechos que gozan también de protección constitucional. Entre otros, con los siguientes.

1. El artículo 23.1 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a «participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Como ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencia 51/84, de 25 de abril), «se trata del derecho fundamental en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el artículo 1.º, forma de ejercitar la soberanía, que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español».

Por ello, el derecho fundamental que nos ocupa ampara también todos los presupuestos materiales o fácticos precisos para preparar el ejercicio estricto de la función representativa, y en particular el conocimiento preciso y completo de cuantos antecedentes sean necesarios para que el representante pueda formar debidamente su opinión, respecto a los asuntos públicos en que participe.

Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en una ya reiterada y unívoca doctrina jurisprudencial, que arranca de la Sentencia de 15 de septiembre 1987, en relación con la participación en los asuntos públicos municipales. Siguiendo las declaraciones de esta Sentencia, la de 8 de

noviembre de 1988 señaló que *«esta participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos entre los que cabe destacar el derecho a la fiscalización de las actuaciones municipales y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios, obrantes en los servicios municipales, tanto Para esa labor de control como para documentarse con vistas a decisiones a adoptar en el futuro».*

Por ello, negar el «acceso a esa información incide directamente en la privación de su derecho y deber del ejercicio del control y fiscalización de los órganos de gobierno municipales y quebranta el artículo 23.1 C.E., ya que esa falta de información les priva de la participación en los asuntos públicos municipales y de poder actuar en la funciones de control de la actuación municipal, inherentes a su cargo, que les impone un deber: conocimiento de datos que ha de ser Previo a la propuesta, discusión y decisión en la reunión del pleno de la Corporación» (Sentencia T.S. de 7 de diciembre de 1988).

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido de forma unívoca con el paso del tiempo, sorprendiendo la ingente cantidad de resoluciones que el Tribunal Supremo ha producido con motivo de este inequívoco asunto, que da muestra de la reticencia de un buen número de Administraciones de impedir el ejercicio por parte de los Concejales de su derecho a la información. Por no aludir más que a algunas resoluciones recientes, bastará con citar la Sentencia de 4 de abril de 1997 (R. Ar. 2s07), que declara que *«este derecho se integra en el derecho fundamental de participar en los asuntos públicos y de acceder a las funciones públicas, ya que, cuando a un cargo representativo se le niega ese derecho de información, se le impide el*

legítimo desempeño de su función que, de acuerdo con la Ley, forma parte de los derechos fundamentales tutelados por el artículo 23 de la Constitución», sin que sirva para impedir su efectividad la circunstancia de haber sido tratados los asuntos en cuestión previamente: «el hecho de que los temas correspondientes hubieran sido tratados en las Comisiones Informativas competentes no dispensa al Alcalde de facilitar la consulta específica de los expedientes, que los Concejales estimaban necesario para el desempeño de sus funciones con un conocimiento más completo de los documentos en cuestión». En la Sentencia de 10 de marzo de 1.997 (R. Ar. 3095) se reitera la misma interpretación, en un asunto consistente en la solicitud, por algunos Concejales, de acceder a los expedientes de las licencias urbanísticas solicitadas, y concedidas o denegadas, en los últimos tres años; el Tribunal Supremo confirma el criterio del de instancia, que declaró la lesión del artículo 23 CE al haberse obstaculizado la información solicitada, «cuando podía haber facilitado sin mayor esfuerzo el acceso directo a tales expedientes, ya que no se había probado la existencia de un colapso en la tarea burocrática del Ayuntamiento, por la ausencia de complejidad, sin que dicha infracción constitucional resultara desvirtuada por la alegación (en vía administrativa) de la Corporación en el sentido de que las resoluciones recaídas en los diferentes expedientes habían sido leídas en las sesiones plenarias, pues, concluye la sentencia recurrida, para que se cumpla con la información no basta la lectura, dado que directo es para examen, análisis, estudio, etc. (STC de 3 de noviembre de 1989)». Es ilustrativa, igualmente, la Sentencia T.S. de 12 de mayo de 1997 (R. Ar. 3912) en la que se declara la lesión del derecho fundamental protegido por el artículo 23.1 C.E., al denegar

el Alcalde de Arafo la información solicitada por cuatro Concejales sobre un viaje efectuado por miembros de la Corporación, y sobre si el Ayuntamiento colaboró o no en el pago de los gastos de personas no pertenecientes a la Corporación.

2. Existe también una inequívoca relación con la libertad de información. La Sentencia T.C. 12/82, de 31 de marzo, ha señalado que el artículo 20.1 de la Constitución «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre».

En particular, respecto al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, ha declarado que incluye dos derechos distintos pero íntimamente ligados. De un lado, el derecho a comunicar, que es el «derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguarda a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, en el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social» (Sentencia TC de 16 de marzo de 1981). Por tanto, no es difícil convenir en que el derecho de acceso puede resultar de particular utilidad como

presupuesto del ejercicio de la libertad indicada, contribuyendo, también por este cauce, a la formación de una opinión pública libre.

3. Entendido el derecho de acceso a registros y archivos administrativos como un derecho instrumental, que coadyuva a la formación de una opinión pública libre, al mantenimiento del principio de transparencia administrativa y, en fin, a posibilitar el efectivo control de la actuación administrativa, es difícil convenir en que la negativa al ejercicio del mismo pueda determinar una correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que es distinto al estricto derecho de audiencia.

Lo que sucede es que con motivo de la denegación —o del reconocimiento— de la posibilidad de conocer documentos incorporados a expedientes administrativos, es posible apreciar la existencia de vulneraciones al derecho que venimos analizando; la cuestión se plantea en los siguientes términos: si el derecho a la tutela judicial incorpora el derecho a acceder sin trabas injustificadas a la Jurisdicción, y, eventualmente, (si se observan los presupuestos y requisitos procesales de admisibilidad) el de obtener una resolución fundada en derecho, sobre el fondo, es preciso que los Jueces —y las partes, a fin de respetar el principio de contradicción— puedan conocer todos los extremos relevantes para la resolución de la cuestión sometida a la Jurisdicción.

En estos casos, es difícilmente discutible, apreciando la normativa vigente, que la Administración puede negarse a facilitar los documentos que custodie, incluso en el supuesto de que se trate de aquellos de difusión restringida o limitada, porque de ordinario la legislación exime a los Jueces de las limitaciones que pudieran establecerse con

caracter general. Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, reguladora del Régimen Electoral General, cuando dispone que «queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial».

Ello no obstante, es posible que existan limitaciones a esta cláusula general de enjuiciamiento, derivadas del mantenimiento rígido del régimen establecido de secreto en relación a determinados documentos, con lo que se produce una peculiar limitación del ámbito efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva, justificado en el mantenimiento de otras finalidades dignas de protección. Es posible apreciar este tipo de circunstancias en supuestos como el del secreto comercial o industrial. Este tipo de excepciones, tanto al régimen general de publicidad y acceso a archivos y registros administrativos, como desde esta perspectiva al derecho a la tutela judicial efectiva, son suficientemente conocidos en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo: al más alto nivel, el artículo 47 del Tratado CECA garantiza el respeto al mismo con carácter general: la regla general es que «la Alta Autoridad podrá recabar las informaciones necesarias para el cumplimiento de su misión», cuyos datos, que puedan ser útiles a los Gobiernos o a cualquiera otros interesados, deberá publicar; ello no obstante, «estará obligada a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes». Y si incumple esta obligación, surge el derecho a ejercer una acción de indemnización (art. 47 in fine).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha preocupado de articular el secreto comercial con la tutela judicial efectiva, y en particular con el principio de contradicción y de igualdad entre las partes. En los *Arrêts* de 10 de junio de 1986 (recaídos en los asuntos *Bélgica/Comisión*) tuvo ocasión de señalar que «cuando la persona afectada no ha tenido ocasión de comentar documentos que contienen informaciones cubiertas por el secreto comercial, la Comisión no puede incluir dichas informaciones en su Decisión». Así resulta del reconocimiento del derecho de defensa, que «exige que a la persona contra la que la Comisión ha iniciado un procedimiento administrativo se le haya dado la ocasión, durante dicho procedimiento, de manifestar debidamente su punto de vista sobre la realidad y la oportunidad de los hechos y circunstancias alegadas, y sobre los documentos admitidos por la Comisión, en apoyo de su alegación sobre la existencia de una infracción del derecho comunitario».

En nuestro derecho, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional incorpora una previsión realmente sus efectos, que no conoce parangón en la ordenación de las facultades y competencias de los órganos judiciales. A efectos de permitir una decisión plenamente fundada del asunto que se le someta, el artículo 88.2 establece que «el Tribunal dispondrá las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones». Con lo que nuestro Legislador ha estimado conveniente que el Tribunal tenga un conocimiento pleno del supuesto de hecho, intentando garantizar, a la par, el respeto al secreto comercial.

A similares conclusiones puede llegarse tras el análisis de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, a quien se le encomienda la competencia para supervisar la actividad de la Administración (art. 1). Para el cumplimiento de las finalidades atribuidas, la Ley Orgánica establece que «no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 22 de esta Ley» (art. 20.3). La remisión al artículo 22 no es baladí, porque en este precepto se contiene el régimen de actuación para el supuesto de que sea preciso que el Defensor del Pueblo acceda a archivos o registros en los que se contengan documentos declarados secretos. En tales casos, la Ley ha optado porque prevalezca la finalidad encomendada, abatiendo el régimen propio de los documentos secretos, bien que pretendiendo que se garantice. De esta forma, tiene la posibilidad de inspeccionar tal documentación, salvo en el caso de que el Consejo de Ministros lo deniegue (art. 22.1); en otro caso, «las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos».

En estos términos, por lo tanto, puede afrontarse la vinculación entre el derecho de acceso a archivos y registros administrativos y el derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva. Que cuenta, además, con una vertiente añadida, de la que, en mi criterio, no debe prescindirse. Que el ciudadano pueda conocer, sin acudir necesariamente a la Jurisdicción, el contenido de una determinada actuación administrativa, cerciorándose de si resulta correcta en Derecho, puede constituir, además, una eficaz medida preventiva del ejercicio de acciones judiciales. Si la actuación administrativa es, como exige el ordenamiento, ajustada a la legalidad, y satisface las exigencias de la motivación (entre otras, como ha declarado de forma unívoca la jurisprudencia, interna y comunitaria, la de facilitar al ciudadano una explicación razonable acerca de la decisión adoptada) es eventualmente posible que el interés del ciudadano quede satisfecho con el conocimiento de la actuación en cuestión. Desde otra perspectiva, es fácil comprender que el ejercicio de este derecho puede contribuir a la efectividad de la tutela judicial efectiva, cuando, por ejemplo, se encuentre comprometido el principio de igualdad, facilitando al interesado el conocimiento de eventuales términos de comparación.

III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

1. Aunque con antecedentes concretos en las Directivas 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, y en la Directiva de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de aguas residuales urbanas, puede identificarse la confirmación decidida de este principio en el orden comunitario a partir de la Declaración número 17, relativa al derecho de acceso a la

información, aneja al Acta Final del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992; en ella se indica que «la Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la Administración. La Conferencia recomienda, por consiguiente, que la Comisión presente al Consejo, a más tardar en 1993, un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las instituciones».

2. El 6 de diciembre de 1993 el Consejo y la Comisión aprobaron un «código de conducta, relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión» (DOCE n.º L 340, de 31 de diciembre de 1993); previamente, el Parlamento Europeo, en sesión de 17 de noviembre de 1993 (DOCE n.º L 329, de 6 de diciembre de 1993) aprobó la Declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad, en la que el Presidente, el Consejo y la Comisión «reafirman su empeño en que las Instituciones apliquen la transparencia»; el Consejo declaró, entre otras, su decisión de «dar acceso a sus archivos»; y la Comisión manifiesta que ha adoptado o está en proceso de adoptar medidas, entre otras, referidas a «la creación de un mejor acceso público a los documentos en poder de la Comisión, a partir del 1 de enero de 1994».

El Código de Conducta del Consejo y la Comisión (que se preocupa por especificar que no afecta a «las disposiciones aplicables al acceso a los expedientes por parte de personas con interés específico en los mismos», ni supone «una modificación de las prácticas existentes ni de las obligaciones de los Gobiernos de los Estados miembros con respecto a sus Parlamentos», y que debe aplicarse «dentro del

estricto cumplimiento de las disposiciones relativas a las informaciones clasificadas») sienta un principio general: «el público tendrá el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo» (entendiendo, a tales efectos, por documento «todo escrito, sea cual fuere su soporte, que contenga datos existentes y que esté en poder del Consejo o de la Comisión»). Aunque se esblece la prohibición de acceso respecto a los documentos «cuya divulgación pueda suponer un perjuicio para: la protección del interés público (seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad monetaria, procedimientos judiciales, actividades de inspección e investigación); la protección del individuo y de la intimidad; la protección del secreto en materia comercial e industrial; la protección de los intereses financieros de la Comunidad; la protección de la confidencialidad que haya solicitado la persona física o jurídica que haya proporcionado la información o que requiera la legislación del Estado miembro que haya proporcionado la información». Y añade que las Instituciones podrán denegar el acceso al documento «a fin de salvaguardar el interés de las mismas en mantener el secreto de sus deliberaciones».

Completan la regulación otras reglas añadidas: la necesidad de identificar el objeto de la información («la solicitud de acceso a un documento deberá formularse por escrito con la suficiente claridad; deberá contener en particular una serie de elementos que sirvan para identificar el documento o los documentos de que se trate»), las formas de ejecutar el derecho (se efectuará «bien mediante consulta *in situ*, bien mediante entrega de una copia, que pagará el solicitante y cuya tasa no excederá de un importe razonable»), los límites posibles de la información

(la Institución «podrá disponer que la persona a la que se entregue el documento no pueda reproducirlo, difundirlo o utilizarlo con fines comerciales, mediante venta directa sin su autorización previa») y el régimen de la tramitación de las solicitudes (donde se especifica que la decisión debe producirse en el plazo de un mes; aquella puede ser estimatoria, o bien puede consistir en proponer la denegación, supuesto éste en el que el interesado dispone de la posibilidad de presentar, en plazo de un mes, una «solicitud confirmativa a la Institución», que, si no prospera, determina la denegación de la petición, que debe producirse, igualmente, en plazo de un mes, y de forma motivada, con indicación de las vías de recurso).

Mediante Decisión 93/731/CEE, de 20 de diciembre de 1993 (DOCE n.º L 340, de 31 de diciembre de 1993), «relativa al acceso del público a los documentos del Consejo» (3), éste instrumentó el desarrollo del Código de Conducta. La Comisión se comportó en la misma forma, según resulta de la Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom, de 8 de febrero de 1994 (DOCE n.º L 46, de 18 de febrero de 1994), «sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión». Ambas decisiones vienen a reiterar el contenido del Código de Conducta, añadiendo únicamente —la de la Comisión— que el transcurso del plazo de un mes previsto para la resolución determinará la desestimación presunta de la petición, y que el coste de la copia de cada hoja de papel, en los documentos que excedan de 30 páginas, se fija en 0,036 ecus, cobrándose una tarifa general de 10 ecus; y especificando la del Consejo que también la falta de resolución en el plazo de un mes determina la desestimación presunta de la petición, y que «los Servicios competentes de la Secretaría general tratarán de hallar una solución equitativa para dar curso a las solicitudes reiteradas y a las

que se refieran a documentos voluminosos». Estas reglas fueron recogidas en la Comunicación (94/C67/03) de la Comisión sobre mejora del acceso a los documentos (DOCE n.º C 67, de 4 de marzo de 1994).

Posteriormente, dió cuenta de la importancia que en el orden comunitario tiene el acceso de los ciudadanos a los documentos la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 1994 (DOCE n.º C 128, de 9 de mayo de 1994), sobre la transparencia en la Comunidad. Anticipó entonces el Parlamento que la transparencia consiste «en primer lugar en el acceso de los ciudadanos a las decisiones de las autoridades de la Unión Europea, a sus trabajos preparatorios o relacionados con ellas y, en general, al conjunto de las documentaciones de que disponen dichas autoridades», (4) aunque destacando «que la transparencia de las distintas instituciones es insuficiente si el conjunto del sistema comunitario permanece opaco para los ciudadanos». En su parte dispositiva la Resolución explicita el criterio del Parlamento respecto a la situación satisfactoria de la regulación, y afirma que «los debates y las votaciones de las autoridades legislativas deberían ser públicos y, por consiguiente, objeto de una publicación regular rápida, tanto por parte del Consejo, en su función de Legislador, como por parte del Parlamento Europeo».

3. Por su parte, la Jurisdicción comunitaria ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este derecho. Su doctrina ha sido, en mi criterio, inequívocamente favorable a la efectividad de aquél, contribuyendo a su afianzamiento.

Un primer análisis usado en la Sentencia, del Tribunal de Primera Instancia, de 19 de octubre de 1995 (John Carvel y Guardian Newspapers Ltd. / Consejo), en la que se enjuiciaron

varios acuerdos del Consejo que, en definitiva, denegaron el acceso a determinados documentos, que habían solicitado los demandantes. Se trataba, en particular, de los documentos relativos al Consejo de «Justicia» de 29 y 30 de noviembre de 1993, del de «Agricultura» de 24 y 25 de enero de 1994 y a los informes preparatorios, actas y registro de votos del de «Asuntos Sociales» de 12 de octubre y 23 de noviembre de 1993. El Consejo denegó la petición sosteniendo que era preciso proteger el secreto de sus deliberaciones, ya que «los documentos de que se trata contienen informaciones confidenciales relativas a la postura adoptada por los miembros del Consejo durante sus deliberaciones» (aunque los documentos relativos a «Asuntos Sociales» finalmente fueron entregados, indicando la Comisión en el proceso que fué por un error administrativo). Según explicó en sus alegaciones, «trabaja en el marco de un proceso de negociaciones y de compromisos, durante el cual los miembros expresan libremente sus preocupaciones y sus posturas nacionales. Es esencial que estas posturas sigan siendo confidenciales, en especial, si los miembros se ven obligados a dejarlas de lado para que se pueda llegar a un acuerdo, en ocasiones hasta el punto de no seguir las instrucciones que les han sido dadas en el ámbito nacional sobre un determinado aspecto. Este proceso de negociaciones compromiso es vital para la adopción de la Legislación comunitaria y se pone en peligro si las delegaciones han de tener en cuenta permanentemente el hecho de que sus posturas, tal y como figuran en las actas del Consejo, pueden hacerse públicas en cualquier momento debido a la posibilidad de acceso a dichos documentos, haya concedido o no el Consejo un autorización al efecto».

El Tribunal estimó el recurso, y anuló las decisiones del Consejo que denegaron el acceso a los documentos; recordó, para ello, que a tenor del art. 4.2 de la Decisión 93/731 (que le atribuye «una facultad de apreciación que le permite denegar, en su caso, una solicitud de acceso a unos documentos relacionados con sus deliberaciones») el Consejo «debe ponderar realmente, por una parte, el interés del ciudadano en obtener un acceso a sus documentos, y, por otra, su posible interés en preservar el secreto de sus deliberaciones». De donde se sigue, además, que «no puede privar a los ciudadanos, absteniéndose de ejercitar la facultad que le confiere el apartado 1 del artículo 5 de su Reglamento interno, de los derechos que éstos derivan del apartado 2 del artículo 4 de la Decisión 93/731».

En el caso enjuiciado, el Tribunal declaró incorrecta la denegación del acceso, ya que el Consejo no efectuó la imprescindible ponderación de intereses, al considerar que la excepción consistente en proteger el secreto de las deliberaciones era de aplicación automática, lo que constituye una incorrecta interpretación de la norma. Conclusión que se ratifica al considerar que en el proceso el Consejo «no ha invocado ningún elemento concreto que pudiera .../... probar que sí efectuó una evaluación de los intereses específicos en juego».

Por otra parte, el derecho de acceso fué analizado por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 1997 (WWF UK World Wide Fund for Nature-/Comisión), en la que se enjuició la decisión de la Comisión de 2 de febrero de 1995, que denegó el acceso a los documentos relativos al examen del proyecto de construcción de un centro de observación de la naturaleza en Mullaghmore (Irlanda) y, en particular, a los documentos relativos a la cuestión de saber si los fondos

estructurales podían ser utilizados para financiar aquel proyecto. Las autoridades comunitarias denegaron el acceso a aquellos documentos por entender que estaban excluidos del ámbito de aplicación del derecho en cuestión, en particular por la necesidad de proteger el interés público y el secreto de las deliberaciones de la Comisión. El Tribunal estimó el recurso y anuló la decisión denegatoria; recordó, para ello, que la Decisión 94/90 es un acto susceptible de conferir a terceros los derechos que la Comisión está obligada a respetar, incluso si recogiese obligaciones que se hubiese impuesto a sí misma, de forma voluntaria, la Comisión en ejercicio de sus competencias de organización interna (5).

En la Decisión se sienta la regla general del derecho de acceso, y las excepciones que se contemplan deben ser interpretadas de forma restrictiva; en particular, la aplicación de las excepciones no puede hacerse de forma tal que se haga imposible la realización del objetivo de transparencia. Aunque existen, según declara el Tribunal, dos clases distintas de excepciones: la primera tiene un carácter imperativo, y engloba los motivos previstos en el apartado 1 del art. 4 de la Decisión 93/731; cuando concurra alguno de ellos la Comisión está obligada a denegar el acceso a los documentos. En este supuesto, se protegen los intereses de terceros o del público en general, en los casos en que la divulgación de ciertos documentos por la institución afectada pueda causar perjuicios a quienes podrían denegar legítimamente el acceso a los mismos si estuvieran en su posesión. La segunda está delimitada en términos facultativos (la Comisión puede denegar el acceso para asegurar la protección del interés de la institución relativo al secreto de sus deliberaciones), y su aplicación

exige, necesariamente, que se ejerza el poder de apreciación balanceando, realmente, el interés del ciudadano por obtener el acceso a los documentos con el interés eventual de la institución en preservar el secreto de sus deliberaciones. En este caso, el interés protegido es, únicamente, el propio de la institución.

En lo que hace el concreto asunto suscitado, la Sentencia afronta separadamente los dos aspectos que centraron el recurso. Por una parte, el de determinar si pueden considerarse incluidos en la excepción del derecho de acceso (protección del interés público) los documentos obtenidos en la investigación sobre un eventual incumplimiento del derecho comunitario, que pudiera eventualmente permitir la iniciación de un procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado CEE. El Tribunal considera que en tal supuesto puede concurrir la excepción indicada, aunque precisando que sería imprescindible que la Comisión justificase la vinculación de los documentos (al menos, de cada categoría de documentos) con la apertura del procedimiento de incumplimiento. Con lo que el Tribunal destaca la necesidad de motivar la decisión de denegar el acceso, que se erige en un requisito esencial para valorar la legalidad de la decisión.

Es aquí donde se incorpora el análisis del segundo aspecto planteado, referido a la protección del secreto de las deliberaciones, que es objeto de enjuiciamiento conjunto, al hilo del requisito de la motivación. Este sirve, según una reiterada jurisprudencia, a un doble objetivo: permitir a los interesados que conozcan la justificación de la decisión para defender sus derechos, y facilitar al juez comunitario ejercer su control sobre la legalidad de la decisión. Aplicando este criterio al supuesto suscitado, el Tribunal

declaró el incumplimiento del deber de motivar en las decisiones enjuiciadas, que anuló; no es suficiente para entender motivado un acto invocar, formalmente, la causa prevista en la norma que justificaría la decisión, sin explicar la razón que reclame su aplicación en el caso. Aspecto que es fundamental para una correcta aplicación del derecho en cuestión, que debe estar presidida por el principio general, explicitado en el orden comunitario, de facilitar en la mayor medida posible el acceso a los documentos por parte de los ciudadanos.

En fin, es preciso destacar que el proceso de construcción comunitaria del principio de transparencia se ha visto finalmente consolidado con la promulgación del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, ya que ha recogido el derecho que nos viene ocupando; en el artículo 255.1 del Tratado C.E. se ha establecido que «todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3». Estos señalan que el Consejo «determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam», y que «cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos».

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Las regulaciones más importantes, de alcance general, producidas en nuestro Derecho interno del acceso a los archivos y registros administrativos son, en mi criterio, las contenidas, por una parte, en la Ley 7/85, reguladora de las Bases del Régimen Local (que ha establecido, de forma expresa —como, por otra parte, no podía ser de otra forma— el *derecho de los vecinos «a ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución»* —artículo 18.1.e)—; ha añadido, en su artículo 69.1, que «las Corporaciones Locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local») (6). Por otra, en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (que reconoce el derecho en su artículo 35.h, y afronta su regulación general en su art. 37, bien que, como se indica más adelante, con un talante marcadamente restrictivo).

El reconocimiento expreso del principio de transparencia, obligado en mi criterio desde la promulgación de la Constitución, se ha producido con carácter general prácticamente veinte años después de la vigencia de aquella. La Exposición de Motivos de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (que ha incluido, en su artículo los principios conforme a los que debe actuar aquella Administración, los de «objetividad y

transparencia de la actuación administrativa») refleja en buena medida una justificación de este principio: «el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales debe estar caracterizado, como ha dispuesto la Constitución, por la objetividad. Es decir, la transparencia en la actividad administrativa debe ser, no sólo una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del aparato público. Los titulares de los diferentes órganos administrativos no son más que gestores de intereses ajenos, los del cuerpo social, por lo que deben rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos».

2. La instrumentación normativa general, que se contiene —como se ha indicado— en el artículo 37 de la Ley 30/92, requiere analizar los siguientes extremos.

A) En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, identificado por los archivos y registros administrativos, es claro que comprende, sin ningún género de dudas, a las Administraciones Públicas territoriales. Basta para acreditarlo con recordar que, en los términos del artículo 2.1 de la misma Ley, «se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las entidades que integran la Administración Local».

Pero considerando la finalidad constitucional a la que sirve el derecho de acceso, que no se agota en su simple ejercicio, sino que sirve de medio para obtener otras finalidades dignas de protección constitucional, es preciso suscitar su eventual aplicación a otras Administraciones. En mi criterio, es posible sostener que comprende, también a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica (en los términos del art. 2.2 de la Ley

30/92, «tendrán asimismo la consideración de Administración Pública», rigiéndose por las reglas de la Ley cuando ejerzan «potestades administrativas»); a los Colegios Profesionales, en cuanto ejercen potestades públicas (aunque la Ley 30/92 no los identifique expresamente) e incluso al gestor del servicio público, en tanto en cuanto actúa en ejercicio de las funciones públicas encomendadas, y nunca, por tanto, cuando consideramos su posición como sujeto jurídico-privado, esto es, como empresario privado: las decisiones que afecten a la gestión del servicio en su acepción estricta jurídico-pública recaen en el ámbito de aplicación del derecho, pero no, por ejemplo, el detalle de su régimen económico privado, con independencia de la necesidad de someterse, en su caso, . a auditorias y remitir su resultado al titular del servicio, lo que producirá otro tipo de efectos. Esta conclusión cuenta en nuestro Derecho con un apoyo interpretativo de importancia, además del que presta la propia posición institucional del derecho de acceso; me refiero a la previsión contenida en el artículo 49.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, con motivo de establecer las categorías de documentos que forman parte del Patrimonio Documental: «los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas, y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios».

B) Por lo que se refiere a los documentos comprendidos en el ámbito de aplicación del derecho, la descripción general es suficientemente amplia. En los términos del artículo 37.1 de

la Ley 30/92, afecta a «los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud».

C) Las modalidades de acceso son, como fácilmente se comprende, tanto el acceso directo a los documentos en cuestión, como la obtención de copias y certificaciones (cfr. art. 37.8 de la Ley 30/92).

D) En cuanto a las materias excluidas del derecho de acceso, la Constitución contempla expresamente tres supuestos: la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, y la intimidad nas. No son, como he explicado en otro lugar (8) los únicos supuestos, ya que pueden establecerse otros límites, por el Legislador, en la medida en que tiendan a proteger otros bienes o derechos dignos de protección constitucional. Lo que es fácil de comprender si se recuerda que los derechos que la Constitución establece no son compartimentos estancos, sino que deben integrarse y compatibilizarse recíprocamente. Esta es la razón que justifica que la Ley 30/92 haya ampliado las causas de exclusión del derecho de acceso, más allá de lo que explícitamente indica el art. 105.b) de la Constitución. Lo que no significa, en mi criterio, que todas las prevenciones y limitaciones que adornan el texto del artículo 37 de la Ley 30/92 resulten ajustadas a las exigencias constitucionales. En su apartado 5 ha añadido los expedientes «que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo»,

«los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial» y «los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria». Este listado, en todo caso, tampoco es completo, porque existen regulaciones específicas que impiden el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos, por ejemplo, a los ficheros policiales, o a los gastos reservados (cfr. Ley 11/95, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados).

Además, no debe perderse de vista que en otras materias existe una regulación específica: la mayor parte se citan en el art. 37.6 de la Ley 30/92 (materias clasificadas, datos sanitarios, régimen electoral, función estadística pública, Registro Civil, Registro Central de Penados y Rebeldes, otros registros públicos específicos, Archivos Históricos, y las singularidades del ejercicio del derecho por parte de representantes populares) aunque existen otros ámbitos con regulación específica (baste con aludir, para ello, a la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, por la que se regula el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente; o a las especificidades del acceso a los datos, informes o antecedentes de que dispongan las Administraciones tributarias).

E) Por lo que se refiere a la forma de ejercer el derecho, la regulación que contiene la Ley 30/92 demuestra una cierta dosis de desconfianza y limitación, frente a lo que razonablemente deriva de la ordenación y significación constitucional del derecho en cuestión.

Pueden destacarse, en este sentido, dos aspectos ciertamente singulares: por una parte, la Ley prevé que debe «formularse petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su

consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias» (art. 37.7). Prevención que trata de justificarse en la protección de «la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos»; previsiblemente, intentando evitar comportamientos absurdos que produzcan el efecto de colapsar el funcionamiento ordinario de una dependencia administrativa por la necesidad de atender a algún ciudadano (la hipótesis podría ser, por ejemplo, que un ciudadano pretendiese acceder a todos los expedientes que se tramitan, u obtener miles de fotocopias). Lo que el precepto en cuestión posibilita, por el contrario, es una suerte de restricción al ejercicio del derecho, dependiendo del criterio que se emplee para rellenar de contenido, en cada caso, el concepto («petición individualizada») que emplea la Ley.

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de reprobar decisiones administrativas que han efectuado interpretaciones restrictivas: así, la Sentencia de 10 de marzo de 1997 (R. Ar. 3095), aunque referida al supuesto específico de acceso a la documentación por parte de Concejales. El supuesto de hecho allí enjuiciado consistía en la solicitud, por algunos Concejales, de acceso a los expedientes de las licencias urbanísticas solicitadas, y concedidas o denegadas, en los últimos tres años; el Tribunal Supremo confirmó el criterio del de instancia, que declaró la lesión del artículo 23 CE al haberse obstaculizado la información solicitada, «cuando podía haber facilitado sin mayor esfuerzo el acceso directo a tales expedientes, ya que no se había probado la existencia de un colapso en la tarea burocrática del Ayuntamiento, por la ausencia de complejidad». Consideración que ilustra bien a las claras sobre la necesidad de interpretar flexiblemente el criterio

de identificación o determinación de la información solicitada; en aquél caso, no puede considerarse que la petición fuese genérica o indeterminada (9).

Por otra parte, la Ley 30/92 añade que el ejercicio del derecho de acceso «podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada» (art. 37.4). Parece posible apreciar un criterio restrictivo en la formulación del precepto; en él se mezclan aspectos de diferente textura, que dificultan la comprensión del mandato: se podrá denegar el acceso cuando lo disponga una Ley, debiendo en tal supuesto motivarse la decisión. Consideración que es obvia, aunque se enturbie cuando se exige en tal caso la motivación (que, inequívocamente, sólo podrá ser la aplicación de la Ley que específicamente prevea la denegación). En cambio, el requisito de la motivación se podría comprender mejor respecto de los dos primeros supuestos que describe el precepto; salvo por la circunstancia de que la apreciación de ambos supuestos sólo corresponde al Legislador, que debe incluirlos, en su caso, en la Ley. La habilitación genérica en favor de las Administraciones Públicas así efectuada resulta particularmente significativa, además de difícilmente aplicable de modo justificado.

F) En lo que hace al procedimiento, resolución y efectos, la propia parquedad de la Ley 30/92 complica abultadamente la eficacia del derecho, desde luego cuando el obligado a facilitar el acceso prefiere evitarlo. Como nada ha especificado el Legislador, parecen aplicables las reglas comunes del procedimiento administrativo (salvo en el supuesto de que se pretenda ejercer en la modalidad de acceso

directo, en la que bien podría aligerarse el trámite): esto es, que el ciudadano debe formular la correspondiente petición, y la Administración correspondiente resolver de forma expresa, y motivadamente si se deniega (cfr. art. 54 de la Ley 30/92). El plazo máximo para resolver es de tres meses (art. 42.2 de la Ley), transcurrido el cual se produce un acto presunto (de sentido estimatorio: art. 43.2), para cuya eficacia se requiere obtener la correspondiente certificación. Si se produce el acto presunto, la eventual complejidad para su ejecución a nadie se oculta. Si la petición es denegada, será preciso agotar —cuando proceda— la vía administrativa, y acudir finalmente a la Jurisdicción.

Reglas éstas que no facilitan precisamente la efectividad del derecho. Por su parte, la Ley 38/95 (sobre acceso a la información en materia de medio ambiente) ha reducido el plazo de resolución expresa (dos meses: art. 4), pero ha especificado que el acto presunto tiene efecto negativo o desestimatorio. Frente a ello, la regulación comunitaria a la que he aludido precedentemente emplea unos criterios sumamente más favorables para la efectividad del derecho: en el Código de Conducta se fija el plazo máximo para la resolución de las peticiones en un mes.

En mi criterio, ni el plazo para resolver es mínimamente adecuado (nótese, por ejemplo, que el plazo máximo para resolver sobre peticiones de suspensión en vía de recurso ordinario es de treinta días), ni la atribución al acto presunto del sentido desestimatorio es razonable (la regla en la Ley 30/92 para el ejercicio de derechos preexistentes es justamente el silencio positivo). Da la impresión, ciertamente, de que el Legislador ha dejado fluir una suerte de criterio contrario o limitativo del principio de

transparencia, que, como se ha indicado, parece penetrar el desarrollo legislativo que se ha afrontado por el artículo 37 de la Ley 30/92.

NOTAS

(1) F. SAINZ MORENO, «*Secreto e información en el Derecho Público*», en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), «*Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*» (Civitas, Madrid 1991, vol. III, p. 2864).

(2) E. GÓMEZ-REINO, «*El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales*» (REDA n.º 8, enero-marzo 1976, pp. 18 y ss.), ha señalado que «el secreto es una de las constantes que caracterizan, a través del tiempo, la acción administrativa. Esta regla de oro del Antiguo Régimen, sin duda por estar en la línea de los intereses más primarios de los administradores, han resistido, incluso, a los principios del nuevo orden revolucionario, y es todavía hoy visible en los textos positivos que regulan el modo de actuar de los entes públicos, a pesar de que, evidentemente, estos arcana regni son incompatibles con los principios y necesidades de la llamada democracia directa» (p. 120). Atendiendo a la habilitación contenida en la Ley de Secretos Oficiales, ha explicado cómo en España se declararon materias clasificadas asuntos como la Conferencia Constitucional de Guinea, los debates sobre el Proyecto de Ley Sindical, los documentos preparatorios de una sesión plenaria del Consejo Nacional del Movimiento, la

documentación de la Comisión Especial de las Cortes en el asunto Matesa o las informaciones sobre algunas materias universitarias, entre otras. Más recientemente, da cuenta de fenómenos semejantes en la experiencia norteamericana el Informe de la Comisión Moynihan, designada por el Congreso, sobre protección y reducción de secretos del Gobierno, de 1997. En él se apuesta decididamente por una reducción del número de documentos clasificados (más de tres millones y medio en 1.995), que en muchos casos no responden a necesidades reales, sino que se emplea esta técnica como instrumento para encubrir errores o particulares posiciones de responsables públicos. La observación no es, tampoco en el ámbito norteamericano, nueva; M. REVENGA («El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional americano», Barcelona, 1995) ha recordado, en este sentido, las palabras de R. NIXON al presentar una nueva orden del Ejecutivo sobre clasificación de documentos, en marzo de 1972 (resultado de los trabajos de la Comisión creada el 15 de enero de 1971, y presidida por REHNQUIST): «los controles previstos sobre quienes tienen autoridad para clasificar se han revelado ineficaces, y la clasificación se ha utilizado con frecuencia para esconder errores burocráticos o poner a funcionarios y administradores a resguardo de situaciones comprometidas» (p. 86). En el mismo sentido cita el voto particular del Juez Douglas en la Sentencia E.P.A. v. Mink, de 22 de enero de 1973: «como ha quedado demostrado —escribe DOUGLAS— en acontecimientos como los Pentagon Papers, las masacres de My Lai, el incidente del Golfo de Tonkín y la invasión de la Bahía Cochinos, el Gobierno suprime habitualmente las noticias que le perjudican y realza las que le favorecen. En este proceso de filtración, el sello clasificatorio es la

herramienta más práctica, y ha sido utilizada para ocultar información que, en el 99 y medio por ciento de los casos, no representaba un genuino peligro para la seguridad nacional» (p. 159).

(3) La corrección jurídica de esta Decisión fue declarada por el TJCE en la Sentencia de 30 de abril de 1996 (*Reino de los Países Bajos/Consejo*), en la que resolvió el recurso de anulación formulado frente a ella así como frente al artículo 22 del Reglamento interno del Consejo, y del Código de Conducta, al que más adelante se alude. La parte recurrente imputaba, básicamente, que la regulación afrontada no era meramente organizativa, sino que, al tratarse de un derecho fundamental, debía rodearse de las garantías necesarias, excediendo de las facultades de autoorganización empleadas. El Tribunal no acoge esta argumentación, señalando que la normativa interna de la mayoría de los Estados miembros consagra actualmente de manera general, con carácter de principio constitucional o legislativo, el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las autoridades públicas y que, en el ámbito comunitario, la importancia de dicho derecho ha sido corroborada en repetidas ocasiones, y especialmente en la Declaración relativa al derecho de acceso a la información, que figura en el Anexo (número 7) al Acta Final del Tratado de la Unión Europea, que vincula este derecho al carácter democrático de las Instituciones, habiendo el Consejo de Europa instado varias veces al Consejo y a la Comisión a poner en práctica este derecho. En consecuencia, sostiene la validez de la Decisión, porque «mientras que el Legislador comunitario no haya adoptado una normativa general sobre el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las Instituciones comunitarias, éstas deben

adoptar las medidas que tengan por objeto la tramitación de tales solicitudes, en virtud de su facultad de organización interna, que las habilita para adoptar medidas apropiadas con vistas a garantizar su funcionamiento interno en interés de una buena administración». En conclusión, el Tribunal señaló que, en el estado actual del derecho comunitario, el Consejo está habilitado para adoptar medidas destinadas a tramitar solicitudes de acceso a documentos que obran en su poder, en el marco de sus facultades de autoorganización: «la circunstancia de que la Decisión 93/731 produzca efectos jurídicos con respecto a terceros no puede cuestionar su calificación como medida de orden interno. En efecto, nada se opone a que una normativa relativa a la organización interna de la actividad de una institución genere tales efectos». Parece que, en este extremo, el Tribunal convino con el criterio del Abogado General G. Tesauro, que en sus conclusiones puso de manifiesto que el derecho de acceso preexiste a aquella concreta regulación, y que, por ello, «los actos impugnados se han limitado a organizar el funcionamiento de la institución teniendo en cuenta aquél derecho». Así pues, la eficacia del derecho no deriva del contenido de aquellos actos: «en otras palabras, deberá considerarse ilegal una decisión del Consejo, aunque se adopte respetando plenamente las normas autoimpuestas en materia de publicidad, que signifique de hecho una negación del contenido esencial del derecho de información».

(4) Como complemento a esta declaración formula una llamada de atención respecto a la regulación de los grupos de intereses, cuya identificación constituye un elemento añadido a la transparencia: «se debería desarrollar la colaboración de la Comisión y del Parlamento Europeo en lo relativo al establecimiento de un repertorio único de los

grupos de intereses, con o sin fines de lucro, y sin que dicho repertorio implique reconocimiento o privilegio de acceso alguno; es deseable idéntica colaboración en lo relativo al establecimiento de un banco de datos sobre los grupos en cuestión, en el que precisará si son directos o indirectos, y en este último caso, los intereses a los que representan y en qué medida los representan».

(5) El Tribunal señaló que la Decisión 94/90 constituye la respuesta de la Comisión a las peticiones del Consejo de reflejar a nivel comunitario el derecho de los ciudadanos, reconocido en la mayor parte de las legislaciones de los Estados miembros, de tener acceso a los documentos que se encuentren en manos de las autoridades públicas. Aunque el legislador comunitario no haya adoptado la reglamentación general relativa a este derecho, las instituciones comunitarias están obligadas a adoptar, en virtud de su poder de organización interna, las medidas necesarias para resolver las peticiones de acceso a los documentos de manera que responda a los intereses de una buena administración.

(6) J. F. MESTRE DELGADO, *«El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105.b de la Constitución)»*, Civitas, 2.ª edición, Madrid 1998.

(7) En el mismo sentido se pronuncia la Ley 8/87, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que ha recogido el derecho de los vecinos a ser informados (arts. 41.1.e y 43.d), la obligación de las Corporaciones de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local (art. 139.1).

(8) J. F. MESTRE, *«El derecho de acceso...»*, op. cit.

(9) Al respecto se ha pronunciado L. POMED (*«El acceso a los archivos administrativos: el marco iurídico y la práctica administrativa»*, RAP n.º 142, enero-abril 1997, p. 463), indicando que «cuando el artículo 37.7 LAP exige la identificación individualizada de los documentos no puede pensarse que el particular deba conocer todos aquellos datos que permitan dicha individualización (ubicación, número de expediente, páginas que comprende el documento...) sino que más bien lo que se excluye es una petición indiscriminada por bloques o conjuntos de materias, de suerte que en la lectura del precepto en cuestión deberá ponerse el acento no tanto en la exigencia de identificación precisa de los documentos cuanto de los expedientes en que figuran».

Juan Francisco Mestre Delgado
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

