



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ABRIL~JUNIO 1994

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

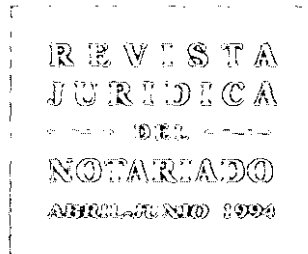
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

Estudios

- 9 CALATAYUD SIERRA, Adolfo: "El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994"
- 79 CHACON, Antonio: "El oficio de Escribano en la ciudad de Cuenca. Siglos XIII-XIV"
- 119 MUÑIZ ESPADA, Esther: "La sanción del art. 111, n.º 2 del Código Civil: La filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica"
- 177 RAMS ALBESA, Joaquín y FERNANDEZ - TRESGUERRES GARCIA, Ana: "La hipoteca y el embargo sobre los derechos de explotación de la Ley de 11 de noviembre de 1987"

Práctica jurídica

Derecho Notarial

- 213 — Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Orden de 5 de mayo de 1994), por Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés.

Actualidad jurídica

A) Informes y comunicaciones

- 253 — BLANQUER UBEROS, Roberto: "Apuntes sobre la selección del contratista y la formalización del contrato de las Administraciones públicas en el Proyecto de Ley en trámite legislativo".
- 317 — GOMEZ - FERRER SAPIÑA, Rafael: "El Derecho del consumidor. Contratación y sistema de responsabilidad".

B) Notas bibliográficas

- 457 — BALLARIN MARCIAL, Alberto: "Medio siglo de legislación agraria en España". Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de Madrid. Contestación de Emilio Lamo de Espinosa, Madrid, 1994, 296 págs.
- 475 — CHICO Y ORTIZ, José María: "Estudios sobre Derecho Hipotecario", 3.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1994. Dos tomos con 1.851 págs.

EL PROCEDIMIENTO DE SUBROGACION HIPOTECARIA EN LA LEY 2/1994

ADOLFO CALATAYUD SIERRA

Notario

9

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. *Complejidad del procedimiento subrogatorio. Criterios interpretativos.* **II.** NORMAS APLICABLES. *Los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 2/1994. La Circular 5/1994 del Banco de España. La posible aplicación de la Orden de transparencia de préstamos hipotecarios.* **III.** REQUISITOS PROCEDIMENTALES PREVIOS A LA ESCRITURA. **1.** La oferta vinculante. *Función. Requisitos formales. Contenido. Plazo de validez. Eficacia de la oferta vinculante mal formulada. Efectos de la oferta vinculante.* **2.** La aceptación por el deudor. *Requisitos. Efectos.* **3.** La notificación a la entidad acreedora. *Procedimiento de notificación. Lugar hábil para la notificación. Contenido de la notificación. Plazo de caducidad.* **4.** La certificación de la entidad acreedora. *Emitente.*

Destinatario. Plazo para emitirla y efectos de la entrega fuera de plazo. Procedimiento de entrega. Contenido de la certificación: capital, intereses, comisiones y otros gastos. La certificación mal hecha. 5. El derecho de enervación. Naturaleza. Sujeto titular. Plazo para la enervación. Procedimiento de ejercicio. Renuncia. 6. Pago a la entidad acreedora de las cantidades expresadas en la certificación. Supuesto en que procede. Momento del pago. Cantidad a pagar. Forma de pago. IV. LA ESCRITURA DE SUBROGACIÓN. 1. Sujetos. 2. Procedimientos formales. Supuestos. A) Que la entidad acreedora haya entregado la certificación y haya admitido el pago. B) Que la entidad acreedora no haya entregado la certificación. El cálculo de la cantidad debida. El depósito notarial de ésta. La notificación a la entidad acreedora. La recepción del dinero por ésta. La alegación de error. C) Que la entidad acreedora haya entregado la certificación pero se niegue a admitir el pago. 3. Contenido sustantivo de la escritura de subrogación. A) La subrogación propiamente dicha: cantidad en que se produce. B) La mejora de las condiciones de interés. Su significado. Posibilidad de otra clase de pactos y modificaciones del préstamo. Eficacia de la subrogación extralimitada.

I. Introducción

La aprobación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, hizo surgir unas expectativas en amplias capas de la población de ver reflejado en los préstamos hipotecarios vivos el generalizado descenso de los tipos de interés experimentado en los meses anteriores a dicha aprobación.

La eficacia práctica de la Ley hasta ahora se ha mani-

festado en varios aspectos. Por un lado, se ha producido la renegociación de una gran cantidad de préstamos entre los prestatarios y sus entidades financieras acreedoras. No voy a entrar ahora en si la vía que para la mejora de las condiciones de los préstamos se ha seguido en la mayor parte de los casos —el otorgamiento de un documento privado con eficacia temporal limitada, en el que aunque se rebaja el interés se agravan a veces algunas de las condiciones del préstamo y se elude el mecanismo legal que para la novación regula la Ley— es correcto. Lo que quiero es poner de manifiesto que el verdadero motor de la rebaja ha sido la posibilidad de subrogar, de sustituir al acreedor; es cierto que con anterioridad a la Ley que comentamos cabía la posibilidad de esa sustitución pero sólo si el préstamo permitía la amortización anticipada y para ello había que cancelar el préstamo y constituir uno nuevo con otra entidad, con lo que el coste dificultaba extraordinariamente la operación. Y también hay que destacar que las condiciones obtenidas por los prestatarios en las escrituras de subrogación que se han otorgado han sido en general mejores que las conseguidas a través de las renegociaciones y modificaciones.

11

Ello no obstante, no ha habido demasiadas escrituras de subrogación hipotecaria. Lo cual puede ser debido a varias causas, entre las que sin duda están el deseo de evitar el cambio de entidad financiera y el coste —que aunque muy reducido por la Ley no es desdeñable— de la subrogación; lo que hace que se prefiera negociar con la entidad acreedora antes que buscar otra. También desde algunos ámbitos se ha acusado a las entidades financieras de no querer aplicar la Ley, pero semejante acusación no me parece justa, ya que por las propias reglas de la competencia y lo suculento del mercado hipotecario son las más interesadas en conseguir su aplicación. Lo que a mi juicio ha hecho que las entidades se retraigan un tanto y no exploten este campo es, sobre todo, la complejidad de la materia y las dudas

surgidas en la interpretación de la norma. En efecto, nos encontramos ante una Ley sobre aspectos muy técnicos, que deben ser regulados con mucha precisión si se quiere que funcione y que no se deteriore el sistema de crédito territorial. Sin embargo, en la elaboración de la misma parecen haber primado más los aspectos políticos que los puramente técnicos y la urgencia por aprobarla ha hecho que tenga que ser remendada en la tramitación parlamentaria, de la que, a pesar del esfuerzo realizado, ha salido un texto que plantea muchas dudas. Y ante estas dudas, en un tema tan delicado como es el crediticio, las entidades financieras no quieren arriesgarse a una aventura de la que no tienen plena seguridad de cómo van a salir.

12

Este trabajo viene a intentar aclarar algunas de las dudas que suscita el procedimiento subrogatorio y el otorgamiento de la escritura de subrogación hipotecaria. Es verdad que realmente quienes en última instancia las resolverán serán los Tribunales y que para ello hay que pasar un proceso judicial y esperar tiempo. Pero ello no debe ser obstáculo para que se cree una práctica y se prepare el camino a la interpretación que parezca más acorde con la finalidad de la Ley, facilitando la eliminación de los obstáculos que puedan afectar a su puesta en marcha.

El procedimiento subrogatorio regulado por la Ley es **complejo**, con dos fases, una previa a la intervención notarial y la de la escritura propiamente, y en el que intervienen tres partes: el prestatario o prestatarios y dos entidades financieras, la que la Ley llama *entidad acreedora*, es decir, la titular presente del crédito hipotecario, y la que ofrece mejores condiciones para subrogarse en el crédito; a la primera de estas entidades la denominaremos a lo largo de este trabajo igual que la Ley, como *entidad acreedora*. Todo ello sin perjuicio de la posible intervención de otras partes, como el hipotecante no deudor o los fiadores. Desde el punto de vista procedimental, la Ley se orienta en dos principios: que la entidad acreedora no tenga que dar su con-

sentimiento a la subrogación y que se asegure que no obstante ha cobrado lo que se le debe por razón de su préstamo. De todos modos, la intervención de la entidad acreedora en el procedimiento es relevante, ya que, aunque no tenga que prestar su consentimiento, se le da en ciertos casos un llamado *derecho de enervación* y además la mecánica procedimental varía muy sustancialmente según que colabore en suministrar los datos precisos para saber la cantidad que se le debe por razón del préstamo y en admitir el pago de la misma o niegue esta colaboración.

En la **interpretación** de las muchas dudas que se plantean en el procedimiento subrogatorio, creo que debe partirse de tres ideas que no hay que perder de vista:

1. Por un lado, que la finalidad de la Ley es la de favorecer al prestatario. De ahí que sea éste quien tenga la iniciativa para poner en marcha el procedimiento y continuarlo o detenerlo, en la forma en que luego se verá, sin asumir compromisos firmes hasta la formalización y sin poder ser obligado a actuar en contra de su voluntad.

2. Que no obstante lo dicho en el apartado anterior, la ejecución de los distintos trámites la lleva a cabo la entidad que pretende subrogarse. Y aunque en principio el procedimiento que regula la ley es imperativo, los defectos que se cometan en el procedimiento sólo excepcionalmente deben producir la ineficacia de la subrogación, ya que entra en el espíritu de la Ley que las cuestiones que puedan surgir entre las entidades financieras no interfieran la eficacia de la subrogación, que busca el beneficio del prestatario, el cual no es culpable de ese incumplimiento.

3. Por último, que aunque como se acaba de decir los procedimientos y trámites establecidos en la Ley no pueden eludirse si se quiere disfrutar de los beneficios que ella da, hay que tener en cuenta que dichos trámites se verifican

entre entidades financieras serias, sujetas a unos requisitos estructurales y funcionales muy rigurosos, y sometidas a control por parte de las autoridades públicas. Esto quiere decir, a mi juicio, que el nivel de exigencia formal en cuanto a los diversos trámites y documentos bancarios que intervienen en el procedimiento no debe ser excesivo, debiendo partirse de que normalmente esos trámites estarán cumplidos correctamente, conforme al principio de la buena fe mercantil y bancaria.

En el desarrollo del trabajo, examinaré primero la fase previa al otorgamiento de la escritura, para luego estudiar la escritura y la forma en que puede exigirse en ésta la acreditación de los requisitos de esa primera fase. No obstante, antes haremos unas referencias a la normativa aplicable y al ámbito de aplicación de la Ley.

II. Normas aplicables

Me voy a centrar en la interpretación de los artículos 2, 3 y 4 de la Ley:

“Artículo 2. Requisitos de la subrogación.

El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código civil.

La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe

del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.

Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. En caso contrario, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria.

No obstante, si el pago aún no se hubiera efectuado porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el Notario notificará de oficio a la entidad acreedora mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes.

En este caso, y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes.”

“Artículo 3. Comisión por amortización anticipada.

En las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a interés variable, referidos en el artículo 1 de esta Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, se calculará sobre el capital pendiente de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas:

1.ª Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

2.ª Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 por 100, la comisión a percibir será la pactada.

3.ª En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 por 100 cualquiera que sea la que se hubiere pactado. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente Ley y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido.”

“Artículo 4. Escritura.

En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente.”

Esta es la regulación existente y la que debe ser objeto de estudio.

No obstante, hay que tener también en cuenta que la **Circular número 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España**, a entidades de crédito, de modificación de la Circu-

lar 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, establece algunas reglas que al indicar la forma en que deben actuar las entidades de crédito, completan la regulación.

Por otra parte, surge la duda de si a estas operaciones les son de aplicación la **Orden de 5 de mayo de 1994** sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

1. Una primera solución sería la que negaría la aplicación de la citada Orden a las subrogaciones hipotecarias reguladas en la Ley 2/1994. En apoyo de esta tesis puede argüirse la literalidad del artículo 1.1 de la misma, que circunscribe su ámbito a la “*actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria*”, en los que concurren además los requisitos que recoge a continuación el mismo artículo. Si expresamente se limita el ámbito de la Orden a la *concesión*, hay que excluir todo lo que no entre dentro de dicho concepto, y la subrogación parece que no puede considerarse en puridad como una *concesión*. También podría alegarse que la propia Circular número 5/1994, de 22 de julio, a que se acaba de aludir, y que contiene varias referencias a la subrogación, parece partir de esta solución, ya que esta Circular —que básicamente lo que ha hecho ha sido añadir a la Circular 8/1990 las especialidades derivadas por un lado de la Ley 2/1994 y por otro de la Orden de transparencia— distingue y al menos formalmente contrapone unas y otras. Así, por un lado, la Norma Tercera de la Circular, en su apartado 1 bis, alude en la letra a) a los préstamos hipotecarios sujetos a interés variable y que puedan ser objeto de subrogación, al efecto de recordar la comisión por cancelación anticipada máxima que pueda cobrarse, mientras que la letra b) se refiere a los préstamos hipotecarios regidos por la Orden, para recordar que la comisión de apertura se devengará por una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, de

concesión o tramitación del préstamo u otros similares a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. Y por otro, la Norma Sexta Bis, recoge un apartado 1 dedicado a las subrogaciones, que alude al contenido que debe tener la oferta vinculante, mientras que los apartados 2 y 3 vuelven a aludir a los préstamos hipotecarios sujetos a la Orden, para recordar el 2 las obligaciones establecidas en la misma en orden al folleto informativo, la información de las entidades que lleven a cabo la tasación y el destino de las provisiones de fondos de los préstamos proyectados y no otorgados, y para regular la 3 los índices de referencia que a los efectos de lo dispuesto en dicha Orden se consideran oficiales. Es más, cuando el apartado 1 de la Norma Sexta Bis regula el contenido de la oferta vinculante en las subrogaciones contiene una remisión expresa a lo dispuesto en la Orden de transparencia; si en este punto hay remisión y no hay ninguna otra remisión en la Circular es porque se parte de que salvo en ese punto la citada Orden no se aplica a las subrogaciones hipotecarias.

2. La posición que defiende la aplicación de la Orden se basaría en la finalidad perseguida por ésta, la transparencia en las operaciones de préstamo hipotecario, precisa no sólo en el momento de su concesión sino también en cualquier modificación que se pueda hacer de alguno de los elementos esenciales de aquéllas, por la misma razón que un testamento sólo puede modificarse cumpliendo los mismos requisitos y solemnidades que para su otorgamiento. Es más, en las operaciones de subrogación la transparencia es igual de necesaria, o quizás más, que en la concesión, ya que el cambio de entidad conlleva una serie de inconvenientes para el prestatario, además de unos gastos suplementarios, por lo que hay que articular los medios para que no quede defraudado al descubrir, por ejemplo, que el interés prometido por la nueva entidad acreedora una vez

transcurrida la primera fase se eleva por encima de lo deseado como consecuencia de la cláusula de interés variable pactada. A esto se añade que además, en cierto modo, la subrogación no deja de ser una nueva concesión de un préstamo, y desde luego éste es el tratamiento que tiene para la entidad que va a subrogarse; siendo que si hasta ahora el procedimiento para el cambio de entidad conllevaba la cancelación del préstamo anterior y la obtención de uno nuevo y este último requeriría ineludiblemente el cumplimiento de lo dispuesto en la Orden, no parece razonable dejar de aplicarla cuando la Ley 2/1994 lo único que ha querido ha sido simplificar y abaratar el trámite para conseguir la misma finalidad. Por otra parte, uno de los elementos esenciales de la Orden, la oferta vinculante, ya existe en las subrogaciones, lo que reduce la dificultad de su aplicación.

Probablemente, la solución más segura es la primera, la que niega la aplicación de la Orden, máxime si tenemos en cuenta el carácter hasta cierto punto excepcional de la Orden de transparencia, que viene limitada por el ámbito determinado en la misma. Además, la regulación que de la subrogación hipotecaria aparece en la Ley y en la Circular 5/1994 ya contiene elementos suficientes para asegurar la transparencia, como son la oferta vinculante y la necesidad de hacer constar tanto la tasa anual equivalente de la subrogación incluyendo en su coste el importe estimado de la comisión de cancelación del préstamo como la correspondiente al período remanente del préstamo en que se proyecta la subrogación, con lo que se dispondrá de elementos para poder comparar suficientemente las condiciones ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse en relación con las del préstamo vigente o con la modificación que ofrezca la entidad acreedora. De todos modos, personalmente creo que habría sido conveniente que se hubiera obligado a las entidades financieras a hacer constar cuando concedan un interés variable, justo al lado del interés fijo que se hubie-

ra pactado para el período inicial, y con la misma relevancia, cuál sería el tipo que resultaría aplicable en el momento de formalizarse la subrogación si se aplicara ya la cláusula de variabilidad prevista en función de los niveles en que en ese momento se encuentren los índices de referencia previstos. Sería saludable que las entidades financieras advirtieran de esta indicación aunque no estén obligadas a ello, como vía para dotar la subrogación de la máxima transparencia. Y ante la ausencia de esta indicación, creo que es conveniente que el Notario así se lo haga saber al prestatario.

No obstante lo dicho, si lo que pretende subrogarse es un préstamo que se haya concedido ajustándose a la Orden de transparencia, creo que la modificación que se haga deberá ajustarse en cuanto a su ordenación y redacción a lo dispuesto en ella y en concreto en el Anexo II de la misma.

Dicho todo ello, vamos a entrar en la parte principal de este trabajo, el procedimiento subrogatorio, distinguiendo las dos partes a que antes aludíamos, la fase previa al otorgamiento de la escritura y esta última.

III. Requisitos procedimentales previos a la escritura

Siguiendo el orden lógico-temporal de los diversos trámites, nos encontramos con los siguientes:

1. La oferta vinculante.

En primer lugar, es preciso que la entidad dispuesta a subrogarse presente al deudor una *oferta vinculante* en la que constarán *las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario*. Este es el trámite que primero regula la Ley, si bien lo lógico será que la iniciativa parta del deudor, que se dirigirá al efecto a una entidad financiera para informar-

se de las condiciones que ésta le daría caso de procederse a la subrogación y si está conforme con ellas instarle a que comience el procedimiento.

La **función** de la oferta vinculante no es exactamente la misma que en los préstamos hipotecarios sujetos a la Orden de transparencia, sino que aquí es más compleja, ya que mientras en aquéllos la virtualidad de la oferta queda entre la entidad financiera oferente y el candidato a prestatario y en consecuencia el único destinatario de la oferta es este último, en las subrogaciones aparece una tercera parte, la entidad acreedora a la que se proyecta privar de su condición de acreedor hipotecario, que también tiene derecho a conocerla a los efectos de ese *derecho de enervación* y por ello también es destinataria de la oferta vinculante.

Sobre los requisitos y contenido que debe reunir la oferta vinculante la Ley sólo dice que en ella figurarán *las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario*. La citada Circular número 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, ha añadido a ésta una Norma Sexta Bis, bajo la rúbrica "*Préstamos hipotecarios*", que en lo que aquí nos interesa dispone lo siguiente:

21

"1. En las subrogaciones de préstamos hipotecarios reguladas por la Ley 2/1994, de 30 de marzo:

a) La oferta vinculante a que se refiere el párrafo segundo del artículo 2 de dicha Ley, se formulará por escrito, deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. Dicha oferta especificará las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación de las recogidas en el anexo II de la Orden sobre préstamos hipotecarios. La oferta vinculante incluirá,

cualquiera que sea la modalidad del tipo de interés, la tasa anual equivalente de la operación, calculada conforme a lo dispuesto en los apartados 2, 4.a) y 6 de la norma octava, si bien, entre los conceptos de coste se incluirá, además, el importe estimado de la comisión de cancelación de préstamo objeto de subrogación.

b) Con la oferta vinculante, las entidades financieras a que se refiere el párrafo anterior informarán al cliente del coste efectivo, correspondiente al período remanente, del préstamo en el que proyectan subrogarse. Este cálculo se realizará conforme a lo dispuesto en los mencionados apartados 2, 4. a) y 6 de la norma octava, si bien se tomarán en cuenta exclusivamente aquellos conceptos de coste que quedarían por pagar si la operación siguiera su curso normal."

22 Tengamos en cuenta estas reglas para determinar sus requisitos formales y contenido.

En cuanto a sus **requisitos formales**, decir lo siguiente:

a. En primer lugar, y aunque no lo diga la norma citada, la oferta vinculante lógicamente deberá expresar su **carácter de tal** a los efectos de lo dispuesto en la ley, con indicación de cuál es su finalidad, si bien desde luego no parece que se utilice necesariamente la expresión "*oferta vinculante*", bastando con que quede clara su condición.

b. Tendrá que formularse **por escrito** y deberá ser **firmada por representante de la entidad**. Esto quiere decir, a mi juicio, que en principio quien la autorice deberá tener facultades representativas suficientes para poder otorgar en nombre de la entidad oferente la propia subrogación, ya que si la oferta es *vinculante*, sólo puede vincular quien tiene facultades para celebrar el contrato definitivo. Ahora bien, ¿quiere esto decir que si la persona que la ha firmado no tiene facultades expresas la oferta vinculante carece de valor? Desde luego, la falta de facultades representativas suficientes quedará sanada si luego, en el momento del

otorgamiento de la escritura de subrogación comparece un representante de la entidad oferente que sí que las tenga. Pero ¿podría la entidad negarse a formalizar la subrogación alegando que quien la firmó carecía de facultades suficientes? La postura contraria podría basarse en que las entidades financieras han establecido una estructura de atención a sus clientes, los cuales tienen derecho a confiar en que quien dentro de una sucursal les atiende para la resolución de la cuestión que ellos plantean está facultado para resolverla; y si esa estructura falla, la entidad debe hacerse responsable, sin poder repercutir sobre el cliente los efectos de esa extralimitación. Ahora bien, téngase en cuenta que, como luego veremos, el carácter vinculante de la oferta supone la posibilidad de obligar a su cumplimiento; es decir, la eficacia de la oferta supone la obligación de formalización en los términos en ella establecidos, por lo que su suscripción se puede decir que tiene casi la misma fuerza que la subrogación misma, y si para ésta se exigen facultades suficientes, en coherencia habría que tener el mismo grado de exigencia con la oferta. Lo que pasa es que es defendible afirmar que si quien sí que goza de facultades suficientes ha conocido la expedición sin oponerse la ha consentido, con lo que la oferta habrá quedado sanada; además, siempre quedaría la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a la entidad, derivados de un mal funcionamiento de la misma (artículo 1.903 del Código civil). Y realmente, creo que es difícil que una entidad financiera se niegue a formalizar una subrogación hipotecaria en los términos ofertados alegando la ausencia de facultades de quien firmó la oferta vinculante.

En cualquier caso, no parece preciso que la oferta vinculante deba acompañarse de la justificación documental de las facultades representativas de quien la suscribe, ni que la firma de la oferta vinculante deba ser legitimada notarialmente, ni que el Notario deba legitimar dicha firma cuando la oferta vinculante se incorpore a la escritura de subroga-

ción; la práctica bancaria debe hacer suficiente la apariencia externa del documento.

Y por lo que se refiere al **contenido** de la oferta vinculante, será el siguiente:

a. La oferta habrá de especificar las **condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación, de las recogidas en el anexo II de la Orden sobre préstamos hipotecarios**. Cuáles de estas cláusulas resultan de aplicación a la subrogación hipotecaria dependerá de la conclusión a la que lleguemos sobre la cuestión de cuál puede ser el contenido de la subrogación, a lo que se aludirá luego.

24

No se dice la forma en que debe recoger las condiciones financieras. A mi juicio, en puridad la oferta vinculante debería tener en este punto exactamente el mismo texto que las cláusulas financieras de la escritura. En efecto, en esta materia la literalidad de los textos es esencial y los resúmenes que en su caso pudieran hacerse de las condiciones financieras siempre serían incompletos y arriesgados; un matiz aparentemente pequeño o una omisión en principio poco relevante luego pueden tener una gran trascendencia práctica. Sin embargo, parece que la tendencia es a que las entidades financieras partan de que la oferta vinculante es un resumen de las condiciones financieras del préstamo; en cualquier caso, si se opta por el resumen, deberá ser lo suficientemente completo para que no quede desvirtuado en ningún aspecto relevante por lo que luego será el clausulado de la escritura de subrogación.

Se añade aquí por la Circular que *la oferta vinculante incluirá, cualquiera que sea la modalidad del tipo de interés, la tasa anual equivalente de la operación, calculada conforme a lo dispuesto en los apartados 2, 4.a) y 6 de la norma octava*, que son las reglas generales sobre cálculo de la T.A.E. De estas reglas, y de cara a dotar de transparencia la operación de subrogación tiene, a mi juicio, especial relevancia la 6, que para los préstamos a interés variable impo-

ne que la tasa anual equivalente se calcule en función del tipo que resultaría de aplicar a todo el préstamo el interés resultante de la aplicación del último nivel conocido al tiempo de celebrarse el contrato del índice de referencia pactado, teniéndose en cuenta el interés fijo que pudiera haberse pactado para el período inicial sólo en la proporción que supone ese primer período. De todos modos, vuelvo a insistir en la conveniencia de que en este tipo de préstamos se haga constar justo al lado del interés fijo que se hubiera pactado para el período inicial cuál sería el tipo que resultaría aplicable en el momento de formalizarse la subrogación si se aplicara ya la cláusula de variabilidad prevista en función de los niveles en que en ese momento se encuentren los índices de referencia previstos, y de que si la propia entidad no lo expresa lo indique el Notario. Pero por otra parte, para el cálculo de la tasa anual equivalente en las subrogaciones la Circular ha añadido una regla, según la cual *entre los conceptos de coste se incluirá, además, el importe estimado de la comisión de cancelación de préstamo objeto de subrogación*. La idea es buena: así el prestatario podrá saber el coste efectivo anual del nuevo préstamo incluyendo la comisión de cancelación que hay que pagar por el cambio, para así poder comparar mejor con el que viene pagando.

25

b. Igualmente se añade que con la oferta vinculante, se informará al cliente del *coste efectivo del préstamo en el que proyecta subrogarse, correspondiente al período remanente, para lo cual —se dice— se tomarán en cuenta exclusivamente aquellos conceptos de coste que quedarían por pagar si la operación siguiera su curso normal*. Late también aquí la idea de que el cliente pueda comparar una T.A.E. con la otra para decidir si le interesa seguir adelante con la subrogación proyectada.

c. La oferta vinculante podrá recoger el hecho de que la aceptación implica la autorización del cliente para que la entidad oferente se la notifique a la entidad acreedora y le

requiera para que entregue la certificación a que luego se hará referencia. Me parece que no estaría mal que se indicara, para una mejor información del prestatario, pero lo cierto es que este efecto se produce *ex lege*, aunque no se contenga en la oferta.

d. Por último, también puede recoger el **plazo de validez** de la oferta vinculante. Sobre este particular nada dice la Ley, lo que había hecho surgir dudas, si bien parecía razonable entender que la vinculación no podía ser eterna y que era perfectamente posible formularla con un plazo de eficacia siempre y cuando fuera suficiente. La Circular que comentamos ha llenado en parte este hueco disponiendo que *salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega*. De este plazo, pueden hacerse las siguientes observaciones:

26 — Los días son *hábiles*, a diferencia de lo que sucede con los *naturales* a que se refiere la Ley para la entrega de la certificación que luego se dirá.

— El plazo lo es para la aceptación, de modo que la formalización podrá producirse fuera de ese plazo, que será lo que de hecho sucederá siempre que la entidad acreedora haya entregado la certificación a que luego se aludirá, tal y como también después se verá.

— Se ha utilizado la misma expresión que usa el artículo 5 de la Orden sobre transparencia de los préstamos hipotecarios para la oferta vinculante general de estos préstamos. Y los problemas interpretativos que se suscitan son los mismos que en esta Orden. Se aclara cuál es el plazo de vigencia mínimo. Pero quedan varias cuestiones. (a) Por un lado, no aclara cuál es el plazo si nada se ha establecido en la oferta vinculante. Podría pensarse que el plazo en tal supuesto es ese de los diez días. Sin embargo, no creo que de la omisión se tenga que deducir el plazo mínimo legal. Personalmente creo que habrá que entender que en ese caso la oferta es indefinida; si bien será posible la revoca-

ción expresa siempre que hayan pasado los diez días y se comunique al interesado. (b) Por otra parte, las excepciones a esa duración mínima —*que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad*— son ambiguas y puede dar lugar a discusiones y litigios si es que las entidades financieras deciden usar esa posibilidad. Lo que sucede es que en la práctica la oferta sólo se formula cuando hay acuerdo entre la entidad oferente y el deudor, de modo que aquélla sólo se redactará en el momento en que se vaya a recoger la aceptación, con lo que el problema aquí planteado desaparece. (c) Tampoco se aclara desde cuando se cuenta el plazo, si desde la expedición de la oferta vinculante o desde que la reciba el deudor, ya que ambas fechas pueden ser diferentes. Creo que en principio se podrá fijar el plazo que determine la oferta vinculante con arreglo a cualquier criterio, pero siempre que se cumpla el mínimo indicado, el cual sí que deberá contarse desde la entrega al deudor. Por ello, será necesario indicar en la oferta vinculante la **fecha de la entrega al deudor**, sin perjuicio de que también pueda incluirse la fecha de la expedición.

27

Tampoco admite dificultad la posibilidad de una aceptación fuera de plazo, siempre que la entidad oferente la dé por buena.

Cabe plantearse cuales son los efectos de una **oferta vinculante mal formulada**, es decir, que no reúna los requisitos antes mencionados, ¿afectará a la eficacia de la subrogación? Como decíamos antes, la oferta vinculante tiene un doble destinatario, el prestatario y la entidad acreedora, y en este aspecto, hay que distinguir:

— En cuanto al prestatario, siempre podrá pedir que se complete y rectifique, pero la falta de requisitos creo que no podrá ser invocada para impugnar la subrogación ya realizada. Unicamente, si el prestatario ha padecido un vicio del consentimiento relevante, podrá impugnar la subrogación, pero no porque la oferta vinculante esté mal formulada; tal

vez podría alegarse que los defectos de la oferta vinculante han provocado o colaborado a crear ese vicio, pero habrá que demostrarlo. En cualquier caso, no parece que el prestatario pueda tener interés en impugnar la subrogación, ya que lo lógico es que haya mejorado las condiciones anteriores.

28 — En cuanto a la entidad acreedora que va a ser desprovista de su condición de acreedora hipotecaria, podría intentar impugnar la subrogación. Caben aquí varias soluciones. La primera sería entender que sí que tiene el derecho a impugnar la subrogación, por considerar que al haberse formulado mal la oferta se le ha dificultado el ejercicio del derecho de enervación. La negativa partiría de que el llamado *derecho de enervación* no es tal y que el defecto en la redacción de la oferta vinculante no debe perjudicar al prestatario. En realidad, creo que no podemos dar una solución unívoca. (a) Por de pronto, hay unos requisitos cuya omisión hace que la oferta vinculante pueda ser simplemente ignorada por la entidad acreedora, como si se omite su condición de tal o no está hecha por escrito o no va firmada; en estos casos, creo que sí que cabe la impugnación de la subrogación otorgada por faltar requisitos esenciales. (b) Si la oferta vinculante va firmada pero la entidad acreedora tiene dudas acerca de las facultades representativas de la persona que la suscribe, creo que no puede limitarse a ignorarla, puesto que, como se ha dicho, aunque efectivamente esas facultades faltaran, el otorgamiento posterior de la escritura de subrogación por representante suficiente, sanaría ese defecto; por ello, lo que deberá hacer en tal caso será exigir de la entidad oferente que justifique esas facultades o que la oferta sea ratificada por representante de la misma, debiendo tenerse en cuenta que en la práctica bancaria hay un criterio de respeto a la apariencia que sólo podría romperse en casos suficientemente justificados, ya que de lo contrario podría estimarse que estamos ante una actitud entorpecedora y contraria a la buena fe que debe

presidir las relaciones entre las entidades financieras. (c) Si lo que falta son aspectos de las condiciones financieras, creo que la solución debe ser parecida en aras del principio de la buena fe mercantil y bancaria: la entidad que reciba la oferta vinculante deberá requerir a la oferente para que complete las omisiones, pero si no lo hace se entiende que la da por suficiente; y creo que ese requerimiento deberá producirse dentro del plazo que la ley establece para entregar la certificación, y si efectivamente se lleva a cabo el requerimiento antes de cumplirse ese plazo, habrá derecho a que el plazo para la entrega de la certificación no se cuente sino desde que se reciba la oferta corregida. Pero si ello no obstante, no se completa la información y se continúa adelante el procedimiento subrogatorio, surge la duda de si ello afectará a la validez de la subrogación y habilitará su impugnación por la antigua acreedora. Pues bien, como dije antes me parece que entra en el espíritu de la Ley que las cuestiones que puedan surgir entre las entidades financieras no interfieran la eficacia de la subrogación que busca el beneficio del prestatario, que no es culpable de ese incumplimiento; es decir, la antigua acreedora podrá dirigirse contra la nueva en reclamación de daños y perjuicios, pero no impugnar directamente la eficacia de la subrogación.

29

De los **efectos** de la oferta, el más importante es su carácter vinculante para la entidad oferente respecto del deudor al que se dirige. De ello deriva la importancia de la oferta y la necesidad de que se redacte con mucho cuidado; ya que una vez entregada, toda la iniciativa para seguir o paralizar el procedimiento la tiene el prestatario, y la entidad oferente ya no podrá desistir si no es con el consentimiento de aquél. Llegado el caso de que al formalizar la subrogación, la entidad oferente no respete los términos de la oferta vinculante, habrá que plantearse los derechos que surgen de ese incumplimiento para el prestatario y para la entidad acreedora.

— Es respecto del prestatario que la oferta tiene la con-

sideración de vinculante, de modo que si la entidad oferente no respetara la oferta formulada, podría ser demandada por aquél para exigirle su cumplimiento en sus estrictos términos, pudiendo también desistir de seguir adelante y reclamarle los daños y perjuicios que hubiera sufrido como consecuencia del incumplimiento, que bien pueden consistir en la diferencia de intereses entre los que esté pagando y los ofertados. Lo que sucede es que al no haberse previsto un procedimiento específico para hacer efectiva esta exigencia, deberá ventilarse por el proceso ordinario que corresponda.

30

Podría ocurrir que el prestatario acceda a otorgar la escritura de subrogación aun en condiciones peores de las inicialmente ofertadas, para no verse abocado a una reclamación frente a la entidad financiera y ante la imperiosa necesidad de reducir la carga hipotecaria. En esos casos, lo más probable es que la entidad financiera le obligue a declarar expresamente su conformidad con lo pactado en la escritura. Pues bien, creo que no es descabellado pensar que pudiera prosperar una demanda del prestatario formulada después de la formalización exigiendo la modificación de la subrogación para que se ajuste a las condiciones de la oferta vinculante, aun a pesar de que la entidad financiera le hubiera hecho declarar su conformidad con las condiciones pactadas en la escritura o renunciar a tal reclamación, al menos cuando el prestatario pueda tener el carácter de consumidor o usuario a los efectos de lo previsto en la legislación especial de protección. Lo que sucede es que puede que sencillamente la entidad prestataria obligue al prestatario si quiere entonces la formalización a devolver la oferta vinculante destruyéndola o redactando una nueva ajustada a lo que vaya a disponerse en la escritura para evitar que el prestatario pueda basar una reclamación en ella; si bien no hay que olvidar que la antigua acreedora puede tener la oferta vinculante inicial, ya que como se ha dicho y luego se insistirá se le debe notificar, y a ella podría acudir el

prestatario, con la consiguiente posibilidad de acusar de falsedad al representante de la entidad que así haya procedido.

— En cuanto a la entidad acreedora, no le alcanza la eficacia vinculante de la oferta. La forma más correcta de proceder sería volver a notificarle las condiciones en que va a celebrarse la subrogación y volver a esperar el plazo de quince días que luego veremos. Ahora bien, si no se ha procedido así, ¿cabe impugnar la subrogación? Creo que la solución ha de ser la misma que antes veíamos: la antigua acreedora podrá dirigirse contra la nueva en reclamación de daños y perjuicios, pero sin poder impugnar directamente la eficacia de la subrogación.

En estos casos de incumplimiento habrá que tener también en cuenta las sanciones que la entidad acreedora pudiera merecer como consecuencia de la normativa sobre disciplina bancaria.

31

2. La aceptación por el deudor.

La oferta vinculante es preciso que sea aceptada por el deudor.

En cuanto a los **requisitos** de la aceptación, puede decirse lo siguiente:

a. Lógicamente, también deberá constar por escrito firmado por el deudor o su representante con facultades suficientes. Ahora bien, creo que será posible la ratificación ulterior del deudor si quien en principio ha aceptado carece de tales facultades, ratificación que se entenderá hecha si el deudor, como debe ser, interviene en el otorgamiento de la escritura de subrogación. Lo más adecuado será que se haga en la propia oferta vinculante que se acepta.

b. Caso de haber varios deudores, creo que será preciso que la aceptación la hagan todos ellos. No parece razonable que la subrogación pueda ser llevada a cabo por uno solo de los deudores con desconocimiento u oposición de los demás. Ahora bien, por la misma razón indicada antes,

la falta de alguno de ellos en este acto puede ser subsanada en el momento de otorgamiento de la escritura de subrogación.

c. En cuanto a la capacidad necesaria para esta aceptación, lógicamente será la misma que para la subrogación propiamente dicha, sin perjuicio de la posibilidad de ratificación al otorgar la escritura, de la misma forma que acabamos de ver. Al tema de la capacidad aludiremos al tratar de la escritura de subrogación.

Los **efectos** de la aceptación nos los dice el párrafo segundo del artículo 2: *implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para la entrega de la certificación que luego se estudiará.*

La duda surge sobre hasta qué punto vincula esta aceptación al deudor. Desde luego, hay un caso en el que la subrogación no llega a formalizarse a pesar de la aceptación: el de la enervación de la misma mediante la formalización de la entidad acreedora con el deudor de novación modificativa. Ahora bien, fuera de ese caso, cabe plantearse si el deudor tiene derecho a arrepentirse y desistir de seguir adelante con la subrogación. Pues bien, en mi opinión, el deudor es libre de desistir de la subrogación si en cualquier momento antes de la formalización se arrepiente, sin tener que dar explicaciones. Así me parece que cabe deducirlo de la intención del legislador, que, como adelantaba antes al tratar de los criterios interpretativos que deben regir en esta materia, creo que ha pretendido que el deudor puede elegir sin cortapisas. Téngase en cuenta además que, dada la complejidad de los criterios de determinación de los tipos de interés variables, podría suceder que lo que en un primer momento al deudor le parecía muy favorable, posteriormente, al informarse mejor descubra que no lo es tanto. Máxime si tenemos en cuenta que la moderna legislación de protección a los consumidores (Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Directivas Comunitarias y proyecto de

ley sobre multipropiedad, etc.) tiende a establecer un derecho de arrepentimiento durante un plazo razonable. Todo ello sin perjuicio del derecho de la entidad oferente de reclamar al deudor indemnización de daños y perjuicios por los que pruebe haber sufrido como consecuencia de los trámites practicados. Con ello, además, evitamos el problema que la vinculación plantearía en relación al plazo durante el cual ésta existiría en el supuesto de que la entidad oferente retrasara excesivamente la práctica de los trámites del procedimiento subrogatorio.

No obstante, pueden surgir dificultades cuando tras haber aceptado la oferta vinculante el prestatario, sin negarse expresamente a formalizar la subrogación, sencillamente la va retrasando por unos motivos u otros. En tal caso, me parece que es razonable admitir la posibilidad de que la entidad oferente requiera al deudor para que en un plazo razonable la formalice, de modo que si no lo hace se le entienda por desistido. La notificación, para mayor seguridad, será conveniente que sea notarial.

33

3. La notificación a la entidad acreedora.

A continuación, la entidad oferente debe notificar la oferta y la aceptación a la entidad acreedora, requiriéndole para que le entregue la certificación a que luego aludiremos.

En cuanto al **procedimiento de notificación**, en ningún sitio se exige que sea fehaciente, por lo que bastará cualquier sistema, si bien a efectos probatorios sería conveniente que al menos se obtuviera un ejemplar firmado o al menos sellado por la entidad acreedora con la fecha de recepción. Tal vez, en subrogaciones que puedan llegar a ser conflictivas o en que la entidad acreedora se resista a recibir la notificación pueda ser interesante acudir a la notificación notarial.

Es **lugar hábil para la notificación** cualquier sucursal de

la entidad acreedora, incluso situada fuera de la localidad en que se encuentra la que tramitó el préstamo cuya subrogación se pretende, sin ser preciso por tanto que se haga en esta última, que incluso podría haber desaparecido. Téngase en cuenta que la personalidad jurídica es la misma y si toda sucursal de una entidad financiera tiene un rótulo exterior al público bastante notorio, no puede alegar que es ajena al asunto, siendo además que todas estas entidades tienen un sistema de comunicación interno muy eficaz. De todos modos, la buena fe bancaria debe hacer que sólo se prescinda de la sucursal concedente del préstamo o su sucesora, que serán las que normalmente tendrán a su cargo la gestión del préstamo, en los casos en que sea realmente necesario, como cuando se encuentra fuera de la localidad o hay alguna otra causa justificada.

El **contenido** de la notificación es doble:

34

— Por un lado, **comunicar** la oferta y la aceptación, expresando el contenido de aquélla a que se aludía. Aunque la expresión de la Ley no es todo lo clara que debía ser, creo que no basta con que se comunique que existe una oferta vinculante aceptada sino que debe comunicarse el contenido íntegro de la oferta vinculante, probablemente mediante entrega de copia. La aceptación creo que bastará con que la entidad oferente diga que se ha producido, sin ser preciso tener que justificar quién, cómo y qué facultades tenía quién lo ha hecho; aunque si se ha hecho en la misma oferta la copia de ésta que se usa para la notificación normalmente la incluirá. Para los derechos de la entidad acreedora si la oferta vinculante no está correctamente formulada, me remito a lo dicho antes.

— Por el otro, se debe **requerir** a la entidad acreedora para que en el plazo máximo de 7 días naturales entregue a la entidad oferente certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar. El significado y contenido de esta certificación se estudia poco después.

La ausencia de la notificación a la entidad acreedora creo que sí que podría ser causa de impugnación de la subrogación, puesto que se trata de un trámite expresamente impuesto por la Ley y en torno al cual gira todo el mecanismo subrogatorio. Si la notificación se ha efectuado pero no ha incluido el total contenido de la oferta vinculante, creo que serán de aplicación las mismas consideraciones que veíamos antes para el caso de que la oferta se haya formulado incorrectamente. Si lo que falta en la notificación es el requerimiento para que expida la certificación, me parece que tal defecto no ha de considerarse invalidante, ya que la obligación de expedirla resulta directamente de la Ley, siempre que quede claro que estamos ante una notificación de las reguladas por ésta.

Por último, decir que la Ley no regula un **plazo de caducidad** de los efectos de esta notificación, de modo que si no se formaliza la subrogación dentro de ese plazo, haya que proceder a nueva notificación (como pasa por ejemplo en el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Pero si se produce ese retraso, pienso que la entidad acreedora podrá requerir al deudor para que en un plazo también razonable lleve a cabo la subrogación, de modo que si no lo hace se entienda que ha desistido; lo contrario sería admitir que la entidad acreedora deba permanecer impasible indefinidamente con una situación de incertidumbre. Y en cualquier caso, lo lógico será que si la formalización de la subrogación se retrasa más de lo razonable, vuelva a practicarse la notificación.

35

4. La certificación de la entidad acreedora.

Esta certificación tiene gran importancia para el desarrollo del procedimiento. Si se entrega, su contenido en principio vincula tanto a la entidad que la expide —si bien luego diré que creo posible la rectificación de la certificación—, como a la parte deudora que quiera continuar el procedi-

miento. Y si no se entrega, produce graves consecuencias para las dos entidades financieras intervinientes; para la entidad acreedora que no la entrega, porque pierde el derecho de enervación a que luego se aludirá y además se arriesga a que el cálculo que en tal caso tiene que hacer la entidad oferente de la cantidad que se le debiera por razón del préstamo no le sea satisfactorio, en cuyo caso no tendría más remedio que alegar error y acudir al procedimiento judicial especial que la propia ley regula; y para la entidad oferente, que verá complicarse el procedimiento, ya que será necesario hacer el cálculo de la cantidad debida, y depositarla notarialmente al formalizar la subrogación, debiendo notificarse a la entidad acreedora todo ello; a lo mejor, ante estas complicaciones y riesgos, la entidad oferente quiere desistir entonces de seguir con el procedimiento, pero lo cierto es que, como se dijo antes, la oferta vinculante le obliga frente al deudor, que podría exigir la continuación del mismo.

Veamos las cuestiones que aquí se suscitan.

En cuanto a **quién puede emitir la certificación**, en principio deberá ser persona con facultades para hacerlo dentro de la estructura de la entidad de que se trate. Cabe plantearse qué pasa si la certificación la expide persona que carecía de facultades para hacerlo. Creo que la solución es diferente a la se suscitaba respecto de quién firmaba la oferta vinculante, ya que aquí no se trata de contraer un compromiso obligatorio de cumplir, sino sencillamente de expresar cuál es el saldo de un determinado préstamo a los efectos de su cancelación; por ello, sí que vale argumentar que los clientes de una entidad financiera tienen derecho a confiar en que quien dentro de una sucursal les atiende para la resolución de la cuestión que ellos plantean está facultado para resolverla, de modo que si esa estructura falla, la entidad debe hacerse responsable, sin poder repercutir sobre el cliente los efectos de esa extralimitación. Lo que sucede es que como luego se dirá si

la certificación está mal hecha nada impide que se corrija.

Al igual que se ha dicho con anterioridad, no ha de considerarse precisa la acreditación de facultades suficientes para su expedición ni la legitimación de la firma del que la emite. La apariencia externa ha de ser suficiente.

La **destinataria** de la certificación es la entidad oferente, no el deudor, como se deduce del texto del párrafo 2.º del artículo 2 (... *la requiera para que le entregue ... certificación*). Ello es debido a que los trámites del procedimiento son llevados a cabo por la entidad oferente.

El **plazo para entregar la certificación** es de 7 días naturales. Dicho plazo empieza a contar desde la notificación de la oferta vinculante y su aceptación a la entidad acreedora. Y dados los efectos de la falta de entrega de la certificación, hay que insistir en la conveniencia de que quede constancia de dicha notificación.

Por otra parte, dicho plazo para entregar la certificación se cuenta por días *naturales*, criterio que también se sigue para el ejercicio del derecho de enervación. En consecuencia, habrá que acudir a las reglas del artículo 5 del Código civil para los plazos señalados por días, en los que no se excluyen los días inhábiles, ni siquiera cuando lo sea el último día del plazo. Realmente, no parece satisfactoria esta solución, ya que se trata de un plazo para realizar trámites propios de una entidad de crédito; creo que habría sido más adecuado seguir el mismo criterio del artículo 90 de la Ley Cambiaria, que excluye los días no laborables para el personal de las Entidades de crédito. Seguramente, al fijar un plazo calculado por días *naturales* el legislador ha querido limitar la duración del plazo; ahora bien, para ello habría sido más adecuado acortarlo pero excluir los días que también se excluyen a efectos de los protestos. El caso puede tener especial relevancia cuando el último o los últimos días del plazo sean inhábiles; y no vemos ninguna norma en la que apoyar la solución de que en tal supuesto el plazo se prorrogue al siguiente día hábil, máxime si tene-

mos en cuenta las graves consecuencias que produce el incumplimiento de la obligación de entregar la certificación en su plazo.

Es necesario intentar precisar cuáles son los **efectos de la entrega de la certificación fuera de plazo**. Por de pronto, me parece que en tal caso la entidad oferente podría negarse a recibir la certificación, aplicándose entonces las mismas reglas que si no se hubiera entregado. Ahora bien, podría suceder que ello no obstante la recibiera. Para tal supuesto, habría que distinguir:

— Si la entidad oferente y el deudor han procedido a formalizar la subrogación con anterioridad a la recepción de la certificación, podrán ignorarla completamente y seguir con el procedimiento previsto para el caso en la ley. Ahora bien, si aun formalizada la subrogación todavía no se ha consumado completamente, creo que también podrán tomarla en consideración y reconducir los trámites al supuesto de que se hubiera entregado en plazo, es decir, mediante diligencia en la escritura de subrogación entregar al Notario la certificación y el resguardo de la operación bancaria realizada a favor de la entidad acreedora, retirando el cheque y dando por no realizada la notificación. Creo que esta reconducción del procedimiento siempre es deseable y por ello deben darse las facilidades oportunas para que se produzca.

— Si cuando se recibe la certificación todavía no se ha otorgado la escritura de subrogación, la cuestión es más complicada. Es dudoso si en tal caso surge el derecho de enervación que regula la Ley. En favor de la solución afirmativa puede alegarse la literalidad del principio del párrafo tercero del artículo 2 de la Ley (*Entregada la certificación —no dice cuándo—, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación ...*). No obstante, me parece más razonable la solución negativa, ya que la exigencia de entrega de la certificación está unida al plazo previsto para ello: no se ha entregado *bien* la certificación si se ha recibido fuera de plazo; con ello, el legislador impone una sanción

para el caso de incumplimiento de la obligación de expedirla en el plazo regulado; además, lo contrario implicaría la posibilidad de que el plazo para formalizar la subrogación se alargara de modo excesivo, ya que habría que esperar los 15 días previstos a partir de ahí, con perjuicio para el deudor. Ahora bien, lo que sí que creo es que si la certificación se ha recibido, salvo en lo relativo al derecho de enervación, habrá que seguir las reglas previstas para el caso de entrega de la certificación: la entidad oferente no deberá calcular bajo su responsabilidad la cantidad debida a la acreedora, sino que deberá entregar a ésta la que conste en la certificación.

No se regula tampoco el **procedimiento de entrega de la certificación**. El problema es similar al de la notificación de la oferta vinculante: cualquier procedimiento es en principio hábil, si bien parece aconsejable que se obtenga un ejemplar firmado o al menos sellado por la entidad oferente con la fecha de recepción. De todos modos, no parece que la entidad oferente pueda tener mucho interés en eludir la recepción de la certificación, ya que, como se dijo antes, ello complicaría mucho el procedimiento y sus riesgos. En cualquier caso, ante una resistencia a recibir la notificación, será útil que se practique notarialmente.

Respecto de su **contenido**, la Ley habla de *certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar* (artículo 2, párrafo segundo *in fine*), norma que hay que relacionar con la que más adelante se refiere a la cantidad que hay que pagar a la entidad acreedora: *capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos* (párrafo tercero del mismo artículo). Examinemos los problemas que aquí se plantean.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que desde que se expida la certificación hasta que se produzca el pago a la entidad acreedora pasarán unos días, no pocos, lo que hará que las cantidades debidas puedan no coincidir con las que figuran en la certificación. En efecto, durante esos días se-

guirá el devengo de intereses ordinarios o de demora que estuvieran corriendo; podrá vencer alguna cuota con capital e intereses o sólo éstos; y además, si la cuota no se paga, podrán empezarse a devengar intereses de demora. Pues bien, pienso que no admite duda la posibilidad de que en la certificación se exprese la cantidad debida en la fecha en que se expide, añadiendo la que va a devengarse por día que transcurra hasta que se le pague. Y será conveniente que las certificaciones se redacten con esta referencia. Podría pensarse en prever también en la certificación los posibles vencimientos de capital que pueda haber durante el plazo de tramitación de la subrogación, pero esto puede ser poco útil si no se justifica igualmente que se ha atendido el pago de esa cuota, para lo cual creo que bastaría con el recibo correspondiente de la entidad acreedora. En cualquier caso, y para evitar problemas sería conveniente que la entidad oferente iniciara el procedimiento inmediatamente después del vencimiento de una cuota, con el fin de intentar evitar que se produzca el vencimiento en medio del procedimiento, y que solicitara expresamente y por escrito a la entidad acreedora que certifique las cantidades que se vayan acumulando por día que transcurra.

En segundo lugar, parece también claro que en la certificación los diversos conceptos deberán expresarse separadamente y con el máximo detalle posible.

Entrando en los conceptos que figurarán en la oferta vinculante:

a. Respecto al capital pendiente de amortizar, no se plantean más problemas que los derivados de la posibilidad de que haya un vencimiento de amortización en medio del procedimiento, ya comentado antes.

b. En cuanto a los intereses devengados y no satisfechos, se podrán incluir tanto los ordinarios como los de demora. Lo ideal sería que se expresaran, además de la cantidad resultante, el interés aplicado y los días devengados. Únicamente, apuntar la complejidad que puede conlle-

var el correcto cálculo de los intereses cuando hay demoras superiores al tiempo de un vencimiento periódico (generalmente mensual).

c. Por lo que hace referencia a la *comisión*, la Ley habla de ella en singular. Ahora bien, creo que en este concepto podrán incluirse en la certificación tanto las que se devengan durante la vigencia normal del préstamo y que por las razones que fuera estuvieran pendientes de pago (apertura, estudio, demora, subrogación), como la de amortización anticipada, si bien ésta, cuando se trate de préstamos a interés variable, con las limitaciones recogidas en el artículo 3, que establece en principio que la comisión a cobrar será la pactada pero con el límite del 1 por ciento del capital pendiente de amortizar. Ahora bien, cuando se trate de préstamos hipotecarios en los que no conste la posibilidad de amortización anticipada —que también admiten la subrogación según el artículo 1.2 *in fine*— y en los que lógicamente no se ha fijado comisión, no se aplicará la regla 1.^a de dicho precepto, que impondría la inexistencia de comisión, ya que se refiere a supuestos en que se haya pactado la posibilidad de amortización anticipada, sino la 3.^a, la residual, con lo que la comisión será el 1 por ciento.

Por otra parte, esta regla 3.^a dispone para los casos residuales, es decir, aquellos en que no se hubiera pactado la posibilidad de amortización anticipada y aquellos en que la comisión pactada fuera superior al 1 por ciento, que *si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél, añadiendo que la alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente Ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido*. Es decir, esta reclamación queda fuera del procedimiento subrogatorio, al que no puede afectar, y por ello no

debe incluirse en la certificación. No procede ahora entrar en el examen del procedimiento para hacer valer este derecho, si bien podemos decir a vuela pluma que la ausencia de una regulación específica (a diferencia de lo que sucede para el caso del último párrafo del artículo 2) hará seguramente necesario tener que acudir al procedimiento ordinario.

42 Ninguna de estas reglas se aplica al préstamo sujeto a interés fijo, en el que podrán percibirse las comisiones que para este supuesto se hubieran pactado, que, por cierto, suelen ser bastante mayores como medio de compensar la obligación que la entidad financiera asume de mantener el interés pactado durante toda la vigencia del préstamo aun en el caso de que se produzcan generalizadas subidas de los tipos de interés. Lo que hay que decir aquí es que a estos efectos sólo se puede considerar préstamo a interés fijo aquel en el que no se ha pactado variabilidad alguna de los intereses. De modo que si un préstamo tiene un primer período de interés fijo, por largo que éste sea, si en algún momento posterior se ha pactado la variabilidad de intereses, serán de aplicación las limitaciones a la comisión de amortización anticipada señaladas; sin que quepa aplicar un doble régimen de amortización anticipada según que se esté en la fase de interés fijo —en la que no se aplicarían las limitaciones legales— o en la de variable.

d. Más dudoso es que puedan incluirse otro tipo de cantidades, aun garantizadas con la hipoteca (pagos por cuenta del deudor por seguros, impuestos, etc.). La ley no alude a estas circunstancias, ya que no fue admitida una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán del Congreso de los Diputados, que proponía añadir la frase *“así como por cualquier otro pago legítimo derivado del contrato”*, y en la justificación de la misma se decía que debía tenerse en cuenta que *“en el momento de la subrogación pueden haber surgido en favor del acreedor original derechos económicos derivados del contrato distintos del capital, intere-*

ses o comisión devengados (impuestos, gastos de comunidad, seguros, ...) que es preciso prever". La aprobación de esa enmienda habría aclarado esta cuestión. Sin embargo, creemos que resulta razonable que si las cantidades en cuestión están garantizadas por la hipoteca puedan incluirse en la certificación. Y en este sentido, hay que recordar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, según la cual parece que pueden garantizarse con la hipoteca los gastos que estén en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía, tales como los de seguros, impuestos, propiedad horizontal, etc. (resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987). Si tales gastos quedan asegurados por la hipoteca, deben poderse hacer efectivos aquí. Lo contrario sería privar a la entidad acreedora de la garantía hipotecaria que aseguraba el pago de esas cantidades sin el consiguiente derecho al resarcimiento de las mismas en el procedimiento subrogatorio, obligándole a acudir a vías lentas y difíciles para poder recuperarlas, cantidades que normalmente no son muy grandes y que por otra parte la entidad financiera se habría limitado a adelantar por cuenta del deudor.

43

Una cuestión que merece la pena tratar es la de la **certificación mal hecha**. Ello puede ser debido bien a un error o bien a una conducta abusiva de quien la expide; partamos de la base de que se trata de lo primero, ya que de la seriedad de una entidad financiera no cabe suponer lo segundo. Pues bien, aquí hay que hacer 3 consideraciones:

a. Por un lado, si la certificación no reúne los requisitos mínimos que la Ley exige, es decir, no determina claramente el importe del débito, sencillamente creo que se tendrá como no emitida, con las consecuencias que ello conlleva.

b. En segundo lugar, decir que parece clara la posibilidad de corregir la certificación mal hecha, y ello tanto si el error era en perjuicio del deudor como en su favor. El modo más adecuado creemos que sería el de hacer una cer-

tificación propiamente *subsanadora* que aludiera a la original y la corrigiera, en vez de expedir una completa que sustituya a la anterior, sobre todo cuando habiéndose entregado la certificación originaria dentro del plazo la subsanadora se entrega ya pasado éste. Proceder así evitará el problema de considerar que la certificación ha sido entregada fuera de plazo. En cualquier caso, los plazos para el ejercicio del derecho de enervar se seguirán contando desde la entrega de la certificación originaria, no desde la subsanadora, ya que lo contrario sería premiar al que, aunque sea por error, no ha cumplido correctamente lo que la Ley le indica.

44

Ahora bien, si el error lo aprecia la entidad acreedora una vez formalizada la subrogación y por tanto cobrado el importe que figuraba en ella, la cuestión se complica. Si el error ha sido en contra del prestatario y la entidad quiere subsanarlo devolviéndole la diferencia, no habrá desde luego ninguna dificultad. Pero si ha sido en su contra, surge la duda de si podrá reclamarle al prestatario la diferencia. En contra podría alegarse que la entidad ha de ser consecuente con sus propios actos y que cuando certifica debe tener el suficiente cuidado y la conveniencia de que no queden posibles cuestiones pendientes de resolución en el procedimiento subrogatorio. Ahora bien, me parece una opinión excesivamente rigurosa; los errores de cálculo siempre han de poder permitir su corrección, siempre que se demuestren cumplidamente. Lo que pasa es que ante la oposición del prestatario no tendrá más remedio que acudir al procedimiento judicial ordinario.

c. El supuesto más complejo es aquel en el que sencillamente no hay acuerdo en cuanto a las cantidades consignadas en la certificación entre la entidad acreedora y el deudor o la entidad oferente. Habría sido interesante que el procedimiento regulado en el último párrafo del artículo 2 se pudiera aplicar también a este caso. Ante esta ausencia, en principio al deudor sólo le cabrán dos posibilidades: seguir adelante con el procedimiento subrogatorio pagando a

la entidad acreedora las cantidades que reclama en la certificación o suspender el procedimiento subrogatorio y demandar a la entidad acreedora en el procedimiento declarativo correspondiente; en ambos casos, se podrán reclamar a la entidad certificante los daños y perjuicios que ello le hubiera podido producir. No obstante, creo que no hay obstáculo a que cuando en la certificación aparezcan cantidades que conceptualmente no son incluibles en la misma, sencillamente se prescinda de éstas a la hora de hacer el pago a la entidad acreedora; es lo que sucedería, por ejemplo, si se incluyera en la certificación una comisión por amortización anticipada superior al uno por ciento de la cantidad pendiente de amortizar.

5. El derecho de enervación.

La Ley se refiere a este derecho al decir que *entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario*. Son muchas las cuestiones que aquí también se suscitan.

Lo primero que hay que plantearse es la **naturaleza** de esta figura y más concretamente si estamos ante un auténtico *derecho* de la entidad acreedora a bloquear la subrogación. La inclusión de esta regla procede de la discusión parlamentaria, y más concretamente de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán del Congreso de los Diputados en la que se recogía de modo claro el derecho de oponerse a la subrogación mediante el ofrecimiento de la inmediata novación modificativa del préstamo en condiciones idénticas a las contenidas en la oferta de la entidad que pretende subrogarse. En la redacción definitiva sin embargo tal cosa no se deduce claramente. Podría pensarse que esta discusión es un poco bizantina, ya que lógicamente si la entidad acreedora le ofrece al deudor las mismas o mejores condiciones

que la entidad que pretende subrogarse, se quedará con aquélla, ya que así evita todo el complicado trámite y los gastos de la subrogación. Pero no lo es tanto, ya que si se mantuviera la existencia de un auténtico derecho de tanteo, ello podría dar lugar a discusiones acerca de qué condiciones son mejores, sobre todo si como luego veremos admitimos la posibilidad de modificar el sistema de cálculo de los intereses, o acerca de cómo se demuestra que la entidad acreedora hizo la contraoferta al deudor dentro del plazo. Y esas discusiones podrían perturbar el desarrollo del procedimiento subrogatorio. Aparte de que puede darse el caso de que por otro tipo de razones el prestatario esté insatisfecho con el trato que recibe de una entidad y en las mismas condiciones prefiera cambiarse a la otra a pesar del coste que la operación le pueda suponer.

46

La solución que demos a esta cuestión nos dará la pista para resolver el resto de los problemas que suscita este supuesto derecho. Pues bien, concretamente, sobre este particular, caben dos posiciones contrapuestas:

—La primera sería la de que estamos ante una especie de tanteo, lo que implicaría que si la entidad acreedora iguala las condiciones ofertadas, podría *obligar* al deudor a formalizar la novación y éste no podría oponerse. Para apoyar esta tesis serviría la propia literalidad del precepto, que habla de *derecho a enervar* y el hecho de que en caso contrario la norma sería inútil: que la entidad acreedora y el deudor pueden negociar para evitar que la subrogación se consume no es preciso que la Ley lo diga.

—La segunda tesis sería que no hay tal derecho frente al deudor, ya que la literalidad del precepto habla de que la enervación requiere formalizar con él novación modificativa del préstamo hipotecario, y mientras no se diga lo contrario, la formalización necesita la conformidad del deudor: sólo de modo expreso podría imponérsele una obligación. En consecuencia, al final el llamado *derecho de enervación* se reconduciría a un derecho de la entidad acreedora a que

no se pueda formalizar la subrogación hasta que transcurra el plazo de 15 días previsto, de modo que durante ese tiempo puede intentar llegar a un acuerdo con el deudor para evitar que la subrogación se consume, si bien en última instancia la decisión será sólo del deudor. No estaríamos ante una norma inútil, porque el plazo que se prevé puede ser muy útil para negociar con el deudor y evitar la subrogación; es más, la negociación podría llevar a que se formalizara una novación en los mismos términos ofertados o en otros diferentes menos beneficiosos para el prestatario o incluso a que no se hiciera novación alguna pero se detuviera la subrogación a cambio de otras contrapartidas, ya que como se ha dicho antes el deudor no está obligado por la aceptación de la oferta vinculante.

Personalmente, me decanto claramente por esta segunda solución, ya que no se deben establecer vinculaciones para el deudor que no resulten claramente del texto de la Ley, además de que, como se dijo al principio, creo que entra dentro del espíritu de la Ley favorecer al deudor y dejarle la decisión de lo que más le conviene atendiendo a las razones que estime oportunas. Por otra parte, no sería coherente con lo antes dicho acerca de la no existencia de vinculación respecto de la entidad oferente el que ahora admitiéramos la vinculación respecto de la acreedora. En suma, de lo que se trata es de dejar decidir libremente al deudor, sin cortapisa alguna. Incluso, creo que técnicamente la tesis primera plantearía graves problemas, ya que de haberse establecido realmente un derecho de tanteo, habría que haber previsto que es posible que la subrogación se formalice en condiciones distintas de las previstas en la oferta vinculante, con lo que debería haberse exigido una notificación después de la formalización a la entidad acreedora de las condiciones en que la subrogación se ha producido y atribuyéndole un consecuente derecho de retracto para el supuesto de que esas condiciones hubieran sido diferentes. Creo que está claro que el legislador ha querido huir de la

complicación que supondría semejante mecanismo y evitar trabas a la eficacia de la subrogación.

Consecuencia de ello es, aparte de la inexistencia de ese derecho de oposición a la subrogación, la no necesidad de notificar a la entidad acreedora las condiciones en que se ha celebrado la subrogación pactada en términos diferentes a los previamente notificados; el único caso en que está prevista la notificación ulterior es de que el pago a la entidad acreedora se haga mediante el depósito notarial, que luego veremos. También se deriva de aquí la posibilidad de subrogar aun después de haber otorgado escritura de novación con la entidad acreedora; es decir, el hecho de que la entidad acreedora consienta una novación modificativa con el deudor no le impide a éste, si posteriormente recibe una oferta más ventajosa, acudir al procedimiento de subrogación, ya que no hay ninguna norma que lo prohíba y la finalidad de la norma de que el prestatario pueda conseguir una mejora en las condiciones de interés de su préstamo hipotecario sigue vigente aun cuando la entidad acreedora haya accedido a una rebaja de los intereses si resulta que posteriormente se puede conseguir una reducción todavía mayor.

El **sujeto titular** de esta especie de derecho es la entidad que cumple su obligación de entregar la certificación dentro de los 7 días. De hecho, su pérdida es el efecto que la ley regula para la falta de entrega de la certificación en su plazo, lo que conlleva además consecuentemente los riesgos derivados de que el cálculo de la cantidad que se le debiera lo haga la entidad oferente, debiendo acudir en caso de discrepancia con ese cálculo al procedimiento judicial especial que la propia ley regula. Se deriva de ahí la conveniencia de que las entidades financieras requeridas al efecto entreguen la certificación conforme a lo regulado en la Ley. No parece probable por ello que alguna entidad practique sistemáticamente la política de negarse a entregar la certificación; las razones indicadas así como la seriedad con que

deben actuar estas instituciones inducen a pensar así; y si lo que se pretende es intentar evitar que la entidad oferente no quiera seguir adelante con el procedimiento por no arriesgarse a hacer el cálculo de las cantidades debidas, se olvida de que una vez aceptada por el deudor la oferta vinculante, la decisión de seguir o no adelante ya corresponde a éste, no a aquélla. Si, no obstante, alguna entidad llegara a practicar tal política, con la Ley en la mano, las únicas consecuencias que se producirían serían las examinadas; no hay previstas, que sepa, otras de tipo sancionador en la legislación sobre disciplina de las entidades de crédito que pueda ser aplicable.

En cuanto al **plazo** para la enervación, la ley habla de *quince días naturales*. Dejando aparte la cuestión de que los días sean *naturales* —respecto de la cual me remito a lo dicho respecto del plazo para entregar la certificación—, es conveniente intentar precisar adecuadamente su significado. Si partimos, tal y como hemos hecho, de que el deudor no está vinculado con la entidad oferente a formalizar la subrogación, tendremos que si voluntariamente el deudor llega a un acuerdo con la entidad acreedora aun después de transcurrido el plazo, quedará sin efecto la subrogación. Es decir, la virtualidad del plazo es la indicada: sencillamente durante ese plazo no se podrá formalizar la subrogación.

También el **procedimiento de ejercicio** del *derecho de enervar* debe ser entendido a la luz de lo antes dicho. De modo que aunque la Ley se refiere al ejercicio de la enervación al *formalizar* con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario, en realidad el abandono de la subrogación puede llevarse a cabo sencillamente con la decisión del deudor, sin ser realmente precisa la *formalización* en cuestión.

Nada impide la **renuncia** al derecho de enervación. Y seguramente debe admitirse la hecha en la propia certificación, lo cual puede servir para acortar los plazos y trámites.

6. Pago a la entidad acreedora de las cantidades expresadas en la certificación.

Un paso esencial del procedimiento es el pago a la entidad acreedora, a la que se va a desproveer de su condición de tal, de las cantidades que se le adeuden por razón del préstamo. Para ese pago, la Ley establece 2 formas: la primera, cuando la entidad acreedora colabora, es decir, entrega la certificación y admite voluntariamente el pago, y la segunda, cuando falta esa colaboración, bien porque no se ha entregado la certificación o bien porque la entidad acreedora se niega a admitir el pago, en cuyo caso se acude al depósito notarial. Pues bien, ahora vamos a estudiar el procedimiento primero, ya que el segundo forma parte del otorgamiento de la escritura de subrogación y se estudiará con ésta más adelante.

50 Concretamente lo que se dispone es que en los casos en que se haya entregado la certificación y no se haya enervado la subrogación, *para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devenidos y no satisfechos, añadiendo que se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria.* Las consideraciones que procede hacer aquí son las siguientes.

Como se acaba de decir, el **supuesto en que procede** esta forma de pago es el de que la entidad acreedora entregue la certificación y admita voluntariamente el pago. Pues bien, esto quiere decir, que en esos casos, por mal que esté la certificación, no será posible acudir al otro procedimiento de pago. Si lo que pasa es que la certificación está mal hecha, recuérdese aquí lo dicho antes. Y si lo que ha sucedido es que la certificación se ha entregado fuera de plazo, habrá que estar a las soluciones dadas más arriba para ese supuesto.

Lo que tampoco cabrá será pagar a la entidad acreedora sin haber iniciado el procedimiento subrogatorio. Es decir, no es posible obtener la subrogación actuando a espaldas de la entidad acreedora, pagando sin más a ésta lo que se le deba por razón del préstamo y pretendiendo posteriormente subrogar a otra entidad, entre otras cosas porque en tal caso el préstamo ya estaría extinguido con lo que no podría ser objeto de subrogación, además de que por esa vía se infringirían completamente los trámites regulados por la Ley y no se daría a la entidad acreedora ninguna opción para intentar la enervación.

Del texto de la Ley se infiere claramente que el **momento del pago** es antes del otorgamiento de la escritura. Sin embargo, este procedimiento plantea problemas a las entidades financieras, que se arriesgan a pagar y a que luego por las razones que sea no llegue a formalizarse la subrogación. Ante este problema, que es real, me parece que no debe haber dificultad en invertir el orden, es decir, autorizar la escritura sujeta a la condición de que el pago a la entidad acreedora se produzca, lo que se acreditaría al Notario mediante el correspondiente documento, y sería hecho constar el pago e incorporado dicho documento mediante diligencia.

51

La **cantidad** que debe pagarse es la que efectivamente se deba por razón del préstamo a la entidad acreedora. En principio, debería ser la que constara en la certificación. Ahora bien, aquí pueden surgir problemas y no coincidir ambas cantidades. Concretamente:

Por un lado, creo que, como ya se ha dicho, podrán dejarse de incluir en el pago aquellas cantidades que conceptualmente estén incorrectamente incluidas en la misma.

Por otro, el simple transcurso del tiempo desde la expedición de la certificación hasta el pago hará que la cantidad consignada en ésta se desajuste, ya que durante ese tiempo seguirá el devengo de intereses, y podrá incluso haber algún vencimiento, con el consiguiente pago y reducción de la

cantidad que se deba por capital e intereses o si no se atiende el pago de ese vencimiento con la correspondiente generación de intereses de demora. Así, puede suceder que lo que efectivamente se deba sea más de lo que conste en la certificación, si todavía no se ha producido ningún vencimiento de capital o intereses o si habiéndose producido no se ha pagado la cuota correspondiente; o que sea menos, si ha habido un vencimiento cuyo pago se ha atendido. Como ya explicábamos antes, es conveniente que las certificaciones prevean la cantidad de intereses ordinarios que se van a devengar por día que transcurra y que se inicie el procedimiento subrogatorio inmediatamente después de un vencimiento de amortización. Pero a pesar de todo serán muchos los casos en los que surja esta discrepancia entre las cantidades que figuran en la certificación y las efectivamente debidas a la entidad acreedora. En tales supuestos, no creo que pueda procederse sin más a pagar las cantidades que figuren en la certificación, ya que de ésta misma resulta que éstas no son las realmente debidas, y por esto el Notario no debe admitirlo, debiendo averiguar qué es lo que verdaderamente se debe. Pues bien, aquí hay que distinguir según que se cuente con la colaboración de la entidad acreedora o no:

— La primera posibilidad es que la entidad acreedora colabore dando su conformidad a las cantidades que van a pagarse. A estos efectos, puede obtenerse una nueva certificación complementaria de la anterior, que también deberá incorporarse a la escritura como medio para explicar la discrepancia entre la certificación inicial y la cantidad efectivamente pagada a la entidad acreedora. Igualmente me parece suficiente que en el propio documento bancario donde conste el pago a la entidad acreedora, ésta exprese con claridad que las cantidades se perciben para el completo pago del préstamo y lo que corresponde a cada concepto, lo que será suficiente para entender rectificada la certificación.

— Si no existe esa colaboración, la cosa se complica. En

tal supuesto, creo que la solución estará en que la entidad que va a subrogarse requiera notarialmente a aquélla para que se preste a comunicar las cantidades que se deberán el día en que se proyecte formalizar la subrogación; este requerimiento no podría entenderse como una nueva comunicación de la oferta vinculante que inicie de nuevo el procedimiento, ya que se trata de una solicitud de aclaración consecuencia de no poderse obtener la cantidad realmente debida de la certificación; por ello, creo que sería suficiente con el plazo de los dos días laborables siguientes que para contestar las actas de requerimiento y notificación establece el Reglamento Notarial. Si no contesta o no lo hace comunicando las cantidades, creo que sí que podría entenderse que la certificación es insuficiente y por tanto pasarse a la vía legalmente prevista para el caso de que no haya certificación, es decir, al cálculo de la cantidad debida por la propia entidad que proyecta subrogarse y a su depósito notarial. Lo que no creo es que pueda entenderse que si la entidad acreedora no contesta la solicitud de expedición de la certificación complementaria ello autorice a pagarle sólo las cantidades que figuren en la certificación cuando de ésta, de las fechas y de las condiciones contractuales resulte que la cantidad debida en esa fecha es superior.

En cualquier caso, habrá que tener en cuenta las reglas sobre fechas de valoración.

En cuanto a la **forma de pago**, lo que la Ley dice es que a la escritura se incorporará *un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria*. Y realmente el medio normal de pago será el bancario, mediante transferencia de una entidad a otra. A estos efectos, creo que será suficiente con el resguardo emitido por la propia entidad que se subroga, siempre que en él conste que se ha remitido el dinero a la entidad acreedora; es decir, por un lado, no bastará la simple orden de transferencia firmada por el prestatario y sin haber sido procesada; pero por otro, no será preciso justificante alguno de la entidad acreedora

en la que declare haber recibido la cantidad, ya que el principio de buena fe bancario creo que hace suficiente el documento en el que la entidad que se subroga expresa haber transferido los fondos a aquélla. Por lo demás, nada impide que el pago se produzca por cualquier otro medio, si bien lógicamente habrá que obtener el correspondiente medio justificativo, que será el que se incorporará a la escritura.

IV. La escritura de subrogación

1. Sujetos.

Aquí pueden decirse varias cosas:

54 **a.** Tal y como se dijo para la aceptación de la oferta vinculante, si hay varios deudores, todos ellos deberán otorgar la escritura, ya que la subrogación no puede ser llevada a cabo por uno solo de los deudores con desconocimiento u oposición de los demás.

b. Deberá intervenir el hipotecante no deudor. Más dudoso es si deben intervenir los fiadores si se desea que sigan obligados por la deuda. No es mi intención tratar esta cuestión aquí, ya que creo que supone entrar en el discutible tema de cómo afecta la subrogación a los efectos de terceros, que requiere un estudio específico que excede de los objetivos de este trabajo. Únicamente, señalar la conveniencia de que si es posible intervengan y den su consentimiento a la subrogación.

c. Surge el problema, de qué capacidad requiere este acto, y más concretamente si es precisa la de disponer. El tema es complicado. Por un lado, tenemos que la subrogación irá lógicamente dirigida a la mejora de las condiciones del préstamo hipotecario. Pero por otro que si -como luego veremos que parece posible- se modificaran las condiciones de cálculo del tipo de interés, lo que en principio se hace

creyendo que es más favorable puede acabar siendo lo contrario; además, lo cierto es que la subrogación no deja de ser una modificación de la hipoteca, que en principio y en lógica requeriría la facultad para disponer del bien o bienes hipotecados. Por ello, me parece que lo más seguro es exigir plena capacidad y facultades dispositivas. Consecuencia de ello será la necesidad de que preste su consentimiento el cónyuge del hipotecante si se trata de vivienda familiar y también a los efectos del derecho expectante de viudedad foral aragonesa cuando se trate de matrimonios sujetos al régimen económico matrimonial aragonés.

2. Procedimientos formales.

La escritura va dirigida a que el deudor obtenga la subrogación de la nueva entidad en lugar de la anterior acreedora sin consentimiento de ésta. Para ello, la Ley establece tres procedimientos de otorgamiento de la escritura, en función del grado de colaboración de la entidad acreedora. Veámoslos:

55

A) Que la entidad acreedora haya entregado la certificación y haya admitido el pago.

En este caso, para el otorgamiento de esta escritura, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a. Deberá justificarse al Notario que la entidad acreedora ha entregado la **certificación** y el contenido de ésta. Es decir, el original de la certificación deberá entregarse al Notario. Aunque la Ley no lo pide parece que lo más razonable es que la certificación se incorpore a la escritura, como medio de completar y aclarar su contenido. Como ya se comentó antes, no es necesario que se acrediten las facultades de la persona que la expide ni que se legitime su firma, bastando con la apariencia externa.

b. Igualmente, habrá que acreditar al Notario que ha

transcurrido el plazo de los **15 días naturales** a contar desde la entrega de la certificación; en eso consiste, como se vio, el llamado derecho de enervar. A efectos de computar que el plazo se ha cumplido, y salvo que la entidad que pretende subrogarse declare otra cosa, se tendrá en cuenta la fecha que figura en la propia certificación, ya que aunque es lo cierto que pueden no coincidir la fecha de la certificación con la de su entrega a la entidad que quiere subrogarse —que es la que da comienzo al plazo— también lo es que parece correcto presumir que ambas fechas coinciden ya que es obligación de la entidad acreedora hacerla llegar inmediatamente a la subrogante.

Se exceptúa de la necesidad de esperar el transcurso del plazo el caso de que se haya renunciado a este derecho, que, como se ha dicho, se puede hacer en la propia certificación. El problema será el grado de rigor que el Notario deberá utilizar en la acreditación de las facultades representativas del suscribiente de la certificación y la renuncia. Probablemente, y por las mismas razones tantas veces mencionadas, habrá que conformarse con el aspecto externo, sin ser precisa la legitimación de las firmas que aparecen en la certificación.

c. También dice la Ley que habrá que incorporar a la escritura el **resguardo de la operación bancaria de pago** a la entidad acreedora. Aquí habrá que tener en cuenta varias cuestiones tratadas con anterioridad: que aunque en principio su importe debe coincidir con el que figura en la certificación, es posible excluir las evidentemente mal incluidas; que muy frecuentemente será necesario un documento complementario para especificar las cantidades efectivamente debidas al tiempo de pagar a la entidad acreedora, puesto que las cantidades que figuran en la certificación pueden no ser ya correctas; que nada impide que el resguardo se entregue al Notario con posterioridad al otorgamiento de la escritura y que éste lo una mediante diligencia, lo que es deseado en muchas ocasiones por las entidades financieras

para evitar pagar antes de la formalización; y que habrá que tener en cuenta las reglas sobre fechas de valoración.

Por lo demás, este resguardo se admitirá en función de su apariencia externa, sin ser precisa la legitimación de la firma de quien lo expide ni la acreditación de sus facultades.

d. Es discutible si en estos casos deberá también entregarse al Notario la **oferta vinculante** y si el Notario deberá incorporarla a la escritura. En principio, creo que si existe certificación de la entidad acreedora ello quiere decir que tal oferta ha existido y ha sido comunicada a ésta, de donde se deduce que no es precisa su incorporación. Además, recuérdese de que se ha concluido que no se aplica a estas operaciones la Orden de transparencia de préstamos hipotecarios, con lo que no existe la obligación del Notario de comprobar las discrepancias que pudiera haber entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras de la escritura (artículo 7-3-1.º de la Orden).

57

Lo que tampoco es necesario es la notificación a la antigua acreedora del contenido de la escritura de subrogación, tal y como veíamos antes al tratar de la naturaleza del derecho de enervación.

B) *Que la entidad acreedora no haya entregado la certificación.*

En este caso no hay derecho de enervación y por tanto no hay que esperar los 15 días a que se aludía antes. Pero el trámite se complica bastante, ya que es preciso determinar la cantidad que se debe a la entidad acreedora sin contar con la colaboración de ésta y pagársela. El procedimiento de pago no será el estudiado antes sino el específico que a estos efectos regula la Ley. Concretamente, los trámites que deberá cumplir la escritura serán los siguientes:

a. Habrá que acreditar al Notario que ha transcurrido el plazo de **7 días naturales** desde la notificación de la oferta vinculante a la entidad acreedora, ya que durante ese plazo puede expedirse. Esto se justificará mediante el ejemplar de la oferta vinculante con el *recibí* y su fecha; a estos efectos, creo que, como decía antes, ha de bastar con el sello de la entidad acreedora y la fecha de recepción, por las razones ya comentadas de las exigencias de la buena fe mercantil y bancaria en un procedimiento que se lleva a cabo entre entidades financieras. También será eficaz, lógicamente, la notificación notarial correspondiente si se ha llevado a cabo, como cuando la entidad acreedora se ha negado a recibirla. Aquí sí que parece conveniente que el Notario incorpore la oferta vinculante a la escritura como medio de que quede constancia en la escritura del cumplimiento de este requisito.

58

b. La entidad que va a subrogarse **calculará** *bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor*, la cantidad debida a la entidad acreedora, que lógicamente se expresará en la escritura. En este punto, hay que recordar que este trámite, al igual que todos los demás, resulta ineludible para la entidad que va a subrogarse, ya que desde que ha entregado la oferta vinculante al prestatario y éste la ha aceptado, la decisión de parar el procedimiento está en las exclusivas manos de este último; es decir, la entidad no podrá alegar que no le interesa asumir esta responsabilidad y detener el procedimiento salvo que cuente con el consentimiento del prestatario; de ahí la importancia de que cuando la entidad que pretende subrogarse entrega la oferta vinculante al prestatario esté segura de la obligación que con ello contrae.

El significado exacto de esta atribución de responsabilidad a la entidad que pretende subrogarse es dudoso. Tengamos en cuenta que hay dos clases de posibles errores: por un lado, el error puede ser por exceso, es decir, si se ha calculado una cantidad superior a la efectivamente debida,

o por defecto, cuando la cantidad calculada fuera inferior. Pues bien, una primera interpretación de esta responsabilidad sería considerar que en ambos casos la entidad subrogante pierde: si ha calculado en exceso deberá devolverlo al prestatario, y si ha calculado por defecto, deberá afrontar la reclamación de lo que falte por parte de la entidad acreedora sin poder luego recuperar la cantidad del prestatario. Se basaría esta tesis en que una entidad financiera está obligada a hacer este tipo de cálculos sin errores. Sin embargo, si la solución correcta es ésta me parece injusta, ya que todo error de cálculo debe dar derecho a su corrección, tal y como decíamos antes, y además aunque aparentemente parezca que esta solución favorece al deudor, en realidad le perjudica, ya que con ella será más rentable para la entidad que va a subrogarse equivocarse por exceso que por defecto, con lo que el cálculo que haga dicha entidad tenderá siempre hacia arriba ante la más mínima duda. Por ello, me parece que sería más razonable admitir el derecho de la entidad subrogada a reclamar al prestatario en el caso de cálculo erróneo por defecto.

59

Por lo demás, creo que es conveniente que el cálculo sea detallado, expresando cada concepto debido y la fórmula para su determinación. También habrá que tener en cuenta aquí las reglas sobre fechas de valoración, para lo cual es muy importante saber la fecha exacta en que se va a ofrecer la entrega de la cantidad a la entidad acreedora, que es lo que se trata en los siguientes pasos.

c. La cantidad resultante del cálculo expresado en el apartado anterior **se depositará** en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora. De este depósito, puede decirse lo siguiente:

— Estamos ante un depósito obligatorio para el Notario, en contra del principio general que rige en materia de depósitos notariales en el artículo 216-2 del Reglamento Notarial.

— No obstante, tanto la ausencia de reglas sobre su fun-

cionamiento como la aplicación subsidiaria de la legislación notarial hacen posible que el Notario imponga determinadas condiciones al depósito, siempre dentro de lo razonable y sin que dificulten el cumplimiento de lo previsto en la ley.

— Concretamente, parece razonable imponer que el depósito se haga en cheque nominativo a favor de la entidad acreedora.

— También parece aconsejable establecer un plazo máximo transcurrido el cual si la entidad acreedora no ha querido recibir el cheque el Notario pueda devolverlo a la entidad subrogada y si ésta tampoco lo quisiera admitir, destruirlo, todo lo cual si llegara el caso se hará constar en la escritura. Así se evita la situación que se daría si ninguna de las entidades quiere recibir el cheque, lo que podría obligar al Notario a quedarse indefinidamente con el cheque, con los inconvenientes que ello conlleva, o a incorporarlo al Protocolo, lo que todavía plantearía más dificultades, ya que haría imposible su extracción del mismo en el caso de que la entidad acreedora se personara, aunque tarde, a cobrarlo. En cuanto al plazo para la devolución a la entidad subrogada o la alternativa destrucción, creo que debe ser el mismo que se concede a la entidad acreedora para alegar error: 8 días desde la notificación que al efecto hay que hacerle; de este modo no permanece el documento sin cerrar más tiempo del que ya prevé la ley.

— Siguiendo esa vinculación con el plazo para alegar error, el plazo durante el cual el Notario se obliga a mantener el depósito podría acortarse si la entidad acreedora comparece a alegar error negándose a recogerlo. En cualquier caso, convendría dejar constancia expresa en la diligencia de alegación de error de la manifestación de la entidad acreedora de que no piensa recoger el depósito.

d. El Notario autorizante **notificará de oficio** a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación. La finalidad de esta notificación es hacer saber a la entidad acreedora que el Notario tiene

el dinero a su disposición y que desde ese momento lo puede recoger. De aquí se derivan varias consecuencias. Por un lado, el momento en el que se produzca la notificación es muy importante, porque desde ese momento cesará el devengo de intereses; sin perjuicio de que en cuanto a la cantidad que en su caso pudiera faltar respecto de la calculada por la entidad que va a subrogarse y a través del procedimiento especial del último párrafo del artículo 2 seguramente podrán reclamarse intereses. Por ello, cuando el Notario entregue la notificación deberá llevar el dinero por si la entidad lo quiere recoger en ese momento. Y de aquí también se deriva la gran importancia del momento, no sólo el día, en que esta notificación se produzca, ya que de ello dependerá que la cantidad efectivamente debida a la entidad acreedora sea una u otra. Por esta razón, el Notario deberá ser especialmente cuidadoso incluso con la hora en que practica la notificación, advirtiendo a los otorgantes de la escritura cuándo va a poder llevar a cabo la notificación, para que se tenga en cuenta a la hora de calcular la cantidad debida a la entidad acreedora, asumiendo la posible responsabilidad por una entrega posterior; a estos efectos, también puede ser conveniente hacer constar en la escritura la hora del otorgamiento, para que quede constancia de ésta, si el otorgamiento se produce a una hora que ya no va a permitir la notificación ese mismo día. Indirectamente esta notificación sirve para que la entidad acreedora pueda saber las condiciones en las que se ha celebrado la subrogación; sin embargo, como ya se dijo antes, no existe un derecho de ésta a impugnar la subrogación si ésta se ha producido en condiciones diferentes a las que se le notificaron.

61

Por lo demás, aquí se plantean diversas cuestiones:

—La notificación deberá hacerse aunque no haya requerimiento expreso al efecto en la escritura —tal vez eso quiera decir la expresión *de oficio*—, si bien lo más correcto será hacerlo constar en el cuerpo de la misma.

— Respecto al lugar al que debe dirigirse la notificación, creemos válidas las consideraciones que hacíamos antes respecto del lugar al que dirigir la oferta vinculante: cualquier sucursal de la entidad acreedora es hábil, incluso en localidad diferente a aquélla donde se tramitó la concesión del préstamo, puesto que la personalidad jurídica es única. De todos modos, recordar también lo que antes se decía sobre la conveniencia de que sólo se prescindiera de la sucursal concedente del préstamo o su sucesora en los casos en que sea realmente necesario, como cuando se encuentra fuera de la localidad o hay alguna otra causa justificada. En suma, lo que se pretende es simplificar y abaratar los trámites, que es una de las finalidades perseguidas por la ley.

62

— La notificación se hará, tal y como dice la norma, *mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación*, que se expedirá a esos efectos, haciéndose constar así en el pie de copia y la nota de saca. Se rompe con la práctica notarial general de que para las notificaciones basta con copia simple con rúbricas y media firma. En cualquier caso, esta copia no puede ser calificada de *primera* a efectos notariales y procesales, por su específica finalidad y porque además se expide antes de estar cerrado el documento. Por otra parte, creo conveniente indicar en el pie de copia el derecho de alegar error que la ley concede a la entidad acreedora y el plazo para ejercerlo, si bien lo cierto es que ello no parece que sea imprescindible, puesto que la entidad acreedora debería saber el sentido de la notificación y además siempre podrá consultar al Notario.

— En principio no habría inconveniente en que la remisión se haga por correo certificado con acuse de recibo. Ahora bien, seguramente es poco conveniente por la dificultad de poder saber con antelación en tal caso el momento de la recepción de la notificación, que, como hemos dicho, habrá que tenerlo en cuenta para el cálculo de la cantidad que se debe a la entidad acreedora, puesto que desde ese momento cesa el devengo de intereses. Además, como

hemos dicho lo correcto es que al hacerse la notificación el Notario acompañe el dinero ofrecido, lo que será difícil de hacer por esa vía, ya que aunque se trate de un cheque nominativo no parece una práctica meterlo en el sobre, puesto que podría ser que la entidad acreedora no quisiera aceptarlo. Por ello, es aconsejable la notificación personal, lo cual no debe normalmente plantear especiales dificultades si partimos, como hemos hecho, de que es hábil para recibirla cualquier agencia de la entidad acreedora.

— En el caso de que no haya ninguna agencia de la entidad acreedora en el distrito o zona del Notario autorizante, lo más ortodoxo es acudir al exhorto notarial, para que la notificación la practique un Notario competente allí. La solución alternativa, el envío de la notificación por correo certificado con acuse de recibo, además de los inconvenientes expresados en el apartado anterior, presenta los derivados de la dificultad que se pone en tal caso a la entidad acreedora para comparecer en el despacho del Notario para ejercer el derecho de contestación que la Ley le atribuye. El exhorto exigirá una gran coordinación entre ambos Notarios para conseguir que el Notario exhortado pueda notificar en el momento en que se haya calculado; además, éste tendrá que recibir también el dinero ofertado para que lo pueda ofrecer a la entidad acreedora.

e. El siguiente paso que hay que tratar es la **recepción del dinero** por la entidad acreedora. Como se ha dicho, lo podrá hacer en el momento mismo en que el Notario le notifique la subrogación; pero también podrá acudir con ese fin posteriormente al despacho del Notario. De este trámite, no tratado apenas en la Ley, podemos decir lo siguiente:

— No se regula el plazo dentro del cual ello puede hacerse, pero parece razonable que coincida con el de 8 días que se da para alegar error; si bien creemos que si se persona fuera de ese plazo pero el Notario todavía no ha procedido a su devolución a la entidad oferente o a su destrucción, no debe haber inconveniente en que se le entregue.

— También es posible que se recoja el cheque y se alegue error conjuntamente por considerar que la cantidad incluida es insuficiente.

— En cuanto a las facultades representativas a exigir a la persona que comparezca a pagar, en principio habría que ser rigurosos, si bien también hay que tener en cuenta que si el cheque es nominativo, que como hemos dicho es lo que ha de ser, no hay demasiados riesgos en que el Notario lo entregue a persona que no haya justificado completamente su representación.

f. También se prevé, como se apuntaba, que la entidad acreedora puede **alegar error en la misma forma** dentro de los 8 días siguientes. Respecto a la función de la alegación del error, surge la duda de si Ley la ha constituido en presupuesto necesario para poder acudir a la reclamación judicial regulada en el último párrafo del artículo 2. Así parece deducirse del hecho de que cuando éste se refiere a cuándo puede ejercitarse tal reclamación empiece con la expresión “*en este caso*”, siendo que el párrafo anterior acaba con la referencia a la alegación del error. Seguramente esta solución puede basarse en la necesidad de que en la propia escritura quedara claro si va a existir reclamación o no. Además, el procedimiento judicial citado plantea muchas cuestiones cuyo estudio no son objeto de este trabajo, como por ejemplo, el plazo dentro del cual podrá interponerse la reclamación, ya que podría perfectamente suceder que a pesar de alegarse error luego no se decidiera acudir ante el Juez, por lo que es preciso saber hasta cuándo puede interponerse.

Por lo demás, los comentarios a las cuestiones que se plantean en la escritura relativas a este trámite son los siguientes:

— Así como en la indicación de los plazos anteriores se añadía el adjetivo *naturales*, en este punto no se pone calificativo alguno, surgiendo la duda de cómo deben entenderse. Aunque estos temas siempre son muy dudosos, creo que

la solución más adecuada sería aplicar la regulación sobre actas de notificación y requerimiento del Reglamento Notarial, con lo cual, conforme a cuyo artículo 204-2 se entendería que los días deben ser *laborales*; esta interpretación es la que mejor se ajusta a la actividad notarial y a la finalidad perseguida por la norma.

— La alegación de error se hará en el mismo documento, de modo similar a la contestación en las actas de notificación y requerimiento. De ahí se deriva que en principio mientras no haya transcurrido ese plazo, no se podrá cerrar el documento ni expedir copias del mismo. Ahora bien, esta afirmación admite 2 matizaciones. En primer lugar, si comparece la entidad acreedora a hacer la alegación ya se entenderá cumplida la función del plazo y en consecuencia podrá cerrarse el documento, salvo que la entidad se haya reservado el plazo para completar alegaciones o realizar cualquier gestión relacionada con el plazo. Y en segundo lugar, si expresamente se solicita la expedición de la copia antes de transcurrir ese plazo para su presentación inmediata al Registro de la Propiedad, por ejemplo porque se teme la entrada de algún otro documento relativo a esa finca, probablemente haya que acceder, puesto que a efectos registrales el documento está completo desde que la notificación y el ofrecimiento a la entidad acreedora se ha hecho, ya que la alegación de error el efecto que produce es el de permitir abrir el trámite judicial regulado en el último apartado del artículo 2, que no impide que “*la subrogación surta todos sus efectos*”. Todo ello sin prejuzgar la solución para la compleja cuestión de si los derechos adquiridos por terceros en el tiempo que media entre la constitución del préstamo hipotecario y la subrogación se anteponen a ésta, tema que ya dije antes que no se pretende resolver en este trabajo.

— Es dudoso qué criterio seguir en cuanto al nivel de exigencia de acreditación de las facultades representativas del representante de la entidad acreedora que comparece a

alegar el error. Probablemente haya que admitir la llamada representación verbal, sin perjuicio de lo que el Juez resuelva posteriormente.

— En principio, la alegación de error exigiría que se explicara de modo completo, determinando cifras exactas y la forma de llegar a ellas. Ahora bien, creo que no debe denegarse una alegación que se limite a decir que el cálculo es erróneo y que se reserve el resto de las explicaciones para el trámite judicial.

— La alegación del error no evita que la subrogación *surti todos sus efectos*. Lo que sucede es que en tal caso se puede iniciar el trámite judicial antes mencionado, trámite que, como decimos, no suspende los efectos de la escritura.

— Por lo demás, parece que aquí se aplicarán subsidiariamente las reglas sobre la contestación en los requerimientos notariales.

66

C) *Que la entidad acreedora haya entregado la certificación pero se niegue por cualquier causa a admitir el pago.*

Es un supuesto hasta cierto punto mixto de los dos anteriores. Por un lado, en cuanto al plazo para otorgar la escritura y a la necesidad de protocolizar la certificación, habrá que estar a las reglas del supuesto primero; igualmente se aplicarán las reglas de éste en lo relativo al cálculo de la cantidad que hay que pagar a la entidad acreedora, de modo que no rige lo dicho en el supuesto segundo en cuanto al cálculo que debe hacer bajo su responsabilidad la entidad oferente de tal cantidad, y ello a pesar de la literalidad de la primera parte del párrafo cuarto del artículo 2, que en este punto tiene una redacción desafortunada. Pero en cuanto al depósito, la notificación y el derecho a alegar error se aplicarán las del segundo supuesto.

3. Contenido sustantivo de la escritura de subrogación.

La escritura tiene un objeto doble. Por un lado, el deudor subroga a otra entidad financiera en lugar de la acreedora, y por el otro lado se pacta una mejora en las condiciones de interés del préstamo. Véamos ambos aspectos.

A) *La subrogación propiamente dicha.*

Además de seguir los pasos que mencionábamos en el apartado anterior, para que la subrogación de la nueva entidad en el lugar de la antigua se produzca es preciso que el deudor *“para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código civil”* (párrafo primero del artículo 2).

En este punto, lo que se ha discutido es si es posible que la subrogación se produzca en la totalidad de la cantidad que es preciso pagar a la entidad acreedora por todos los conceptos, es decir, no sólo el capital pendiente sino también los intereses y comisiones; admitiéndose una capitalización de estas últimas cantidades, ya que en el nuevo préstamo pasarían a formar parte del capital.

En apoyo de la posibilidad de capitalizar los intereses vencidos y las comisiones, se ha argüido que la certificación no se refiere al capital pendiente sino al *“importe del débito”* (párrafo segundo del artículo 2), lo que comprende todos los conceptos. Además —se ha dicho— de esta forma el deudor podrá aquilatar más la mejora y hacer frente mejor al coste de la operación subrogatoria. Incluso, hay quien ha propuesto la capitalización de los gastos y costes de la concesión del nuevo préstamo.

Ahora bien, no creo que sea posible ninguna de las capitalizaciones mencionadas. Lo excluye el concepto mismo de subrogación, que supone que cambie el acreedor en un préstamo que sigue siendo el mismo en todo lo demás, con

la única modificación de su interés en los términos que luego veremos. Por otra parte, aunque hayamos excluido el estudio de las consecuencias de la subrogación respecto de los derechos adquiridos por terceros entre la concesión del préstamo y la subrogación, sí que puede decirse que a mi juicio parece claro que hay argumentos suficientes para defender que esos derechos no se anteponen a la hipoteca subrogada; pero si se amplía el importe de la deuda, la solución ya no podría ser la misma. En mi opinión, los defensores de la capitalización confunden dos cosas: la cantidad que es preciso pagar a la entidad acreedora, que lógicamente debe ser toda la que se le deba por todos los conceptos, y que es la que debe aparecer en la certificación; y la cantidad en la que se produce la subrogación, que por definición sólo puede ser la que se debiera por capital.

B) La mejora de las condiciones de interés.

Lo que la Ley dice exactamente es que “*en la escritura se subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente*” (artículo 4). Esta regla, razonable y aparentemente sencilla, deja clara cuál ha sido la intención del legislador, pero suscita muchos problemas en la práctica.

En primer término, hay que ver cuál es el *significado* de esta mejora. Concretamente, las dudas que surgen son las siguientes:

a. El precepto exige que la subrogación mejore el interés “*tanto ordinario como de demora*”. Esta expresión, que no es todo lo clara que sería de desear, está claro que no implica que se deban mejorar ambos tipos de interés. Desde luego, será suficiente que se mejore el interés ordinario; de hecho, ésa es la finalidad esencial de la Ley; en muchos casos, la mejora del interés ordinario llevará también la del interés de demora, puesto que muy frecuentemente éste está

fijado en función de aquél, al que se le añaden varios puntos a estos efectos, pero si sólo se mejora el ordinario, no habrá objeción que pueda hacerse. Más discutible es la admisibilidad de la sola mejora del interés de demora, pero creo que no debería excluirse: la expresión "*tanto ordinario como de demora*" hay que entenderla alternativamente, de modo que la mejora de uno de los dos ya es suficiente para justificar la subrogación; no olvidemos que el interés de demora tiene una extraordinaria importancia en muchos préstamos, sobre todo aquellos en que el prestatario se encuentra con graves dificultades para hacer frente a los pagos, y desde luego los que acaban en la ejecución; otra cosa es si le interesará al deudor asumir los costes de la subrogación para obtener la mejora sólo del interés de demora.

No creo que quepa en el texto de la Ley la mejora de una de esas dos clases de interés, por ejemplo el interés ordinario, y el empeoramiento del otro, el de demora, ya que el presupuesto básico e indispensable es la mejora de algunas de las condiciones del préstamo, sin que las que no se mejoran puedan siquiera tocarse. Esto puede ser importante para algunas entidades, acostumbradas a cobrar intereses de demora muy superiores a otras.

b. Al referirse al interés, ordinario o de demora, que puede ser mejorado, el precepto adjetiva ese interés diciendo "*inicialmente pactado o vigente*". Tampoco aquí la redacción es un dechado de claridad, pero creo que es evidente que el interés que debe ser mejorado es el vigente en el momento de producirse la subrogación; la expresión "*inicialmente pactado*" parece estar pensando en los préstamos a interés fijo o en aquéllos que siendo a interés variable todavía no hayan entrado en la fase de variabilidad.

c. La principal cuestión que se plantea aquí es la valoración del término "*mejora*" del interés. Desde luego es fácil calificar si existe una mejora cuando se están comparando dos intereses fijos o dos intereses variables distintos

sólo en el diferencial aplicado al mismo índice de referencia. Ahora bien, si se quiere cambiar de fijo a variable o viceversa, el tema se complica más; lo mismo que si se quiere mejorar un interés variable modificando el índice de referencia pactado. Es decir, la cuestión capital es la de los intereses variables. Creo que no ofrece duda la posibilidad de modificar tanto el carácter fijo o variable del interés como los índices de referencia y diferenciales acordados; no admitir tal cosa sería limitar tanto la posible eficacia de la Ley, que ésta quedaría reducida mucho más allá de lo que el legislador ha podido querer; además, de los debates parlamentarios se deduce con absoluta claridad que en la intención del legislador estaba expresamente contemplada esta posibilidad. Ahora bien, aun admitiendo esta posibilidad, es lo cierto que complica la subrogación de una forma notable. Además, el problema se agrava por el hecho de que las cláusulas de interés variable tienen otros muchos elementos de extraordinaria complejidad aparte de los citados que también son modificados cuando se varía el interés. Así, tenemos dos grupos de dificultades:

Por un lado, el cambio de interés fijo a variable o viceversa o tratándose de dos intereses variables la modificación del índice de referencia obliga a tener que comparar entre dos magnitudes diferentes, cuya evolución futura es casi imposible de prever a medio y largo plazo, ya que cada índice de referencia tiene una estructura de cálculo y un funcionamiento distinto; lo que hoy es mejor puede ser bastante peor dentro de un tiempo; a estos efectos, lógicamente, también habrá que tener muy en cuenta los diferenciales que en cada caso se hayan pactado sobre el índice de referencia. Es cierto que se ha hecho un gran esfuerzo en clarificar los índices que se utilizan para la variación de intereses, y así sobre la base de las Disposiciones Adicionales Segundas de la Ley y de la Orden sobre transparencia de los préstamos hipotecarios, la Circular 5/1994 del Banco de España ha determinado los índices que se consideran oficia-

les a estos efectos (apartado tercero de la Norma Sexta Bis) y los ha definido (Anexo IV). Ahora bien, aparte de que ello no elimina la diferente estructura de los diversos índices y su comportamiento distinto en circunstancias económicas generales semejantes, no hay que olvidar que es posible utilizar cualquier otro índice con los únicos requisitos de que su cálculo no dependa exclusivamente de la propia entidad de crédito concedente y que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemáticamente objetivo (artículo 6.2 de la Orden sobre transparencia).

Pero es que por otro, como se ha empezado a decir, las cláusulas de interés variable tienen una complejidad y una diversidad extraordinaria en el resto de los elementos que las configuran. Así, podemos mencionar sin ánimo exhaustivo, varios, todos ellos con posibilidad de tener gran importancia práctica y que pueden estar configurados de forma muy diferente. En primer lugar, en las cláusulas de interés variable es preciso establecer algún mecanismo de comunicación al prestatario de la variación del interés cuando ésta se produzca (Norma sexta, 6.d de la Circular 8/1990), pero estos mecanismos pueden ser muy diversos, según que se exija comunicación personal del tipo que va a regir, con un plazo de antelación, que puede ser mayor o menor, o baste la publicación de los índices de referencia en algún Boletín Oficial o Diario. En segundo lugar, puede ser que la variación dé derecho al desistimiento al deudor a fin de poder liquidar completamente el préstamo con un plazo durante el cual todavía rige el interés anterior o que no se conceda tal derecho; si se da, puede suceder que el plazo que se concede para meditar si le interesa o no seguir con el préstamo sea mayor o menor; y si se decide ejercitar este derecho de desistir del préstamo el plazo para devolver el préstamo puede ocurrir que sea mayor o menor, y en algunos casos se exime al prestatario del pago de la comisión de amortización anticipada y en otros no. En tercer lugar,

puede establecerse un máximo del tipo de interés que afecte a las partes intervinientes o que sólo lo sea a efectos hipotecarios en perjuicio de tercero. Normalmente, cuando se habla de la dificultad de precisar el concepto de mejora del interés se olvida aludir a todas estas cuestiones, dando por supuesto que pueden también ser objeto de modificación, incluso a peor, probablemente porque se consideran accesorias de lo principal. Como he dicho, no se puede ignorar la importancia de estos aspectos, por accesorios que sean, si bien también me parece que es razonable que cuando una entidad se haga cargo de un préstamo pueda adaptar lo relativo al interés a sus propios clausulados. Ahora bien, creo que esta afirmación merece dos matizaciones. Por un lado, hay alguna circunstancia cuya agravación a mi juicio no está justificada por el solo hecho de conseguir esa adaptación, y me refiero más concretamente a los límites máximos de fluctuación de los intereses; por ejemplo, no creo que cupiera dentro del marco de la Ley que un límite de incremento máximo pactado en términos absolutos, también *inter partes*, se convirtiera en un máximo sólo respecto de terceros, porque aquí no puede sostenerse la necesidad de adaptar el mecanismo de funcionamiento de la cláusula de interés variable a los sistemas de la entidad que se subroga. Y por otro lado, si la modificación del conjunto de las circunstancias de la cláusula es muy perjudicial para el prestatario, hasta el punto de oscurecer la posible pequeña mejora en el interés propiamente dicho, tampoco sería admisible.

Pues bien, ante este cúmulo de problemas, y dejando aparte los supuestos a que me acabo de referir, creo que la interpretación de la Ley exige flexibilidad y que lo más razonable sea dejar la valoración de la mejora en manos del deudor, que él decida si hay mejora o no. Y en este punto, me parece perfectamente válido que se opte por un interés en principio peor al que se esté pagando en el momento de la subrogación, si de la cláusula de variabilidad resulta que

al poco tiempo el interés va a subir por encima de aquel por el que va a optarse, calculado en los términos en que se encuentre en ese momento el índice. Me explico, es seguramente mejor un préstamo con un interés fijo al 9'5 por ciento anual que otro en el que se ha pactado un interés inicial del 8'5 por ciento pero en el que a partir del segundo año el interés aplicable pasa a calcularse añadiendo un diferencial de 2 puntos a un índice que en el momento de la subrogación está en el 9 por ciento. En cualquier caso, en lógica coherencia, no creo posible que si por los avatares o circunstancias al final resulta que la modificación ha sido a peor el prestatario impugne la subrogación; salvo que alegara y probara la existencia de vicio de la voluntad relevante. Lo que debe exigirse a las entidades financieras es transparencia, para que el prestatario pueda calibrar lo más exactamente posible el alcance de la mejora y en esta línea van las afirmaciones que antes se hacían sobre la conveniencia de que se le informe bien de cuáles son los efectos de la cláusula de variabilidad de intereses y más concretamente a cuánto ascendería el nuevo interés si se calculara mediante lo que resulta de la cláusula de variación de intereses en el momento de la subrogación; así se evitará que el prestatario pueda alegar la existencia de ese vicio del consentimiento que comentaba un poco más arriba.

Por lo demás, cabe plantearse si es posible la **inclusión de otra clase de pactos y modificaciones** del préstamo. Las cuestiones que aquí se plantean son las siguientes:

a. La primera duda que surge es la de si pueden establecerse **comisiones de concesión del nuevo préstamo** a cargo del prestatario.

En favor de su admisibilidad puede argüirse que a los efectos de la entidad que se subroga no deja de tratarse de la concesión de un préstamo nuevo y que en ningún sitio se prohíbe su percepción, ya que a lo que la Ley se refiere es a las condiciones por las que va a regirse el préstamo a partir de la subrogación, pero no a lo que es coste mismo

de la operación. También puede añadirse que la Circular 5/1994 parece partir de esa solución, ya que cuando la Norma Sexta Bis punto 1.a) exige que en la oferta se incluya la tasa anual equivalente de la operación, se exige que se calcule conforme a lo dispuesto en el apartado 4 a) de la Norma Octava, que es la que impone que en el cálculo de la T.A.E. se incluyan las comisiones que el cliente esté obligado a pagar.

En contra de su admisibilidad puede decirse que escapan de lo que la Ley permite, que es sólo la mejora del tipo de interés, y que su inclusión puede restar transparencia a la operación en el sentido de que pueden oscurecer la comparación entre las condiciones antiguas y las nuevas. Además, si la intención del legislador al elaborar la Ley ha sido evitar al prestatario los gastos de constitución de una nueva hipoteca, por esta vía se encarecería la operación ya que a esos efectos la operación tendría la misma virtualidad que la concesión de un nuevo préstamo. De hecho, ni de los debates parlamentarios, ni de las explicaciones hechas por el Ministerio previas, simultáneas y posteriores a la reforma, ni de las múltiples reseñas y comentarios periodísticos que sobre el coste que tendría la operación de subrogación se hicieron, se induce una sola referencia a la posibilidad de estas comisiones. Y la remisión de la Norma Sexta Bis al apartado 4.a) de la Circular es excesivamente genérica como para poder sacar conclusiones sobre este particular.

Más razonable parece que la entidad que se subroga se resarza de los gastos que ocasione la **tasación de la finca**, puesto que responden a un gasto ajeno a su propia actividad y que resulta necesario para la determinación de si se concede el préstamo.

b. A pesar de la literalidad de la norma, me parece que es posible modificar algún aspecto ligado con el pago de los intereses y cuya incidencia es casi neutra en el curso del préstamo, como puede ser las **fechas de los vencimientos**. Esta modificación puede ser útil para la administración

que la nueva entidad acreedora haga del préstamo, ya que hay entidades que tienen prácticas establecidas sobre los días de vencimiento de los préstamos y cuya modificación le ocasionaría problemas informáticos y de gestión; por ello la admisibilidad de la modificación de este aspecto puede animarle a aceptar la subrogación, que al fin y al cabo es el objetivo buscado por la Ley. Más difícil resulta admitir el cambio de la **periodicidad de los vencimientos**, por ejemplo, pasar de vencimiento mensual a trimestral, aunque me parece que debería hacerse un esfuerzo en aras a la admisión de esta posibilidad. Lógicamente, nada impide modificar la **cuenta de domiciliación de los pagos**, lo que seguramente habrá que hacer si la domiciliación estaba hecha en una cuenta de la antigua acreedora. También puede modificarse el **domicilio para notificaciones**, conforme a las reglas generales.

c. También puede suceder que sea preciso modificar la **responsabilidad hipotecaria** a que está afecta la finca. Así puede ocurrir cuando por el sistema de determinación de la responsabilidad hipotecaria resulte que la que aparece fijada en la escritura excede respecto del máximo legalmente posible en función de los nuevos tipos de interés. Tal modificación no sólo será posible, sino que vendrá impuesta por la necesidad de no rebasar los límites normativos.

d. **Cualquier otra cuestión** no es susceptible de ser modificada en la subrogación. Y mucho menos en perjuicio del prestatario. Y no cabe alegar en este sentido que como consecuencia de la mejora de las condiciones del interés se ha producido una mejora en términos globales del prestatario. La Ley es muy clara, habla de *mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora*, y aunque es cierto que el mecanismo general de funcionamiento de la cláusula de variabilidad de intereses va unido a esas condiciones y debe ser apreciado globalmente y junto con el interés propiamente dicho, no es defendible que la mejora del interés se puede hacer a costa de empeorar

otros aspectos del préstamo. En concreto, podemos mencionar, sin ánimo exhaustivo, varias modificaciones que chocan contra lo dispuesto en la Ley, por mucho que se haya mejorado el interés del préstamo. Así, no cabe agravar las condiciones de fijación de los intereses de demora, tal y como se decía antes. Tampoco, agravar los límites máximos del interés ordinario, como también se veía anteriormente. Igualmente no es posible empeorar las condiciones para la amortización anticipada del préstamo, imponiendo requisitos que no existían inicialmente, como cantidades mínimas, preavisos o comisiones por pago anticipado, o agravando los existentes con anterioridad; y ello incluso en el caso de que se cambie de interés variable a fijo. Y del mismo modo no es posible imponer obligaciones no existentes con anterioridad, como la de contratar seguros o la de domiciliar cobros o pagos en una cuenta de la entidad que se va a subrogar o de otra de su mismo grupo.

Por último, cabe plantearse ¿qué sucede con la subrogación otorgada con contravención de estas limitaciones, es decir, en la que con ocasión de la mejora del tipo de interés se han empeorado condiciones del préstamo inicial? Se trata de determinar cuál es la **eficacia de la subrogación extralimitada**. Una primera solución sería la de declararla absolutamente ineficaz; sin embargo, tal cosa no parece razonable, porque supondría un grave perjuicio para el prestatario y no creo que sea lo que el legislador ha querido. En segundo lugar, podría admitirse su eficacia pero sacándola del ámbito de la Ley 2/1994, de modo que el prestatario perdería las exenciones y las bonificaciones arancelarias; tampoco me parece que esta solución dé una respuesta adecuada al problema. A mi juicio, del incumplimiento sólo puede hacerse responsable al causante del mismo, la entidad financiera, y si las escrituras de subrogación se redactan con arreglo a minuta elaborada por ésta y en dicha minuta consta la declaración expresa de sumisión a la Ley 2/1994, la entidad es responsable de que las condiciones en que la

subrogación se ha pactado la respetan; y si no lo hacen porque dicha entidad ha aprovechado la subrogación para empeorar otros aspectos de la situación del deudor, en mi opinión la subrogación habrá que declararla válida y lo que serán ineficaces serán las modificaciones que se extralimiten en perjuicio del prestatario, pudiendo éste acudir a los Tribunales para que declaren esa ineficacia parcial. Es fácil que en esos casos no puedan disfrutarse los beneficios arancelarios y fiscales que la Ley regula, al menos hasta que se rectifique la escritura o se impugnen las extralimitaciones por el deudor; lo que éste haya tenido que pagar como consecuencia de ese incumplimiento podrá reclamarlo a la entidad financiera en concepto de daños y perjuicios. Y no creo que sea admisible someter la subrogación a la condición de su plena eficacia en todos sus pactos y condiciones, como vía para evitar la ineficacia parcial, porque sería una vía de conseguir una finalidad que la Ley ha prohibido.

EL OFICIO DE ESCRIBANO EN LA CIUDAD DE CUENCA. SIGLOS XIII-XIV

ANTONIO CHACÓN

79

El rey Alfonso VIII (1174-1214), conquistador de Cuenca, hizo a la ciudad grandes mercedes cuya máxima expresión es la entrega del Fuero que define totalmente su identidad y por el cual Cuenca y sus habitantes fueron dueños de sí mismos, según el real deseo expresado en las primeras líneas de la Carta magna (1), donde se fijan las directrices visibles de la organización del naciente Concejo (2) al que se dota no sólo de una serie de atribuciones y compe-

(1) *Fuero de Cuenca*, edición crítica con introducción, notas y apéndice por R. Ureña y Smenjaud, Madrid 1935. Cap. I, p. 114.

(2) S. DE MOXÓ, *Repoblación y sociedad en la España cristiana medieval*. Madrid 1979, pp. 238-39.

tencias sino de los mecanismos legales para elegir anualmente el soporte humano capaz de cubrir las actuaciones básicas, sin el cual aquéllas serían meras intenciones.

1. El escribano de Concejo

1.1. *La instauración.*

La facultad de nombrar escribano como uno más de los oficiales municipales la asume el Concejo de Cuenca por delegación del rey, quien concreta estas atribuciones traspasadas en el Fuero concedido a la ciudad, donde a la vez de preceptuarse la existencia de este funcionario se estableció cómo realizar su nombramiento y las subsiguientes competencias que se le asignan, quedando clara desde este momento inicial su fundamentación legal para toda la andadura posterior del Concejo, quien recurrirá a ella cada vez que desde el poder central se pretenda conculcar esta prerrogativa concejil.

De esta forma, al igual que el resto de cargos municipales, el escribano se sorteará de entre los vecinos de las colaciones urbanas el domingo siguiente a la fiesta de san Miguel (3). Una vez elegido se le exige juramento de fidelidad al Fuero y al recto camino de la justicia, además de honestidad para con el Concejo como máxima autoridad (4).

Únicamente después de cumplimentados estos requisitos es cuando se le confía la fe del Concejo, además de encomendarle toda una serie de funciones que ejercerá cerca del gobierno local, tales como ocuparse de las cuestiones económicas del juez y de los alcaldes, como primeras autoridades de la comunidad. Deberá leer el Fuero cuando los magis-

(3) *Fuero de Cuenca*, Cap. XVI. Rub. I, p. 422: "Sequenti die dominica post festum sancti Michaelis concilium ponat iudicem et alcaldes, notarium et questores, sagionem et almutazaf, quolibet anno per Forum".

(4) *Ibidem*, Cap. XVI. Rubs. VI-VIII, p. 426.

trados precisen aclaración para un fiel desarrollo de su misión de acuerdo con la legislación foral, tendrá al día el padrón de los vecinos y llevará el libro donde quedaba constancia de las decisiones del Concejo (5).

Una obligación que no aparece expresada en el Fuero se advierte años más tarde, cuando la Corporación dio forma en 1280 al Ordenamiento que regula el empleo de su sello, estableciendo el arancel que devengará su uso, pues en esta ocasión no sólo se manda al escribano "Pero García" que asiente en el "registro" la carta de dicho arancel, sino que, además, el original "esté en el arca de los privilegios", lo que parece conferir a nuestro funcionario la guarda y custodia de aquellos documentos considerados de importancia para el Concejo, añadiendo a sus muchas obligaciones la de responsable del archivo local (6):

"Et mandamos que esta carta que esté en el arca de los privilegios, e mandamos a Pero García, escrivano de Cuenca, que la meta en el registro" (7).

81

Todo lo dicho hasta ahora da idea de la responsabilidad tan grande que conlleva el oficio de escribano, pareja a la confianza depositada en él, como hombre de secreto y honestidad profesional, reconociéndosele su importancia en la vida municipal con una nada despreciable recompensa económica, aunque también se le castigará duramente cuando cometa algún delito en el desempeño de su función.

En el mismo Fuero se establece una pena en progresión ascendente de acuerdo con la calidad del daño cometido, que puede llegar, incluso, a la violencia física, pues se con-

(5) *Ibidem*, Cap. XVI. Rub. XXVII, p. 444.

(6) Ver a este respecto E. CORRAL GARCÍA, *El escribano de Concejo en la Corona de Castilla (siglos XI al XVIII)*. Burgos 1987, p. 66. También Martín Fuertes hace mención a esta competencia del escribano al recibir el de León un mandato de su Concejo parecido a la orden dada por el conquesense de registrar y guardar en el "arca" un privilegio considerado de interés. J. A. MARTÍN FUERTES, *Notarios públicos y escribanos del Concejo de León en el siglo XIV*, "Archivos leoneses", 75 (1984) 20.

(7) Archivo Municipal de Cuenca (A.M.C.) Leg. 1. Exp. 13.

templa la posibilidad de amputarle un dedo de la mano que utiliza para escribir. De este modo, si es cogido en fraude o falsedad hasta cien mencales, pagará el doble, pero de cien mencales arriba o si ha borrado o añadido algo en el "Libro de los juicios", se le cortará el dedo pulgar y pagará el duplo del daño que semejante transgresión haya ocasionado (8). La pena es considerable, pero se ha de tener en cuenta que enmendar, raspar o añadir algo que distorsione lo dispuesto por la autoridad supone el más grave atentado que como titular de la fe del Concejo pudiera cometer (9), ya que se contrapone a la esencia misma del cometido que tiene asignado, dejando en entredicho la credibilidad de la institución que le respalda. En torno a esto y para evitar suspicacias el Fuero le prohíbe salir fiador de nadie a no ser de aquellos que "comen su pan", y esto previo juramento de que así es (10).

82 Al igual que el castigo es grande si corrompe su oficio, el sueldo que percibe por su fiel cumplimiento es considerable, de tal modo que ya en el Fuero se le concede un sueldo anual de cuarenta mencales, además de primar su labor con un moro cautivo de guerra, siempre que el "Concejo haga hueste y gane algo", lo que se verá incrementado con un "morillo" si realiza algún servicio especial cuando va en la hueste (11). Este sueldo es francamente alto y se equipara al cobrado por el juez como máxima autoridad concejil, y, aunque no hay en la documentación nada que nos hable de las fluctuaciones por las que pasó, sí sabemos que en tiempo de Sancho IV ya ascendía a dos mil mrs., ahora menor a lo cobrado por el juez y equiparable al sueldo de cada uno de los alcaldes, cantidad elevada sin duda para los tiempos calamitosos de finales del siglo XIII y principios del XIV y a la que no pudo hacer frente el Concejo,

(8) *Fuero de Cuenca*, Cap. XVI. Rub. XXX, p. 446.

(9) E. CORRAL GARCÍA, *El escribano de Concejo*, p. 79.

(10) *Fuero de Cuenca*, Cap. XIX. Rub. IV, p. 494.

(11) *Ibidem*, Cap. XIV. Rub. XXVIII, p. 444; Cap. XXX. Rub. LI, p. 664.

que veía vaciarse sus arcas paralelamente al despoblamiento de las tierras, no siendo suficientes los pecheros para “cumplir las soldadas”, viéndose obligado a reducir la paga de los oficiales municipales, pasando a cobrar el escribano setecientos mrs. Esta situación de carestía duró hasta 1322, año en que Alfonso XI autoriza un aumento de salario que no llegaría, sin embargo, al de épocas más prósperas, pues se establece en mil mrs. equiparable, una vez más, a lo cobrado por los alcaldes (12).

Teniendo en cuenta la situación de preeminencia que ocupa entre las autoridades municipales por concesión del mismo Fuero (13), no es aventurado pensar en algunas prerrogativas de repercusiones económicas, como serían las exenciones tributarias y privilegios fiscales (14) que incrementarían el fijo salario anual, sin olvidar la ayuda que suponía poder disponer de los servicios de dos moros, a los que tiene derecho, según acabamos de ver.

83

Junto a estos aspectos, que enmarcan las obligaciones y derechos del escribano concejil desde los primeros pasos de su andadura, Alfonso X en 1257, aún no transcurridos dos años desde que se empezó a divulgar la nueva legislación recogida en el Fuero Real, por la cual se hace extensiva a todas las ciudades la obligada presencia de un escribano depositario de la fe pública con facultades para intervenir en los negocios realizados por el común de la sociedad, accede, a petición del Concejo, a que su propio escribano presencie todos y cada uno de los negocios escriturados por la comunidad judía, lo que le supondrá una sobrecarga en su trabajo:

“Et mandamos que el scrivano de Conçejo faga las cartas de los judíos, assí como dize la nuestra nota quel diemos sellada con nuestro sello”.

(12) A.M.C. Leg. 2. Exp. 12.

(13) *Fuero de Cuenca*, Códice Valentino, Lib. II. Tit. VI. Rub. XIX, p. 445.

(14) Véanse los derechos económicos indirectamente gozados por los escribanos de Concejo según E. CORRAL GARCÍA, *El escribano de Concejo*, pp. 42-43.

A la vez se aumentarán sus ingresos, pues estipula el arancel qué debe percibir de los judíos por su trabajo de acuerdo con la importancia de las cartas confeccionadas, y que está literalmente calcado de la tasa establecida en el Fuero Real para los escribanos públicos en general (15):

“Et si la carta fuere de cosa que vala mill mrs., o dent arriba, resçiba por su scriptura dos sueldos de burgaleses, e non más, et si fuere de cosa que vala mill mrs. ayuso fasta cient mrs., resçiba hun sueldo burgaleses, e de cient mrs. ayuso resçiba seis dineros, et otrossí resçiba a esta razón por las cartas que fiziere de las robras, et de las cartas que fiziere sobre mandas o sobre pleitos de cassamientos o de partiçiones resçiba por la carta tres sueldos de burgaleses”.

84

La razón de esta solicitud concejil al rey, aprovechando que éste se halla de visita en Cuenca, parece deberse a la proliferación de cartas de deudas que los judíos presentan frecuentemente a cristianos herederos de personas difuntas, exigiendo el pago de deudas contraídas y no reclamadas mientras vivían; además, al parecer, no se atienen a lo dispuesto por el rey en lo tocante a los intereses que se habían de pagar por lo prestado. Dejando a un lado la doble intencionalidad que puede abrigar esta petición concejil de querer soslayar los pagos reclamados por los judíos, lo más interesante es que en unos momentos en los que se están iniciando nuevos planteamientos en la doctrina notarial, el rey obliga a un colectivo concreto a documentar sus negocios ante un escribano, cuya probidad está respaldada por el Concejo como única garantía de que las cartas elaboradas se atenían a los requisitos marcados por la ley, quizá porque los judíos acudían a los servicios de escribanos profesionales a la hora de otorgar los documentos, práctica común en la etapa anterior y que pretende cortar la

(15) A.M.C. Leg. 17, Exp. 1, ff. 7 vto. - 8 vto.- Puede compararse lo estipulado como tasa a cobrar por el escribano del Concejo de Cuenca a los judíos que acuden a él, según lo dispuesto por Alfonso X, con la legislación general para todo el reino de Castilla recogida en el *Fuero Real*, I, 8, 1.

legislación alfonsí recientemente instaurada (16). Entra dentro de lo posible, además, que el Concejo quisiera tener un mayor conocimiento sobre los asuntos tratados por los judíos, e indirectamente ejercer control sobre este grupo humano, siempre en tensión dentro de la comunidad ciudadana (17).

A tenor de lo que se viene observando, las funciones y cometidos encargados al escribano del Concejo no pueden ser realizadas competentemente si no las ejecuta un hombre culto, que no sólo ha de saber leer y escribir, lo que ya es mucho para la época, sino tener conocimientos de Derecho (18), dificultad que condicionaría, sin duda, al Concejo cuando cada año se enfrentaba con su renovación, según lo estipulado en el Fuero, porque tal bagaje cultural en un mundo de iletrados limitaba considerablemente el abanico de posibles candidatos, teniendo que echar mano a la fuerza de los pocos que reuniesen las condiciones exigidas, no pudiendo encontrarlos sino entre aquellos que, como "scriptor" profesional en la etapa anterior y ahora como "escribano", ejercían la profesión públicamente y que no por ello abandonaban mientras estuviesen encargados de los negocios del

(16) A pesar de este expreso mandato real en 1259, aún se observa la existencia activa de estos escritores de libre profesionalidad a quien recurrían las partes interesadas para plasmar sus negocios. Así en la venta de unas casas realizada por un hombre que parece judío, pues se llama "don Bevia", el acto está respaldado por los testigos de las distintas colaciones, al ser el redactor uno de esos escritores: "Yo, Domingo Xemeno fiz esta carta". Archivo Capitular de Cuenca (A.C.C.), Caj. 6, n.º 107.

(17) También en la Corona de Aragón se da el caso de nombramiento de escribanos para confeccionar las escrituras del grupo étnico judío, según lo han visto R. CONDE - F. GIMENO, *Notarías y escribanías de concesión real en la Corona de Aragón (s. XIII)*, "Notariado público y documento privado: De los orígenes al siglo XIV". Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática, I, Valencia 1986, Valencia 1989, p. 308.

(18) Respecto a las aptitudes que se requieren para desempeñar competentemente el oficio puede verse J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho Notarial*, I.2. Madrid 1982, pp. 221 y ss. Una breve panorámica sobre la expansión de los estudios y ciencia jurídica en Castilla, con los usos del "ars dictandi" y "ars notariae" puede verse en R. M. BLASCO MARTÍNEZ, *Una aproximación a la institución notarial en Cantabria*. Santander 1990, pp. 39-45.

Concejo (19). Con el tiempo, este cargo se desempeñó de forma vitalicia por un escribano de número que ejercerá su función cerca del gobierno municipal, tal y como se documenta esta figura surgida de las Ordenanzas dadas por el infante don Fernando para la reestructuración del Concejo y que con la denominación de “escribano mayor” ocupará el puesto de por vida con unas funciones de asesor y coordinador de la burocracia municipal, además de ser el fedatario de las sesiones municipales, según se deja ver en el primer Libro de Actas conservado (20):

“E en presençia de mi, Johan López de Buenache, escribano e notario del dicho sennor rey e escrivano público de la dicha çibdat e del Conçejo della”.

86 Debido a la documentación disponible, más bien escasa para el siglo XIII, cuando tiene lugar la aparición, primeros pasos y desarrollo de la institución notarial, es difícil encuadrar a las personas en el oficio o cargo que desempeñan en cada caso concreto o, mejor dicho, no se observa con nitidez si un escribano lo es por nominación municipal únicamente para escriturar los propios asuntos de esta institución como titular de un cargo administrativo o, por el contrario, ha sido investido por el mismo Concejo para detentar la “fe pública” en todo su espacio jurisdiccional o, como apuntaba anteriormente, ambas actividades se realizan de forma simultánea, como parece ser lo más frecuente, al igual que ocurre en otros Concejos (21).

(19) Bono habla de cómo este cargo de designación anual podía ser simultaneado por un escribano cuya profesión efectiva era de “scriptor publico”. J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I. 2. p. 110.

(20) A.M.C. Leg. 185, Exp. 1. La figura del escribano mayor será tratada en las páginas siguientes. Respecto al doble ejercicio de funciones puede verse la opinión coincidente de E. CORRAL GARCÍA, *El escribano de Concejo*, p. 6.

(21) Puede verse a este respecto: B. CASADO QUINTANILLA, *Autenticidad documental y escribanos de Avila en la Baja Edad Media*, “Espacio, Tiempo y Forma”, Serie III, I (Madrid 1988), pp. 182-84.—J. A. MARTÍN FUERTES, *Notarios públicos*, p. 8.—M. J. SANZ FUENTES, *Documento notarial y notariado en la Asturias del si-*

Para adentrarnos en este proceso de implantación notarial se han tenido en cuenta las fórmulas que componen las suscripciones adoptadas por los escribanos, pues serán ellas las que ofrezcan algunas pistas reveladoras sobre los distintos tipos o categorías existentes en Cuenca, aunque sería prácticamente imposible poder conocer más de unos cuantos nombres de estos funcionarios si no se hubiera recurrido a la documentación custodiada en el Archivo de su Catedral, más numerosa y menos intermitente para la época estudiada, pero no por ello suficiente para cubrir todas las lagunas informativas con las que nos encontramos, y, por lo tanto, es imposible elaborar algo más de una mera hipótesis sobre el escribano y sus competencias en la vida municipal conquense durante el siglo XIII.

Como punto de partida, se ha de dejar constancia de que hasta mediados de este siglo no hay el menor rastro de tal oficial, pero de cuya existencia no se puede dudar, a menos que el Concejo no hubiera ejercido el derecho otorgado por el Fuero; tampoco hay testimonio de los autores materiales, amanuenses o "scriptores" que pudiesen trabajar a las órdenes del Concejo para escribir los documentos, y únicamente hay algunas referencias tocantes a la forma de validar los negocios, siempre con su sello como único exponente de la fuerza jurídica de dicha institución (22) y de cuya aposición se encarga directamente el juez por ser la más alta autoridad municipal, apoyado por la cita de autoridades nacionales y locales insertas en la fórmula de data-

glo XIII; "Notariado público y documento privado: De los orígenes al siglo XIV". Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática, I, Valencia 1986. Valencia 1989, p. 248.

(22) J. GONZÁLEZ, *Los sellos concejiles de España en la Edad Media*, "Hispania", V (1945), pp. 341-42.-M. CARLÉ, *Del Concejo medieval castellano-leonés*. Buenos Aires 1968, p. 98. Esta autora define los sellos concejiles como el signo de la capacidad jurídica de los concejos. El Concejo de Cuenca al menos desde 1225 utilizó sello propio, tal como se desprende de un documento conservado en el Archivo de la Catedral (A.M.C. Caj. 4, n.º 57).

ción personal “regnante” (23). Será precisamente en esta fórmula donde se dará a conocer el nombre del primer escribano del Concejo, si bien formando parte del resto de autoridades, situándolo en segundo lugar después de los alcaldes, en una posición y tratamiento preemitente que el mismo Fuero le concede (24), pero haciendo constar que en los documentos conquenses esta fórmula tiene una vida muy corta, pues no transpasa los primeros años de la segunda cincuentena, lo que puede coincidir con el prestigio visible que está adquiriendo la figura del escribano avalada por una instancia superior que, en el caso de Cuenca, es su Concejo (25).

La primera vez en que aparece explicitada la denominación de “escribano del Concejo” es foránea a la propia documentación conquense, al reflejarse en una carta real, si bien respondiendo a una petición hecha por las autoridades ciudadanas, lo que prueba su existencia, ya que solicitan del rey que sea este escribano quien realice la escrituración de los documentos en los que intervengan judíos, tal como se acaba de ver en páginas anteriores. Será en la década de los sesenta cuando en Cuenca se haga documentalmente

(23) Así se observa en dos documentos conservados en la Catedral fechados a principio de 1231, de *sendas donaciones municipales a la iglesia conquense* y cuyas cláusulas corroborativas dicen, con algunas variaciones de forma: “e porque esta carta sea más firme, mandamos al juez que metiesse y nuestro seyello”. En ambos casos sigue la fórmula “regnante”. A.C.C. Caj. 4, n.º 69 y 70.

(24) Véase nota 13. “Regnante rex F. en Castiella... senyor en Cuenca el infante don Alfoso, senyor de Molina, alcayát por su mano don Pero Cidez, judes Pascual Domingo de Chillarón, alcaldes..., escribano Gonçalvo Gonçález, sayón Aosadas”. A.C.C. Caj. 5, n.º 80 y 90. Puede verse, también, la opinión de E. CORRAL GARCÍA, *El escribano de Concejo*, p. 42.

(25) Ciertamente la utilización de la fórmula de datación personal “regnante” disminuye en todo el ámbito de Castilla, según se afianza la figura del escribano. Puede verse a este respecto la opinión de M. LUCAS ALVAREZ, *Documentos notariales y notarios en el monasterio de Osera*, “*Actas de las I Jornadas de Metodología aplicada de las Ciencias Históricas*”. V. Paleografía y Archivística. Santiago de Compostela 1975, pp. 228-29; *El notariado en Galicia hasta el año 1300 (Una aproximación)*, “*Notariado público y documento privado: De los orígenes al siglo XIV*”, *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*, I, Valencia 1986. Valencia 1989, p. 370.

frecuente la actividad de los escribanos, sin duda como respuesta a la primera doctrina real alfonsí tocante a estos temas donde se manda que en todas “las ciudades o en las villas mayores sean puestos escribanos públicos et jurados por mandado del rey o de qui él mandare e non por otro” (26).

En Cuenca, esta normativa real va a ser rápidamente implantada, aunque, a mi modo de ver, de forma singular, haciendo hincapié en la segunda parte de la ley, de donde se puede deducir una dejación de la prerrogativa real en los fueros locales y, por lo tanto, en sintonía con las competencias forales que viene ejerciendo el Concejo, nombrando cada año al único escribano reconocido oficialmente como uno de los oficiales; por extensión no le va a resultar difícil subrogarse el derecho de que sea la misma institución quien determine el nombramiento de esos depositarios de la “fides pública”, cuya existencia viene determinada en la ley real, resultando así un proceso común a otros Concejos inmersos en el mismo proceso de vitalidad interna, tanto económica como social, que les lleva a batallar constantemente por conseguir la plena autonomía política, la cual se consumará al conseguir la implantación de todos sus órganos de gobierno comunal (27). Por eso, no es extraño pensar que, si en el Concejo de Cuenca está enraizada la costumbre de nombrar su propio escribano anualmente, quien además podía venir actuando como “scriptor” profesional respetado por el común al formar parte de la élite ciudadana y cultural, y si, por otra parte, se considera fuerte como institución, le fuera fácil sentirse interpelado por la ley real y por extensión a lo que tiene concedido por Fuero, se arrogará la capacidad de dotar a sus gobernados de personas especializadas a las que podrán recurrir cuando deseen dar utilidad a los negocios realizados entre ellos, de la misma

(26) *Fuero Real*, I, 8, 1.

(27) Véase, J. A. MARTÍNEZ FUERTES, *Los notarios*, p. 605.

forma y con el mismo respaldo moral que cuando el rey pone escribanos públicos en aquellos lugares que le son propios (28).

De acuerdo con esto, todo induce a pensar que durante la segunda mitad del siglo XIII y hasta los primeros años del siguiente, los nombramientos de “escribanos públicos”, en consonancia con el triunfo de la doctrina real de que el notario no es un simple amanuense profesional, sino el titular de un oficio público, están en manos del Concejo a través de su escribano anual, en quien se personaliza en exclusiva la nueva virtualidad del oficio y, por lo tanto, de la fe, ahora pública, por cuanto puede recurrir a ella cualquier vecino para que sus negocios tengan fuerza legal, auxiliándose, para hacerla llegar a todos los que la soliciten, de unos colaboradores que, calificándose muy pronto de “públicos” como reflejo de la ley real, sin embargo actúan en clara y total dependencia del que sigue patrimonializando el “oficio”, pues hasta incluso en los primeros años utilizan el signo de éste como símbolo de su autoridad jurídica, pudiéndose pensar en una singular implantación de la institución notarial en las tierras de Cuenca que, si bien es variada por el número de individuos que la componen, es única y personal en cuanto al “officium”.

En efecto, de los documentos conservados —y ya se ha dicho que son pocos y por lo tanto nada se puede pensar con fuerza de conclusión definitiva— parece deducirse lo que se ha expuesto hasta ahora, por cuanto en las sucesivas suscripciones de los escribanos se observa en todas ellas un respeto a lo que podríamos considerar como el principio de la personalización del “officium”, pues las sustituciones o delegaciones que son habituales no lo son de este “officium”, sino únicamente de sus funciones, por la imposibilidad de que una sola persona pudiese atender a su cargo en

(28) Véanse las distintas nominaciones de que habla J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2. pp. 111-116.

el Concejo y a las solicitudes de que debía ser objeto por los integrantes de los distintos estamentos de la sociedad urbana (29) o, quizá en algunos casos, porque las competencias atribuidas ahora a los escribanos precisan mayores conocimientos técnicos, que se han de buscar en unos auxiliares capacitados.

Para evitar reiteraciones innecesarias que nada añaden a lo dicho hasta aquí, creo más conveniente hacer una relación de los escribanos que aparecen detentando la “fe”, considerando especialmente los datos que aportan las suscripciones puestas por los sucesivos escribanos a partir de 1261, año en que se refleja la primera propiamente dicha.

— Año 1261.

— Titular: “Roy Pérez, notario de Cuenca”.

Actúa por su “mano”: “Yo, Domingo Minguez que fiz la carta por mano de... e puse en ella su sig(*signo*)no”. (A.C.C. Caj. 7, n.º 111).

91

— Año 1262: No se tienen noticias de escribanos.

— Años 1263 a 1266.

— Titular: “Johan Gómez, omne del rey e notario público del Conçejo de Cuenca”.

Actúan por su “mano” o “por mandado”.

— Año 1263: “Yo, Domingo Gómez, la escreví por mandado de..., e fiz en ella este su sig(*signo*)no en testimonio”. (A.C.C. Caj. 7, n.º 113).

— Años 1264-1265: “Yo, Pero Garçía, la escreví por mandado de..., e fiz en ella este su sig(*signo*)no en testimonio”. (A.C.C. Caj. 7, n.ºs 116, 122. Caj. 8, n.º 139).

— Año 1266: “Yo, Domingo Mínguez, escrivano público en el Conçejo de Cuenca por mano de Johan Gómez, escreví esta carta ...e fiz en ella este mi sig(*signo*)no en testimonio”. (A.C.C. Caj. 8, n.º 144).

(29) Respecto de los escribanos sustitutos y sus funciones, está claramente expuesto en J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2. pp. 323-326.

- Año 1267.
 - Titular: “Roy Pérez”.

Actúa por su “mano”: “Yo, Pero Garçía, escrivano público en el Conçejo de Cuenca por mano de...” (A.C.C. Caj. 8, n.º 148).
- Año 1268.
 - Titular: “Pero Garçía, escrivano público de Cuenca...” (A.C.C. Caj. 8, n.º 150).
- Año 1269. No se tienen noticias de escribanos.
- Año 1270.
 - Titular: “Johan Gómez, escrivano del rey e notario público del Conçejo de Cuenca...” (A.C.C. Caj. 9, n.º 156). En esta ocasión actúa directamente.

Actúa por su “mano”: “Yo, Pero Garçía, escrivano público en el Conçejo de Cuenca, por mano de...” (A.C.C. Caj. 9, n.ºs 151-155).
- Año 1271. No se tienen noticias de escribanos.
- Años 1273 a 1277.
 - Titular: “Martín Garçía”.
 - Sustitutos:
 - Años 1273-1274: “Yo, Pero Montalván, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 9, n.ºs 164-165).
 - Año 1275: “Yo, Domingo Gil, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 9, n.ºs 167-169).
 - Año 1276: “Yo, Pero Montalván...” (A.H.N. Clero, Carp. 291, n.º 7).
 - Año 1277: “Yo, Pascual Sánchez, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 10, n.º 175).
- Año 1278. No se tienen noticias de escribanos.
- Años 1279 a 1280.
 - Titular: “Martín Garçía”.
 - Sustitutos:
 - Año 1279: “Yo, Domingo Pérez, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 10, n.º 181).
 - Año 1280: “Yo, Roy Pérez, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 10, n.º 182).

— Años 1280-1281. Si, como sabemos, el cargo de escribano es de periodicidad anual, renovable cada domingo siguiente a la fiesta de san Miguel, que es el 28 de septiembre, a partir de ese día el escribano ha de ser nuevo, o al menos se ha de prorrogar su ejercicio, cosa nada infrecuente; sin embargo, este año de 1280 no se prorrogó y desde octubre ocupa la titularidad “Pero Garçía”. Por otra parte, de finales de 1280 y 1281 se conserva documentación propiamente concejil en el Archivo del Ayuntamiento, pudiéndose ampliar la información al permitir un cotejo con el fondo catedralicio, y de ello se deduce que cuando se documentan asuntos ajenos a la propia gestión municipal actúa por sustituto, mientras que si se trata de fedatar negocios intitulados por el Concejo, actúa personalmente.

— Titular: “Pero Garçía”.

— Sustituto:

— Año 1280: “Yo, Roy Pérez, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 10, n.º 185).

— Año 1281: El mismo (A.C.C. Caj. 10, n.ºs 186, 187) y “Yo, Pascual Dominguez, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 10, n.º 190).

93

Cuando actúa directamente, sin sustituto, fluctúan las nominaciones de tal forma que el Concejo le denomina con el genérico “escrivano de Cuenca”, mientras que él mismo al poner la suscripción se califica de “escrivano público en el Conçejo de Cuenca”, y apenas una semana después reproduce la nominación general, aunque seis meses más tarde la nominación es mucho más explícita y parecida en la *iussio* que parte del Concejo y en su propia suscripción donde se dice: “escrivano público por el rey en el Conçejo de Cuenca...” (30), pudiendo, sin embargo, haber recibido durante este tiempo la confirmación real.

(30) A.M.C. Leg. 1. Exps. 13, 14; Leg. 107. Exp. 1.

- Año 1282. No se tienen noticias de escribanos.
- Año 1283.
 - Titular: “Sancho Pérez”.
 - Sustituto: “Yo, Miguel Martínez, escrivano público por..., en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 11. n.^{os} 198, 199).
- Año 1284.
 - Titular: “Pero Johan”.
 - Sustituto: El anterior con idéntica expresión (A.C.C. Caj. 11, n.^o 201).
- Año 1285 a 1286.
 - Titular: “Pero Garçía, escrivano público en el Conçejo de Cuenca...”.
 - Año 1285: Actúa directamente para garantizar el traslado de un documento remitido por el Concejo al Cabildo (A.C.C. Caj. 11, n.^o 203).
 - Año 1286.
 - Sustituto: “Yo, Johan Gómez, escrivano público por... en Cuenca...” (A.C.C. Caj. 11, n.^o 206).
- Años 1287 a 1289. No se tienen noticias de escribanos.
- Año 1290.
 - Titular: “Pero Garçía”.
 - Sustituto: “Yo, Miguel Martínez, escrivano público por... en el Conçejo de Cuenca...” (A.M.C. Leg. 1. Exp. 19).

Creo ilustrativa la aclaración del sustituto al referirse al Concejo, por cuanto puede ser un matiz que indique estar haciendo las veces del titular en el cargo administrativo, ya que el documento es una carta de poder otorgada por el propio Concejo.

- Años 1291 a 1294. No se tienen noticias de escribanos.
- Año 1295.
 - Titular: “Yo, Pero Garçía, escrivano por el rey en el Conçejo de Cuenca...” (A.C.C. Caj. 12, n.^o 232).
- Año 1296.

- Titular: “Yo, Ramiro Sánchez, escrivano del rey e de Cuenca...” (A.M.C. Leg. 2, Exp. 1).
- Año 1297.
- Titular: “Yo, Pero García, escrivano público en el Concejo de Cuenca...” (A.C.C. Caj. 13, n.º 237).
- Años 1298 a 1299. No se tienen noticias de escribanos.

Aunque ya se mencionó en páginas anteriores quiero insistir en la pobreza de la documentación empleada a la hora de extraer datos suficientes sobre la amplitud de las competencias atribuidas al escribano que forma parte de la nómina municipal y cuya figura está implantada y básicamente definida en el Fuero. Por otra parte, del análisis de las suscripciones, a las cuales se ha recurrido como fuente esencial de información, no se desprende una nítida separación de aquellos otros escribanos que ejercen el oficio de cara a la sociedad en su conjunto, lo que viene a ser ya un primer e importante punto a tener en cuenta a lo largo de estas páginas. No obstante, creo que del análisis de las fórmulas suscriptorias empleadas por los escribanos del siglo XIII se pueden extraer unos datos que, al menos, servirán de punta de lanza para iniciar líneas de investigación susceptibles, en su momento, de ser reforzadas o despreciadas, según los datos aportados por nuevos fondos documentales que se puedan sumar a los utilizados ahora:

95

— Nunca aparece más de un escribano principal cada año, aunque se observa con frecuencia que hay repeticiones en el cargo en años sucesivos o con alguna intermitencia. No se pueden olvidar las dificultades geoculturales que tendría que salvar el Concejo para encontrar un buen funcionario, lo que parece preverse en el Fuero cuando no pone trabas a las reelecciones de sus autoridades (31).

(31) Aunque el Fuero estipula el cambio anual de oficios, no prohíbe, sin embargo, que la misma persona desempeñe el cargo en más de una anualidad, siempre que “el Concejo en pleno lo pida”, lo que deja en libertad a la asamblea para prorrogar en sus funciones al escribano cuando no se vislumbra un buen recambio.

— Que este escribano sea o no el del Concejo encargado de la escrituración municipal es algo difícil de concretar, aunque, por lo apuntado en páginas anteriores me inclino a pensar que así sea, encarnando por lo tanto la “fides pública” arrogada por el Concejo, y sirviéndose de sustitutos para hacerla llegar a quienes la solicitan (32).

Puede apuntar en esta misma dirección el hecho de que este escribano que aparece como principal, actúa directamente cuando el autor del documento garantizado es el propio Concejo, aunque de nuevo nos encontremos con la limitación de las fuentes, pues la intervención personal sin sustituto se ha visto en contadas ocasiones.

Por otro lado, éstos que se vienen calificando de sustitutos, no aparecen nunca bajo la denominación de “tenientes” ni “escusadores” al actuar simplemente por “mano de” o por “mandado de” en los años sesenta, mientras que a partir de los setenta la sustitución se reflejará únicamente con la preposición “por”, aunque no parece reflejar realidades distintas.

— Solamente se conoce el nombre de quince escribanos, de los cuales siete han desempeñado en alguna anualidad el cargo de escribano del Concejo, y de éstos, cuatro lo han hecho en más de una ocasión, e incluso varias veces, siendo el caso más significativo el de “Pero García”, quien iniciándose como sustituto en la década de los sesenta pasará a partir de los años ochenta a patrimonializar prácticamente la Escribanía. Por otra parte, no es normal que un escribano principal trabaje después a las órdenes de otro, pues

“Quolibet anno ideo dicimus, quia nullus debet tenerse officium Concilii, sirve portellum, nisi per annum, nisi totum Concilium acclamaverit pro eo”. *Fuero de Cuenca*, Cap. XVI. Rub. II, p. 442.

(32) Es normal en este siglo XIII que los escribanos se sirvan de “sustitutos” o “tenentes” en quien delegar sus funciones. Ver lo habitual de este proceder, por ejemplo en M. LUCAS ALVAREZ, *Documentos notariales*, pp. 227 y 230.—J. A. MARTÍN FUERTES, *Los notarios*, pp. 612-13.—M. J. SANZ FUENTES, *Documento notarial*, pp. 252-53.—R. M. BLASCO MARTÍNEZ, *Una aproximación*, pp. 53-54.— Véase nota 29.

sólo se ha visto en tres ocasiones: "Roy Pérez" y "Joan Gómez", que se han alternado como propietarios en los años sesenta y como sustitutos al inicio de los ochenta, siempre, claro está, que se trate de las mismas personas, y el propio "Pero García", al que me acabo de referir, quien en los años sesenta trabaja para estos dos escribanos, siendo en 1268 el encargado del oficio, que después pasará a ocupar en ocho ocasiones, sirviéndose en algunas de ellas los servicios de sus antiguos jefes.

Por otra parte, no parece haber ningún compromiso personal entre ambas categorías, pues ni los principales ni los sustitutos se limitan a trabajar siempre con los mismos, dándose frecuentes cambios.

Con todo, teniendo en cuenta la calificación nominal, surge una cuestión que, aunque no pueda ser aclarada satisfactoriamente, no por ello se ha de dejar en el aire: Se relaciona con los escribanos titulares, de los cuales solamente tres, "Roy Pérez", "Joan Gómez" y "Pero García", son denominados con la calidad de "notarios" o "escribanos", mientras que el resto no añaden nada a su nombre que los califique. Surge, al menos, la duda razonable sobre si los nombres que no se acompañan de titulación son simplemente vecinos a quienes ha correspondido el cargo funcional aquel año y, por no tener los suficientes conocimientos jurídicos, de manera más perentoria han de recurrir a los servicios de verdaderos técnicos para realizar sus funciones, aunque quizá se trate de meros ayudantes; pues, como sabemos, es normal en estos casos servirse de auxiliares. Que esto sea o no así, con los datos disponibles es imposible saberlo, aunque sí parece claro que mientras los sustitutos, una vez aparecida la calidad de "público" en 1266, siempre la refieren a los titulares, solamente mencionan el nombre como referencia a la fe pública en las suscripciones, a excepción de los tres casos señalados anteriormente, siendo además los únicos que, habiendo sido propietarios en alguna ocasión, aparecen también como ayudantes.

— Se puede pensar, siguiendo la opinión de BONO (33), que es posible cierto grado de asociación profesional e, incluso, teniendo en cuenta los nombres y apellidos, que ésta se concentrase en unas pocas familias para actuar en colaboración y en la misma oficina bajo las órdenes de escribanos más cualificados que, debido a los requisitos imprescindibles para desarrollar completamente el cargo, serían a veces elegidos por el Concejo para asumir la anualidad o para desempeñar técnicamente la función, poniendo las bases ya, desde ahora, de lo que, según CORRAL, será una realidad cuando el escribano del Concejo se elija entre los más preeminentes de los escribanos que pueden actuar de número en la ciudad (34).

— Únicamente en un primer momento los escribanos sustitutos carecen de signo propio, teniendo que recurrir al de la persona para quien trabajan. Este hecho y la propia *iussio* que recibe el titular para escribir el documento introduce una dependencia más profunda con respecto a éste, pudiéndose pensar aún en esos “scriptores” profesionales que colaboran con los “escribanos” y de los cuales, en el caso concreto de Cuenca, solamente uno de los conocidos dejó de ascender a la categoría superior para detentar la “fe pública”. Es interesante mencionar aquí que el signo usado por el primer “notario” de cuyo nombre se tienen noticias, “Roy Pérez”, para identificar los documentos sobre los que ha vertido su autoridad jurídica, no está realizado sobre la base de una cruz, que es lo común en toda la producción notarial, sino que ha utilizado un castillo, símbolo parlante del reino a que pertenece Cuenca, prácticamente calcado del que se representa en los sellos céreos usados por el Cabildo de la catedral y por el propio Concejo (35).

(33) J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, 1, 2, p. 111.

(34) E. CORRAL GARCÍA, *El escribano de Concejo*, pp. 5-6.

(35) El empleo de este símbolo parlante es un claro exponente de la gran fuerza que tiene ante la sociedad, que es asumido para personalizar a la institución

— De 1263 es la primera mención explícita al Concejo en la titulación de los escribanos, a la vez que se refleja la calidad de “público”. Con esta alusión a la entidad local que concreta el término “escribano”, no se está indicando simplemente al ámbito geográfico donde desarrolla su profesión, sino que está haciendo referencia a la institución que respalda el “officium”, pues en la plena Edad Media, la atribución que se da al término Concejo es, por encima de cualquier otra, el de asamblea u órgano de gobierno municipal, según aparece en los documentos consultados. Del mismo modo, el calificativo de “público” está hablando de la fidelidad a la nueva doctrina real. La unión de ambos términos, “Concejo” y “público”, puede referirse en estos primeros momentos a la dualidad de funciones desempeñadas sin problemas por estos servidores de la sociedad, y siempre indicando al Concejo como la fuente de donde procede su “auctoritas”.

99

— Desde la década de los setenta los escribanos sustitutos van a emplear invariablemente la misma fórmula para avalar su actuación, con la única mención al nombre del titular, quien, por otra parte, no aparece nominado por ninguna institución, lo que estaría dentro del contexto de la

concejil, quien lo refleja en una de las improntas de su sello de cera y, lo que es más significativo, es aceptado por el Cabildo de la Catedral en los primeros años de su andadura, al menos desde 1201 hasta 1224, año en que lo cambió por el que será desde entonces habitual, con la imagen de la Virgen. Pueden verse las descripciones de estos sellos en A. CHACÓN, *Sellos episcopales y del cabildo en el Archivo Capítular de Cuenca. 1182-1300*, “Revista”, Anexo 3 (Centro Asociado a la UNUD en Cuenca 1988-1989) pp. 147-48; *Sellos reales y del Concejo en el Archivo Municipal, “Ciudad de Cuenca”*, n.º 89. Boletín de Información Municipal 1987) 57-58.—También MARTÍN FUERTES, a mediados del siglo XIII ha visto utilizar como signo notarial el símbolo parlante del reino de León. J. A. MARTÍN FUERTES, *Los notarios de León*, p. 611. No es infrecuente que en estos momentos iniciales del notariado, los sustitutos utilicen los signos de aquellos para quienes trabajan, y así lo han visto, también, por ejemplo M. LUCAS ALVAREZ, *Documentos notariales*, p. 230.—M. J. SANZ FUENTES, *Documento notarial*, p. 253.—J. BONO HUERTA, *La práctica notarial del reino de Castilla en el siglo XIII. Continuidad e innovación*. “Notariado público y documento privado: De los orígenes del siglo XIV”. Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática, I, Valencia 1986. Valencia 1989, p. 501.

opinión de BONO, de que era notorio en el ámbito local deber su creación y nombramiento al municipio (36):

“N escrivano público por... X en Cuenca”.

100

— El primer escribano que menciona en la suscripción al rey es “Johan Gómez”, quien en 1270 se autotitula “escrivano del rey e notario público del Concejo de Cuenca”, en una fórmula que ha unido ambas instancias superiores como soporte de su autoridad. No es raro que sea esta persona la que primero consiga un título real, pues en su aparición como “notario”, en 1263, ya menciona la vinculación que le une a la monarquía cuando se declara “omne del rey”. Sin embargo, han de transcurrir diez años para que otro escribano refiera su nominación a la Corona, tratándose en este caso de “Pero Garçía, escrivano público por el rey en el Concejo de Cuenca”. Si nos fijamos en ambas fórmulas, se observan unos matices que se irán perfilando con el tiempo y que BONO diferencia claramente en su obra (37). En el primer caso se trataría de un escribano creado por el rey con competencias en todo el reino, que ha sido admitido por el Concejo conquense para desempeñar esta función; mientras que en el segundo caso la creación real se ha hecho expresamente para desempeñar el oficio en el Concejo de Cuenca, apareciendo más directamente expresada la intromisión real en este caso.

Con todo, este “Pero Garçía”, después de la primera referencia, suprime cualquier indicio que le identifique con el poder central, quizá debido a las dificultades que están teniendo las esporádicas injerencias realizadas por el rey, tratando de hurtar al Concejo un derecho que considera propio, aunque, en definitiva, todo ello apunta al contexto

(36) J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2, pp. 116-17. Se refiere a los escribanos públicos de nombramiento municipal, aunque se entendería mucho mejor en aquellos que desempeñaban un cargo funcional dentro del Concejo.

(37) *Ibidem*, pp. 115-16; 150-52.

poco claro en el que se está moviendo y desarrollando la institución notarial en las tierras conquenses.

— Unicamente, como mera indicación, se ha de constatar que ningún escribano hace la menor referencia a su cualidad de “juratus”, en total sintonía con lo indicado por BONO para Castilla (38).

— Por último, se ha de señalar que el término empleado normalmente es el de “escribano”, pues tan sólo en tres ocasiones y siempre en los primeros momentos, se califican de “notarios”; además, no es desdeñable ver una influencia de la terminología empleada en la Cancillería regia, por cuanto los tres se declaran, de alguna manera, dependientes del rey, sin despreciar el carácter erudito aunque foráneo del término (39), para estos servidores públicos en Castilla alejada de las corrientes europeas.

La síntesis de todo lo expuesto hasta aquí será haber documentado desde comienzos de la década de los años sesenta del siglo XIII, la presencia en la vida conquense de un “escribano” que detenta el cargo, “officium notariae”, por nombramiento del Concejo según las atribuciones concedidas por el Fuero y defendidas a ultranza de intromisiones reales. Por lo tanto, la designación para el cargo no es vitalicia sino anual, aunque susceptible de ser prorrogada, como de hecho se hizo en muchas ocasiones, y pudiéndose ejercer con la ayuda de sustitutos que desde mediados de dicha década se califican de “escribanos públicos”, si bien referencian su personal garantía al titular.

Las contadas ocasiones en que algún escribano alude en su titulación al rey son ilustrativas de la tendencia iniciada ya por la política centralista de Alfonso X, y que en estos

(38) *Ibidem*, p. 119.

(39) Véase a este respecto, por ejemplo, la opinión de J. MARTÍN FUERTES, *Los notarios de León*, pp. 603-04, quien relaciona el término “notario” con la recepción de las nuevas corrientes jurídicas llegadas de Bolonia y acogidas en los recientemente creados Estudios Generales de León. También J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2, pp. 110, 113 y 147.

casos quiere mantener vivo el principio de lo que considera una regalía. Si tenemos en cuenta que los escribanos nombrados por el rey son siempre titulares, el deseo real parece bien dirigido a posesionarse del "officium" que custodia celosamente el Concejo, nombrando al más significativo de los escribanos en quien recae la "fe pública", y que la ejerce como brazo extendido mediante unos sustitutos. Ciertamente, no poseemos suficientes documentos para constatar esta opinión, pero algunos movimientos se tuvieron que producir en esta línea cuando los procuradores de la ciudad acuden en 1302 a las Cortes que se celebran en Medina del Campo, para recordarle que, de acuerdo con su Fuero la ciudad de Cuenca, puede nombrar entre otros oficiales del Concejo al escribano, quien ha de ser natural del lugar, accediendo el rey para "que los hayan e los pongan assí como su Fuero manda" (40). Apenas cuatro años después, en 1306 (41) ha de dar marcha atrás en su política y, agradeciendo los "muchos serviçios prestados" por el Concejo conquense, le comunica que no habrá intromisiones de funcionarios reales en el gobierno interno del municipio, a la vez que le concede tener por propia la "Escrivanía", pudiendo elegir "cada anno escrivano" tal como lo tiene concedido por el Fuero.

Sin duda, se refiere en ambos casos, si bien de forma más explícita al hablar de anualidad, al escribano como funcionario del Concejo, ya que el oficio de escribano público es vitalicio (42), pero ¿sería pensable que la Corona se en-

(40) A.M.C. Leg. 1, Exp. 24. La petición de vecindad venía avalada por el *Espéculo*, IV, 12, 3.

(41) A.M.C. Leg. 2, Exp. 2.

(42) J. MARTÍNEZ GUÓN, *Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Media*, "Centenario de la Ley del Notariado". Madrid 1964, I, pp. 324-25. Opina que este carácter vitalicio lo adquiere como consecuencia de las reformas de Alfonso X, al pretender despojar al oficio del carácter concejil que hasta entonces había tenido. Véase a este respecto la doctrina recogida por Bono, que apunta hacia la misma dirección de perpetuidad en el cargo de los escribanos públicos una vez que se les ha conferido el título. J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2, pp. 271, 276-81.

trometiese en estos asuntos si se tratase de un mero cargo funcional que cuya vida está limitada a un solo año, si no llevase consigo la supervisión de lo que en la misma carta se denomina “la escribanía”, es decir, el control del ejercicio público de la fe?

1.2. *El siglo xiv, época de desarrollo.*

Si concluimos el siglo xiii con gran parquedad de datos, no son más explícitos los encontrados para ilustrar la figura del escribano del Concejo en la siguiente centuria, donde, sin embargo, algo ha cambiado en torno a su persona y a la forma de ejercer su oficio.

En efecto, el siglo xiv, considerado como la época en que se desarrolla la institución y derecho notarial, ha traído desde los primeros años en Cuenca un florecimiento de nombres involucrados en las labores fedatarias de las escrituras, surgiendo con gran fuerza aquellos que garantizan documentos donde intervienen eclesiásticos y que utilizan el término “notario” en exclusividad sobre el de “escribano”. No es fácil seguir la pista al escribano del Concejo que en el siglo pasado se identificaba con la titularidad del “officium”, y aunque durante los primeros veinte años del siglo xiv sea aún habitual que el escribano actúe mediante sustitutos para confeccionar la escritura y que éstos usen idéntica suscripción a la empleada por los de la época anterior —“N. escrivano público por X en Cuenca”,— ya desde los primeros momentos se detectan, aunque sea de forma esporádica, los escribanos que actúan sin mediación de ningún titular, siendo esto lo normal una vez traspasados los años treinta.

Es como si la persona y cometido del escribano que trabaja para el Concejo se hubiera replegado a la función exclusivamente secretarial, ya que ni siquiera ha quedado rastro de su trabajo como garantizador de las escrituras en las que interviene el Concejo como otorgante de ellas, pues los

escribanos que las confeccionan omiten cualquier mención por donde se pueda colegir que están integrados en la nómina municipal; sin embargo, indirectamente, en algunas ocasiones (43) se pueden observar indicios de que el escribano que ha garantizado el negocio jurídico trabaja para el Concejo, aunque quizá de forma circunstancial por cuanto la constatación de este hecho no venga de la propia suscripción notarial, sino de las cláusulas anunciadoras de la validación, las cuales a lo largo del siglo sufren algunas alteraciones literarias para reflejar los distintos matices jurídicos. Así, hasta los años cincuenta las fórmulas aportan un respaldo al signo del escribano, aunque sea éste el que dé garantía al negocio documentado:

“E porque esto sea firme e non venga en dubda, mandamos poner en esta carta de personería nuestro seello colgado e signada del signo de Gil Martínez, nuestro notario público” (A.M.C. Leg. 2. Exp. 8).

A partir de mediados del siglo la fórmula que alude a la aposición del sello ha desaparecido, quedando el signo como único garante de la validez del negocio:

“E desto otorgamos e mandamos fazer esta carta ante Diego Ferrández, nuestro escrivano, al qual mandamos que la escriviese o fizicse escrivir e la signase de su signo” (A.M.C. Leg. 67, Exp. 1).

En ambas épocas los términos empleados por el Concejo son yusivos y el receptor un escribano al que califica, precisamente, de “nuestro”, pudiéndose entender que forma parte de la nómina funcional, aunque existe la duda razonable de tal dependencia, pareciendo, más bien, que la relación es únicamente coyuntural, pues se da la circunstancia de que en el mismo año y en el espacio de un mes, a dos escribanos se les califica con este posesivo (44); además, en

(43) A.M.C. Leg., Exps. 8 y 14; Leg. 3, Exp. 2; Leg. 34, Exp. 1; Leg. 59, Exp. 1; Leg. 63, Exp. 1; Leg. 67, Exp. 1; Leg. 68, Exp. 1.

(44) Ambos llevan fecha de 1390, en junio y julio. (Son documentos incluidos en un apeo. A.M.C. Leg. 34, Exp. 1).

las suscripciones que clausuran los documentos nada se dice al respecto:

“Yo, Gil Martínez, notario público de Cuenca fiz escrevir esta carta, e por mandamiento del dicho Concejo fiz en ella este mi sig(*signo*)no en testimonio” (A.M.C. Leg. 2. Exp. 8).

“Et yo, Diego Ferrández de Palomares, escrivano público de la çibdat de Cuenca, fui presente en uno... e por mandado del Concejo... esta carta fiz escrevir et fiz aqui este mío sig(*signo*)no e testimonio” (A.M.C. Leg. 67, Exp. 1).

Por otra parte, ninguno omite su calidad de “público” y como tales intervienen confeccionando documentos estrictamente privados que no guardan relación con la administración municipal, aunque sabemos que tal duplicidad no está prohibida a los escribanos del Concejo, por cuanto es tradicional la versatilidad de sus actuaciones. Otro aspecto significativo, común a los documentos donde se relaciona al escribano con el cargo administrativo, es el tratarse de asuntos que han precisado el acuerdo de la asamblea plena porque su alcance afectará a la colectividad ciudadana (45).

105

Si de esto se puede deducir que el Concejo recurre a su propio escribano para validar lo que considera acuerdos internos, como notario que da fe de sus actuaciones y las garantiza de cara a sus gobernados, mientras que recurre a un mero “escribano público” cuando realiza negocios donde interviene otra persona, sea ésta jurídica o privada, es algo que con los escasos testimonios disponibles no se puede asegurar, máxime cuando se conservan documentos de idéntico negocio sin que haya explícito mandato concejil a escribano alguno, ni se observe el menor indicio de relación Concejo-escribano (46).

(45) Se trata, sobre todo, de cartas de poder de gran importancia para el Concejo, porque en ellas hace dejación de su personalidad jurídica en una persona concreta. Otros asuntos son una carta de *avenencia con la aljama judía* —téngase en cuenta la disposición de Alfonso X de que sea el escribano del Concejo quien intervenga en los negocios de judíos—, y unas Ordenanzas municipales.

(46) Por ejemplo en tres cartas de poder: A.M.C. Leg. 17, Exp. 1, ff. 215 v. - 216 v.; Leg. 1.145, Exp. 1; Leg. 1.131, Exp. 1.

1.3. *El escribano mayor.*

Aunque nos salgamos algunos años del marco cronológico previsto, considero de interés detenerme brevemente a esbozar la figura de este escribano que pasará a desempeñar un cargo funcional en el Concejo de forma vitalicia, como consecuencia de las reformas introducidas en el Concejo de Cuenca por el infante don Fernando de Antequera en los primeros años del siglo xv (47). El infante considera que es más beneficioso para la ciudad que los asuntos del Concejo pasen siempre ante la misma persona “que no ante muchos” (48), intentando, a la vez, que éste se convierta en especialista de los negocios gestionados desde el Concejo.

106

De este modo se nombra directamente a Juan López de Buenache, al que se le pagará un sueldo anual de dos mil mrs. cargado a los propios de la ciudad (49). Se establece que al fallecer el escribano, el sustituto no sea puesto directamente por la Corona, sino que los regidores, de común acuerdo, elevarán una ierna de personas consideradas idóneas, para desempeñar el cargo, entre las cuales se designará por el rey la que se estime más adecuada, teniendo en cuenta que la persona elegida ha de ser vecino de Cuenca (50).

(47) Este momento, de gran importancia para la posterior vida municipal, ha sido estudiado por M. D. CABAÑAS GONZÁLEZ, *La reforma municipal de Fernando de Antequera en Cuenca*, “Cuenca y su territorio en la Edad Media”. Actas del I Simposio Internacional de Historia de Cuenca. Cuenca 1977. Madrid 1982, pp. 381-97.

(48) A.M.C. Leg. 16, Exp. 2, f. 64 r.

(49) *Ibidem*.

(50) *Ibidem*. No parece, sin embargo, que esta Ordenanza se cumpliera escrupulosamente pues en la provisión del oficio de escribano entraron en juego intereses que se saltaron, en más de una ocasión, lo dispuesto por Fernando de Antequera. El pleito desatado a la muerte del escribano Luis de Chinchilla en 1479, en el que toman parte dos aspirantes a sucederle y algunas de las pruebas presentadas son evidencia de que no había arraigado dicha Ordenanza, al menos en este punto concreto, trayendo a situaciones como la originaria del pleito, que no es sino un proceso al sistema empleado para la provisión de estas vacantes, ya que cada uno de los pretendientes invoca unos derechos que les respaldan: Uno el nombramiento directo por el monarca, lo que es repudiado por el Concejo que ve limitada su libertad de

Como se ha visto anteriormente, este escribano ocupa un cargo dentro del Concejo a cuyas deliberaciones tiene la obligación de asistir junto a las otras autoridades. Si por alguna circunstancia no puede estar personalmente ha de delegar en un sustituto, hecho que ocurrió en más de una ocasión, según se pone de manifiesto a través de las primeras sesiones recogidas en el Libro de Actas de 1417 (51).

Entre las obligaciones que se le asignan en dicho Ordenamiento, se encuentran, como ya sabemos, las de asistir a todos los Ayuntamientos, anotando en un libro "registro" todos los asuntos durante las sesiones concejiles, sin interpretar nada libremente, sino tal como han pasado, "no entendiendo ni menguando cosa alguna", de lo contrario se le multará "según derecho", perdiendo el oficio de la escribanía (52). Además de esto, estará presente para validar, con su presencia, los arrendamientos y rentas de propios (53).

107

Sin embargo, fiel a su cita anual y en el uso de sus derechos forales, el Concejo siguió sorteando año tras año los cargos dirigentes de su administración entre los vecinos de sus colaciones, al menos así se encuentra en el primer Libro de Actas conservado, que lleva fecha de 1417, donde se recoge el sorteo de oficios y entre ellos el de la "nota-

acción; el otro aspirante se siente apoyado por la institución concejil que, al menos, ha guardado las formalidades dispuestas por la Ordenanza, aunque movido a impulsos de ligarquía local que no desea perder el menor resquicio del control municipal. El pleito y su significado ha sido estudiado por M. P. RÁBADE, *Las escribanías como conflicto entre poder regio y poder concejil en la Castilla del siglo xv: El caso de Cuenca*, "Anuario de Estudios Medievales", 21 (Barcelona 1991) 247-76.- También hace referencia a situaciones semejantes E. CORRAL GARCÍA, *El escribano de Concejo*, p. 12.

(51) A.M.C. Leg. 16, Exp. 2, f. 63 v. En el Libro de Actas aparece fedatando algunas sesiones municipales un tal Alfonso López, que se intitula únicamente como "escribano" y que bien pudiera ser hijo del titular del cargo; en otros documentos este sustituto aparece como "escribano público de la ciudad" (A.M.C. Leg. 185, Exp. 1).

(52) A.M.C. Leg. 16, Exp. 2, ff. 62 v. - 63 r. Falsear los libros sigue siendo el más grave atentado que el escribano podía cometer y por eso este delito era castigado muy duramente. Véanse notas 11 y 12.

(53) *Ibídem*, f. 74 r.

ría”, correspondiendo ese año a la colación de Santa María la Nueva y a su vecino “Alfonso González de Guadalfajara”, quien junto a los demás oficiales jurará su cargo ante el Ayuntamiento, dando fe de lo acontecido Juan López de Buenache, “escribano público de la dicha çibdat e del Concejo della” (54), siendo el primer escribano en ocupar el cargo de forma vitalicia.

La duplicidad de funcionarios puede explicarse por cuanto la elección anual no pasaría de un mero trámite anacrónico para mantener vivas las tradiciones a las que tan fieles son todas las instituciones, si bien nada impide que algún cometido se le exigiese al agraciado puesto que en los gastos municipales hay una partida destinada para el ocupante del oficio, quien en 1422 percibió setecientos mrs., idéntica cantidad a la cobrada un siglo antes cuando la tierra de Cuenca pasaba por momentos de penuria económica. En este mismo año la “notaría” correspondió a la colación de San Gil, cayendo en un vecino llamado “Ferrant Sánchez de San Clemente”. Como no puede ser de otra forma, está encargado de registrar las sesiones municipales, dando fe de todo lo acordado Juan López de Buenache, su escribano oficial (55).

2. Escribanos públicos

Las páginas que preceden se han dedicado a configurar al escribano del Concejo, teórica y prácticamente en tanto que formando parte de la nómina municipal al ocupar uno de los cargos sorteados anualmente según las prerrogativas concedidas en el Fuero. Como allí se dijo, no siempre resultaba fácil individualizar a este funcionario de aquellos otros escribanos que ejercían la profesión públicamente, de cara a la sociedad, por cuanto podía intervenir en cualquier asunto al no tener vedada la escrituración de documentos en ge-

(54) A.M.C. Leg. 185, Exp. 1, ff. 12 v. y ss.

(55) A.M.C. Leg. 186, Exp. 5, ff. 2 r.; 45 v. - 48 v.

neral, respondiendo al requerimiento como cualquier otro detentador de la fe pública con el fin de garantizar los negocios efectuados entre particulares.

No se pretende ahora realizar un tratamiento exhaustivo de las escribanías públicas de la ciudad conquense, lo que requeriría una mayor extensión del presente trabajo, sino trazar los perfiles de esta figura que tanta importancia tendrá en la vida de los núcleos habitados, aportando una serie de datos que contribuyan al conocimiento de las competencias de los fedatarios que intervienen en la expedición de los distintos tipos documentales.

Ya sabemos que el Fuero de Cuenca concede al Concejo el privilegio de nombrar al oficial encargado de la escribanía municipal, y también que su identidad y gestión han quedado en la más absoluta oscuridad hasta los primeros años de la segunda mitad del siglo XIII; es decir, sale a la luz documental coincidiendo, y no creo que casualmente, con la promulgación de las primeras leyes alfonsíes sobre el notariado, que aportan una nueva dimensión de seguridad y garantía a los negocios entre particulares, pues introduce el principio básico de que en la confección de los documentos, donde se plasman los negocios, el "scriptor" profesional tiene que desaparecer en beneficio del "publicus notarius", cuya actividad pasó a regirse por la normativa legal y, consecuentemente, nadie por propia iniciativa podría desempeñar un oficio con estas nuevas características, sino que cualquier candidato a ejercerlo debía ser investido para ello por la autoridad competente, que era el aval más seguro de su recta actuación de cara a la sociedad. De acuerdo con la doctrina real, las competencias de tales investiduras eran exclusivamente de la Corona, aunque ella misma contempla la posibilidad de compartir estas prerrogativas con quienes estimase suficientes para ello (56), lo que fue un resquicio

(56) *Fuero Real*, I, 8, 1. Son muy aclaratorios los comentarios de J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 1, pp. 238-39; I, 2, pp. 109-119.

por donde se introdujeron un buen número de ciudades que se consideraban con suficientes derechos históricos como para llevar a cabo los nombramientos de sus escribanos.

Como es sabido, la asunción de tales competencias por los concejos, en muchos casos sin reunir las condiciones para ello, no fue aceptado de buen grado por la Corona, que en sucesivas ocasiones intentó controlar y limitar la proliferación de nombramientos apoyado en un principio legal del que no podía hacer dejación, pues tales prerrogativas eran exclusivamente “sennorío del reino” (57), aunque esto no fue obstáculo para que se reconociesen a ciertas ciudades los derechos tradicionales que venían ejerciendo a este respecto, previo al trámite de sucesivas confirmaciones reales (58). Para Cuenca se conservan algunos documentos que constatan estas confirmaciones, algunas de las cuales se reciben de forma general junto a otros concejos, mientras que en otros casos son concedidas por expresa y particular solicitud de la ciudad.

110

De esta forma en 1299, el rey Fernando IV en las Cortes celebradas en Valladolid, reconoce que pueden poner escribanos públicos aquellas ciudades que lo vienen haciendo de forma tradicional, salvo si su origen arranca de los nombramientos realizados por el rey don Fernando, su bisabuelo, pues, entonces, le pertenece ponerlos a él (59). No es éste el caso de Cuenca, que entendía tal atribución como una normal prerrogativa derivada de su autonomía local configurada en el Fuero. En algunas otras ocasiones tuvo que recordar la ciudad al mismo rey estos derechos enviándole sus “personeros”, cuando los veía peligrar debido a la política real de control en los nombramientos. Así, en las Cortes de Medina del Campo, celebradas en 1302, solicitan

(57) *Partidas*, III, 19, 3.

(58) Pueden verse las sucesivas confirmaciones reales de los derechos locales a crear escribanos en J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2, pp. 112, 116, 143-50.

(59) “Otrossí, tenemos por bien que ussen de poner escrivanos públicos en sus lugares, salvo en aquellos lugares do los pusso el rey don Ferrando, mío visavuelo, que tenemos por bien de los poner nos”. A.M.C. Leg. 1, Exp. 21.

que algunos oficiales concejiles, entre ellos el escribano, fuera puesto de entre los vecinos del lugar, según lo dispone el Fuero (60), sin duda porque ya se había producido, o al menos se había intentado, colocar a personas foráneas en algunos cargos municipales. Esta petición fue aceptada por el rey según se le demandaba, aunque no parece que con una efectividad muy clara, pues en 1306 la ciudad ha de salir en defensa de sus dērechos, que serán nuevamente confirmados (61).

Tampoco Alfonso XI, monarca que intentaría llevar a todos los aspectos de la vida política el ideal absolutista de gobierno iniciado por el rey Sabio, romperá, aunque lo intente, la tradición de la ciudad a nombrar sus escribanos, cuando decida asumir unilateralmente estos nombramientos, teniendo que reconocer en las Cortes de 1325, celebradas en Valladolid, el derecho secular de ciertas ciudades a crear escribanos cuando lo vienen haciendo desde tiempo atrás, en concreto si se remonta a más de cuarenta años, si lo tienen concedido por privilegio o merced especial, o si el origen de tal prerrogativa procede de su fuero, como es el caso de Cuenca.

Esta decisión real con la que se pretende poner fin a una larga serie de tensiones habidas entre las ciudades y el poder central por el control de los nombramientos de escribanos generará la política del "numerus clausus", es decir, se fijará un número de notarios públicos para cada ciudad, que no podrá ser rebasado por el capricho o interés del rey, quien a la vez se resarcirá creando notarios reales competentes para actuar en todo el reino aunque limitando su

(60) "Otrosí, me pidieron que oviessen juez e alcaldes e escrivano de su logar, segunt su fuero manda. Et yo tóvelo por bien e mando que los ayan e los pongan así commo su fuero manda". A.M.C. Leg. 1, Exp. 24.

(61) "Otrossí, por les fazer bien e merçed, e porque la an e deven aver por su fuero la escrivanía dende, tengo por bien que la ayan e que pongan cada anno escrivano, assí commo lo pudieron e lo fizieron en qualquier tienpo que la ovieron en la escrivanía en tienpo del rey don Sancho, mío padre que Dios perdone, et de los otros reyes onde yo vengo". A.M.C. Leg. 2, Exp. 2.

actuación a determinados asuntos (62), si bien no parece que el rey nominara a muchos de estos escribanos, pues al menos en Cuenca su presencia es prácticamente nula durante el siglo xiv, tal como más adelante se verá. Sin embargo, sí puede pensarse que algo ha ocurrido en torno a la institución notarial durante las primeras décadas del siglo: Los escribanos empiezan a actuar directamente, desapareciendo los sustitutos; hay una afloración considerable de fedatarios que se titulan como “notarios”, documentando negocios donde interviene alguna persona sujeta al fuero eclesiástico; se incrementan los nombres de aquellos que ejercen esta función pública nominados por el Concejo y, como se acaba de decir más arriba, no se documentan escribanos cuyo título provenga de creación real.

112

No obstante lo anterior, las aguas no acaban de quietarse a este respecto. Diez años después el mismo Alfonso XI intenta soslayar sus propias concesiones anteriores y en carta al Concejo de Cuenca le insta para que entregue la escribanía a Ramón Pérez de Pareja, quien le tendría que “recabdar” para el rey, pues se le concede la facultad de arrendarla, pudiendo hacerlo a los escribanos que considerase aptos para desempeñar el oficio. Los ingresos percibidos por estos arrendamientos estaban ya destinados a un fin concreto, como es colaborar en el mantenimiento de la flota real.

La respuesta a semejante pretensión es inmediata por parte del Concejo, quien va a poner en marcha la defensa de sus intereses en algo tan importante como es el derecho local, que considera atropellado por la política real. Para hacerle llegar esta opinión municipal se envía a la Corte a tres procuradores con el fin de interponer los “recabdos”

(62) El desarrollo de todo este proceso en Castilla, está claramente expuesto en J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2, pp. 143-55. Una exposición resumida hace A. CANELLAS, *El notariado en España hasta el siglo xiv: Estado de la cuestión*, “Notariado público y documento privado: De los orígenes al siglo xiv”. Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática, I, Valencia 1986. Valencia 1989, pp. 111-13.

que poseen como aval de sus tradiciones, deduciéndose de ellos que la escribanía es del Concejo y no puede ser embargada por una decisión arbitraria. Es fácil imaginar el argumento elaborado por estos procuradores a la hora de exponer su misión, recogido en la carta con el término "recabdos", pues no pueden apelar a otra ley que no sea la contenida en su Carta magna, aunque jugarían la baza más reciente de refrescar la memoria real con las actas de las Cortes de Valladolid, no tan lejanas en el tiempo como para ser ya pisoteadas (63). El contencioso se resuelve favorablemente para el Concejo de Cuenca, al reconocer Alfonso XI los derechos seculares que le asisten en este tema (64).

La confirmación de dichos privilegios se presentó ante el nuevo rey Pedro I por los procuradores municipales, con el ánimo de su renovación, a lo que accede el joven monarca en 1352 (65). Aún se conserva el testimonio documental de una nueva confirmación, en este caso realizada por Enrique II en 1368, cuando el fundador de la dinastía Trastámara aún no se había hecho definitivamente con el poder. Está claro aquí el juego político de ambas partes, pues el Concejo inicia un acercamiento al pretendiente, ya virtual ganador de la contienda civil, aunque aún viva el rey legítimo, con el ánimo de salvaguardar la continuidad de sus derechos forales, mientras que el Trastámara no quiere

(63) A.M.C. Leg. 3, Exp. 5.

(64) Un contencioso idéntico tiene lugar entre Alfonso XI y el Concejo de Sepúlveda, que resaltó igualmente favorable para la institución local. Ha sido estudiado por C. SÁEZ, *La escribanía de Sepúlveda en 1355: Un intento de embargo real, "Notariado público y documento privado: De los orígenes al siglo XIV"*. Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática, I, Valencia 1986. Valencia 1989, pp. 593-95. Pero no se puede olvidar que detrás del control por las escribanías ciudadanas están los pingües beneficios que con esta política esperaba conseguir la hacienda real, y de los que no desea prescindir. Véase la opinión a este respecto de F. TOMÁS Y VALIENTE, *Origen bajomedieval de la patrimonialización y la enajenación de oficios públicos en Castilla*, "Actas del I Symposium de Historia de la Administración", Madrid 1970, p. 149.

(65) Véase nota 63.

desairar a un Concejo aliado, además de bridársele la oportunidad de realizar un gesto institucional, accediendo a la confirmación solicitada según lo había hecho “el rey don Alfonso mío padre”, obviamente eludiendo cualquier mención a la última confirmación efectuada por Pedro I (66).

Sirvan estas notas como contexto a los escribanos públicos que trabajan en Cuenca y de los cuales omito hacer la nómina, pues a la vez que sería muy extensa nada aportaría el conocimiento de la función desempeñada, aunque sí creo oportuno decir que durante el siglo xiv aparecen escribanos públicos nominados por distintas instancias superiores, como son el Rey, el Concejo y el Obispo, aunque las fórmulas empleadas por los fedatarios para garantizar cualquier tipo de negocios clausurando el documento es básicamente la misma en todos ellos y únicamente varía al hacer constar su nominador y la redacción literaria, de acuerdo con las precisiones que en cada caso estime oportuno indicar el escribano.

114

Las suscripciones se insertan a renglón tendido al final del tenor documental, sirviendo de enlace la copulativa “Et” y redactadas autográficamente por el fedatario en estilo subjetivo, empleando pluma y tinta, normalmente, más clara a las usadas en el tenor. En esta fórmula no falta la intitulación nominal, ni la declaración de haber presenciado el hecho que valida, actuada a “ruego” o “por mandado” del autor del negocio, pues el escribano no interviene de *motu proprio* ya que como representante de la “fides pública” ha de ser llamado para ello. Por último, introduce la cláusula que autentifica el documento con la aposición del signo, que individualiza a su persona en el ejercicio del oficio notarial, hecho sobre el eje de una cruz, normalmente tan adornada que la hace desaparecer a causa de rasgos superfluos. No es infrecuente que esta cláusula concluya haciendo referencia al signo que el escribano tiene patentizado para usarlo en

(66) A.M.C. Leg. 3, Exp. 10.

todas sus intervenciones, aludiendo al “signo acostumbrado”, o “signo a tal”.

Teniendo en cuenta lo dicho más arriba, en Cuenca garantizan los negocios realizados entre particulares escribanos que han recibido el nombramiento de las autoridades siguientes:

De creación municipal.

Se concede tal nombramiento a un grupo de escribanos teniendo en cuenta la intitulación usada: “N. escribano público en la çibdad de Cuenca”, que fue la común a todos los escribanos investidos para tal oficio por los Concejos de la Corona de Castilla, quienes no tenían que alegar su nominación para acreditar la titulación del oficio, al ser notorio en el ámbito local donde se desenvolvían que su creación y nombramiento eran municipales (67).

115

De creación real.

Estos escribanos que vemos actuar por nominación real llevan indicación locativa de dónde ejercen su función fedaticia. Se trata, por lo tanto, de escribanos integrados en el número de los que trabajan en Cuenca, junto con los nominados por el Concejo y la fórmula empleada para validar los documentos es la siguiente:

“N. escrivano e notario de nuestro sennor el rey en la su Corte e en todos los sus reinos, e escrivano público en la çibdat de Cuenca”.

De creación episcopal.

Se trata de aquellos escribanos, “notarios” en este caso según la denominación tradicionalmente usada en la Iglesia,

(67) Véase a este respecto la opinión coincidente de J. BONO HUERTA, *Historia del Derecho*, I, 2, pp. 116-17, 146.—A. CANELLAS: *El notariado en España*, p. 112.

que ha sido nominado para escriturar documentos por la autoridad del obispo, y aunque su actuación no debía exceder la jurisdicción episcopal, parece que esta prescripción se tomaba en sentido laxo siempre que alguno de los actores estuviese sometido al fuero eclesiástico. La fórmula con la que valida es:

“N. notario público en la dicha çibdad de Cuenca e obispado por la autoridad episcopal”.

116

Una observación que no se ha de pasar por alto es la doble titulación de “notario” y “escrinano” que aducen siempre los nominados por el rey, sin eludir que el título de “notario” se usó en contadas ocasiones en los albores del establecimiento de la institución fedaticia en Cuenca, al parecer con un significado erudito y foráneo en Castilla, más arraigado en la tradición de la Iglesia, que gustaba designar así a sus fedatarios, sin duda por mimetismo con la palabra latina *notarius*. Cuando se autocalifica así en el que ha recibido el título del obispo está en perfecta sintonía con la tradición, pero ¿por qué utilizan este título aquellos otros cuyo nombramiento lo deben a instancias puramente civiles? MARTÍNEZ GUÓN opina que el título de “notario” se daba también a los escribanos “que autorizan los actos en los que intervienen al menos una persona de las acogidas al fuero eclesiástico (68). Con respecto a los fedatarios en los que nada hace suponer una relación con el estamento eclesiástico, la doble titulación puede estar indicando ya una práctica que será normal en la época moderna, cuando los a sí designados puedan dar “fe tanto en negocios seculares como en asuntos eclesiásticos” (69).

(68) J. MARTÍNEZ GUÓN, *Estudios sobre el oficio*, p. 280.—A lo largo del siglo XIV son muchísimas las referencias que se podrían aducir tomadas de documentos conservados en el Archivo de la Catedral, donde los que validan negocios se califican de “notarios”, y la única relación observada con la Iglesia es que al menos uno de los actores es clérigo. No considero oportuno recoger aquí dichas referencias porque, sin duda, resultaría prolijo.

(69) *Ibídem*, p. 282.

Un caso excepcional es Johan López de Buenache, quien en 1412 es “escrivano público”, apareciendo como testigo (70), y cinco años después parece haberse consolidado como el primer escribano de los que ocuparán un cargo administrativo con competencias escriturarias y secretariales en el Concejo, habiendo acaparado todas las nominaciones posibles, la real y la comunal, además de tener la doble titulación de escribano y notario, apareciendo como un alto exponente de la institución fedataria en Cuenca (71).

Creo de importancia resaltar el escaso número de estos funcionarios públicos que pueden trabajar en Cuenca, alegando para ello el nombramiento de la Corona, únicamente tres, y, además, aparecen ya en los primeros años del siglo xv. Si nos retrotraemos en el tiempo (72) observamos que la nominación real desaparece prácticamente con los primeros años del siglo xiv, como lo ha documentado también MARTÍN FUERTES en tierras leonesas (73), sin duda por el férreo rechazo con que serían recibidos estos escribanos por los Concejos, al ver en ellos una intromisión del poder monárquico en asuntos que competían al gobierno local, acabando por desterrar esta figura de la vida urbana e imponiéndose en exclusividad aquellos que alegaban el carácter municipal del oficio escriturario. Sin embargo aunque se ganó esta batalla en momentos de gran actividad política y auge social del Concejo, el surgir de estos nombramientos reales con el nuevo siglo puede ser ya muestra del inicio de la cuenta atrás en la decadencia del carácter municipal, que durante el siglo anterior ha sido una constante en la investidura de los fedatarios públicos hasta acabar por convertirse en la época moderna en

(70) A.M.C. Leg. 1.493, Exp. 2.

(71) A.M.C. Leg. 185, Exp. 1.

(72) Al estudiar el escribano del Concejo se observaba que la nominación real había hecho su aparición en los años setenta del siglo xiii, aunque sin haber conseguido una implantación estable y duradera en estas tierras conquenses.

(73) J. A. MARTÍN FUERTES, *Notarios públicos*, pp. 9-10.

un extricto "oficio real", según señala MARTÍNEZ GIJÓN (74).

Como último punto de este comentario, llamo la atención sobre los nombres de quienes ejercen la escrituración pública en Cuenca, al observar una serie de repeticiones en algunos de ellos. En primer lugar, el apellido "Gómez" es de rancia tradición en el desempeño del oficio, pues "Juan Gómez" un siglo antes había sido uno de los primeros en ejercerlo. Por otra parte, durante el tiempo que abarca este estudio, dos familias aparecen acaparando casi en exclusiva las escribanías conquenses: Los "Fernández" y, sobre todo los "López" cuyo ejemplo más representativo será "Juan", que, como ya se ha dicho, acabará por hacerse con el cargo vitalicio en el Concejo, y padre de "Alfonso", a quien introduce como su sustituto en la administración local (75), además de que ejerce el oficio públicamente.

(74) J. MARTÍNEZ GIJÓN, *Estudios sobre el oficio*, p. 280.

(75) A.M.C. Leg. 185, Exp. 1, f. 26 v.

**LA SANCION DEL ART. 111 N.º 2
DEL CODIGO CIVIL:
LA FILIACION DETERMINADA
JUDICIALMENTE CONTRA LA OPOSICION
DEL PROGENITOR.
SU CRITICA**

119

ESTHER MUÑIZ ESPADA

*Doctora en Derecho
Profesora de Derecho civil.
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. JUSTIFICACIÓN DEL PRECEPTO. IV. AMBITO DE APLICACIÓN. REQUISITOS. V. EFECTOS. ASPECTO SANCIONADOR DEL PRECEPTO. VI. CESACIÓN DE TALES RESTRICCIONES.

I. Introducción

120

Pasados más de diez años desde la reforma de 13 de mayo de 1981 de Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio resulta poco novedoso y supone una falta de originalidad insistir y detenerse, por lo que afecta además a los objetivos de este trabajo, en la necesidad que había de promulgar una nueva ley que abordara el cambio más importante que exigía el Derecho de familia y sobre todo por lo que respecta a las normas relativas al régimen de la filiación, cuando tras la publicación de esta Ley, y ya con anterioridad sobre el Proyecto de la misma, numerosos autores se ocuparon con detenimiento y exhaustividad de los prolegómenos, fundamentos y antecedentes que hacían ya inevitable e imprescindible la reforma, como con igual tiento se hizo una valoración global y general de la misma. Tan solo como introducción y prólogo de presentación al tema que se propone sirve esta referencia somera a los planteamientos iniciales de la Ley 11/1981 sobre los pasos que otros han avanzado.

En efecto, la regulación de la filiación nace ya imperfecta en su redacción originaria, “más que imperfecta —matiza RIVERO HERNÁNDEZ— podría decirse que nació anticuada, representaba una ruptura con nuestro derecho autóctono en la materia y seguía (y sobrepasaba a veces en rigor) un modelo, el napoleónico, cuando en algún aspecto habría sido ya rectificado y no vigente en Francia” (1), aunque también tuvo sus aciertos, evitando algunos fallos y defectos de sus homónimos extranjeros (2), pero en general se manifestó con unos principios arcaicos, anacrónicos, intrínsecamente

(1) RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación*, El nuevo régimen de la familia, de LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, Madrid, 1981, p. 16 y en *La reforma del Derecho de familia del Código civil español*, fasc. I, Zaragoza, 1979, p. 101.

(2) Como valora RODRÍGUEZ ADRADOS, “La filiación”, *R.D.N.*, 1983, p. 241.

injustos (3) (4), que quedan definitivamente superados o en evidente obsolescencia ante los profundos cambios ideológicos y sociológicos que afectaron a este país.

Incluso ya desde la Constitución de 1931, durante la II República, se sienten inicios del movimiento reformador, anticipado por nuevas exigencias sociales sobre las relaciones paterno-filiales, respondiendo a principios diversos y opuestos de los que partió el legislador decimonónico, así su art. 43 imponía a los padres respecto de sus hijos nacidos fuera del matrimonio los mismos deberes que en relación de los nacidos en él y se prohibía consignar indicación alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacidos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, en definitiva se concibe una nueva regulación de la familia, aunque esta declaración constitucional no llegó a ser desarrollada por leyes ordinarias y sólo se dictaron algunas disposiciones no demasiado claras relativas a la inscripción de la filiación en el Registro civil, resultando de una escasa virtualidad práctica (5).

121

(3) Vid. DE LA CÁMARA, "El nuevo régimen jurídico de la filiación", en el vol. col. *La reforma del Derecho de familia*, Jornadas Hispalienses, Sevilla, 1982, p. 239.

(4) Singularmente en lo relativo a la clara discriminación que mantenía en contra de los hijos ilegítimos, y aún más de los hijos ilegítimos no naturales, como en lo referente a la prohibición de la investigación biológica de la paternidad. Vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, "La filiación extramatrimonial", *R.D.P.*, 1974, ps. 79 y ss., del mismo autor "El Derecho español ante la filiación extramatrimonial", *R.D.N.*, 1974, ps. 7 y ss., *La discriminación de la filiación extramatrimonial*, Madrid, 1977, ps. 491 y ss., DIEZ-PICAZO, "De nuevo sobre la reclamación de la filiación natural", *A.D.C.*, 1962, ps. 205 y ss., RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, t. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1989, ps. 29 y 30, DE LA CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, Madrid, 1975, SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, Madrid, 1985, ps. 33 y ss., DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, "Notas acerca de la filiación ilegítima no natural", *R.D.P.*, 1957, ps. 363 y ss.

(5) Sobre estas cuestiones vid. DÍEZ PASTOR, "La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la constitución", *R.D.P.*, 1933, ps. 193 y ss.; ROJAS, "Los que nacieron hijos ilegítimos", *R.G.L.J.*, t. 160, 1932, ps. 215 y ss., y del mismo autor, "Aspecto morboso y leonino de la legislación civil en cuanto hijos naturales y su urgente remedio", *R.G.L.J.*, t. 159, 1931, ps. 69 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, "La situación jurídica de los hijos ilegítimos y la protección jurídico-social del matrimonio", *R.G.L.J.*, t. 159, 1931, ps. 720 y ss.; BALLESTER, "La Constitución y el Código civil", *R.G.L.J.*, t. 161, 1932, ps. 404 y ss., en especial ps. 411 y 412, del mismo autor, "La

Continuaba, así, un inmovilismo que no se veía alterado por una interpretación flexible que podría haber aportado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues la expresada regulación no dejaba un amplio margen para la decisión de los tribunales, aunque en una época final se iban intentado ya posiciones más evolucionadas hacia orientaciones más progresistas (6); por el contrario, la legislación del Registro civil y la Dirección General de los Registros afectaron más vivamente al régimen de la filiación de 1889 defendiendo criterios más novedosos y avanzados, en coherencia con las exigencias sociales del momento (7).

Durante los años sesenta y setenta la doctrina científica, con diversos postulados, sigue insistiendo en la modificación del Código civil en materia de filiación (8), cuando además

Constitución y los hijos extramatrimoniales", *R.G.L.J.*, t. 165, 1934, ps. 63 y ss., "Hijos sin padres", *R.G.L.J.*, t. 161, 1932, ps. 585 y ss.; ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, *Repercusiones de la Constitución fuera del Derecho político*, Madrid, 1931, p. 32; situación también analizada en su conjunto por SERNA MEROÑO, *La reforma de la familia*, cit. ps. 70 y ss.

(6) De nuevo sobre estos aspectos puede verse SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, cit. ps. 84 y ss.

(7) Vid. FERRER MARTÍN, "Sistema actual español para determinar la filiación", *A.D.C.*, 1967, ps. 279 y ss.; PERE RALUY, *Derecho del Registro civil*, t. I, Madrid, 1962, ps. 425 y ss., del mismo autor, "La filiación y el Registro civil", *A.D.C.*, 1956, ps. 861 y ss.; DORAL, "La interpretación de los preceptos del Código civil según la nueva ordenación registral en tema de filiación", *D.J.*, 1974, ps. 398 y ss.; VILAR BADIA, "Una reforma legislativa inaplazable: la filiación extramatrimonial", *R.J.C.*, 1976, p. 385.

(8) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, "La evolución de la familia en materia de filiación", *R.D.N.*, 1975, ps. 281 y ss., del mismo autor, "La filiación", cit. ps. 235 y ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, "La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio", en *La reforma del Derecho de familia*, Salamanca, 1977, ps. 51 y ss.; ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, "La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño", *R.G.L.J.*, 1970, ps. 343 y ss.; FOSAR BENLLOCH, "Apuntes para un estudio de la filiación ilegítima", *R.C.D.I.*, 1973, p. 681; GARCÍA CANTERO, "Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio", *A.D.C.*, 1975, p. 521; MARTÍNEZ CALCERRADA, "La filiación extramatrimonial", *R.D.N.*, 1974, p. 7, del mismo autor, *La discriminación de la filiación extramatrimonial*, Madrid, 1977; GARRIDO DE PALMA, "El reconocimiento de hijos", *A.A.N.N.*, t. XXV, ps. 11 y ss.; VILAR BADIA, "Una reforma legislativa inaplazable...", cit. ps. 355 y ss.; SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, cit. ps. 133 y ss.; DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1984, ps. 19 y ss., y en *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Madrid, 1976, ps. 20 y ss.; HERRERA

el resto de los países extranjeros habían iniciado y reformado ya sus respectivas regulaciones dentro del mismo ámbito, el contraste hacía ya innegable una semejante solución, tanto para evitar conflictos de leyes como para hacerse partícipe de los mismos principios en orden a la integración de España en organismos europeos, como también resultaba incompatible con algún acuerdo internacional firmado por España. Los países socialistas, conforme operan sus cambios políticos, comienzan adaptando sus legislaciones a nuevos principios ideológicos (9). En esta iniciativa les siguen los países nórdicos, y más próximos a nuestras fronteras en 1969 se produce la reforma en los Países Bajos y Alemania (10), en 1972 en Francia (11), en Italia en 1975 (12),

CAMPOS, "La filiación no matrimonial tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981", *R.D.P.*, 1983, p. 4; RUIZ VADILLO, "La filiación en la Constitución española y en la Ley de 13 de mayo de 1981", *D.J.*, 1982, vol. I, ps. 131 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, "La transformación del Derecho de familia y la formación del jurista", en *La reforma del Derecho de familia del Código civil español*, fasc. I, Madrid, 1979, vol. col., ps. 6 y ss.

(9) Vid. GARCÍA CANTERO, "El Derecho de familia en los países socialistas del este europeo", en *La reforma del Derecho de familia*, Salamanca, 1977, ps. 55 y ss.

(10) PAU PEDRÓN, "La nueva regulación alemana sobre la patria potestad", *A.D.C.*, 1982, ps. 723 y ss.; BEITZKE, "La condición jurídica del hijo natural en la República Federal alemana" y WEYERS, "La evolución del Derecho de familia en la República Federal alemana desde la posguerra", en *La reforma del Derecho de familia*, Salamanca, 1977, ps. 25 y ss. y ps. 111 y ss. respectivamente.

(11) MASSIP-MORIN-AUBERT, *La réforme de la filiation*, Paris, 1973; *Droit de la filiation et progres scientifiques*, sous direction de LABRUSSE et G. CORNU, Paris, 1982; COLOMBET, *La famille*, Paris, 1990; GROSLIERE-COUPERET, "El nuevo Derecho francés de la filiación", en *La reforma del Derecho de familia*, Salamanca, 1978, ps. 43 y ss.; COLOMBET, FOYER, HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU, *La filiation legitime et naturelle, Etude de la loi du 3 janvier 1972*, Paris, 1973.

(12) Vol. col. sobre *La riforma del Diritto di famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padova, 1972, en especial ps. 99 a 146, 169 a 194, 203 a 214, 219 a 224, 233, 247 a 266; BESSONE-ROPPA, *Il Diritto di famiglia*, Torino, 1977; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Riforma del Diritto di famiglia, comentario teorico pratico alla legge 19 maggio 1975*, Milano, 1975, en especial vol. II; *Aspetti della riforma del Diritto di famiglia*, Milano, 1968; *La riforma del Diritto di famiglia dieci anni dopo: bilance e prospettive*: atti del congresso di Verona, dedicado alla memoria del Prof. L. Carraro, Padova, 1986; *Sulla riforma del diritto di famiglia*, Seminario diretto dal prof. F. Santoro Passarelli, Padova, 1973, ps. 185 y ss.; DELLA ROCCA, *Apunti sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976; MORO, *Valori de la famiglia e riforma della legislazione vigente*, 1970; VERCELLONE, *La filiazione*, Torino, 1987.

un año más tarde en Suiza (13), y en 1977 en Portugal (14) (15).

Promulgada ya la Constitución española de 1978 la actual reglamentación de las relaciones paterno-filiales se hace insostenible, cuando numerosos preceptos se manifiestan contrarios e incompatibles con los principios constitucionales, con carácter general el art. 14 de la Constitución proclama la igualdad ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación de ningún tipo, dentro del capítulo referente a los principios rectores de la política social y económica el art. 39.2 asegura la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, así mismo la ley posibilitará la investigación de la paternidad (en franca contradicción con los arts. 135, 140 y 141 del C.c.) (16). Además, el art. 10.2 del mismo cuerpo legal declara que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos

(13) HEGNAUER, *Droit Suisse de la filiation*, Berne, 1978.

(14) OLIVEIRA E SILVA, *Filiação*, Coimbra, 1989.

(15) También puede verse MARTÍNEZ CALCERRADA, “El Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial”, *A.D.C.*, 1971, ps. 531 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *Los conflictos de paternidad en derecho comparado y derecho español*, Barcelona, 1971; HOLLEAUX, *De la filiation en droit allemand, Suisse et français*, Paris, 1966; sobre diversas legislaciones *La réforme du droit de la filiation, perspectives européennes*, sous la direction de PAUWELS, Bruxelles, 1981.

(16) MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, t. I, Madrid, 1981, ps. 17 y ss.; CERDA GIMENO, *Estudios sobre Derecho de familia*, Madrid, 1993, ps. 415 y ss.; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia en España, hoy*, vol. I, Valladolid, 1981, p. 24; SÁNCHEZ AGESTA, “La ordenación de la familia en la Constitución de 1978”, Ponencia presentada en la I mesa redonda sobre *Protección jurídica de la familia*, Valle de los Caídos, 1980, p. 12; DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid, Civitas, 1984; RUIZ VADILLO, “La Constitución española y el Derecho civil”, *R.D.P.*, 1979, ps. 233 y ss., del mismo autor, “El anteproyecto constitucional y su incidencia en el campo del Derecho civil”, *D.J.*, 1978, ps. 7 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, “La constitución como norma jurídica”, *A.D.C.*, 1979, p. 308; FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia*, t. I., La Constitución de 1978 y el Derecho de familia, Barcelona, 1981; DE LA CÁMARA, *Comentarios del Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1984, ps. 23 y ss.; PÉREZ FERNÁNDEZ, “Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación”, *A.A.M.N.*, t. XXV, ps. 432 y 433.

del Hombre y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, por lo que en este sentido y sobre este tema adquieren especial importancia diversos textos internacionales, como la declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, la Convención europea para la protección de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1989, entre otros (17), disposiciones internacionales con las que el régimen de filiación también debe ponerse en conexión.

En este marco se inician los trabajos preparatorios para la reforma, justificando la nueva Ley resume este orden de ideas la propia exposición de motivos del proyecto (18),

(17) Vid. FOSAR BENLLOCH, “Derecho de familia y política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las perspectivas de la familia y del Derecho de familia en la Europa del año 2000”, A.C., 1987-2, ps. 2917 y ss.

(18) Por lo que respecta estrictamente al tema de la filiación se manifiesta que “la regulación del Código vigente hasta hoy en materia de filiación, trasunto en buena parte del Código Civil francés de 1804, constituía uno de los mayores defectos de nuestro primer cuerpo legal, tan digno de alabanza en muchos otros aspectos. Acentuando el rigor en relación con nuestro Derecho histórico, más consecuente con la verdad biológica en la determinación de la paternidad y más abierto en cuanto a los deberes naturales de los progenitores, el legislador de la codificación excluyó prácticamente, dentro del matrimonio la posibilidad de impugnar la paternidad del marido, aun contra la más clara evidencia, y fuera de él, la investigación judicial de la paternidad, salvo en contados casos, delimitados con extraordinaria rigidez. Puso asimismo trabas y limitaciones a la investigación del reconocimiento, y estableció profundas diferencias de trato entre los hijos llamados legítimos y los ilegítimos, haciendo así sufrir injustamente a los nacidos fuera del matrimonio las consecuencias de un comportamiento de sus padres del que, en modo alguno, podían ser responsables.

Alguna mejora aportó, dentro del sistema, la Ley del Registro Civil, al facilitar nuevos medios para conseguir la determinación oficial de la filiación que se han mostrado muy eficaces en la práctica. También ciertas sentencias del Tribunal Supremo y numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros trataron de adecuar el rigor de los preceptos del Código a las exigencias de una realidad social cada vez más profundamente mudada en relación a la del tiempo pasado, tanto por los valores cuya prioridad se ha ido reconociendo e imponiendo, como por los conocimientos biológicos alcanzados, que tan eficazmente pueden cooperar a la determinación de una paternidad cuestionada y a excluirla con certeza en algunos casos.

Finalmente, la reforma de los antiguos textos, aconsejada también por la que se observa en el Derecho comparado, se ha hecho ineludible en estricto cumplimiento del mandato constitucional que obliga, dentro del principio básico de protección de la familia y de la infancia, a garantizar la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de la filiación, y a dar cauce a la investigación de la paternidad”.

concluyendo que “dos son, en esencia, los problemas que ha de resolver el Derecho, en relación con el hecho de la filiación. Uno, el de su determinación legal, que debe ajustarse a reglas estrictas por tratarse de un hecho que, como todos los que afectan al estado civil, tiene efectos generales. Otro, el de sus efectos al propio hijo y a la familia del progenitor”. En definitiva, tres principios informan la nueva reglamentación: igualdad, verdad y estabilidad familiar (19).

(19) En la exposición de motivos se hace constar que “se ha entendido en la actual reforma que la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla irrelevante en relación con el segundo problema —el de sus efectos—, pero es importante para regular la primera cuestión —la determinación legal de aquélla—. Por eso, el nuevo texto ya no habla de hijos legítimos ni de ilegítimos, naturales o no naturales, sino que refleja sólo el hecho de su concepción dentro o fuera de matrimonio, reconociendo a todos su condición de hijos por naturaleza, como contrapuestos a los de adopción, y respetando, en cuanto a los efectos de su filiación, el principio de igualdad ante la ley, con vigencia dentro y fuera de la familia. En cambio, para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continúa, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de la familia, institución ésta a la que los poderes públicos deben protección jurídica.

Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. En la redacción de las nuevas normas se ha procurado conjugar equilibradamente, según las circunstancias, estos criterios, declarando la admisibilidad de toda clase de pruebas en tema de filiación, y en particular las biológicas; confirmando especial relevancia a la posesión de estado, tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen; y exigiendo, para que el Juez pueda dar curso a la demanda en virtud de la cual se reclama o impugna un estado de filiación, la existencia y presentación de un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde.

En cuanto a las consecuencias de la paternidad o maternidad, la ley las configura e impone iguales frente a los hijos de padres, casados o no, en un precepto de principio, coincidente con el mandato constitucional, que luego encuentra su aplicación en muy distintos lugares del Código y de las otras leyes”.

El resultado es una Ley que no está libre de censuras, desde luego su técnica es bastante defectuosa, revela DE LA CÁMARA (20) el proceso un tanto anómalo que presidió su formación, lo que puede explicar algunas de sus objeciones, requerido con urgencia inesperada el anteproyecto que la Comisión General de Codificación estaba elaborando, el Proyecto de Ley que el Gobierno presentó a las Cortes tenía poco o nada que ver con aquél, a partir de aquí su tramitación parlamentaria también fue acelerada y poco reelaborada con escasos debates al pasar por cada una de las cámaras, la entrada en vigor tuvo lugar sólo a los veinte días de su publicación en el B.O.E., infrecuente en una reforma tan profunda y extensa. A juicio del propio DE LA CÁMARA (21) se ha ido demasiado lejos en el terreno de los principios, e incluso desde la perspectiva de su adecuación a la Constitución (de tal modo —dice— que “se otorga a los hijos no matrimoniales, además de un *status filii* igual al de los matrimoniales —lo que sí es conforme con la constitución— un verdadero *status familiae*, que es más —entiende— de lo que reclama el mandato constitucional). Por otra parte —continúa—, su laconismo es excesivo, se ha atribuido una importancia excesiva a la denominada posesión de estado, tampoco acaba de ser diáfano el sistema adoptado en punto a la llamada investigación de la paternidad, la disciplina de las acciones de reclamación de estado y de impugnación es confusa, se concede un margen excesivo de

127

Puede verse también a lo largo de la tramitación parlamentaria los discursos de los ministros de justicia.

Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, “La filiación”, *cit.* ps. 249 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, *cit.* ps. 31 y ss., del mismo autor, “La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación”, *R.P.J.*, n.º 13, 1989, ps. 112 y 113; HERRERA CAMPOS, *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Granada, 1987; GARCÍA CANTERO, “La reforma de la filiación”, *R.G.L.J.*, 1983, ps. 249 y ss.

(20) DE LA CÁMARA, “El nuevo régimen jurídico de la filiación”, *cit.* ps. 241 y 242.

(21) DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, *cit.* ps. 42 y ss.

discrecionalidad a la autoridad judicial (defecto común a toda la reforma), se trata, además, de una Ley críptica, no resuelve con claridad ni siquiera las cuestiones que directamente afronta y su interpretación plantea muchísimos más problemas de los que pretende solucionar, en resumen —concluye— la reforma se resiente del proceso un tanto irregular que presidió la elaboración del proyecto presentado a las Cortes y de la falta de rigor con que el proyecto fue estudiado por las dos cámaras; “mas una cosa es que la nueva Ley sea encomiable en cuanto viene a sancionar un cambio completamente necesario, y otra que el juicio favorable deba también extenderse a la manera en que la reforma se ha llevado a cabo” (22).

128

Quizá podría parecer excesivo o prolijo el elenco de objeciones formuladas, no se va a plantear aquí si las mismas son justificadas o no, sino añadir a este enunciado una específica cuestión también merecedora de reproche, cual es la inclusión en su articulado de un precepto como el n.º 2.º del art. 111 que sanciona civilmente al progenitor cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición, por lo tanto se propone una valoración de su alcance y las consecuencias de su contenido, un análisis crítico reducido al n.º 2.º del citado precepto que reza del siguiente modo: “quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias el progenitor (que incurra en la conducta del n.º 1.º, que queda obviado en este trabajo, pues es perfectamente justificable) cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición (n.º 2.º). En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicial-

(22) DE LA CÁMARA, “El nuevo régimen jurídico de la filiación”, *cit.* p. 240.

mente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos". Se presenta, pues, el precepto como se aprecia de una simple lectura, de difícil exégesis e interpretación y más que polémico y tortuoso, complicado por una multiplicidad de cuestiones poco justificadas, por lo que el estudio de la norma tiene una importancia evidente.

II. Antecedentes

El precepto en examen carece de antecedentes en nuestro Derecho histórico. El Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio incluía ya en su articulado como art. 111 la misma dicción con la ausencia de algún párrafo que se incluye a lo largo de la tramitación parlamentaria, cual es el referente al apellido. Cifrándose, entonces, su origen inmediato y directo en el borrador de anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación, el que según dicho borrador hubiera sido art. 133 del C.c., según el cual "cuando las relaciones sexuales a que obedezca presuntamente la paternidad hayan dado lugar a que el padre haya sido condenado por delito de violación, estupro o rapto y (por lo que aquí interesa) siempre que la filiación quede establecida contra la oposición del propio progenitor, éste quedará excluido de las funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley frente al hijo o en su herencia" (23), modificado y ampliado por el proyecto del Gobierno.

129

(23) Vid. DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit. p. 88.

Tampoco en el ámbito de las legislaciones extranjeras se encuentra el mismo texto (24). Sí, en cambio, en el Derecho foral, por lo que respecta a la Compilación Navarra la Ley Foral 1/1987, de 1 de abril, afecta al régimen de la patria potestad y a la filiación a fin de acomodarse —declara su exposición de motivos— a los principios constitucionales y en definitiva a la nueva realidad social de Navarra (25), a estos fines se ha tenido en cuenta la nueva redacción del Código civil en estas materias, las reformas de las leyes 11 y 30/1981, por lo que no extraña encontrarse con un precepto como el art. 111 del C.c., en concreto en la Ley 72, bajo la rúbrica “contenido y efectos de la paternidad”, de mayor extensión que su precedente del Derecho común, así en su párr. 2.º se expresa que “cuando la paternidad o la maternidad haya sido determinada judicialmente contra la oposición del progenitor o en sentencia penal condenatoria de éste, no le corresponderá la patria potestad u

(24) El art. 374.1 del C.c. francés permite al tribunal, cuando la filiación queda establecida judicialmente, declarar que el hijo sea confiado *pro tempore* a un tercero, a quien se encarga de organizar su tutela, facultad que no es *ope legis* y sólo priva a declararlos como padres sin afectar a otros derechos y efectos legales. Como puede verse también el art. 1904 del C.c. portugués de 1966: “1) Gozan de patria potestad en conformidad con lo dispuesto en los artículos precedentes los padres ilegítimos que tengan reconocido voluntariamente al hijo, 2) entiéndese que reconocieron voluntariamente al hijo a) los padres que los prohijaran, b) la madre que no impugnó la maternidad reconocida en los términos del n.º 1 del art. 1843, c) los padres que no se opusieron a la acción de investigación”. Y CASTÁN VÁZQUEZ, “La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio”, *cit.* p. 35, deja constancia de que “las legislaciones de Europa oriental, en términos generales, suelen atribuir a la madre la patria potestad del hijo nacido fuera del matrimonio, sin embargo, en caso de reconocimiento voluntario del padre, éste adquiere derechos y deberes del mismo género; en caso de reconocimiento forzoso, el Juez decidirá sobre la patria potestad, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y es excepcional que atribuya el poder al padre, pues estima que al haberse producido el reconocimiento contra la voluntad y al no existir generalmente un hogar común, no hay garantía de que cumpla sus funciones, se priva al padre de la patria potestad, la decisión judicial indica el carácter y la amplitud de los derechos que se le reservan”.

(25) “El respeto a los principios proclamados en la Constitución y la fidelidad a la tradición jurídica navarra, en la medida en que resulte compatible con aquéllos, han sido en conclusión, los principios inspiradores de esta Ley Foral. De este modo, tradición y progreso siguen siendo, hoy como ayer, los cauces por los que discurre el Derecho civil foral de Navarra”.

otra función tuitiva sobre el hijo; ni derechos por ministerio de la ley sobre su patrimonio o en su sucesión *mortis causa* y sólo por voluntad del hijo o de su representante legal se les atribuirán los apellidos de su progenitor. (Del mismo modo, en el siguiente párrafo se dice que) el padre y la madre, aun cuando no sean titulares de la patria potestad o no les corresponda su ejercicio, están obligados a velar por sus hijos menores o incapacitados y prestarles alimentos” (26). Con el mismo objetivo sancionador se presenta el art. 21 de la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiación, pues el tema, recoge esta Ley, merece y exige un desarrollo legislativo que le confiera dentro del ordenamiento jurídico catalán una regulación autónoma y autosuficiente que hoy no posee (27), declarando el capítulo destinado a los “efectos de la filiación” que “los efectos de la declaración de filiación quedan limitados a la mera determinación de dicho estado, a petición del hijo mayor de edad o de su representante legal, en los siguientes casos: a) si el progenitor ha sido condenado por sentencia firme en procedimiento penal a causa de las relaciones a que haya obedecido la filiación. b) Si la filiación ha sido declarada judicialmente con la opo-

131

(26) De un estudio de este precepto se ocupa SANCHEZ REBULLIDA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXVI, vol. 1.º, Madrid, 1990, ps. 372 y ss.; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La patria potestad y la filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho civil foral o Fuero Nuevo de Navarra”, *R.J.N.*, n.º 6, vol. II, 1988, p. 107.

(27) Coincidiendo con los fundamentos ya adoptados por la Ley de 13 de mayo de 1981 se declara que “una regulación autónoma y actualizada de la filiación en el Derecho catalán debe basarse en los siguientes principios rectores: a) se considerará como principio general e informador de la presente regulación el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, con toda clase de pruebas ... es decir, el llamado principio de veracidad o de adecuación de la paternidad y maternidad jurídico-formal a la biológica... b)... principio de *favor filii* sin discriminación según se trate de un hijo del matrimonio o fuera de éste... c) ... se establece un régimen de determinación de la paternidad paralela entre una y otra sin más diferencia que la previsible, en consideración a la distinta realidad que las separa... d) (como atendiendo al actual momento social, científico y jurídico se regula además las técnicas modernas de procreación asistida)”, como se hace también constar una serie de hechos como argumentos complementarios que justifican la conveniencia de dicha regulación.

sición del progenitor. (Incluso) c) si el reconocimiento se ha realizado de mala fe o con abuso de derecho notorio”, así la determinación de la filiación en estos casos no producirá derecho alguno a favor del progenitor y quedará siempre asegurada su obligación de velar por los hijos y procurarles alimentos (dice el n.º 2.º). Por lo tanto, aquí, a diferencia del Derecho común, se añade un supuesto más cuya conducta es similar a la del apartado b), y lo que es más importante, tales efectos sancionadores no tienen carácter automático, sino a petición del propio hijo mayor de edad o de su representante legal (28).

III. Justificación del precepto

132

El art. 111 del C.c. sanciona, por lo que respecta al n.º 2.º, al progenitor o progenitores (pues ambos pueden verse implicados en el ámbito punitivo del precepto) “cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición”, con la exclusión de la patria potestad, demás funciones tuitivas, sin ostentar otros derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o sus descendientes o en su herencia y sin la imposición al hijo del apellido de este progenitor. Con la justificación de castigo o coacción legal “al considerable número de varones (casi las 2/3 partes) que, según las estadísticas, se desentienden de sus deberes ético-jurídicos con la prole que han engendrado fuera del matrimonio” (29). Concibiéndose como un precepto sancionador respecto de los progenitores en aras de la protección de los hijos (30).

(28) Sobre los principios generales de la Ley catalana de filiación puede verse BLASCO GASCÓ, *Derecho de familia*, vol. col. Valencia, 1991, ps. 359 y 360.

(29) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 2.º, 9.º ed. rev. y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, 1985, cit. p. 79.

(30) Para ALBACAR y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1991, p. 793, “el artículo en su párr. 3.º, emplea para designarlas el calificativo de *restricciones*, lo que plantea el problema de su naturaleza, que —defienden— es más bien la que señala el legislador, dado que aun cuan-

Si en el ánimo se tiene y pretende una valoración y crítica de una determinada disposición, ya comienza por sorprender que precisamente cuando se avanza hacia un cambio de mentalidad y existe en la sociedad una mayor sensibilización sobre estas cuestiones, que se incrementa poco a poco, el legislador se decida finalmente por la inclusión de un precepto de este tenor (y se piensa sólo, durante todo este trabajo, en el n.º 2.º, como ya se ha manifestado); la sociedad evoluciona y se transforma, haciéndose cada vez más pluralista. Cuando la ilegitimidad “se presentó en contraste con la situación normal y deseable del matrimonio —escribe BATLLE—, como una infracción de éste o de los fundamentos en que reposa y si las justas nupcias merecieron todo el favor del derecho, como *principium urbis et quasi seminarium reipublicae* y fueron tratadas con amplitud y detalle, lo contrario a ello había de ser considerado con disfavor, parva y someramente”, y “otras veces los hijos nacidos de uniones ilegítimas, como efecto de la vergüenza o de la maldad de los padres, considerados por éstos como un estorbo o un testimonio de su torpeza, son abandonados al nacer y entran en la categoría de expósitos, y a ser legalmente, y aún de hecho, desconocidos sus progenitores no hay lugar a calificarles de ilegítimos, son sencillamente hijos sin padres” (31).

133

La consideración jurídica y social que en cada momento concreto de la historia ha merecido el hijo nacido al margen del matrimonio está en función del concepto contemporáneo vigente en torno a la unión de que procede, por lo que la evolución de la reputación social sobre dicha filiación depende de la predisposición admisoría de tales relaciones;

do efectivamente, y con la mirada puesta en las exclusivas de que habla dicho párrafo, se imponen a manera de sanción e incluso en el supuesto del ordinal primero a título no de pena mas sí de complemento de la misma por razón del delito cometido (), es lo cierto que su más adecuada naturaleza jurídica () puede ser la de una restricción total o parcial de los derechos y facultades que integran el contenido de la patria potestad”.

(31) BATLLE, “La filiación ilegítima”, *R.C.D.I.*, 1959, p. 722.

cuando éstas competían con el matrimonio, debido a su deficiente regulación, presencia del vínculo secreto y arcaísmo altomedieval, como expresa GACTO, la comunidad no debió establecer apenas diferencias entre los nacidos dentro o fuera del matrimonio, pues tan buen lugar correspondía a los hijos extramatrimoniales como a los ilegítimos (siempre que fuesen naturales). Situación que cambia y da un amplio giro en la Baja Edad Media, merced a las disposiciones de la iglesia y normativa canónica que condenaban toda prole que no fuera legítima, nacida de matrimonio válido (32). Dichas relaciones han ido evolucionando conforme han ido desarrollándose los principios que rigen la moral pública y los distintos criterios imperantes según las condiciones del lugar y del momento, así reflejados en la regulación de las mismas, la filiación debe saberse acomodar a los tiempos de transformación (33), en este sentido la reforma ha debido ser indicadora de la evolución del sentir social, y así se ha intentado y logrado en la plasmación de diversos principios ya enunciados, pero no se ha acertado precisamente por lo que respecta a este precepto, en el caso del n.º 2.º, porque las estadísticas ponen de relieve que cada vez son menos los hijos que crecen en el seno de un matrimonio estable, datos oficiales, como trabajos privados (34) revelan el aumento creciente de los hijos habidos fuera del matrimonio, con un índice que se muestra cada vez más progresivo, aunque en España, en relación a otros países, es más mode-

(32) Vid. GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Sevilla, 1969, p. 59; OLTRA MOLTO, *El hijo ilegítimo no natural*, Madrid, 1976, ps. 51 y ss.; LÓPEZ DEL CARRIL, *Legitimación de hijos extramatrimoniales*, Buenos Aires, 1960; ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Barcelona, 1974; FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia*, t. III, Barcelona, 1985, ps. 173 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, *Anotaciones a Kipp y Wolff, Derecho de familia*, t. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1952, ps. 203 y ss.; HERRERA CAMPOS, *La investigación de la paternidad...*, cit. ps. 39 y ss.; GARCÍA CANTERO, *El concubinato en el Derecho civil francés*, Roma-Madrid, 1965.

(33) SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, cit. p. 26.

(34) Vid. GARCÍA CANTERO, "La reforma de la filiación", cit. ps. 136 y ss., en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 2.º, cit. ps. 40 y ss.

rado, y su tratamiento y atención, también a nivel jurídico, no merece la misma preocupación, ni resolución, si afecta a una minoría como cuando se van incrementando los implicados. Pero, si en todas las épocas se ha dado el fenómeno, en concreto ahora creciente, nunca como en el momento presente ha pasado a primer plano del interés general con determinadas repercusiones propias de los tiempos que se vive y, además, por lo que parece más sorprendente el contenido del precepto que se analiza (en su n.º 2.º), se asiste a una especial sensibilidad y rechazo a cualquier tipo de discriminación por razón del origen o del nacimiento, que se ve unida a una incrementada preocupación por los intereses y el beneficio de los menores y de los propios hijos, la reforma de 1981 resalta e insiste en la primacía del interés del menor, como lo hace la Ley de 24 de octubre de 1983 a propósito de la tutela, y la de 11 de noviembre de 1987 refiriéndose al adoptado, siguiendo las mismas declaraciones que han proclamado diversos textos internacionales, de tal forma que se asiste a un movimiento a nivel mundial que se resume en la expresión *tout pour l'enfant* (35),

135

(35) Vid. DIEZ-PICAZO, "El principio de protección integral de los hijos, *tout pour l'enfant*", *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, ps. 171 y ss.; PRIETO FERNÁNDEZ, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente", A.C., 1991-I, m. 137; FOSAR BENLLOCH, "Derecho de familia y política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las perspectivas de la familia y del Derecho de familia en la Europa del año 2000", *cit.* ps. 2917 y ss., del mismo autor, "El Derecho internacional de protección del menor: el Consejo de Europa y la organización de las Naciones Unidas", *D.J.*, 1984, ps. 113 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS, "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del C.c.", *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Beltrán de Neredia*, 1984, p. 255; JORDANO FRAGA, "La capacidad general del menor", en *La tutela de los derechos del menor*, Congreso Nacional de Derecho civil, Córdoba, 1984, ps. 243 y ss.; BONNARD, "La garde du mineur et son sentiment personal", *R.T.D.C.*, 1991, ps. 49 a 67; CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 2.º, dirigidos por Albaladejo, Madrid, p. 110; ROCA TRÍAS, *Reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, p. 578; ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio*, 2.º ed., Pamplona, 1984 p. 584; URIBE SORRIBES, "La representación de los hijos", A.A.M.N., t. XXV, ps. 250 y 251; en general, sobre la protección del menor, *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXX, Paris, 1981. Vid. la Declaración de los Derechos del Niño de 1989 (B.O.E. 31 de diciembre de 1990).

lo que predispone a adquirir una mayor responsabilidad ética, moral y jurídica respecto, por lo tanto, de los propios hijos nacidos fuera del matrimonio por parte del que más fácilmente podría eludir su responsabilidad, como pudiera ser el padre.

Por lo tanto, el carácter punitivo del art. 111.2 del C.c. parece más propio de otras épocas pretéritas, aunque quizá tampoco haría falta remontarse mucho en el tiempo, en las que había un rechazo o censura hacia estas realidades y por tanto un ánimo a encubrirlas y desconocer e irresponsabilizarse, en la medida en que se pudiera, de tales obligaciones, que en los momentos presentes, en los que precisamente se tiende a reducir el número de hijos desconocidos, sin que se intente ocultar estas situaciones, incrementándose de forma paralela la preocupación por asistir y responsabilizarse por el bienestar de los hijos, no eximiéndose o apartándose de los efectos que una tal filiación produce (36).

136

(36) GARRIDO DE PALMA, "El Derecho de familia en el final del s. xx", *R.G.L.J.*, 1987, ps. 40 y ss., se cuestiona la específica función del Derecho ante este tipo de cambios y mutación que experimenta la sociedad. Ante todo —dice, recogiendo la opinión de diversos autores— hay que constatar el hecho de que el dinamismo propio del s. xx ha producido una aceleración, comparativamente hablando, de las transformaciones sociales, que no implican tampoco un cambio total y completo, porque con BERDIAEV hay que afirmar que es un error creer que los pueblos y las sociedades viven absolutamente en el presente, en realidad se vive de la fuerza del pasado y en la atracción del porvenir, tradición y futuro que hay que conjugar armónicamente, sin merma de las bases fundamentales en que el hombre, inmerso en la sociedad, se asienta. Ahora, reconociendo las profundas transformaciones sociales si el legislador está atento —y cita a DIEZ-PICAZO— a los signos de los tiempos y se pliega a ellos, la ley que se inscribe en la corriente de estos signos cumple un papel importante como instrumento de dinamización del cambio, una ley contribuye siempre a crear unos hábitos y unas estructuras mentales mediante las cuales el cambio es favorecido. Pero la norma jurídica —insiste GARRIDO DE PALMA— no puede ser mero y sola traducción del acontecer de la vida real, en función de sus índices de frecuencia estadística, ante el hecho —dice, citando a CORTS GRAU— lo que tiene que hacer es destacar los derechos, reforzar la reacción jurídica si es necesario y no claudicar "y si las leyes positivas claudican ¿no habrá que reforzar la vigencia de la ley natural?". "El Derecho no puede ser concebido como algo fuera de toda inspiración moral para ubicarse dentro de la simple actividad práctica del hombre".

Y en este sentido, es interesante destacar —entendiendo— que el conflicto, a que se vio obligada a resolver la reforma, entre los derechos del hijo extramatrimonial y los de la familia exigía una armonización, no se puede mantener una defensa a

IV. Ambito de aplicación. Requisitos

Por lo que afecta al n.º 2.º del precepto en examen las restricciones se limitan a un supuesto muy específico: respecto de la filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. En concreto, se exige que la determinación de la filiación se haga de forma judicial, la misma será el resultado de una acción de reclamación de la paternidad o maternidad, matrimonial o extramatrimonial, con mayor frecuencia se demandará esta última, sobre todo porque el legislador concibió el carácter punitivo de esta disposición como reprobación hacia aquellos progenitores que se desentienden de sus funciones respecto de sus hijos habidos fuera del matrimonio, pero nada impide el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación matrimonial (y que la oposición se verifique en ésta), como además el art. 115 C.c. prescribe que la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1.º por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o 2.º por sentencia firme, es decir, la recaída en un proceso civil seguido tras el ejercicio de una acción de reclamación de filiación matrimonial o también en un proceso penal (*vid.* art. 444 C.p.), en la que el tribunal junto con la condena penal hará la declaración que proceda en orden a la filiación (por ejemplo puede verse también el propio art. 111.1 C.c.) (más frecuente esto último en la filiación no matrimonial).

137

Como expone RIVERO HERNÁNDEZ (37), dentro de una acepción amplia de acciones de reclamación tendentes a la

ultranza de la llamada paz familiar con sacrificio evidente y desproporcionado de la condición de los hijos habidos al margen del matrimonio, pero tampoco en este intento la institución de la familia debe resultar diezmada. En concreto el art. 111.2 C.c., abstracción hecha de la justificación por la que le mereció al legislador su inclusión, no se inscribe en el favorecimiento de aquellos intereses, como se tratará, a lo largo de este trabajo, de poner de manifiesto.

(37) RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil* de Lacruz Berdejo, t. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1989, *cit.* p. 83.

afirmación de la filiación cabe distinguir entre acción de reclamación *strictu sensu*, que persigue el establecimiento judicial de una filiación no determinada formalmente, y la acción meramente declarativa que tiene por objeto una sentencia que declare la existencia y validez de un título de atribución o determinación de la filiación (la inscripción en el Registro, el reconocimiento, la posesión de estado), “en este último supuesto no se entra a discutir si es cierto que el hijo fue procreado por el que en el Registro figura como padre o madre, o por quien lo reconoció o le dispensa un trato de hijo; no se discute sobre la paternidad/maternidad, sino sobre el mecanismo o título de su determinación (que el actor pide se declare que exista o es válido)”. Aquí se entiende referida o es posible tal actitud (de oposición) en aquéllas en las que se pide un pronunciamiento afirmativo de paternidad (más frecuente) o maternidad, cuando la filiación no ha quedado formalmente determinada (no es el caso de que los propios progenitores, o ambos, entablen o reclamen su propia maternidad o paternidad, porque aquí no habría oposición, ni se negaría la admisión de tal acción). También —como dice aquel autor—, es acción de reclamación aquella que pretenda un pronunciamiento de filiación distinto de la formalmente existente, que se considera incorrecta no veraz y se pretende sustituirla por la reclamada, pero en este caso habrá de dejarse sin efecto la anterior, ejercitando conjuntamente con la de reclamación una acción de impugnación de esa contradictoria (*vid.* arts. 113.2 y 134).

El Código civil, en orden a las acciones de reclamación de filiación matrimonial distingue según haya posesión de estado o no (como en el caso de filiación extramatrimonial), lo que conduce al establecimiento de una diversa legitimación activa en cada caso, mucho más amplia en el primer supuesto (cuando exista esa posesión de estado y no hay, por otra parte, una filiación determinada que contradiga la que se viene poseyendo se concede la más amplia legitima-

ción para accionar). Así, se podría ejercer en el caso de incumplimiento negligente, no doloso, de la obligación de inscripción del nacimiento en el Registro civil, pero como en este caso concreto se trataría de remediar un olvido, no tiene la acción un sentido de contienda, habrá un proceso de creación del título normal de estado, es difícil imaginar la actitud que exige el precepto para el desencadenamiento de aquellos efectos, cual es la oposición de algún progenitor a la filiación matrimonial que se pretende que se declare. Habiendo posesión de estado no es muy previsible oposición a la demanda; en el caso de que se reclame la filiación extramatrimonial, cuando no haya posesión de estado la acción corresponde al hijo (a diferencia de la filiación matrimonial), siendo objeto del proceso la demostración de la relación biológica de paternidad o maternidad, utilizando para ello los medios ofrecidos con carácter general por los arts. 127 y 135 del C.c. Referido a la filiación matrimonial, puede solicitarse bien a iniciativa de los mismos implicados en la relación, como el padre, la madre o el hijo, y si éste es menor o incapacitado la acción correspondería a su representante legal y al Ministerio fiscal (38), como cualquier persona con interés legítimo, no sólo económico o patrimonial sino también moral o afectivo, advirtiendo el art. 130 C.c. que "a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas". Faltando tal posesión de estado corresponde en exclusiva al padre, a la madre o al propio hijo. Otro supuesto en el que sería posible entablar esta acción se presenta cuando el hijo no está amparado por la presunción de paternidad del marido porque ha nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, a pesar de lo cual el hijo puede ser matrimonial, circunstancia difícil de probar, pero

(38) Sobre su intervención en estos procesos *vid.* la reflexión de RUIZ VADILLO, "Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de mayo de 1981", *Justicia*, 1982, ps. 18 y ss.

posible (39), sí en este proceso se puede plantear como hipótesis la oposición del padre cuya paternidad se reclama.

Sobre el plazo de ejercicio de reclamación que corresponde al padre, a la madre o al hijo (a falta de la correspondiente posesión de estado) es imprescriptible, pueden ejercitarla durante su vida, completado por lo dispuesto en el art. 132.2 C.c. sobre los herederos del hijo. Siendo el procedimiento adecuado el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, con las particularidades procesales sobre el estado de las personas. Y para el plazo de ejercicio de la filiación extramatrimonial que compete sólo al hijo (si no hay posesión de estado) también dura toda su vida (art. 132.1 C.c.), homóloga a la filiación matrimonial. Refiriéndose el art. 134.1 C.c. a la acumulación de la acción impugnatoria, pues no podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia (40).

140 Se incluyen aquí, entonces, los supuestos en los que la maternidad o paternidad (más frecuente) se ha establecido por medio de una sentencia, consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de alguna de éstas, tanto de la filiación matrimonial como de la no matrimonial (en mayor número de ocasiones), en contra del progenitor, filiación que ha estado en discusión relativa al progenitor que se opone, que mantiene durante el proceso una resistencia o enfrentamiento sin éxito respecto de la pretensión del demandante que le reclama la paternidad, o maternidad, y esta resistencia u oposición sustantiva se canaliza precisamente a través de su oposición procesal, exigiendo, entonces, el precepto, como segundo requisito que acciona las restricciones consignadas en el primer y tercer párrafo la existencia de una

(39) Como argumenta DE LA CÁMARA, "El nuevo régimen jurídico de la filiación", *cit.* p. 252. Sobre las presunciones de paternidad puede verse RIVERO HERNÁNDEZ, "La filiación", *El nuevo régimen de la familia*, *cit.* ps. 24 y ss.

(40) Puede verse QUESADA GONZÁLEZ, "Acumulación de las acciones de reclamación y de impugnación de paternidad", *R.J.C.*, 1987-4, ps. 927 y ss. LLEDO YAGÜE, *Acciones de filiación*, Madrid, 1987.

verdadera y formal oposición, sin alusión a la buena o mala fe del propio demandado, cuando la negativa a tal admisión puede tener más que un fundamento racional, incluso la buena fe —como dice RIVERO HERNÁNDEZ— de quien está convencido de no ser progenitor y por eso se opone a la demanda es suficiente para que haya lugar a esta sanción civil (41).

Si se ha censurado la concepción de la disposición en sí, más propia de otros tiempos, menos razonable resulta la técnica y formulación utilizada, tratando de igual modo al que abriga dudas razonables sobre su paternidad y por eso se opone a la demanda que al de mala fe que obstaculiza y entorpece de cualquier modo el normal ejercicio de la acción de reclamación en aras de la consecución en la unidad de la verdad biológica y relación jurídica. Si la intención del precepto era sancionar al que pretende desentenderse de sus funciones y obligaciones ético-jurídicas correspondientes a la generación el legislador se ha excedido de su propósito (42). Con estas premisas ya es bastante dudoso que el precepto cumpla su función correctora y responda a la justicia del caso concreto, pues viene a imponer la misma consecuencia cualquiera que sea el comportamiento procesal del demandado y de las razones de la misma, no solamente se podría decir que se ha extralimitado de sus objetivos previos, en relación al progenitor que se opone de buena fe resulta más que injusto e improcedente los efectos

141

(41) RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil*, t. I, Madrid, 1993, p. 435. Por su parte, OCAÑA FERNÁNDEZ, *La filiación en España*, Granada, 1993, p. 54, expresa, *sic*, que “sólo la oposición tenaz y temeraria a una demanda bien fundada puede dar lugar a la aplicación del art. 111. (Además) Es más que dudoso que la exclusión opere ahora de modo automático”. Como dice PEÑA B. DE QUIROS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. I, Madrid, 1984, p. 822, y se expresa en el texto, “no se exige () por la ley que la oposición sea temeraria; basta con que exista; de modo que, por tanto, también la oposición de buena fe dará lugar a que la relación de filiación quede determinada entre progenitor e hijo con la importante quiebra en la natural reciprocidad de derechos y deberes que el art. 111 C.c. comporta”.

(42) Como se reconoce en CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, cit. p. 79.

que tiene previsto el artículo en examen, porque con su actitud inicial no demuestra que no late en él el cariño natural que exige la relación paterno-filial, ni que exista un fundamento instintivo contrario a la tendencia protectora que merecen los hijos menores de edad como incapacitados, no siendo merecedor de asumir la rectoría de su potestad (43), es simplemente la conducta normal y lógica de quien piensa, y como tal actúa, que nada tiene que ver con la causa que se tramita en dicho proceso, insistiendo en no ser progenitor o tener suficientes o alguna razón para permanecer en tal aseveración. El legislador, con ello, más bien impone u obliga a mantener al demandado una pasividad dentro del proceso en tanto son practicadas las pruebas en juicio hasta el pronunciamiento de la resolución judicial (44), coaccionando una defensa a ultranza de la preten-

(43) *Vid.* MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, t. II, cit. p. 20, manifiesta que la justificación de la sanción de excluir de la patria potestad al progenitor se debe a que el nuevo legislador tiene conciencia de que para que sea efectiva y beneficiosa para el hijo la patria potestad, los padres deben mostrar, incluso con una actitud inicial, que en ellos, "late cariño natural de su relación paterno-filial, fundamento instintivo de su tendencia protectora a los seres desvalidos por su minoría de edad".

(44) En este tipo de procedimientos no es posible el allanamiento, acto del demandado en el que muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor, vinculando al Juez a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión, porque se discuten cuestiones concernientes al estado civil; de otro lado, si el progenitor está dispuesto a reconocer su paternidad (o maternidad) puede no ser necesario entablar un proceso, recurriendo a otras vías extrajudiciales, como el reconocimiento. Para que el allanamiento produzca su eficacia característica —dicen los procesalistas— su objeto ha de ser disponible, no siendo atendible en aquellos procesos civiles en que el principio dispositivo no rige o no rige plenamente, entre los que se cita los procesos de paternidad y filiación (como en general el allanamiento no es atendible si sus efectos suponen, habida cuenta de su objeto, una infracción directa o fraudulenta de los límites generales de la autonomía privada, es decir, si se trata de un acto contrario a las leyes imperativas o prohibitivas, al interés del orden público o a la moralidad o buenas costumbres o conducente a una condena a prestación imposible y si causa perjuicio a tercero). Por la misma razón tampoco es posible la transacción, negocio jurídico bilateral mediante el cual las partes sacrifican recíprocamente intereses implicados en una situación litigiosa, con el objeto de extinguir ese estado de litigiosidad. Por tanto, tampoco es admisible una confesión bajo juramento decisorio (*vid.* art. 1.237 del C.c.), la importancia del hecho enjuiciable hace necesaria una actitud alegatoria y probatoria orientada a determinar la realidad de los mismos que constituyen presupuesto de las normas a aplicar.

sión del demandado frente a la acción del demandante, cuando precisamente el art. 24.2 de la Constitución proclama el derecho a la defensa en juicio, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (45), y en el n.º 1 del citado precepto constitucional literalmente se declara que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Lo cual es una contradicción si en esta reforma impera el principio de verdad biológica: una relación de generación veraz y real, además si el marido puede impugnar su presunta paternidad en un proceso autónomo, no se le puede negar oponerse a la demanda cuando se accione frente a él, demostrando su no paternidad, debería poder probar y utilizar los mismos medios a los que como actor puede invocar y probar en el ejercicio de la acción de impugnación (46).

143

Puesto que se ha defendido como segundo requisito la

Sobre las características de las acciones de filiación puede verse RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, cit. p. 49; MONTERO AROCA-ORTELLS RAMOS-GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, t. II, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1993, ps. 331 y ss.; MUÑOZ ROJAS, *El allanamiento a la pretensión del demandante*, Pamplona, 1958; INFANTES, “Reconstrucción de la teoría del allanamiento en el Derecho procesal civil”, *Revista de Derecho procesal Iberoamericano*, 1958, ps. 265 y ss.; RUIZ VADILLO, “Filiación, patria potestad...”, cit. p. 14; En opinión de DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, cit. ps. 95 y 96, la doctrina procesalista que niega la eficacia con carácter general e indiscriminado al allanamiento cuando se trata de estos procesos es excesivamente rígida, pero aun admitiéndola —dice— “si el demandado se allana y aunque el allanamiento se repunte ineficaz, ello no acarrea la nulidad del proceso, sino que el actor tendrá que demostrar los fundamentos jurídicos y fácticos de su pretensión, en nuestro caso deberá probar la filiación reclamada no obstante el allanamiento. Y tampoco la nulidad del allanamiento postula que el demandado esté obligado a defenderse, puesto que se admite la oposición puramente negativa, pasiva. (Estima) —concluye— que la *ratio* del art. 111 obsta a su aplicación en ese supuesto”.

(45) Vid. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, cit. p. 79, “tal y como está formulada parece atacar frontalmente la presunción de inocencia del art. 24.2 *in fine* de la Constitución española, que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente no limitarse al ámbito estrictamente penal”.

(46) Vid. al hilo de estas cuestiones RIVERO HERNÁNDEZ, La filiación. *El nuevo régimen de la familia*, cit. p. 47.

necesidad de una verdadera y formal oposición sería arriesgado por el carácter restrictivo del precepto equiparse con la actitud de rebeldía (47), aunque según la doctrina procesalista se hace equivaler a que el demandado niega los hechos alegados por el actor y se opone a la petición de éste, la rebeldía supone así —se dice— una resistencia implícita, el actor para que sea estimada su pretensión tendrá que realizar todo lo que tendría que hacer si el demandado hubiera contestado negando, aunque hay diversas excepciones en relación a algunos procesos (48). Tal comportamiento coincide con la *ratio* del precepto (aunque la no comparecencia puede deberse a muy diferentes razones, entre ellas está el desentendimiento consciente y voluntario con la causa que se tramita en dicho juicio, comportamiento que el artículo en examen ha intentado sancionar), si en el desarrollo del proceso se prueban los hechos constitutivos que se alegan y en la sentencia se determina tal filiación que ha estado en discusión relativa al progenitor no compareciente participa del aspecto filosófico del precepto, pero no queda dentro de los parámetros del segundo requisito, cuando comparativamente es más innoble esta actitud que la del que de buena fe se opone, conducta que el legislador considera suficiente para debilitar los efectos de la relación paterno-filial.

Problemático también resulta incluir o no en el ámbito de aplicación los pleitos de impugnación, es más que dudosa o difícil su inclusión, por lo que de nuevo llama la atención que si la finalidad del precepto es sancionar al que

(47) En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit. p. 435, “no basta la actitud pasiva del demandado declarado rebelde”, igual en *Elementos de Derecho civil*, cit. p. 60; PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. p. 822; SANCHO REBULLIDA, *Comentarios...*, cit. p. 375.

(48) Vid. MONTERO AROCA, ORTELL RAMOS, GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, cit. ps. 174 y ss.; ARAGONESES, “Inactividad de las partes en el proceso civil”, *R.D.P.*, 1960; DÍAZ, “Confesión judicial del demandado voluntariamente rebelde”, *R.D.P.*, 1952; CALVO, “Notificación personal de las sentencias dictadas en rebeldía”, *R.D.P.*, 1967; VERGE GRAU, *La rebeldía en el proceso civil*, Barcelona, 1989.

niega o se desentende de la paternidad, moralmente quien impugna se encuentra en una situación similar que el que no quiere reconocerla, aunque pudiera tener motivos serios y fundados (recuérdese que el art. 127.2 C.c. explicita que “el Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”), como podría esgrimirlos el que se opone de buena fe, que sin embargo se ve inmerso en los efectos punitivos del art. 111 C.c.

En el caso de impugnación de la paternidad o maternidad, matrimonial o extramatrimonial, la filiación ya está determinada respecto de él y precisamente el que la ejercita se enfrenta a ella; en el caso de que prospere simplemente se deja sin efecto la filiación, se niega sin afirmar ninguna otra, no hay determinación positiva. El caso de la impugnación no es de suyo hábil para surtir tales efectos y si la reclamación, no parece, en principio, el ejercicio de una acción de impugnación medio adecuado para producir la determinación judicial. Pero, argumenta PEÑA B. DE QUIRÓS que si en el proceso de impugnación se discute el hecho mismo de la filiación y la sentencia confirma la filiación que estaba determinada por título extrajudicial, esta sentencia dota a la filiación de otro título de determinación distinto y con efectos mucho más fuertes, puesto que tiene, frente a todos, valor de cosa juzgada, puede decirse, pues, —afirma— que el pleito de impugnación ha dado lugar a que la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor (49), la sentencia al confirmar el

(49) PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. p. 822, no obstante rechaza su inclusión en el precepto. RIVERO HERNÁNDEZ, “La filiación”, en *El nuevo régimen jurídico de la familia*, cit. p. 79, se cuestiona si cabría la impugnación de por ejemplo una paternidad declarada judicialmente a resultas de una anterior acción de reclamación, “ninguna excepción contienen —dice— los arts. 139 y 140, pero la misma razón que impide reclamar (art. 134.2 C.c.) una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia (el obstáculo es la intangibilidad de la cosa juzgada) habría de impedir ahora impugnar aquella paternidad judicialmente declarada, por aplicación analógica del mencionado precepto, revelador de cuál es la mentalidad y

título impugnado da a éste un efecto del que antes carecía: la inatacabilidad judicial (50). No obstante, la redacción del art. 111.2 C.c. piensa la sanción, según su tenor literal, para la filiación en trance de ser determinada judicialmente, responde a un supuesto en el que la filiación de uno de los progenitores, o ambos, no está legalmente determinada y para que lo esté se ha hecho uso de la correspondiente acción de reclamación de la paternidad o maternidad, a la que se ha opuesto sin éxito el progenitor demandado, es decir, la falta de previa determinación legal de la filiación con respecto a ese progenitor, el empleo de la acción de reclamación, la determinación judicial y la oposición sustancial, sustantiva, y procesal del progenitor demandado. En el caso de impugnación previamente está determinada la filiación. Y desde una perspectiva procesal al tratarse de una acción de impugnación corresponde a quien desea no ser considerado progenitor asumir el papel de demandante, mientras que la oposición en el sentido procesal viene atribuido al hijo o a su representante legal. De otro lado, apunta SERNA MEROÑO (51), completando la penúltima afirmación sobre la intención del legislador, que “no parece contemplar el legislador en este precepto los casos en que el progenitor interponga, sin éxito, una acción de impugnación de la filiación matrimonial —específica—, ya que alude expresamente a la exclusión de la titularidad de la patria potestad y en este supuesto habría que decir privación, puesto que, en principio, sí se tuvo”, la sanción efectiva-

voluntad del legislador en ese punto, que prefiere la subsistencia de un posible error judicial a la inseguridad jurídica de una ilimitada atacabilidad de estas sentencias ya firmes. Todo ello sin perjuicio, por supuesto, de los casos en que puedan proceder recursos extraordinarios, como el de revisión”.

(50) PEÑA B. DE QUIRÓS, *Ibídem*, cit. p. 859; o como dice RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos de Derecho civil*, cit. p. 48, “la ventaja de la determinación por sentencia firme, es que constituye un título de determinación de rango superior, en cuanto inconvencible, al haber creado cosa juzgada; los otros son susceptibles de impugnación judicial”.

(51) SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, cit. p. 200.

mente pretende que no se inicie, aunque deberá insistirse en que moralmente se encuentra en la misma situación que la que recrimina el legislador, como más indigno parece si el reconocimiento se hubiera realizado de mala fe o con abuso de derecho notorio —como pena expresamente la Ley catalana de filiación de 1991 en el art. 21 c) al progenitor que actuó de este modo—, por ejemplo, si se realiza con el único ánimo por parte del progenitor de beneficiarse, sin asumir sus responsabilidades, en perjuicio de su propio hijo, o sólo para causarle un daño o menoscabo.

Además, siendo un precepto sancionador y una norma limitativa de derechos no es correcta una eventual aplicación analógica o defender la licitud de una interpretación extensiva, ya bastante desacertado es en sí el precepto, imponiendo las sanciones enunciadas al progenitor que describe el n.º 2.º, como para extenderlo a otros supuestos. En este sentido se ha manifestado la sentencia del T.S. de 23 de julio de 1987 (52), en cuyo pleito se pretendía excluir al marido de la madre de cualquier función y derecho de los especificados en este art. 111 C.c. por haber anteriormente impugnado sin éxito su paternidad matrimonial, declarando, con argumentos similares a los aquí expuestos, excluido del ámbito de aplicación del art. 111.2 C.c. el ejercicio de la acción de impugnación, mediante la que el padre se enfrenta a la filiación legalmente determinada por la inscripción en el Registro. Solución que no es la más correcta a juicio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, porque “a efectos de la aplicación del art. 111 del C.c., lo que importa es dilucidar si ha habido una determinación judicial de la filiación contra la oposición del progenitor afectado; y ello con independencia de si previamente se encontraba determinada extrajudicialmente la misma filiación u otra contradictoria: este último es un dato que no parece contar para nada, de acuerdo con la dicción literal del precepto. De manera que si puede afir-

marse que la filiación ha sido determinada en la forma que pide el art. 111 del C.c., con independencia de cualquier otra consideración, habrá que aplicar dicho artículo; y si no, no. Por lo tanto hay que trasladar el núcleo de la *quaestio iuris* del lugar en el que la ha situado el Tribunal Supremo (existencia previa de determinación extrajudicial de la misma filiación), a otro distinto: si realmente puede afirmarse que, en el caso concreto, se ha producido una determinación judicial de la filiación paterna, como consecuencia del resultado de la acción de impugnación de la paternidad ejercitada por el marido ... (53). Consecuencia de la impugnación, en este caso, no es la negación de la paternidad del marido; sino su confirmación expresa: se ha declarado ajustada a derecho la inscripción de nacimiento () y también que el niño es hijo matrimonial de los esposos. Esta es la sentencia y estas son las declaraciones que han adquirido firmeza, y que, por tanto, tienen frente a todos el valor de cosa juzgada (). Parece claro, entonces, que en este caso sí que puede hablarse de determinación judicial de la filiación por sentencia (art. 111.2 C.c.), y como consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación (54). (Restaría sólo dilucidar) si puede afirmarse que tal determinación lo ha sido contra la oposición del progenitor tal y como pide el precepto ...: se opone —se niega— a ser considerado legalmente padre (de este hijo); y en ese sentido asume una actitud sustantiva de oposición. Sin embargo, su situación y su actividad procesal no revistan ya ese paralelismo (); al tratarse de una acción de impugnación, corresponde a quien se opone a ser considerado progenitor asumir el papel de demandante, mientras que la oposición, en el sentido procesal del término viene atribuida al hijo demandado. (Pero), a los efectos del art. 111.2 del C.c., lo que debe contar no es tanto el

(53) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "A propósito de una interpretación jurisprudencial del art. 111 C.c.", *A.D.C.*, 1988, p. 596.

(54) *Ibidem*, p. 597.

aspecto procesal (desde este punto de vista, puramente formal y accesorio) (), sino más bien el aspecto sustantivo, la negativa del progenitor a ser considerado legalmente como tal, exteriorizada claramente en el empleo de los mecanismos judiciales que tiene a su disposición (la oposición si se trata de una acción de reclamación; o el ejercicio de la acción de impugnación). Siendo la misma en lo fundamental la actitud del progenitor frente a su hijo, no se ve con claridad por qué las consecuencias jurídicas de esa actitud deben variar tan radicalmente, a expensas de sí, por cualquier causa, se asume una u otra situación en el proceso. (Por tanto, a la vista de todo ello concluye) que se dan en el supuesto controvertido los requisitos que el art. 111.2 del C.c. establece para su propia aplicación frente a lo que afirma el Tribunal Supremo (55). (Sin que ello suponga una interpretación extensiva), una cosa es que () el caso justiciable presente unas peculiaridades que lo separan apreciablemente de lo que cabe considerar supuesto normal de aplicación del precepto, y otra muy distinta que no encaja en dicho artículo, de manera que haya que forzar hasta cierto punto su sentido... Con la interpretación ofrecida lo único que se ha hecho —afirma— es llevar el art. 111 del C.c. hasta sus últimas consecuencias, pero no más allá ... La realizada es una interpretación declarativa lata del art. 111 que en ella se ha intentado precisar el valor de las palabras, de acuerdo con lo contenido en la ley, y aceptando su significado tan amplio” (56). En conclusión, entiende perfectamente aplicable el art. 111.2 C.c. al caso controvertido, sin que pueda obstar a esta conclusión las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo (57).

Es cierto que el caso que enjuiciaba el Tribunal Supremo planteaba numerosas peculiaridades que hacían difícil una

(55) *Ibídem*, ps. 598 y 599.

(56) *Ibídem*, ps. 599 y 600.

(57) *Ibídem*, ps. 604 y 605.

solución segura en orden a la aplicación o exclusión de los efectos previstos en el art. 111 C.c., con el autor citado coincido en que se puede reprochar al juzgador algunas observaciones de tipo formal, pues en el fundamento de derecho primero se mezclan y convergen lo que aparece como hechos probados, hechos relatados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, sin aclarar cuál es el valor que el tribunal concede a todo ello, y datos de hecho de los que el juzgador tiene alguna noticia, por eso habla no de hechos probados sino de “puntualizaciones”, y “los hechos que ha de tener en cuenta el juzgador y recoger en su sentencia son los probados, porque son los que tienen la entidad suficiente como para sostener la argumentación que conduce al fallo” (58); luego resuelve y va desarrollando su argumentación de forma bastante sistemática, sin agotar en extensión y en profundidad el elenco de cuestiones que suscitaba el presente caso (59). Pero, por lo que aquí interesa, acotando la extensión y ámbito de aplicación del precepto, comparto, por otra parte, como ya se ha defendido, el fallo y la solución de dicha resolución, denegando los efectos previstos en el caso de ejercicio de una acción de impugnación por las mismas razones apuntadas en dicha sentencia (60).

(58) *Ibidem*, ps. 592 y 593.

(59) *Ibidem*, p. 594. *Vid.* también PEÑA B. DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 411, n. 14.

(60) A juicio de SANCHO REBULLIDA, Comentario a la Ley 72 de la Compilación de Navarra, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit. p. 375, no se aplicará el precepto al ejercicio de una acción impugnatoria, aunque no requiere posición de demandado en el progenitor excluido de la patria potestad, “porque —manifiesta— no es la sentencia la que determina la paternidad o maternidad: es la ley o la voluntad la que la determina, si bien, la sentencia ratifica —no contradice— esta determinación. Además, por lo que al fondo de la justicia de la cuestión atañe, me parece —dice— que el planteamiento es distinto y escapa, por lo tanto, a la ratio de la norma comentada: el demandado en una acción de determinación de su paternidad o maternidad, generalmente sabe que es progenitor, pero no quiere asumir sus consecuencias; en cambio el progenitor que impugna su paternidad o maternidad determinadas cree que no es progenitor; mas, demostrado que sí lo es, no rechaza las consecuencias”. Para ALBACAR y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código civil*, cit. p. 794, “su aplicación requiere, en primer lugar, el ejercicio de una acción,

V. Efectos. Aspecto sancionador del precepto

Producido el supuesto de hecho que describe el n.º 2.º automáticamente, “por ministerio de la ley”, el progenitor “quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos () respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias”, ni ostentará el hijo su apellido, más que si lo solicita él mismo o su representante legal; además, todas ellas aparecen insegregables entre sí (61), excepto lo referente al apellido. Pero, quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos, innecesario, este último párrafo, por repetitivo, cuando su antecedente inmediato, el propio art. 110 C.c., tiene el mismo contenido y prescribe tales obligaciones con idénticos términos.

El legislador, con ese sentido de reproche y fijación que manifiesta hacia la conducta del progenitor que se resiste a la admisión de su paternidad o maternidad, sin acepción y valoración de las causas y razonamientos conducentes a tal comportamiento, impone graves efectos sancionadores de amplio espectro, que afectan sólo y exclusivamente al mismo progenitor que incurre en el supuesto enunciado, sin resultar, por extensión, en cuanto que además es una norma que por su carácter sancionador debe interpretarse restrictivamente, implicados otros parientes del mismo (62). Sanciones que por otra parte se refieren a los poderes y derechos que ostenta el padre sobre el hijo y sus descendientes, dejando

151

la cual lógicamente, y de acuerdo con lo prevenido en el ordinal anterior, nos parece que naturalmente no puede ser otra que la de reclamación de estado; a su vez, y en segundo lugar, se precisa que haya mediado oposición por parte del demandado”. DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, cit. p. 95, afirma, *sic*, que el art. 111 C.c. para su aplicación exige como requisitos: “que la filiación haya tenido que determinarse judicialmente, es decir, merced al ejercicio de una acción de reclamación (y que haya mediado oposición del progenitor demandado)”.

(61) Como se ha referido la sentencia del T.S. ya citada de 23 de julio de 1987, en su fundamento de derecho tercero.

(62) En el mismo sentido PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. p. 822; DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, cit. p. 98.

inermes las obligaciones que respecto de éste le corresponden por su paternidad, que sin embargo se ven profundamente alteradas en perjuicio del hijo cuya filiación respecto de su padre o madre ha quedado judicialmente determinada, pues las funciones de la paternidad quedan reflejadas en el binomio derechos-deberes que intrínsecamente se interrelacionan entre sí, afectada una parte se ve convulsionada irremediablemente la otra; por lo que si el carácter punitivo del precepto ha intentado obedecer y responder a la salvaguarda del interés y beneficio del hijo, con las concretas premisas y técnicas desplegadas el resultado práctico puede ser contrario; principio en el que ha insistido sobremanera la propia reforma de 1981, previendo disposiciones e instrumentos al alcance del mismo que conduzcan a una verdadera efectividad (como podría citarse el propio art. 158 C.c.), y, en principio, esta disposición no es fácil hacerla partícipe de estos objetivos, ni ordenarla bajo estas coordenadas.

El precepto ya merece su crítica, como se ha insistido, cuando indiscriminadamente religa los mismos efectos sancionadores a la mera oposición con independencia de la mala o buena fe con la que actúa tal progenitor, presumiendo, en cualquier caso, una actitud innoble, basándose sólo en una serie de conjeturas prevé y establece graves sanciones (63); incluso cuando el progenitor se niega sin causa justificada, sabiendo que es el responsable de aquella

(63) Existe una gran confusión entre la acepción vulgar y técnico-jurídica de presunción, y no es de extrañar en cuanto que es una de las instituciones jurídicas en las que impera mayor desacuerdo dogmático, como pone de relieve SERRA DOMÍNGUEZ (en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, vol. 2.º, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1991, p. 611), la doctrina y la jurisprudencia se encuentran profundamente divididas ya en principio respecto del propio concepto de presunción, cuanto respecto de su naturaleza, fundamento, importancia y ubicación sistemática; no existe ni tan siquiera acuerdo en torno a la clasificación de las presunciones y la mayoría de la doctrina discrepa, incluso, sobre la consideración unitaria de las dos grandes categorías de presunción. El propio autor aborda con extensión el tema, deslindando ambos conceptos en su obra *Normas de presunción, en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963, a la que nos remitimos, en concreto en su capítulo I valora al tiempo también las definiciones propuestas por otros autores. En cuya delimitación resulta importante la trayectoria

generación, el privarle de estas funciones y de que su hijo lleve su apellido, más que perjudicarlo o sentirse sancionado,

histórica de la propia institución, evolución y estudio histórico al que dedica buena parte de su obra W. HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, traducción del alemán y notas por Sancho Seral, 1.ª ed., Madrid, 1931.

En este deslinde también alcanza relieve la defensa de la sustantividad propia de la presunción respecto de otros conceptos afines y medios probatorios. En concreto, dentro del Derecho español, en el ámbito del Código civil, SERRA DOMÍNGUEZ analiza los preceptos de dicho cuerpo legal para llegar a la conclusión de que el número de verdaderas normas de presunción recogidas en el mismo es relativamente muy escaso, “en muy pocas ocasiones —dice— el Código civil español utiliza el término «presunción» en su aspecto técnico jurídico. Por el contrario, dicho término es utilizado más bien en su aspecto vulgar, sin precisión jurídica alguna” (en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, vol. 2.º, cit. p. 658). Ofreciendo, para su especificación, como criterios distintivos de las presunciones legales los siguientes: 1.º) para que exista una norma de presunción es menester que ésta se halle contenida en una ley positiva; 2.º) es necesario, además, que el artículo concreto de dicha ley positiva, en el que quiere verse una norma de presunción, tenga un carácter procesal; 3.º) no basta con que el precepto tenga carácter procesal, sino además debe tener carácter y repercusiones probatorias (dicho autor estudia la presunción como uno de los elementos integrantes del instituto probatorio, siendo sumamente útil a los fines de desentrañar las normas de presunción existentes en el Código la posibilidad de prueba en contrario, de tal manera que si no se admite dicha prueba en contrario no podemos hallarnos ante una propia presunción); 4.º) es menester asimismo que la norma de presunción enlace entre sí dos afirmaciones cualitativamente distintas; y 5.º) como último elemento definidor de la presunción legal, la afirmación base debe ser distinta de todas las restantes afirmaciones que concurren con la afirmación presumida para integrar el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida. (Todo ello desarrollado en ps. 654 a 658 de su última obra citada. También hace referencia a ello en los *Comentarios al Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1993, p. 417). Como de interés resulta, para resolver estas cuestiones, el trabajo de SACCO, “Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, e onore della prova, Aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?”, *Studi in onore di F. Messineo*, vol. 1.º, Milano, 1959, ps. 418 y ss.

Interviene principalmente en éstas el principio de oportunidad, cuyo fin es suplir la dificultad probatoria (tal y como ocurre por ejemplo en la presunción del art. 1.191 del C.c.); como manifiesta LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, t. V, trad. y anotado con arreglo a la legislación y jurisprudencia españolas por Aguilera de Paz, Madrid, 1942, p. 170, “el fin judicial de todas las presunciones legales es único: disminuir el arbitrio del Juez en la apreciación de las pruebas, facilitándole la decisión de las cuestiones de hecho”. Y es que, como afirma BONNIER, *Tratado de las pruebas en derecho civil*, t. II, trad. y adicionado con arreglo al Derecho español por J. Vicente y Caravantes, Madrid, 1929, ps. 500 y 501, “no siempre es posible al hombre llegar al conocimiento perfecto de la verdad en cada caso particular, y, no obstante, las necesidades sociales no siempre le permiten suspender su juicio y abstenerse. La estabilidad y el estado de las personas, la de las propiedades; finalmente, la necesidad de seguridad y de calma para una multitud de intereses (), obligan al legislador a tener por verdaderos gran número de puntos que no están

puesto que está intentado impedir hacerse cargo de su hijo, quizá este resultado hasta le podría beneficiar, le evita una serie de cargas, como son todas las que implica la patria potestad y otras funciones tuitivas, como respecto al hecho de no llevar el apellido, reduciendo en la práctica todas sus obligaciones a satisfacer alimentos a su hijo (64), a pasar una pensión, colaborando en los gastos, respecto del otro progenitor ya determinado, si es que lo está, circunstancia además que ya pone de relieve el art. 110 C.c., cuando, a mayor abundamiento, tan próximo se halla del precedente artículo; de tal modo, cabe pensar, que quienes quieran rehuir las cargas de la paternidad encuentran en la severidad de la ley una ventaja.

Más desacertado parece todavía el hecho de la automatización de estos efectos, a cuya virtud las consecuencias que establece se producen, y así deberá declararlo el Juez, a partir de la mera concurrencia de la situación que describe. Por lo que respecta al n.º 2.º, para que entre en juego la verdadera finalidad tuitiva que persigue, sólo una vez comprobado el incumplimiento de los deberes que como progenitor le corresponden procedería algunas de las sanciones que se enuncian y no con carácter previo, presumiendo que su negativa a la asunción de la paternidad significa o

demostrados, pero cuya existencia se halla probada por una inducción más o menos podcrosa. () La aptitud para ejercitar ciertos derechos, para llenar ciertas funciones, sólo se reconoce por medio de ciertas condiciones determinadas *a priori*, siendo evidentemente impracticable una comprobación respecto de cada individuo. () Lo que examina, sobre todo, el legislador no es si el hecho conocido reúne todos los caracteres suficientes para hacer probable el hecho desconocido, sino solamente si exige el interés social que se deduzca de la consignación del uno la existencia del otro. () Los principios sobre las presunciones legales no se refieren ya a la fe del testimonio, sino que son reglas de protección () establecidas para el bien general".

Sobre estas cuestiones en el Derecho italiano es importante la obra de RAMPO-
NI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, y en
Francia DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, 1950.

(64) En este sentido, como expresaba el derogado art. 139 C.c. en relación con el art. 143 C.c. respecto de los hijos ilegítimos no naturales, donde la determinación de la filiación no tendría otro efecto que conferir al hijo el derecho a exigir de sus padres alimentos en el sentido restringido de auxilios necesarios para la subsistencia.

implica al mismo tiempo inaptitud o mal desempeño de tales deberes, cuando menos procedería una previa valoración de las circunstancias del caso concreto por parte de la autoridad judicial que enjuicia el caso para resolver en un sentido o en otro, siempre dirigiendo tal resolución en beneficio o interés del propio menor, sin sacrificar innecesariamente tampoco la implicación del propio progenitor, justificándose en dicha sentencia adecuada y suficientemente las razones que abonan tal determinación, huelga expresar que viendo así las cosas el asunto requiere una resolución motivada (65).

Como ha manifestado la ya citada sentencia del T.S. de 23 de julio de 1987, la privación total o parcial de la patria potestad se ha regulado exhaustivamente por el art. 170 del C.c. en correlato del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma y fuera de este precepto —habría que pensar hoy también en el art. 172.1 C.c., introducido por Ley de 11 de noviembre de 1987 (66)— no existen otros preceptos en vigencia (dentro de la esfera civil y aparte los hechos constitutivos de infracción penal y sus efectos civiles)

155

(65) A juicio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “a propósito de una interpretación jurisprudencial...”, *cit.* ps. 603 y 604, “precisamente aquí es donde puede entrar en juego —dice— la finalidad tuitiva que junto con la sancionadora tiene el artículo: si las consecuencias de la aplicación de cuanto como sanción prevé el artículo 111 del Código civil resultan ser en el caso concreto perjudiciales para los intereses del menor afectado, pienso que el juzgador podrá —más aún, deberá— obviarlas, y no apreciar la exclusión de la patria potestad; en caso de conflicto entre el aspecto punitivo y el tuitivo del precepto, me parece que debe ser este último y no aquél el que obtenga la preferencia. De esta forma, el automatismo que parece presidir la aplicación de esta norma se vería convenientemente flexibilizado. Ahora bien, esta flexibilización no puede interpretarse como una revisión al puro arbitrio judicial, sino que el Juez, al obrar así, deberá justificar adecuada y suficientemente —y expresamente— en su sentencia las razones que abonan su determinación, y la concurrencia de ese interés superior del hijo en el mantenimiento de la patria potestad, sin que deba considerarse bastante la mera afirmación de tal concurrencia”. Pero, esto no lo permite expresamente el precepto, que de manera imperativa manifiesta como únicas posibles formas de dejar sin efecto tales restricciones las que contempla y enuncia el párr. 4.º

(66) *Vid.* explicación en el artículo “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, A.C., n.º 11, 1994, ps. 205 y ss.

que autoricen a privar o suspender aun parcial y temporalmente, a los progenitores que la ostentan, del ejercicio de la patria potestad, pues la misma es institución que en el Derecho actual se inspira, y así lo proclama principalmente el párr. 2.º del art. 154 C.c., en el bien del hijo que aparece como absolutamente determinante. En el caso de que el otro progenitor no esté determinado, concurrentes estos presupuestos, excluido el padre, que se opuso a la declaración de la filiación así determinada judicialmente, de la patria potestad, siendo el hijo menor o incapacitado, correspondería la constitución del organismo tutelar; y a los padres les corresponde de forma connatural y primaria el cuidado y el ejercicio de la guarda de sus propios hijos, una vez ejercitada la misma o atribuida su titularidad, pues la filiación produce la patria potestad (67). En el caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, en virtud de una sentencia judicial fundada, la autoridad judicial podrá privarles total o parcialmente, no de otro modo, la simple e inicial aptitud de desdén o resistencia al reconocimiento del hijo no merece entidad suficiente para debilitar de este modo los efectos y el intento de un normal funcionamiento de las relaciones paterno-filiales, la única manera fundada y

(67) De especial oportunidad es para el tutor la cesación del ejercicio en el cargo y por lo tanto la elusión del art. 111.2 del C.c., desembarazándose del cuidado y asistencia personal del menor o incapacitado y de la administración de su patrimonio a favor del progenitor de dicho pupilo. También cuando el tutor se trate de una persona jurídica (art. 242 C.c.), porque el nombramiento de éstas tiene carácter subsidiario, como también se reconoce en alguno de los derechos extranjeros que contemplan la posibilidad de que las personas jurídicas sean tutoras, y así lo entienden las mismas, en defecto de una persona física idónea para el cumplimiento del cargo. Es interesante la sentencia del T.S. de 22 de julio de 1993 (Ar. 6277) nombrándose tutor de la persona y bienes de una incapacitada a la "Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña" con preferencia a un pariente, en cuanto que el que se propuso no ofrecía garantías de buen cumplimiento, aptitud y disposición; a la vista de los informes y datos proporcionados sobre el comportamiento que venían dispensando sus parientes en relación a ésta el nombramiento de esta entidad jurídica resultaba más beneficiosa para la incapacitada y la institución designada para desempeñar la tutela, especialista en el régimen y características que presentaba dicha incapaz, era más idónea, expresa la sentencia, según el art. 242 del C.c. (*vid.* arts. 234 y 235 del C.c.).

sería de una exclusión de la patria potestad es la descrita en el art. 170 C.c. (o dictada en causa criminal o matrimonial, como especifica el inciso final de dicho artículo), por ello, de igual modo es criticable el contenido del art. 172.1 del C.c., no únicamente o también por el que se muestre contrario a ser considerado legalmente progenitor, cuya actitud no necesariamente ha de responder al desentendimiento, como presume el legislador, de los deberes ético-jurídicos que debe contraer un progenitor con sus hijos en virtud de su generación, sino a la creencia, no temeraria ni obstruccionista, de no creer ser efectivamente tal progenitor, como ya se ha insistido.

Sobre estas cuestiones MARTÍNEZ CALCERRADA (68) argumenta que “respondiendo la patria potestad a la imperiosa necesidad de otorgar a los hijos un mecanismo adecuado de protección por parte de sus/su padres, el nuevo legislador tiene conciencia de que la efectiva satisfacción de los beneficios obtenidos en consecuencia por los hijos, proven-
drán de dos circunstancias: la primera, de que esos padres o padre, en su caso, por su conducta o actitud inicial hayan demostrado que en ellos late el cariño natural de su relación paterno-filial, fundamento instintivo de su tendencia protectora a los seres desvalidos por su minoría de edad, y la segunda, de exacto cumplimiento de los deberes inherentes a su función protectora, por lo que, de consiguiente, cuando inexistiera alguno de estos soportes, la ley, entendiendo que tales padres no son merecedores de asumir la rectoría de su potestad, sanciona con dos juicios de reproche impositivos o de la concesión de su titularidad o de su apartamiento de la ya conocida. En el primer caso, se habla de exclusión de la patria potestad y se regula en el art. 111”, dicha sanción se refiere a impedir a ese progenitor que por sus actos en torno a esa filiación es indigno de ostentar ningún poder legal sobre su hijo o descendientes, poco justificable por

(68) MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, cit. p. 19.

lo que respecta al n.º 2.º, sobre todo para el progenitor que razonablemente abrigó dudas y disipadas por las pruebas del juicio acató lo pronunciado, incluso el de mala fe que temerariamente se opuso a tal reconocimiento, pues asumido el deber de velar por su hijo pudiera recobrar el espíritu y ánimo protector sobre el mismo, aunque en principio su actitud fuera de rechazo con posterioridad es posible el nacimiento de ese cariño natural del que se habla y el correcto cumplimiento de los deberes y efectos que produce la filiación, como en especial el ejercicio de la patria potestad.

158

La intención del legislador de excluir de modo automático al que hipotéticamente no ofrece garantías en orden a una verdadera protección no redundará en beneficio e interés del hijo si por lo menos no se descende a las exigencias del caso concreto. El art. 39.3 de la Constitución declara que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, y la filiación, una vez determinada por alguno de los modos que establece el legislador de 1981 (art. 115 C.c. sobre la filiación matrimonial y el art. 120 C.c. sobre la filiación extramatrimonial), produce la patria potestad (69). No es la resolución más adecuada la que ofrece el art. 111.2 C.c., y de poco sirve en orden a la prevención y reducción del número de padres que no quieran reconocer e intenten desentenderse de sus deberes ético-jurídicos, este objetivo se hallaría más bien en una nueva concepción y concienciación en la responsabilidad y asistencia de los propios hijos hacia la que hoy se está dirigiendo la sociedad (aunque siempre habrá hijos de padres desconocidos y no reconocidos).

(69) La paternidad y la maternidad debidamente determinadas atribuyen a los progenitores la patria potestad, al hijo los apellidos conforme a la legislación del Registro civil, y a unos y a otros los derechos expresamente reconocidos en la ley.

Puesto que queda apartado *ab initio* del ejercicio y titularidad de la patria potestad, que no llega a iniciarse para el progenitor sancionado, en lógica coherencia, también resulta excluido o inhabilitado del desempeño de otros cargos que implican las mismas funciones y tienen los mismos objetivos que la patria potestad, textualmente comienza el precepto expresando que “quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas...”, circunstancia que aunque no se hubiera incorporado de cualquier manera así resultaría, en cuanto a la ineptitud para ciertas funciones tuitivas, por la aplicación general del art. 243.1 del C.c. que prescribe que no podrán ser tutores “los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación por resolución judicial”; en cualquier caso, se referirá con carácter amplio al ejercicio de la propia tutela, al cargo de curador, guarda legal y defensor judicial, como al representante legal del hijo en el caso de que el mismo haya sido declarado ausente, aunque legalmente le corresponda tal representación —*vid.* art. 184.3 C.c.—, y todo respecto de su propio hijo (y descendientes), que habrá de ser menor para que pudiera, en su caso, operar alguna de estas instituciones, o bien incapacitado (*vid.* arts. 215, 222, 186, 299 a 302, 323 C.c.) (70).

El art. 111. 2 C.c. sólo limita textualmente las sanciones impuestas al progenitor respecto de su hijo o de sus descendientes, pero aplicando la normativa de las instituciones

(70) Los padres podrían ser nombrados tutores (*vid.* art. 234.2 C.c.) a pesar de que el art. 171 C.c. se ocupe de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, “cuando vivan y no les correspondiese la patria potestad”. Si se tratase de hijos menores no habría resquicio para la tutela, pues si los padres son privados de la patria potestad o suspendidos, total o parcialmente, en su perjuicio, devienen inhábiles para ser tutores, por disposición del art. 243.1, como ya se ha afirmado. Pero si se trata de hijos mayores de edad incapacitados después de alcanzar la mayoría, cabría la tutela de los padres cuando no les sea atribuible la patria potestad, por tratarse de hijo casado, si a la vez el Juez altera el orden de los números 1.º y 2.º del art. 234 C.c., conforme al párr. final del mismo, o caso de viudez del hijo (*vid.* SANCIO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 295).

de guarda, funciones de las que queda excluido, su inhabilidad se extiende más allá de sus descendientes directos, porque “incapacitado” (no en sentido técnico) para el ejercicio de la tutela respecto de una persona determinada según el art. 243.2 C.c. también resulta imposibilitado o no será nombrado para el desempeño de otras tutelas; por tanto, en este sentido el carácter punitivo del precepto afecta al progenitor respecto de otros sujetos, además de su propio hijo de cuya filiación se trata y sus descendientes.

160 Ahora bien, esta exclusión debería armonizarse con el último párrafo del precepto según el cual “quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”, armonización que, como afirma PEÑA B. DE QUIRÓS, no es fácil, “porque esta obligación legal presupone una potestad y, en este caso, una potestad de velar por los hijos, una potestad, pues, tuitiva” (71). De este párrafo se podría haber prescindido perfectamente, como ya se ha manifestado, pues su precedente inmediato de forma clara deja sentado que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Deber de velar que queda también recogido en sede de patria potestad (art. 154 C.c.) y de tutela (art. 269 C.c.), y según DIEZ-PICAZO “comprende la dispensa de toda clase de cuidados, materiales o espirituales, pero globalmente no es distinto de cada uno de los elementos (que luego especifican aquellos preceptos)” (72), alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos, administrar su bienes, etc. A mayor abundamiento, del significado que tiene este concepto: “cuidar solícitamente de una cosa”, podría, además, hablarse de una escrupulosa diligencia con la que deben cumplirse las obligaciones (que tipifican luego estos arts. 154 y 269 C.c.), por lo que en consecuencia, según esto, correspondería, a

(71) PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios ...*, cit. p. 822.

(72) DIEZ-PICAZO, “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, *A.D.C.*, 1982, p. 6.

quien tuviese este deber de velar, el desarrollo de una actividad dirigida a satisfacer, con especial diligencia, solícitamente, las exigencias de orden espiritual y material que requieren el menor o incapacitado en cada caso concreto (73). En efecto, como señala RIVERO HERNÁNDEZ, “velar por los hijos” supone “atender diligente y delicadamente a su persona, a su salud física y psíquica, su equilibrio afectivo; informarse de sus pequeños o grandes problemas, sus amistades personales, estudios, vocación o aficiones () respondiendo a todo ello en congruencia con sus necesidades; vigilar su educación moral o religiosa ... controlar cómo es cuidado por la persona a cuya guarda está confiado. () Y todo ello, habida cuenta de la gravedad y trascendencia de lo que debe ser objeto de aquella atención, ha de hacerse con extremada diligencia” (74), pero ¿es posible dispensar este comportamiento por quien ha sido privado o excluido de la patria potestad?, por ello, el autor citado, manifiesta que el deber de velar está pensado para los casos de separación personal entre padre/madre e hijo o no ejercicio de la patria potestad.

161

Dicho párrafo se pone en conexión con el propio art. 39 de la Constitución, según el cual los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos (párr. 2.º), como “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente

(73) En relación a estas cuestiones, y por lo que respecta a la persona del tutor, que puede extenderse a este caso, puede verse GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, p. 507; puede consultarse también DIEZ-PICAZO, “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit. p. 15; GIL RODRÍGUEZ, *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1993, p. 792; LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. IV, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1985, ps. 373 y 374; SANCHO REBULLIDA, en *El nuevo régimen de la familia II*, Madrid, 1981, cit. ps. 103 y 104; BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, “El buen padre de familia”, *Libro homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, ps. 69 y ss.

(74) RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1993, p. 434.

proceda" (n.º 3.º), y así mismo, "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"; también se ha aludido a su recepción en sede de patria potestad y tutela; como se alude también en los arts. 92.1 C.c. (75), con igual preocupación el art. 160 C.c. (76), o el art. 103.1 C.c. (77); en este contexto "los padres —señala DE PRADA GONZÁLEZ— por el mero hecho de la filiación comprobada y aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos", y esta "es una obligación general e independiente de la patria potestad" (78). Ahora, para cumplirse y hacer efectivas aquellas atenciones es preciso conceder a tal progenitor un cierto ámbito de poder o potestad, que en el caso presente no ostenta, por tanto, de este modo, mal puede verificar, por lo menos no en toda su extensión y diligencia, el cumplimiento del deber de vela, aunque quede a salvo, y en este ámbito puede realizar la ejecución de este deber, lo dispuesto en el art. 160 C.c., como se mantendrían las relaciones personales entre el hijo y otros parientes o allegados, manteniéndose tal derecho como residuo inviolable de la patria potestad, que subsiste pese a la privación de ésta (79) o a la exclusión de la misma —a no ser que el Juez dispusiere lo contrario—. Luego, ante una negativa del progenitor al cumplimiento de tal prescripción, como obligación de difícil coercibilidad, se vería confinado o reducido el precepto a intentar hacer efectiva la prestación de alimentos, mediante el pago de una pensión colaborando con el otro progenitor, si está deter-

(75) "La separación, la nulidad o el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos".

(76) Sobre el derecho de visita y relaciones personales con los hijos y éstos con otros parientes o allegados.

(77) Al referirse a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio.

(78) DE PRADA GONZÁLEZ, "La patria potestad tras la reforma del Código civil", *A.A.M.N.*, t. XXV, p. 366.

(79) Entiende PAU PEDRÓN, "La nueva regulación alemana sobre la patria potestad", *A.D.C.*, 1982, p. 731.

minado, en los gastos que origina tal menor (o incapacitado), en la proporción que determine el Juez, previendo el art. 158 C.c. que “el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres”.

Partiendo de que el carácter punitivo del precepto sólo alcanza o repercute sobre el aspecto positivo y sobre lo que constituye potestad del progenitor, se ve, así mismo, excluido en la sucesión intestada del hijo, de todos los derechos que le corresponden por ley respecto del hijo o en sus herencias, dice el art. 111 C.c.; por tanto, pérdida de la condición de legitimario, de heredero *ab intestato*, del derecho de reversión (art. 812 C.c. (80)), o reserva del art. 811 C.c., ni ostenta el derecho de alimentos o a reclamar, en el caso de necesidad, la deuda alimenticia de los arts. 142 a 153 C.c. (81); no siendo exigible al hijo otros deberes, con respecto a este progenitor, que se deriven del parentesco, pero nada impide que voluntariamente el hijo le asista y responda como alimentante en caso de necesidad del

163

(80) Por su parte, PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. p. 824, preguntándose si el ascendiente tiene, en su caso, el derecho de reversión que establece el art. 812 C.c. afirma que si se creyera que este artículo establece una sucesión a título particular de carácter legal la contestación habría de ser negativa, pero el art. 812 C.c. —expresa— contiene simplemente un efecto natural de toda donación de padres a hijos. “Es, pues, un efecto jurídico del negocio de donación, y como tal podría haber sido excluido (cf. art. 641 C.c.). No se trata, por tanto, de un derecho que ostenta el padre “por ministerio de la ley”, sino de un derecho que ostenta por razón de su propia donación, y, por tanto —a su juicio—, sigue ostentándolo no obstante lo dispuesto en el art. 111 C.c.”.

(81) En el ámbito patrimonial, la exclusión de derechos sobre el patrimonio del hijo elude toda duda sobre el alcance de la medida punitiva al derecho de alimentos. La enmienda n.º 98 propuesta por el grupo UCD en el Senado, I legislatura, al proyecto y proposiciones de ley remitidas por el Congreso de los Diputados, intentó, entre otros objetivos, el de agregar un inciso que tuviese como redacción: “y de los hijos de prestar alimentos a sus padres en las condiciones de este Código”, p. 674, *Trabajos Parlamentarios*, cit., que no prospera finalmente, pero no cabe duda que el progenitor también pierde este derecho de alimentos.

padre (o madre) respecto del que se haya determinado la filiación en la forma descrita por el n.º 2.º, o en testamento disponga a su favor de parte de sus bienes, como puede responder en esta forma positiva en relación a otros institutos que tengan origen voluntario, o a toda función fiduciaria que tenga origen voluntario: apoderado, administrador, albacea, ...

164 Reiterando que tales restricciones sólo afectan al progenitor incurso o respecto del que se ha determinado tal filiación, no se extiende, no sólo porque el precepto lo refiere textualmente a éste, como por el carácter restrictivo que merece por su tenor sancionador, a otros familiares del mismo (por lo tanto el abuelo del hijo y padre del progenitor sancionado no perderá ninguna de las circunstancias legales que le correspondan, ostentará derechos sucesorios, derecho de alimentos, ocupando el mismo lugar) (82). Más discutible (83) “resulta si han de ser sancionados los herederos del progenitor en el caso de que la acción de reclamación de estado haya tenido que entablarse contra ellos venciendo su oposición, hipótesis posible, puesto que la nueva Ley no impide que aquella acción, muerto el progenitor, se ejercite contra sus herederos. El problema se planteará, claro es, en el supuesto de que tales herederos, por su relación de parentesco con el progenitor, pudieran ostentar frente al hijo alguno de los derechos de los que el art. 111 priva al primero. La cuestión es () dudosa. Con todas las reservas a que obliga la exégesis de una norma carente de precedentes y de interpretación jurisprudencial, (se inclina) por la negativa. No sería aplicable al caso la previsión del n.º 1.º () cuyo fundamento () es otro que el que sirve de apoyo al supuesto del n.º 2.º, que sería el que podría suscitar el planteamiento del problema. Por lo demás, a la hora de valorar la oposición a una acción de reclama-

(82) También en este sentido puede verse ALBACAR y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código civil*, t. I, Madrid, 1991, p. 792.

(83) Argumenta DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, cit. ps. 98 y 99.

ción, no puede medirse por el mismo rasero, en principio, la actitud del propio progenitor () que la de los herederos. Lógicamente, quienes disponen de mejores elementos de juicio para saber a qué atenerse sobre su propia paternidad son los padres. Si aún en relación con ellos puede resultar exagerada la sanción prescrita, pues, en particular si se trata del padre, la oposición puede descansar en la duda, que puede ser fundada, sobre que la paternidad le sea imputable, con mayor razón parece que la sanción sería desproporcionada, y en muchos casos injusta, referida a quienes pueden tener todavía motivos (legítimos) mucho mayores para dudar y, consiguientemente, para oponerse”.

En un párrafo aparte añade el precepto la imposibilidad, además, de que el hijo, consecuencia de esta misma conducta, lleve el apellido de su progenitor (“más que si lo solicita él mismo o su representante legal”). Entre las enmiendas al Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en el Congreso de los Diputados, durante la I Legislatura, el Grupo Comunista en el Congreso propuso, como enmienda n.º 85, intercalar entre los párrafos 3.º y 4.º uno del siguiente tenor: “en ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal”, con la justificación de que “se trata de supuestos en que puede resultar molesto o inconveniente para el hijo ostentar el apellido del padre reo de un delito () o que se opuso a la legal determinación de su paternidad y en los que la no transmisión del apellido paterno es tan razonable como el de las demás privaciones de derechos previstas para el mismo” (84); pero, en el Informe de la Ponencia, de 22 de mayo de 1980 se aceptan algunas enmiendas que presentaban tan sólo ciertas rectificaciones de estilo, siendo recha-

(84) Puede verse Código civil, reformas 1978-1983, *Trabajos Parlamentarios*, t. 1, Cortes Generales, ed. dirigida por Santaolalla, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p. 252.

zadas por el momento otras, como la n.º 85. Celebrada la Sesión Plenaria n.º 138, de 16 de abril de 1980, tras el discurso del Ministro de Justicia, se inicia el debate del Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior sobre este Proyecto de Ley, declarando en este momento el Sr. SOLÉ BARBERÁ que de acuerdo con lo adoptado en el art. 109 la enmienda que propone incluir un nuevo párrafo 3.º (el referente al apellido) es ya imposible —afirma— porque en el articulado se ha aprobado que en la inscripción de nacimiento el apellido viene determinado en las condiciones que establece la ley y por tanto no es un derecho sino que es un deber el ostentar unos apellidos determinados, el hijo tendrá que asumir el apellido del padre aunque éste sea el padre con unas circunstancias tan concretas como las que señalan en la motivación de su enmienda; luego, explicada de esta forma su propuesta una vez votada y aceptada se incorpora definitivamente al texto (85). Recibido el Proyecto en el Senado remitido por el Congreso de los Diputados, el grupo UCD plantea como enmienda n.º 59 la dirigida en su mayor parte a mejorar el precepto gramatical y estilísticamente, introduciendo, además, una modificación de fondo al tercer párrafo, invirtiendo el mecanismo procedente para que tenga lugar el efecto negativo que el Proyecto establecía en relación con la traslación del apellido del progenitor, en lugar de que sea una consecuencia automática inmediatamente determinada por Ley, que pueda quedar enervada por la decisión en contrario del hijo o de su representante legal, se ha entendido que sea esta decisión la que de una manera más directa determine en su caso la procedencia o no de aquel efecto, pretendiendo con ello instrumentar más adecuadamente la voluntariedad que es inherente al supuesto de este precepto. Además, se marca un límite de edad (de 14 años) para que el hijo pueda expresar por sí la renuncia al apellido del progenitor incurso en los supuestos

(85) *Ibídem*, p. 583.

legales: “el hijo, si es mayor de 14 años, podrá renunciar a ostentar el apellido del progenitor que se trate...” (86), corrección que es aceptada en el Informe de la Ponencia de 24 de marzo de 1981, dando relevancia a la voluntariedad del cambio, a la vez que la ponencia propone a la Comisión por razones de índole sistemática que el texto del art. 111 del Proyecto quede localizado en el título VII, pasando a ser el art. 155 (87). También en la doctrina se ha manifestado que siendo un tema de exclusión de la patria potestad no es propia su ubicación en sede de filiación, a continuación de los primeros artículos proclamadores de la igualdad de efectos y no como parecía más propio dentro del título VII sobre la patria potestad, si se trata de apartar a quienes no ofrecen garantías dónde mejor que al referirse al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Manifestando MARTÍNEZ CALCERRADA, por su parte, que la *ratio legis* del precepto no se refiere a contemplar un aspecto de la patria potestad, pues ésta en rigor, aún no se ha iniciado, se pretende con la sanción que efectivamente no se inicie, por cuanto el contenido prescrito por la norma —entiende— hay que ubicarlo exclusivamente en el cuerpo de ordenación protectora de los hijos, apartando, por ende, a quienes no ofrecen garantías de brindarles una verdadera protección (88). Continuando con el desarrollo de

(86) *Ibidem*, ps. 659 y ss.

(87) *Ibidem*, ps. 717 y ss. También se propuso trasladar el art. 110 al título VII después del art. 154, enmienda n.º 13 (UCD), Senado, I Legislatura, p. 679, de *Trabajos Parlamentarios*, cit.

(88) MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, cit. p. 21. En sentido semejante se expresa SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXVI, cit. p. 374, “además de que algunos de los preceptos no se relacionan con ella (apellidos), y otros lo hacen, precisamente, de modo negativo (cuando la paternidad no confiere una potestad: cuidado y alimentos, comunicación), es de tener en cuenta que la patria potestad misma es consecuencia y contenido de la relación paterno-filial”. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La patria potestad y la filiación, ...”, cit. p. 107, sobre, también, el mismo precepto en la Compilación de Navarra, sería más lógico y respondería a una mejor sistematización ocuparse en primer lugar de la filiación y su determinación, después de sus efectos en general y después desarrollar ese efecto concreto que consiste en la patria potestad.

la tramitación parlamentaria de esta Ley, de 13 de mayo de 1981, sólo hacer constar que aquella enervación de la automaticidad referente a la asunción de los apellidos del progenitor incurso en la sanción del art. 111 es sustituida posteriormente por la actual redacción del párr. 3.º como texto definitivo, sin apenas argumentación de la razón de este cambio (89). Ya en el Congreso de los Diputados, en la Sesión plenaria n.º 136, de 28 de abril de 1981, sometidas a votación las enmiendas del senado relativas al emplazamiento de este art. 111 así como las que proponen modificaciones al contenido del mismo, resulta el rechazo a la casi totalidad de las mismas, tanto en lo que concierne a su ubicación sistemática como en lo que se refiere a su contenido (90).

A juicio de algunos autores más acertado hubiera sido mantener la regla general, que el hijo llevara los apellidos del progenitor y sólo a petición de parte interesada suprimir dichos apellidos (91), como manifiesta MARTÍNEZ CALCERRADA: "otro efecto, insospechado por lo insólito dentro de nuestro Derecho civil, es el contenido en el párr. 4.º del art. 111; (insólito) porque en razón a la categoría maximalista de los apellidos en tema de filiación, parece que es un objetivo esencial e indispensable pretender que el hijo afectado () consiga por resolución judicial que, a resultas de la imposición de la filiación acreditada, se declare su derecho indiscutible a portar los apellidos del progenitor, aparte de las consecuencias asistenciales (), puede ocurrir que la ignominiosidad de tales conductas por el padre, provoque el rehúse por el propio hijo a ostentar sus apellidos, lo que si puede ser verosímil en algún caso, siempre representaría una excepción a la regla general, y no, como () hace el

(89) Vid. *Trabajos Parlamentarios*, cit. p. 860.

(90) Vid. *Trabajos Parlamentarios*, cit. p. 941, en concreto el Sr. SOTILLO MARTÍ en nombre del grupo parlamentario socialista del Congreso se manifiesta en contra de trasladar el art. 111 al título VII como art. 155, p. 944.

(91) Como expresa SERNA MERONÓ, *La reforma de la filiación*, cit. p. 200.

artículo, reflejarlo como disposición genérica, incluso aplicable de oficio, y sólo permitir su derogación merced a solicitud del interesado o su representante legal, con lo que se añade otro instrumento de perturbación: así se puede privar a ese hijo de su derecho a los apellidos, simplemente, porque acaso ese representante legal obsesionado con la aversión hacia el progenitor castigado () se ensañe con su desprecio acasionando () ese perjuicio al hijo; hubiera sido deseable cambiar la excepción por regla, y que siempre la decisión judicial determinante de la privación de apellidos fuese fundada a petición de parte interesada” (92).

Pero a la vista del texto definitivo, el hijo cuya filiación ha quedado judicialmente determinada respecto del progenitor opuesto a la misma no ostentará su apellido, salvo si lo solicita el propio hijo (93) o su representante legal, circunstancia que habrá de ser tenida en cuenta por el encargado del Registro civil a los efectos de no imponer al hijo de tal progenitor sus apellidos. Opción por el apellido excluido que puede ser ejercitada en cualquier momento, siendo imprescriptible (94), sin requerir tal decisión aprobación judicial, aunque parta del representante legal, y una vez así impuesto es, como todo apellido irrenunciable, sin que quepan otras modificaciones que las permitidas expresamente por la ley (95).

169

(92) MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, cit. ps. 22 y 23.

(93) Se plantean ALBACAR y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código civil*, t. I, cit. ps. 794 y 795, el problema de cuál pueda ser esa capacidad “especialmente (habrá que fijar) la atención en la frase «alcanzada la plena capacidad» que aparece en el párr. 3.º —Para dichos autores— ambos párrafos necesitan de una interpretación conjunta, ya que en realidad vienen referidos casi a lo mismo: la posibilidad de que el hijo decida ostentar el apellido del progenitor condenado, en el segundo; y la de que dejen de producir sus efectos las restricciones que señalan los números 1.º y 2.º del párr. 1.º, el tercero. (Necesitándose —entienden— en consecuencia la plena capacidad)”.

(94) Sobre el momento en que el hijo o su representante legal pueden solicitar esta opción y el procedimiento para ello hace referencia el volumen publicado por el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Murcia, en el seminario sobre la *Reforma del Derecho de familia*, 1984, ps. 213 y 214.

(95) Vid. SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXVI, cit. p. 378.

Añadiendo PEÑA B. DE QUIRÓS que tal derecho de opción no es transmisible a los descendientes del hijo una vez muerto, por su carácter personalísimo y por tanto intransmisible, “en cambio —señala— parece que el apellido que no ostenta el hijo, porque no quiere, es uno de los apellidos que pertenecen a la familia a efectos de poder invocar esta pertenencia en una petición al Ministerio de Justicia de cambio de apellidos (*cfr.* arts. 57.2.º y 3.º LRC)” (96).

VI. Cesación de tales restricciones

170

Según el párrafo 4.º del precepto en comentario “dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”.

Como dice DE LA CÁMARA (97), “el precepto, a pesar de su aparente simplicidad, plantea graves y difíciles problemas”.

Se pudiera pensar que, quizá, parte de los males imputados a este precepto legal sancionador se flexibilizan o modalizan con la aplicación de tal medida, pero también crea otros, porque, entre otras circunstancias, se corre el riesgo de otorgar al representante legal (normalmente la madre) la iniciativa de tal decisión, en éste se deposita un excesivo poder, porque su inacción o la decisión por el mantenimiento de dichas sanciones puede no responder a lo que mejor convenga a dicho menor, sino a sus sentimientos de inquina, resentimiento, rencor o animadversión hacia el padre cuya paternidad ha negado, como vindicta a la actitud de desconocimiento y oposición que manifestó éste, y son situaciones y efectos de trascendente impor-

(96) PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. p. 825.

(97) DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, cit. p. 99.

tancia (98); ahora, se evita que una manifestación en sentido contrario, solicitando la cesación de tales efectos, tenga por objeto sólo razones de oportunidad, o por motivos egoístas se imponga al menor una potestad inconveniente o perjudicial, por lo que la autoridad judicial valorará las circunstancias concretas decidiendo, en todo caso, en interés del propio menor (99), pero tal intervención tendría que constar ya a la hora de imponer o evitar dichas sanciones, de este modo se conseguiría la verdadera protección de los intereses y el beneficio del propio menor. Podría, también, acentuarse la ventaja de este párrafo en la concesión a la voluntad del hijo ya capaz para enervar dichas restricciones (aunque en algunos casos podría ser consecuencia de la influencia de los personalismos tendenciosos del que fue su representante legal, de su otro progenitor) (100).

Este es el único modo por el que se puede dejar sin efecto dichas sanciones, o bien porque lo solicite el mismo hijo (alcanzada la mayoría de edad —arts. 315, 322 C.c.— o emancipado —*vid.* art. 323 C.c.— o del menor que hubiere

171

(98) SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, cit. p. 201, añade otro reparo: “supone una atribución exorbitante del representante legal del menor, ya que con su actuación establece una auténtica limitación a la facultad de disponer de sus bienes para después de su muerte, puesto que el hijo deberá respetar la legítima de su progenitor aun en contra de su voluntad”.

(99) El beneficio económico no es decisivo —aclara GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, Pamplona, 1989, p. 533; *vid.* también PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. ps. 825 y 826— juega como criterio decisivo para la aprobación de la determinación del representante legal su conducta posterior a la exclusión que haga desaparecer la desconfianza hacia su persona que motivó dicha exclusión. Para este segundo autor citado “el Juez sólo puede acceder a lo solicitado cuando el comportamiento del progenitor, no obstante el origen de la procreación, o su resistencia a admitir la filiación, haya sido el de un padre o madre solícitos y cuidadosos del interés de sus hijos, de suerte que se estime conveniente devolver al progenitor sancionado las potestades, funciones y derechos de que inicialmente ha sido privado”.

(100) Para ALBACAR y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Código civil*, t. I, cit. p. 796, es necesaria la declaración judicial de ese “dejarán de producir sus efectos esas restricciones” en ambos casos, cuestionándose si la frase “aprobada judicialmente” será o no también aplicable al supuesto de que sea el hijo quien manifieste en dicho sentido su voluntad.

obtenido el beneficio de la mayor edad (101) o en el supuesto de que siendo mayor incapacitado hubiese recuperado su capacidad), o bien por el representante legal (en el caso de minoría de edad o incapacitación (102)) con la aprobación judicial, desestimada la enmienda que introducía como causa de cesación automática de las restricciones legales el matrimonio entre ambos progenitores (103), por lo que no parece que sea suficiente una manifestación de voluntad tácita. Insistiendo PEÑA B. DE QUIRÓS que “no existe otro modo de hacer cesar las restricciones. No basta que el progenitor acoja, después, al hijo como tal hijo y cumpla con sus deberes paternos. Ni siquiera, (como se ha visto) basta el matrimonio de los padres a pesar de que los hijos —y los padres— pasen a tener la consideración de matrimoniales” (104). Podría haberse tenido en cuenta la posibilidad de que, también, el padre excluido de la patria potestad pudiera promover el expediente para la aprobación de la recuperación u obtención de su potestad, sobre todo pensando en aquel progenitor que se opuso de buena fe o el que en principio demostró y actuó con mala fe si posteriormente cede en esta actitud, como requeriría aprobación

(101) Con referencia a la “plena capacidad” —expresa PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. p. 825— “no se trata de excluir al menor emancipado, sino simplemente de establecer que si el hijo no tiene plena capacidad, aun después de la mayoría de edad puede el representante legal ejercitar el derecho en lugar del hijo”.

(102) En este caso habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, sobre las especificaciones que contuviese sobre la concreta capacidad o incapacidad y determinaciones sobre los concretos actos que puede llevar a cabo, *vid.* art. 210 C.c. según el cual: “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”.

(103) Fue propuesta en el Senado durante la I Legislatura como enmienda n.º 94 por el grupo UCD y aceptada en el Informe de la Ponencia (I Legislatura, Senado, 24 de marzo de 1981, *vid.* *Trabajos Parlamentarios*, cit. ps. 717 y ss.), así se decía que “...estas restricciones cesarán por el subsiguiente matrimonio de los progenitores, por decisión del representante legal...”, como figura en el texto del Dictamen de la Comisión en el Senado (*vid.* *Trabajos Parlamentarios*, cit. p. 785), que desaparece con posterioridad tras la Sesión Plenaria del Senado n.º 99, de 1 de abril de 1981 (*Trabajos Parlamentarios*, cit. p. 860).

(104) PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. p. 825.

judicial, el Juez valorando la situación decidiría lo que más conviniese a los intereses del hijo.

Se cuestiona también PEÑA B. DE QUIRÓS si requiere forma auténtica para su eficacia la declaración del hijo plenamente capaz, respondiendo que la forma auténtica parece la única congruente con la eficacia de la declaración. “Ha sido por una sentencia como ha quedado determinada con eficacia *erga omnes* una cierta modalidad de la relación paterno-filial. Es lógico, pues, que las declaraciones modificativas de este estatuto se hayan de expresar en forma auténtica, sobre todo por sus efectos (capacidad sucesoria, apellidos), se trata de declaraciones para las que la ley, en supuestos análogos, exige la forma auténtica (). Pero no debe olvidarse, sin embargo, que el art. 111 no exige expresamente que la declaración conste en forma auténtica” (105), aunque ésta parezca la forma más oportuna para dar eficacia a su declaración de voluntad, sobre todo por el valor y el peso de tales sanciones (106).

173

(105) PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit. ps. 826 a 827, donde continúa esta exposición. RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 436, manifiesta que “la forma (común para ambos legitimarios) no parece que deba ser inexcusablemente pública; el art. 111 no la exige”.

(106) De forma extensa trata DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, cit. ps. 99 y ss., estas cuestiones, se plantea si es preciso que la declaración del hijo asuma una forma determinada, si es preciso que el hijo formule una declaración expresa o puede también admitirse su manifestación en forma tácita, nada dice el art. 111 sobre los particulares de los que depende la eficacia de la voluntad del hijo, trayendo a colación para responder a estas cuestiones las normas del Código referentes al caso en que dejen de surtir efecto las incapacidades para suceder por causa de indignidad, aunque las restricciones del art. 111 no son sólo de índole sucesoria y que las relativas a los derechos hereditarios del progenitor afectado no pueden calificarse en sentido estricto como una verdadera incapacidad sucesoria, aunque se aproximan, con estas y otras salvedades y advertencias, en este orden de cosas —resuelve— teniendo en cuenta el art. 757 C.c. que si el hijo testa y en su testamento dispone de todo o parte de sus bienes, sea a título de institución o de legado, a favor del progenitor sancionado, y con conocimiento de las circunstancias que determinaron la sentencia entiende que ésta cesa y como las sanciones del art. 111 están contempladas como un todo también cesan las demás restricciones dimanantes del mismo artículo. Atendiendo también al hecho de si el hijo al testar es mayor de edad o menor de edad (*vid.* p. 101), como las consecuencias de revocación de dicho testamento.

Si la solicitud parte del representante legal deberá instar del Juez competente (que será el de Primera Instancia del domicilio del menor —art. 63.1 L.E.C.—) la aprobación judicial. En cuya declaración describirá las circunstancias personales de los interesados, como los motivos que justifiquen y fundamentos que apoyen tal determinación, acompañando los documentos pertinentes (107). La exigencia de la aprobación descarta el problema de la forma, tan sólo se materializará por escrito dirigido al Juez. El procedimiento a seguir será el de jurisdicción voluntaria, en cuyo expediente será conveniente oír al propio representante legal, al progenitor excluido, al Ministerio fiscal, teniendo en cuenta que la propia reforma de 1981, en diversos preceptos, como está previsto también en las reformas de 1983 y 1987, ha declarado la necesidad de oír al menor cuando tuviere suficiente juicio, y en todo caso cuando sea mayor de 12 años, en todas aquellas cuestiones que le afecten (arts. 154.3, 156, 158, 163, 167, 231, 273, 280 C.c., ...). Comprobados los extremos que estime pertinentes el Juez acordará o denegará tal recuperación, cuyo criterio decisivo será el interés del propio menor; resolución que adoptará la forma de auto, pudiendo ser objeto de apelación.

Además, se cuestiona si cabría otra forma de condonación tácita más que la derivada del otorgamiento de un testamento de conformidad con lo previsto por el art. 757 C.c., remitiéndose a otra institución sucesoria, cual es la de la desheredación, y según el art. 856 C.c. "la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar y deja sin efecto la desheredación hecha", concluyendo, después de otras reflexiones a propósito de esta cuestión, que "las sanciones impuestas al progenitor pueden también cancelarse por la vía de la reconciliación entendida como una normalización de hecho de la relación familiar de acuerdo con las circunstancias. Si entre el padre y el hijo, a pesar de haberse dado alguno de los dos supuestos previstos por el art. 111, se entabla una relación fáctica cordial y apropiada a la que mantienen generalmente los hijos con sus padres, no hay motivo para no ver en ese comportamiento del hijo una manifestación tácita, pero clara, de su voluntad de dejar sin efecto las restricciones impuestas por el art. 111" (*vid.* no obstante la extensión de sus argumentos en las citadas ps. 99 y ss.)

(107) Se acreditará documentalmente, especifica GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, cit. p. 534, la relación paterno-filial, la exclusión de la patria potestad, la representación del padre o del tutor (la determinación judicial de la filiación).

La decisión en sentido positivo implica la enervación o condonación de aquellas restricciones, de todas las que señala el propio precepto, a no ser que de otro modo se hubiese solicitado o el hijo ya llevara el apellido de su progenitor, excluido inicialmente, (como no habría lugar al otorgamiento de la patria potestad si el hijo fuere mayor de edad o emancipado —art. 169 C.c.—). Lo que no quiere decir —manifiesta PEÑA B. DE QUIRÓS— que, “a partir de entonces, el progenitor tenga siempre la patria potestad y demás funciones tuitivas que al progenitor ordinariamente corresponde, y que, además, ostente en todo caso, respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, los derechos que la ley asigna al progenitor. El hecho determinante de la sanción legal prevista en el art. 111 y, en particular, la oposición maliciosa a ser declarado padre o madre cuando concurre además el abandono total de los deberes paternos, puede haber tenido, con arreglo a otros artículos, una sanción especial: privación de la patria potestad (*cf.* art. 170 C.c.), incapacidad para cargos tutelares (*cf.* arts. 237.2.º y 5.º y 298 C.c.), indignidad sucesoria (*cf.* 756.1.º C.c.), causa de desheredación (*cf.* art. 854 C.c.), cesación del derecho de alimentos (*cf.* arts. 152.4 y 854 C.c.). Naturalmente que estas sanciones sólo se levantarían no por la declaración prevista en el art. 111 C.c., sino cuando la propia Ley permite el levantamiento de la sanción y por los modos especialmente previstos por la Ley para caso de sanción (*cf.* arts. 170, 757, 856 C.c.)” (108).

El levantamiento de las restricciones señaladas por el art. 111 C.c. ha de entenderse para los efectos que la filiación haya de producir en lo sucesivo, no tiene efectos retroactivos, como se desprende de la expresión utilizada por el legislador “dejarán de producir efecto...”, el acto tiene eficacia constitutiva, en su aspecto sustantivo.

(108) PEÑA B. DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit, p. 827.

La declaración de la cesación de restricciones es irrevocable, pues el estado civil de filiación, como materia de orden público, no admite restricciones producidas por la voluntad particular, salvo cuando la ley expresamente lo permita (109).

(109) *Ibídem.*

LA HIPOTECA Y EL EMBARGO SOBRE LOS DERECHOS DE EXPLOTACION EN LA LEY DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1987

177

JOAQUIN RAMS ALBESA
Catedrático de Derecho Civil

ANA FERNANDEZ-TRESGUERRES GARCIA
Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: EL CONTENIDO COMPLEJO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. **II.** LA HIPOTECA MOBILIARIA SOBRE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN. **1.** Elementos subjetivos. **a)** *¿Quién puede constituir la hipoteca? Autores, causahabientes y cesionarios. Pluralidad de autores.* **b)** *Capacidad. Reglas especiales. Autor sujeto a representación legal: patria potestad; el menor emancipado; el menor de vida independiente: artículo 44 de la LPI; tutela y curatela; especialidades en el Derecho Civil especial o foral; el autor casado en sociedad de gananciales.* **2.** Elementos objetivos: extensión de

la hipoteca a los derechos de explotación. **C)** *Elementos formales: la escritura pública de constitución. El problema de la doble inscripción.* **D)** Efectos de la hipoteca: la adjudicación. **III.** EMBARGO SOBRE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN: OBJETO Y CUESTIONES PROCEDIMENTALES. **IV.** REFLEXIÓN FINAL.

I. Introducción

La Ley de 11 de noviembre de 1987 configura la propiedad intelectual (1) como una institución jurídica de carác-

(1) Entre la producción bibliográfica española puede citarse la siguiente en cuanto relacionada con el objeto de este trabajo:

AMORÓS GUARDIOLA, M.: "Comentario al artículo 53", en BERCOVITZ: *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, 1989.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE. "Comentarios a la Ley de hipoteca mobiliaria", *RCDI*, 1956, pp. 347 y ss.

CARRETERO, T.: "Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión", *RCDI*, Suplemento de 1955.

COSSIO: "El sistema registral mobiliario", *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, "Estudios jurídicos varios", Volumen II, 1962, pp. 371 y ss.

ENTRE-SOTOS FORNS: "Comentario al artículo 44 de la Ley de Propiedad Intelectual". En *Comentarios...*, Tecnos, 1989.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Comentario al artículo 43 de la ley de propiedad intelectual", en *Comentarios...*, Tecnos, pp. 659 y ss.

GÓMEZ LAPLAZA, C.: "Comentario al artículo 58 de la Ley de Propiedad Intelectual", *Comentarios...*, Tecnos, 1989.

GÓMEZ-ACEBO SANTOS, F.: "La Hipoteca de propiedad intelectual y de propiedad industrial", *AAMN*, XI, 1961.

GUILLÓN BALLESTEROS, A.: "Cuestiones de preferencia en la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento", *ADC*, XVII-4, pp. 741 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La forma constitutiva en la Hipoteca Mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento", *AAMN*, XI, 1961.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: "Derecho Inmobiliario Registral", *Elementos de Derecho Civil*, III, bis, 1984.

PAU PEDRÓN, A.: "Elementos de derecho Hipotecario", *ICADE*, 1983.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.ª ed. 1986.

— "Comentarios a los artículos 428 y 429", en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Tomo V, Vol. II, Ed. Edersa, Madrid, 1985.

ter complejo. Su contenido, múltiple, está integrado por dos categorías de derechos: el moral, que corresponde al autor —inherente a su persona y por tanto de ejercicio personalísimo por éste (2)— y el de explotación, que aglutina aquellas facultades —a los que la ley llama, impropriamente,

PRIETO CASTRO, L.: "Los procedimientos de ejecución de la Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento", *AAMN*, XI, 1961.

RAMOS FOLQUES: "El Registro de Hipoteca Mobiliaria", *RCDI*, Suplemento año 1955, p. 72.

RAMS ALBESA, J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, 1992.

— *Bienes privativos personalísimos*. (Análisis del art. 1.346, 5.º y 6.º del Código Civil). Ed. Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987.

— *Curso de Propiedad Intelectual*, Facultad de Derecho U.C.M./Colegio de Abogados de Madrid, 1988.

ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, R.: *Derecho Hipotecario*, Tomo IV -2.º, Bosch, 1978, pp. 1221 y ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: *Una nueva sistematización jurídica de las propiedades especiales*. Dykinson, 1990.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

ROGEL VIDE, C.: "Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual", en *Centenario del Código Civil*, II, pp. 1819 y ss.

— *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Tecnos, 1984.

— *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Boleña, 1985.

ROLDÁN BARBERO: "Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales". *La Ley*, 1988-2, pp. 908 y ss.

URIBE SORRIBES: "La representación de los hijos". Edersa. *AAMN*, XXV.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de Diciembre de 1954", sobre HMPSPD, *AAMN*, XI, 1961.

VATTIER FUENZALIDA: "La propiedad Intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)". *A.D.C.*, Julio-Septiembre, 1993, pp. 1041 y ss.

VEGA VEGA, J. A.: *Derecho de autor*. Tecnos, 1990, p. 147.

VENTOSO ESCRIBANO: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Colex, 1989.

VIOLA SAURET, J.: "Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de sus principios", *Anales* XI, 1961.

(2) LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. 2.º, p. 335, en referencia a la Ley de 1879 pero en opinión perfectamente asumible tras la Ley de 1987 puntualiza que el derecho moral, es intransmisible inter vivos en cuanto personalísimo, pero persiste tras la muerte del autor transformándose en un "derecho de la personalidad pretérita", de duración indefinida más allá de la duración pecuniaria. Afirma LACRUZ que acaso el autor podría atribuir tal poder como *officium* a un ejecutor testamentario. Tras la reforma los arts. 15 y 14 3.º y 4.º de la Ley, aluden a la persona física o jurídica a la que el autor haya confiado expresamente en disposición de última voluntad —sin límite de tiempo— el ejercicio de ciertas cualidades inherentes al derecho de autor.

derechos— que en cuanto patrimoniales o dotadas de contenido económico son susceptibles, inicialmente, de cesión inter vivos por determinados títulos (3) y mortis causa con arreglo a las normas generales (4) (arts. 42, 43 y 57 de la Ley).

Este carácter bifronte plantea la dificultad de determinar hasta qué punto el personalismo determina el total contenido de la propiedad intelectual. La cuestión no es menor, pues, si prima el carácter personal sobre el patrimonial hay que entender que los derechos de explotación sólo relativamente se encuentran en el tráfico, cobrando sentido la imposibilidad de transmisión por vías distintas de la cesión y la interpretación relativa de la cesión forzosa.

Contrariamente, si la explotación no está totalmente imbuída por el personalismo que marca la autoría, desgajándose de ésta como objeto de tráfico perfecto, será posible la creación de auténticos derechos reales sobre la propiedad intelectual —su explotación— con lo que la interpretación de las muy diversas cuestiones que plantea la remisión a la Ley de Hipoteca Mobiliaria podría realizarse desde la perspectiva general de Derecho Privado.

Este binomio personalismo-patrimonialidad está presente

(3) Bajo el imperio de la Ley de 1879, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ("Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, T. V, Vol. 2 Madrid, 1985, p. 822) resaltaba la posibilidad de constitución de derechos con alcance limitado sobre la propiedad intelectual.

Tras la entrada en vigor de la Ley, es discutida la posibilidad de transmitir los derechos de explotación por medios distintos de los enunciados en el artículo 57: edición, representación o ejecución y producción de obras audiovisuales, con carácter exclusivo o parcial (arts. 48 a 50 de la Ley). Tiene especial interés el estudio de la enajenación forzosa que pueda derivar de hipoteca y embargo —art. 53 de la Ley— en cuanto el esquema adquisitivo se separa de la cesión para cercarse a la compra-venta.

(4) Adquisición hereditaria que tendrá lugar por alguno de los títulos comprendidos en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria o por título singular —legado—, artículo 858 C.c. ¿Quid por donación mortis causa en los territorios en que esté permitida? No se observa dificultad en la admisión en cuanto participan de las disposiciones de última voluntad. (Vid. DORAL GARCÍA "Las donaciones mortis causa en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra", *R.J.N.*, n.º 15, pp. 89 y ss.).

en la regulación de toda cesión inter vivos de la propiedad intelectual referida, en todo caso, exclusivamente a los derechos de explotación (5).

Las formas típicas de transmisión son la cesión en exclusiva y la sin exclusiva (6) a las que se dedican varios preceptos generales. Inmediatamente después en el texto legal se sitúa el artículo 53 (7), referido expresamente a la hipoteca y al embargo de los derechos de explotación, el cual debe ser coordinado —por remisión— con la legislación especial sobre hipoteca mobiliaria (8).

En primera lectura, sorprende el dispar tratamiento otorgado a hipoteca y embargo. Mientras que se declara hipotecable el contenido patrimonial, seguidamente se hace declaración de inembargabilidad de los derechos de explotación.

Con ello se pone de manifiesto una indudable vacilación del legislador al adoptar las reglas de tráfico de bienes y

181

(5) La distinción ya se esbozaba en la ley de 1879 en la cual, por ejemplo, no se permitía la transmisión global de la propiedad intelectual si el autor no conservaba acción para perseguir las infracciones y en sede de renuncia abdicativa se exigían distintas formalidades según se tratara de derecho moral o de explotación. RODRÍGUEZ TAPIA (*Cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, p. 41) señala que es con la Ley de 31 de mayo de 1966, sobre propiedad intelectual en las obras cinematográficas, cuando se predica el carácter personalísimo del derecho moral, sirviendo al efecto de elemento interpretativo de nuestro ordenamiento el artículo 6 bis 1) del Convenio de Berna.

(6) La cesión exclusiva tiene su sede en los artículos 48 y concordantes L.P.I.: el 51, sobre relación laboral, 87 y sobre producción y transformación de obra audiovisual; y la sin exclusiva —al menos por naturaleza— en el artículo 58, contrato de edición y 74, contrato de representación y ejecución dramático-musical, además de otros supuestos. (Véase al respecto RODRÍGUEZ TAPIA, *op. cit.*, pp. 79 y ss., y GETE-ALONSO (*Com. Tecnos*, pp. 674 y ss.).

(7) Establece el precepto, textualmente:

“Los derechos de explotación de las obras protegidas en esta Ley podrán ser objeto de hipoteca con arreglo a la legislación vigente.

Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son los frutos o productos que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable”.

(8) AMORÓS GUARDIOLA (*Comentarios a la L.P.I.*, dirigida por BERCOVITZ, Ed. Tecnos, p. 822) destaca que por virtud de la remisión la propia normativa sobre hipoteca mobiliaria forma parte de la ley de propiedad intelectual, técnica criticable, pero que sin duda otorga a la ley sobre hipoteca mobiliaria una renovada eficacia.

servicios intelectuales —sólo serán embargables los “frutos o productos” de los derechos de explotación— y no debería ser ésta la solución adoptada. Si las facultades de explotación son hipotecables en su caracterización y función patrimonial, por igual razón y con el mismo alcance deberían ser embargables.

En fin, el indudable valor económico que los bienes (9) intelectuales representan pueden suponer, en cuanto a la hipoteca, la mejor garantía para el acceso al crédito en cualquiera de sus formas de su titular, en su finalidad típica. Respecto del embargo —concreta aplicación del artículo 1.911 del Código Civil— en cuanto desenvuelve una enajenación forzosa de la que la traba y anotación son anticipo, su perfecta coordinación con las normas procedimentales se perfila como cuestión de orden público.

182

Hay, por tanto, sobradas razones para el estudio de las garantías sobre la propiedad intelectual y sobre ellas, de seguro, habrá de volver el legislador.

Este, en la Ley de 1987 ha cometido el error, a nuestro criterio, de servirse de una simple hipótesis de trabajo y hacer de ella una categoría: se trata de ver al autor de una obra al margen —salvo en la participación patrimonial— del tráfico económico que con la misma se efectúe. El legislador —concretamente los sujetos redactores de la ley— se vería en un grave apuro si estuviere en la obligación de resolver una cuestión litigiosa en la que el autor mismo es editor, o consorcio de la edición o actúa como empresario teatral de su obra o promueve el ciclo económico completo de la producción plástica. El modelo del autor cedente de derechos de explotación concretos será, si se quiere el más común, pero no es, en modo alguno, el modelo-paradigma para la construcción de normas con vocación de generalidad que, además, den razón de ser de la institución y ésta está,

(9) Por bienes intelectuales, a nuestros efectos, debe entenderse no el soporte u objeto mueble al que se incorpora, sino las facultades de explotación sobre la propiedad especial. Se insistirá en ello al analizar el objeto de la hipoteca mobiliaria.

se quiera o no, por encima de los modelos de configuración subjetivamente adoptados, mucho más cuando esta subjetividad es interesada.

II. La hipoteca de los derechos de explotación

La Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 destaca que son susceptibles de hipoteca mobiliaria aquellos bienes que por su identificación semejante a la de los inmuebles y reflejo consiguiente en documentos y Registros Públicos son susceptibles de ser perseguidos por acción real ilimitadamente (10).

En el elenco de los bienes que se consideran objeto de hipoteca mobiliaria —con criterio de *numerus clausus*— el artículo 12 de la Ley enumera, de forma conjunta, la propiedad intelectual e industrial, dedicando posteriormente los artículos 45 a 49 a su fragmentario tratamiento (11).

183

La idea básica que desarrolla la Ley de Hipoteca Mobiliaria consiste en que la especial naturaleza e identificación indubitada hace posible el acceso al Registro de los bienes que considera objeto de garantía real, si bien aquél no se basa en el sistema de folio real sino que como mero Registro de gravámenes publica la existencia del bien mueble sólo en cuanto es objeto de garantía mobiliaria.

Esta nota habrá de ser retenida en cuanto justifica una duplicidad registral que se consagra y perpetúa tras la publicación del Reglamento del Registro General de la propiedad

(10) Así, artículo 16 de la Ley: “la hipoteca mobiliaria sujeta directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.”. Conforme a la Disposición Adicional 3.ª de la Ley, en el caso de insuficiencia de los preceptos de esta ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los preceptos específicos.

(11) En concordancia con los artículos 16 y 22/2.º del Reglamento de 17 de junio de 1955, y sin perjuicio de las normas generales aplicables a toda hipoteca mobiliaria.

intelectual de 18 de octubre de 1991, como se tendrá ocasión de analizar más adelante.

Seguidamente serán abordados algunos de los aspectos en los que la tensión entre el objeto perfilado por la Ley de Propiedad Intelectual y las normas procedimentales de la Ley de Hipoteca Mobiliaria se hacen más evidente. Son cuestiones de la importancia de quién puede hipotecar, cuál es el objeto de la hipoteca o la naturaleza de la adjudicación forzosa.

Para su correcto análisis ha de tenerse en cuenta un criterio básico: la dificultad de trasladar las categorías del Derecho Privado a las llamadas Propiedades Especiales, problema agravado en nuestro caso por el modelo creado por la Ley de 1987 en el que no parece posible la total transmisión de los derechos patrimoniales de forma absoluta, al contrario de la ley derogada en la que eran posibles cesiones inter vivos perfectas (12).

184

1. Elementos subjetivos.

a) *¿Quién puede hipotecar?*

* Sin duda, en primer término, el autor o sus causahabientes. Se entenderá por tales a sus sucesores mortis causa o a aquellos que acrediten la adquisición inter vivos de los

(12) Normalmente, la cesión sin exclusiva se refiere a formas de explotación de la obra: literaria, audiovisual, ediciones en determinadas lenguas. La exclusiva comprende, salvo pacto, la posibilidad de conceder autorizaciones no exclusivas a terceros. En cualquier caso el autor conserva el derecho a perseguir violaciones que afecten a las facultades concedidas (art. 48 LPI); el derecho de arrepentimiento previa indemnización, el de acceso al ejemplar raro o único y el de colección (arts. 14 6.º y 7.º y 22 LPI). Todos ellos pese a la ubicación del art. 14, de claro contenido patrimonial.

El artículo 2.º del Reglamento del Registro General de Propiedad Intelectual, siembra la duda, al establecer su objeto se refiere a “actos y contratos de transmisión, constitución, modificación o extinción de derechos reales...”, parece admitir —contra el espíritu de la Ley (art. 57)— formas de transmisión del derecho de autor para su explotación basadas en el derecho común y no en las cesiones previstas por la ley.

derechos intelectuales, por derecho común y en la debida forma al amparo de la legislación anterior y durante el período transitorio (13).

* Si los derechos de explotación estuvieren cedidos a un tercero. ¿Deberá hipotecar éste o conserva el autor la facultad?

Para la Ley de 1879, GÓMEZ-ACEBO (14) niega la posibilidad de constitución de hipoteca por el cesionario de explotación, basándose en la consideración de derecho limitado y obligacional de la misma (15). Si bien la afirmación era indudable, la nueva concepción de la Ley de 1987, impide, en nuestra opinión, su mantenimiento. La afirmación del artículo 45 L.H.M. según la cual el objeto de la hipoteca son “los derechos protegidos por las leyes de propiedad intelectual e industrial” —lo que sin duda son los derechos de explotación cedidos por el autor—, avala junto a la posibilidad de inscripción en el registro especial de los mismos (art. 2 del RD 1584/1991, de 18 de octubre), su hipotecabilidad. Si la cesión fue en exclusiva, parece por tanto adecuada la admisión de la hipoteca de cesionario —similiter en propiedad literaria a la del productor cinematográfico— si

185

(13) Por causahabientes cabe entender, por definición, sucesores mortis causa. ¿Quid inter vivos? La solución era afirmativa bajo la ley anterior en la que estaba expresamente admitida la transmisión de derechos intelectuales por las normas generales del Código Civil —derecho común— al margen de la cesión: compraventa, donación, y de forma limitada: usufructo, siendo de aplicación limitada el artículo 609 del Código Civil. Por ello, causahabiente a título inter vivos era el comprador o donatario de la global propiedad intelectual a quien correspondía otorgar los contratos de cesión. Tras la ley de 1987, es más dudosa la transmisión por las normas de derecho común, por lo que el término causahabiente se refiere a sucesor mortis causa. Interesante problema plantea el derecho transitorio. Del dispar tratamiento de las Disposiciones Transitorias de la Ley puede deducirse la validez de los contratos anteriores, con reserva del derecho moral, por el término *post mortem* de 60 años o de 80 si la cesión originaria lo es a personas jurídicas (DT 3.^a, 4.^a y 5.^a, art. 15 L.P.I.).

(14) “La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* XI. 1961, p. 193.

(15) ...“entendemos que no, puesto que el objeto de la hipoteca sólo puede ser el derecho protegido... el derecho concedido a un tercero para editar la obra... está apoyado en la titularidad registral del concedente y la explotación puede realizarse sólo gracias a la posesión que le proporciona el titular registral de pleno derecho”.

bien en los límites connaturales y especiales de la cesión (16).

Más dudoso es el supuesto de cesión parcial no constitutiva de monopolio de explotación a favor del cesionario.

En primera aproximación, puede parecer obvia la respuesta negativa en cuanto el derecho del cesionario, obligatorio (17), no tiene la entidad necesaria para gozar de la calificación de objeto registrable y para impedir simultánea existencia, como libres en el tráfico de otros derechos de explotación sobre la misma obra.

Ahora bien, ni la cesión exclusiva comprende la totalidad de las facultades patrimoniales de la propiedad intelectual —con lo que no es incompatible con el ejercicio de algunas por el autor— ni la cesión no exclusiva impide, en sus términos, la explotación adecuada de la obra por el cesionario. Por ello, puede resultar en ocasiones un tanto artificiosa la distinción entre ambas categorías de explotación, pues en cuanto detentadores de las facultades patrimoniales suficientes, ambas podrían permitir la constitución de la hipoteca especial. Esto es especialmente claro en sede de obras audiovisuales, de derechos de intérpretes y ejecutantes o de productores de fotogramas.

Es claro que la L.P.I. no cualifica en ningún momento que la “cesión” de derechos de explotación pueda hacerse bajo el esquema formal y material que es propio de los derechos reales limitados. Del dato aceptado de que en el esquema general de la ley no cabe un derecho de dominio pleno sobre obra ajena (con el problema añadido de la sucesión mortis causa) no puede deducir la doctrina, a par-

(16) Art. 43/3-4 L.P.I., en cuanto no cabe cesión del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro, ni la promesa de no crear en el futuro. Son límites especiales los de carácter temporal y geográfico. A falta de mención especial (43.2 L.P.I.) cinco años y referida “al país” en que se realice la cesión. Puesto que es Ley estatal y dado el tenor del artículo 10/4 del C.c. parece que se refiere al territorio español.

(17) En puridad, si no se admiten los modos ordinarios de transmisión y la constitución de auténticos derechos reales sobre la explotación cualquier cesión es obligacional, y así debe ser pues no cabe olvidar el artificio que supone la hipoteca mobiliaria como forma de potenciar la propiedad comercial y la especial.

tir del silencio equívoco de la ley, la imposibilidad de creación de derechos reales limitados, la propia admisión de la hipoteca pone en cuestión el argumento; además, históricamente encontramos múltiples manifestaciones de creación de derechos reales limitados sobre bienes intransmisibles entre vivos; es más, esta situación es la fuente principal y primera del nacimiento histórico de estos específicos derechos limitados de indudable naturaleza real.

* Admitida la posibilidad de constitución por el cesionario, aún es discutible si es o no preciso el consentimiento —autorización— del autor. La respuesta afirmativa podría basarse en la doctrina del artículo 49 de la Ley, la negativa en el 17 *in fine*.

A falta de norma expresa, parece que deben ser distinguidos los supuestos de propiedad audiovisual en su variante de producción de películas cinematográficas y los de cesionarios de obras gráficas y literarias.

En cuanto a los primeros, del artículo 2 del Decreto de 31 de diciembre de 1970, sobre hipoteca mobiliaria de películas cinematográficas, se deduce la posibilidad de hipoteca sin consentimiento de los autores (18). La explotación literaria, por el contrario, presenta perfiles distintos. Los términos del artículo 49 son terminantes y aunque el párrafo 2.º del mismo artículo con una deplorable técnica establezca un efecto limitado para el caso de contravención —por lo que debería sobrar el párrafo primero— lo cierto es que el

187

(18) No sin un cierto esfuerzo. Derogada la ley de 31 de mayo de 1966, sobre derecho de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, la sede reguladora la constituye la propia Ley de propiedad intelectual, la cual en el artículo 88, atribuye al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, doblaje y subtítulo. Será necesaria la autorización de los autores (Director-realizador, del argumento, adaptación, guión o diálogos y compositores musicales) para su explotación —comercio de copias, ámbito doméstico o radiodifusión— sin que sea incompatible la disposición aislada de los autores que no perjudique la normal explotación.

Es de observar que el consentimiento alude a otras formas de reproducción, distribución y comunicación distintas del film cinematográfico. Para éste el productor es el explotador exclusivo y al que corresponde el derecho de hipoteca.

Notario al autorizar la escritura de constitución de hipoteca y el Registrador al inscribirla quedan vinculados por la imposibilidad de actuar en negocios jurídicos inválidos (19).

Una vez constituida la hipoteca, el concesionario requerirá durante el tiempo que reste de explotación y para cualquier acto dispositivo posterior no sólo el consentimiento del autor sino también del acreedor hipotecario, por mor del principio de conservación de la garantía (20). Obviamente la duración de ésta ha de entenderse referida al tiempo de la explotación.

* Para el supuesto inverso, en caso de haber concluido previamente un contrato de cesión exclusiva ¿podrá por sí solo el autor hipotecar? o lo que es igual, ¿cabe la hipoteca de autor si existe un cesionario exclusivo? La cuestión está ligada al tema de la doble disposición sobre los derechos de explotación intelectuales (21). Si como se ha indicado, la distinción entre cesión exclusiva y no exclusiva en ocasiones es más aparente que real —y además sujeta, normalmente, a condiciones generales— la multiple disposición realizada por el cedente deberá situarse en el plano de la compatibilidad o exclusión de las cesiones entre sí. Cedidos los derechos de explotación de una obra es obvia la imposibilidad del cedente-autor de constituir derecho real limitado sobre la misma y con igual alcance (22). El principio de

(19) Artículos 145 y 167 del Reglamento Notarial, 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento.

(20) Artículo 48 de la L.H.M., con la excepción prevista para la hipoteca sobre las producciones cinematográficas en el D. de 31 de diciembre de 1970.

(21) Sobre la traslación matizada del artículo 1.473 a la teoría de la cesión imaterial de derechos en propiedad intelectual, con unas muy interesantes observaciones, *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, *op. cit.*, p. 258 y ss.

(22) En la escritura pública de constitución de hipoteca mobiliaria, en el caso de cesión exclusiva o incompatible, deberán comparecer autor y cesionario. El hipotecante será éste último, interviniendo el autor en el otorgamiento a los sólo efectos de prestar su consentimiento a la constitución del derecho real limitado sobre los derechos de explotación. No se observa inconveniente en que el consentimiento sea prestado posteriormente, mediante diligencia de adhesión, en los términos del artículo 176 del Reglamento Notarial, siempre, claro ésta, con carácter previo a la inscripción.

determinación cobra especial interés en sede de propiedad intelectual.

* En cuanto a la pluralidad de sujetos, debe partirse del origen de la cotitularidad. Esta puede deberse a la adquisición mortis causa de la propiedad intelectual o implicar un supuesto de obras colectivas o en colaboración.

En el primer supuesto, por analogía con el artículo 58 de la L.P.I. que se refiere expresamente al “autor y sus derechohabientes”, el sujeto del contrato será el titular o titulares —originario o derivativos— de los derechos de reproducción y difusión (23).

El consentimiento para la constitución corresponde a quien el autor haya transmitido mortis causa los derechos de explotación (24). Si son varios a todos ellos.

En los casos de pluralidad de autores, habrá que estar a los artículos 7 y 8 de la Ley. Si la obra se realiza en colaboración, se requerirá el consentimiento —y se medirá la capacidad— de todos los autores, cuando se trata de la primera divulgación de la obra. En las sucesivas ediciones (7 L.P.I.) ningún coautor puede injustificadamente negar su consentimiento a la reedición. Cabría plantear la posibilidad del pacto en contrario, según el cual se reserve uno o varios de los titulares alguna facultad de explotación o dispositiva, por ejemplo, la constitución de derecho real limitado. ROGEL VIDE (25), destaca que los pactos entre los coautores en la obra en colaboración juegan con la divisibilidad de la misma, en los derechos, singularmente económicos, que corresponden a cada autor.

Si las aportaciones son susceptibles de explotación separada no ofrece duda la posibilidad de hipoteca singular en los términos analizados, si bien la separación, como

(23) GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios...*, Tecnos, p. 887.

(24) No entramos en el estudio del derecho de inédito (14/1 L.P.I.) que aun transmitido mortis causa, puede ser escindido de los derechos de explotación, para el caso de que el heredero decida su divulgación.

(25) *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Tecnos, 1984, p. 120.

señala ROGEL, ha de ser administrada con cautela (26).

En el caso de obra colectiva (art. 8), salvo pacto en contrario, el derecho de disposición corresponde al coordinador, persona natural o jurídica de quien parte la idea, coordina y dirige la obra. Si la obra es realmente compuesta y no derivada (art. 9) el titular de los derechos de explotación de la obra nueva será quien pueda hipotecar, sin perjuicio de la autorización inicial recabada para la creación de la obra y de los correspondientes derechos del autor de la obra incorporada.

b) Capacidad requerida para la constitución de la hipoteca.

190

En todo caso —máxime en el de hipoteca de autor— será precisa capacidad de disposición: es decir, la del mayor de edad no incapacitado judicialmente que ostente el poder de disposición por ser titular del derecho de explotación. Para su constitución, por tanto, deberá estarse a las normas generales previstas en la Ley Hipotecaria que es supletoria, artículo 138, y en último término el Código Civil, artículo 1.857 (27).

Analizaremos algunos supuestos de autor sujeto a representación legal:

(26) Observa este autor que no cabe separar a ultranza las distintas colaboraciones en cuanto se estaría en tal caso ante tantas obras singulares como aportaciones y no ante una única obra.

La remisión final del artículo 7/4 L.P.I. a las reglas del Código Civil para la comunidad de bienes ha de entenderse de segundo grado o con exclusión de la totalidad de las normas especiales de propiedad intelectual, de ahí la imposibilidad de aplicar el artículo 399 al supuesto que nos ocupa.

(27) Si los derechos de explotación pertenecen a una pluralidad de sujetos —piénsese en los casos de obra en colaboración y sucesores mortis causa— se requiere, a diferencia de la hipoteca inmobiliaria, en la que se admite (arts. 107 1.º y 2.º y 108 2.º; art. 216 RH) la hipoteca sobre derecho de usufructo independiente de la de nuda propiedad, o sobre cuotas proindivisas, previa distribución, que presten su consentimiento todos los partícipes del dominio o los titulares de derechos desmembrados (vg. usufructo universal del viudo) —art. 1/2.º L.H.M.—, constituyéndose en todo caso una hipoteca única. Recuérdese que la hipoteca mobiliaria es incompatible con cualquier gravamen de la cosa que aparezca impuesto con anterioridad y que el derecho económico es susceptible de embargo como cosa valuable económicamente que es.

* PATRIA POTESTAD. El artículo 162 del Código Civil, excluye de la representación legal de sus padres los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo (28). La inclusión de concretos “derechos” morales dentro de esta categoría es posible, aunque dudoso. La duda surge con plenitud en cuánto y en qué medida resultan escindibles o inescindibles este aspecto del puramente económico.

El artículo 44 de la L.P.I., constituye norma especial frente al Código Civil (29), aplicable a toda cesión de derechos de explotación, que contiene una especialidad frente a los artículos 319 y 323 del Código Civil conforme a los cuales el menor de vida independiente es asimilado al emancipado a efectos del necesario complemento de capacidad (30).

La especialidad ayuda, en nuestra opinión, a superar la distinción entre actos representativos —artículo 162— y dispositivos —artículo 166—. El menor, a los efectos de la Ley, si su edad no alcanza los dieciséis años no tiene capacidad para ceder los derechos de explotación. ¿Pueden éstos ser cedidos por los padres o estamos en todo caso ante el tratamiento puro de los derechos de la personalidad? (31). Nos inclinamos a considerar que durante la

191

(28) Obsérvese la aparente contradicción existente entre el artículo 162 y el 1.263 C.c.

(29) A cuyo tenor: “Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación”.

(30) La exigencia de plena capacidad de disposición supone poseer facultad de riguroso dominio por parte del apoderado del autor, artículo 1.713 del Código Civil. Hay que excluir la intervención del concursado pues por definición no cabe aplicar el régimen concursal societario al autor —es persona física— aunque sí sea posible en el caso del sucesor *¿Quid iuris* si es una fundación? *Vid.* en igual sentido GETE ALONSO, en la obra colectiva, citada, *Comentarios...*, p. 663, para esta autora, la cesión de los derechos de explotación inter vivos constituye un negocio jurídico de carácter patrimonial.

(31) La L.O. de 5 de mayo de 1982, reconoce al menor no emancipado capacidad suficiente para el ejercicio de acciones en el ámbito del honor, la intimidad y la propia imagen, de acuerdo con sus condiciones de madurez. ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, y “Bienes gananciales, privativos y propiedad intelectual”, en *Centenario del Código Civil*, II.

minoría del autor, la propiedad intelectual pertenece en su totalidad al menor, el cual podrá disponer de los derechos de explotación sólo en cuanto lo permita su capacidad y siempre bajo la vigilancia del juez al que debería ser solicitado el ejercicio o cesión por el menor aunque no exista exigencia legal al respecto (32). ROGEL propone el complemento de capacidad de los titulares de la patria potestad al modo del artículo 19 del C.c., en sede de adquisición de la nacionalidad por opción.

Problema especial puede constituir la cesión de derechos de explotación pertenecientes al menor por adquisición mortis causa de éste. Aunque la titularidad del menor sea plena, parece que primará su carácter patrimonial. Si la propiedad intelectual *post mortem* está desmembrada —vgr. usufructo, proindiviso, legado temporal de cesión de derechos económicos— cada caso requeriría un tratamiento diverso. Si el menor posee derechos de explotación pero no la total titularidad de la propiedad intelectual ¿cabe la exigencia de autorización judicial por analogía con la propiedad industrial? La solución es dudosa. Puede entenderse, razonablemente, que siendo norma excepcional y prohibitiva no cabe en ella la analogía. El silencio del legislador hacia la propiedad intelectual es claro exponente de un olvido histórico de sociedad no creativa. A nuestro juicio debe prosperar una interpretación favorable a la propia *ratio* de la norma y no dogmática por lo que se considera suficiente el complemento de capacidad.

(32) En este punto URIBE SORRIBES: "La representación de los hijos", (AAMN, XXV, p. 261) entiende que la excepción tendrá siempre carácter absoluto cuando se trata de derechos personalísimos y relativa, en el supuesto de derechos de la personalidad, en los cuales es posible el ejercicio por parte del menor. VENTOSO ESCRIBANO: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Colex, 1989, p. 143, observa lo impreciso y subjetivo de la referencia a las condiciones de madurez, lo que conduce a posteriori a la apreciación de los Tribunales. Cuestión distinta, es la disposición mortis causa. El menor, desde que cumpla 14 años podrá disponer en testamento notarial de la totalidad de su patrimonio, artículos 667, 679 y 680 C.c., y en opinión extendida, sus padres por sustitución pupilar antes de esa edad, 775 C.c.

* En cuanto al menor de vida independiente es el supuesto específico al que se refiere el artículo 44 de la Ley. De acuerdo con la tesis que se sostiene, el legislador atribuye *ex legis* las condiciones de madurez precisas para el ejercicio de este singular derecho al menor de dieciséis años que posee economía doméstica separada con consentimiento de sus padres.

Con todo, el precepto ha sido criticado por ENTRE-SOTOS FORNS (33) por considerar que ha establecido un régimen especial de capacidad frente al Código Civil y que en todo caso debería haberse referido, sin más, a los mayores de dieciséis años.

No ofrece duda —como se deja traslucir también en la regulación del embargo— que en el ánimo del legislador pesa la asimilación de las prestaciones laborales con la cesión de derechos de explotación, quizás debida al *modus operandi* de las sociedades de gestión.

* ¿Y el emancipado? Nada dice el artículo 44 sobre el emancipado, lo que no deja de ser curioso. Como es sabido, el artículo 324 impone complemento de capacidad en los supuestos que el precepto detalla no comprendiendo el elenco, al contrario del artículo 166, los “establecimientos industriales” sobre los que antes nos planteábamos su analogía. Esta salvedad, junto con el trato discriminatorio frente al que cumpla con la forma de emancipación que supondría un tratamiento distinto del ofrecido al menor de vida independiente, nos decide a considerar suficiente la capacidad del emancipado para la cesión.

Desde el punto de vista documental, sin embargo, ha de tenerse presente la dificultad de apreciación de una circunstancia de hecho como la vida independiente del menor, la cual contrariamente a la emancipación no puede ser acreditada de forma indubitada si no es por la manifestación de los titulares de la patria potestad en dicho sentido. Si dicha

(33) En *Comentarios...*, cit. p. 691.

manifestación se efectúa en la escritura pública de constitución de la hipoteca no deja de ser una forma de complemento de capacidad indirecto (34).

Para terminar este apartado indicar, que las compensaciones económicas que el menor obtuviera por estos conceptos estarían excluidos de la administración paterna conforme al artículo 164/3.º

* Por lo que hace a la tutela y curatela, al tutelado se le aplica la doctrina examinada (arts. 267 y 271 C.c.), si la tutela se constituye por sustitución de la patria potestad.

Más dudoso es el caso de tutela por incapacitación. En ella habrá que estar a los términos de la sentencia, a falta de disposición expresa de la ley (35).

En la curatela, la situación del menor (art. 286/1-2 C.c.) se asimila a la vista para el emancipado, debiendo estarse para el pródigo a los términos de la sentencia.

194 Debe recordarse que el Código Civil, al referirse al menor de vida independiente, lo hace por referencia a la patria potestad, nunca a la tutela, en la que por definición el tutor no puede hacer dejación de sus funciones.

* Por último, en cuanto a las especialidades derivadas del Derecho Civil especial o foral, recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1993, que la interpretación del artículo 148/1-8 CE, requiere la conexión de la regulación actual que en Derecho Civil realice la Comunidad Autónoma con su derecho propio preexistente, aunque sea por relación (36).

El pluralismo legislativo en materia de Derecho Civil se

(34) En nuestra opinión, si bien la explotación se rige por la norma especial del artículo 44 de la Ley, la hipoteca en cuanto acto de gravamen, sujeta al control de legalidad notarial y a la calificación registral, debe imponer un complemento de capacidad.

Se excluye, por las razones alegadas, la autorización judicial previa.

(35) La tendencia legal es potenciar el pronunciamiento del Juez que entiende de la tutela en actos de carácter personal (así, ocurre en la reforma del Código Civil en sede de testamentos, por Ley de 21 de diciembre de 1992).

(36) Caso Ley de Adopción en Aragón.

traduce, para el tema que nos ocupa, en algunas especialidades en el Derecho Aragonés, además de las especialidades representativas de la Comunidad Autónoma Catalana (37).

En el sistema aragonés, como se sabe, los artículos 9 y 10 establecen bajo la rúbrica de “las relaciones entre ascendientes y descendientes en Aragón” normas propias sobre los deberes de crianza y la autoridad de los padres, además de considerar, art. 4 de la Compilación, mayores de edad a los casados desde los catorce años (arts. 5 y 6).

* En el caso de autor casado bajo un régimen de comunidad, la Compilación Aragonesa, establece en el artículo 39 de su Compilación de Derecho Civil, la presunción de muebles por sitios, salvo pacto en contrario, los derechos de propiedad intelectual e industrial. Por ello, sería necesario el concurso de ambos cónyuges, para el otorgamiento de escritura de constitución de hipoteca sobre los derechos de explotación si el autor goza de vecindad civil aragonesa y su matrimonio está sujeto al régimen matrimonial foral.

195

En el Derecho común, contrariamente, no existe norma al respecto. Partiendo del artículo 1.346/5.º se entiende por la doctrina española (38) que la propiedad intelectual es un derecho inherente a la persona del autor y por lo tanto privativo. Igual consideración, por subrogación real (1.346/3.º) tendrán las cantidades percibidas por el autor por la cesión del monopolio de explotación —por tanto alzado y sin limitación en la cesión—. Los frutos o retribuciones percibidas por el autor por la gestión de la propiedad intelectual de la

(37) Básicamente Ley de Tutela e Instituciones Tutelares de 30 de diciembre de 1992, además de la Propia Compilación T.R. de 19 de julio de 1984.

(38) ROGEL: *Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual*, p. 1835; RAMS, *Bienes privativos personalísimos: análisis del art. 1.346/5.º y 6.º del Código Civil*, p. 74, y en *La sociedad de gananciales*, pp. 71 y ss. Por contra, LACRUZ, en *Bienes comunes y privativos en el régimen matrimonial aragonés*, p. 142, pues parte del carácter común de este derecho.

que es titular sí tendrán consideración ganancial, por aplicación del artículo 1.347/2.º (39).

La constitución de derecho de hipoteca por autor casado en régimen consorcial no precisará por tanto del consentimiento del consorte en el Derecho común (40).

B) Elementos objetivos ¿Cuál es el objeto de la hipoteca?

* La hipoteca recae y grava los derechos de explotación. No es su objeto la cosa mueble que en su caso incorpore como soporte (41). Es por tanto, hipoteca sobre derechos inmateriales, cuya eventual ejecución concede al adquirente el derecho de explotación de la obra en los términos preexistentes a la constitución de hipoteca.

196 La hipoteca abarca, en principio, la total explotación de la propiedad intelectual, bien residan estas facultades en el autor, bien en causahabiente o cesionario en la forma que se ha analizado.

Paralelamente a la cuestión suscitada anteriormente respecto de la eventual legitimación del cesionario sin exclusividad para proceder a la constitución de hipoteca, debe plantearse ahora la posibilidad de que el objeto del gravamen no

(39) Vid. RAMS: *La sociedad...*, cit. pp. 87 y ss. Por ello la eventual indemnización que en caso de ejercicio de la facultad de arrepentimiento deba abonar el autor, será a cargo exclusivamente de su patrimonio privativo. El derecho de participación en las plusvalías —*droit de suite*— (24/1.º L.P.I.) sí tendría consideración ganancial al participar del carácter de fruto diferido (1.347/2).

(40) En el supuesto de cesionario persona física —no será habitual— cabe plantear con qué carácter adquiere los derechos de explotación. En nuestra opinión no ofrece duda la consideración ganancial de la adquisición, fundada en la contraprestación económica a cargo del patrimonio común. La eventual constitución del derecho de hipoteca por el cesionario precisará, por tanto, del consentimiento de su consorte.

(41) Crítica AMORÓS GUARDIOLA (*op. cit.*, p. 82) a PEÑA (*op. cit.*, p. 828, y en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.ª Ed., Madrid, 1986) que sostiene que la hipoteca implica poder inmediato sobre el objeto, la obra intelectual, pues no caben los derechos sobre derechos. En puridad, en la hipoteca sobre derechos de explotación —al igual, por ejemplo, que en la de usufructo de bienes inmuebles— el poder de disposición, finalmente, descansa en la propia obra.

sea el monopolio de explotación sino sólo determinadas facultades del mismo.

Al respecto cabe reproducir la argumentación desarrollada según la cual es posible la hipoteca sobre una cesión no exclusiva si se encuentra bien delimitada e inscrita con carácter previo.

* El artículo 46 de la L.H.M., puntualiza que la hipoteca del derecho principal (42) comprenderá como accesorios, salvo pacto en contrario: la adaptación, refundición, traducción, impresión, nueva edición o adición de la obra hipotecada.

La inadecuación de la L.H.M. al concepto y contenido de la propiedad intelectual tal como es concebida en la Ley de 1987 se hace evidente en este precepto, siendo necesario su integración e interpretación a la luz de la nueva normativa.

El problema reside en la dificultad de describir el núcleo patrimonial de la propiedad intelectual por lo que se hace inviable determinar sus “accesorios salvo pacto”. Si hemos apuntado la posibilidad de hipoteca por el cesionario no exclusivo ahora debemos plantear de nuevo la misma cuestión esencial sobre la posibilidad de que el objeto de hipoteca no quede constituido sobre la totalidad de las facultades de explotación, en posesión o no de su autor, sino un núcleo esencial de las mismas, como se comprende de difícil determinación —aunque sí de fácil inscripción previa en el Registro General, dados los términos generosos de su Reglamento—.

* En cualquier caso, ha de considerarse núcleo esencial del derecho de explotación y por tanto objeto de la hipoteca, para la cesión exclusiva, las facultades incluidas en los artículos 17 y siguientes de la L.P.I. (reproducción, distribución, comunicación pública según la naturaleza de la obra:

197

(42) Por derecho principal hay que entender, como se indicó, no la propiedad intelectual en su conjunto —doble contenido— sino las facultades de explotación.

literaria, plástica, audiovisual, lírico-dramática ...) teniendo en cuenta la independencia de tales derechos (43), que hace referencia tanto a la configuración de las facultades para dar lugar al nacimiento de derechos derivados (personales o reales), cuanto a la autonomía funcional que supone una predisposición para una explotación típica.

La transformación de la obra, artículo 21 L.P.I. —traducción, adaptación y modificación que suponga una obra independiente—, generan obras nuevas y por tanto propiedad intelectual para su autor susceptible de ser cedida. El concepto de “accesorio” del artículo 46 L.H.M. choca con el mandato legal especial (44).

Otro tanto cabe decir de la obra compuesta (art. 9 de la L.P.I.) a la que ya nos hemos referido, que participa a estos efectos del carácter de obra transformada, generando por tanto propiedad intelectual independiente.

198 * En el título se determinará claramente la extensión de la hipoteca (45). Respecto de su eventual alcance a los frutos vencidos y no satisfechos, a los que se devenguen y a los pendientes destaca GÓMEZ-ACEBO (46) el artículo 49 de la Ley al permitir por pacto que el acreedor adquiera la facultad de cobrar el importe de los derechos del titular

(43) Art. 23 L.P.I.: “Los derechos de explotación regulados en esta Sección son independientes entre sí.”

Ello implica que la cesión del derecho de reproducción no comprende, por ejemplo, la de representar la misma obra, o su adaptación a un guión cinematográfico o sus derechos televisivos. Ni siquiera en la llamada cesión exclusiva, la cual como se indicó requiere siempre precisar contenido.

(44) No así la nueva edición si el editor es a la vez el autor en la hipoteca constituida por éste, o en los términos de la cesión pactada, si el hipotecante es el cedente. Más discutible es el significado del término “adición” que emplea el precepto. Parece que tras la Ley de 1987 puede identificarse con la modificación de obra a la que se refiere el artículo 14, incluido en el derecho moral y por tanto irrenunciable y personalísimo.

En consecuencia, la adición actualmente no es facultad hipotecable ni por su autor ni mediante pacto expreso.

(45) El principio de determinación impone (art. 9 L.H. y 51 R.H.) la exacta descripción de la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se pretende inscribir, lo que no es sencillo en nuestro caso.

(46) *Op. cit.*, p. 196.

en su totalidad o en determinada proporción. El supuesto constituye una aplicación convencional de las reglas de imputación previstas en el artículo 1.154 del Código Civil.

* La hipoteca sobre películas cinematográficas es objeto de regulación especial —D. de 31 de diciembre de 1970 que el RDL 14/93 de 10 de diciembre declara vigente—. En la misma es de observar que se anticipa un criterio que luego consagraría la Ley de 1987: que el carácter patrimonial reside en el derecho de explotación, declarándose éste hipotecable (47).

* Desde otro punto de vista, el objeto hipotecado ha de estar libre de cargas y gravámenes. En consecuencia (artículo 2 de la Ley) no podrá constituirse hipoteca sobre bienes que ya estuvieran hipotecados, pignorados o embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho excepto en el caso de que se constituyere la hipoteca en garantía del precio aplazado (48), aquí resulta importante la especificación formal de la facultad de explotación que se vincula y la posibilidad de explotaciones concurrentes.

¿Ha de entenderse previamente hipotecada la propiedad intelectual y por tanto excluida de nuevo gravamen cuando se extienda a este derecho la hipoteca de establecimiento mercantil?

Así resulta del artículo 21 a) de la L.H.M. para ese último tipo de hipoteca mobiliaria. Pero, en puridad, la Ley parte de la asimilación de los derechos de explotación con la propiedad industrial, parte integrante del patrimonio em-

(47) Con la peculiaridad de admitirse la hipoteca sobre el posterior derecho de explotación de películas no realizadas o en proceso de realización, las cuales serán inicialmente objeto de anotación preventiva que caducará a los dos años si no fuere, previamente, convertida en inscripción. (Arts. 4 y 9 del D. 31 de diciembre de 1970; 13 del R. de la L.H.M.).

(48) Por adquisición con precio aplazado ha de entenderse la realizada a virtud de cesión. No parece que exista inconveniente en admitir la posibilidad de embargo posterior —como indirectamente se deduce del artículo 84, regla 10.^a al prever la cancelación de los asientos posteriores—.

presarial, lo que no se aviene con la estructura técnico-legal de la propiedad intelectual la cual no es parte de la empresa sino titularidad del sujeto creador.

En cualquier caso, por mandato legal hay prohibición de hipotecar, pero siempre que se determinen expresamente los derechos de explotación hipotecados accesoriamente en la escritura de constitución sin que baste una referencia genérica.

Por último señalar, con VALLET, el carácter anulable de la hipoteca constituida sobre bienes previamente gravados (49).

C) Elementos formales.

* La hipoteca requiere para su válida constitución el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de Hipoteca Mobiliaria de Madrid (50) (art. 3 L.H.M.).

200 Pese al artículo 57 de la Ley que previene que las cesiones para cada una de las distintas modalidades de explotación deberán realizarse en documentos independientes (51), no parece que tal obligación haya de llevarse al extremo de requerir escrituras separadas la hipoteca sobre varias modalidades de explotación. Bastará un solo documento que abarcará la pluralidad de negocios.

La escritura pública de constitución cobra especial relevancia dada la dificultad de identificar y concretar las facultades de explotación que son objeto de garantía (52).

(49) VALLET DE GOYTISOLO: "Planteamiento y cuestiones actuales de la Ley de 16 de Diciembre de 1954", en *Anales* XI p. 132.

(50) Actualmente es el Registro de la Propiedad número 4 de los de Madrid al que corresponde además llevar el Registro de hipoteca mobiliaria. Las hipotecas sobre la Propiedad Intelectual e Industrial, artículo 2 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria, es único para toda España.

(51) Se quiere partir de la menor transmisión de derechos. El precepto es un argumento más a favor de la hipotecabilidad de facultades de explotación no constitutivas de monopolio.

(52) La hipoteca sujeta directa e inmediatamente las facultades de explotación al cumplimiento de la obligación que se garantiza. La obligación puede ser simple o múltiple. Es trasladable a la hipoteca mobiliaria el estado de la cuestión respecto de

Entre las menciones legalmente exigibles al instrumento público destacan (art. 46 L.H.M.) la naturaleza, especie y demás características de los bienes que se hipotequen, expresión ambigua que persigue la más perfecta identificación y descripción de los derechos hipotecados así como la fecha y número de inscripción en el Registro especial. Es claro que la propiedad intelectual, como creación del espíritu, nace al margen del Registro —también en la anterior concepción—, pero su inscripción (53) es requisito previo al otorgamiento de la escritura de hipoteca. Debe, por ello, el Notario tener a la vista el documento público al que se refiere el artículo 5 del Reglamento en el que se haya consignado nota de inscripción o en su defecto —documentos judiciales— certificación del Registro.

Evidentemente, por documento público a los efectos del Registro General ha de entenderse de forma exclusiva la escritura pública notarial. Es por ello criticable la Resolución de 2 de noviembre de 1990 de la Subsecretaría del Ministerio de Cultura en la que se admite póliza intervenida por Corredor Colegiado. El carácter exclusivamente civil de la propiedad intelectual excluye la actuación de Agentes

201

la hipoteca inmobiliaria, en cuanto a su causa y el alcance del principio de determinación, especialmente en cuanto a las hipotecas de seguridad y dentro de éstas las de máximo. (Art. 7 de la Ley que se refiere expresamente a la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio).

(53) La inscripción en el Registro especial de autores y demás titulares originarios respecto de la propia obra, se efectuará, artículo 6.º del Reglamento, en virtud de documento público, ejecutoria o documento auténtico expedido por la autoridad judicial. Se trata, desde la perspectiva del documento público notarial, de un supuesto de escritura pública, nunca acta de referencia, por la que el autor declara su autoría respecto de su obra, que deberá ser descrita con expresión de las menciones precisas para su inscripción, en los términos de los artículos 17 y ss. de la Ley.

Si no existe inscripción previa —autoría originaria o derechohabientes—, el artículo 8/2 del Reglamento exige que el solicitante acredite “fehacientemente, que la persona de quien trae su derecho lo adquirió en virtud de documento público”. Es criticable. Si lo que se pretende es probar el carácter público del antetítulo bastará con solicitar un traslado o copia auténtica. Más bien debe acreditarse la titularidad del transferente en forma fehaciente. Sin duda es adecuada el acta notarial de notoriedad.

Mediadores en cuanto nunca será un acto de comercio el intervenido.

* El convenio de imputación al que se refiere el artículo 49 de la L.H.M. será notificado (art. 49 L.H.M.) en forma auténtica (54) a la Sociedad de Autores.

La Sociedad General de Autores, antes de La Ley de Propiedad Intelectual de 1987, era la única entidad que asumía la representación de los autores y la afiliación a la misma era automática, exclusiva y obligada (55). De ahí la mención de la L.H.M. La Ley, actualmente, regula en su Título IV las Entidades de Gestión. Actualmente —según nuestro conocimiento—, existen siete sociedades reconocidas, de distinto ámbito. Concretamente la Sociedad General de Autores de España (56) ostenta la gestión de obras dramáticas, obras dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas, musicales, audiovisuales y literarias en cuanto no hayan sido utilizadas en una recitación o en producciones fonográficas o audiovisuales.

202

La alusión que realiza la L.H.M. a la Sociedad de Autores hay que entenderla referida a la respectiva sociedad de gestión en el ámbito de su competencia.

* Una vez inscrita la hipoteca en el Registro de Hipoteca Mobiliaria, el Registrador, de oficio, comunicará al Encargado del General de Propiedad Intelectual el asiento practicado, debiendo acusarse recibo y verificar las anotaciones que correspondan (artículo 76 L.H.M.).

La relación entre ambos Registros —como en general ocurre cuando coincide un Registro jurídico con otros administrativos— no es clara ni la fórmula adoptada por el legis-

(54) Es decir, por acta notarial. La L.H.M. incluso en los excepcionales supuestos en los que admite póliza intervenida por Agente Mediador (art. 3 de la Ley) reserva el acta notarial para la notificación (art. 8 *in fine*).

(55) Acerca de la personalidad jurídica actual de la Sociedad pueden verse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (—Sección 1.ª— de 2 y 7 de octubre de 1991), La Ley 1992-1, 428.

(56) SGAE, regulada actualmente por OO.MM. de 1 de junio de 1988 y 15 de septiembre de 1989.

lador resulta, de entre las posibles, la más operativa atendiendo al rasgo más importante, cual es el de la publicidad de los derechos.

Debe afirmarse, sin embargo, que la hipoteca, quedará válidamente constituida y amparada por los principios de legitimación y fe pública con la inscripción en el Registro de Hipoteca Mobiliaria aunque aún no se haya causado asiento en el Registro administrativo.

¿Puede calificar la hipoteca constituída el Encargado del Registro especial? De los términos de la L.H.M. —guarda silencio el Reglamento del Registro General— resulta que no cabe tal posibilidad, debiendo limitarse el funcionario a la extensión del asiento. La inexistencia de calificación basta por sí sola para privar de efecto legitimador a la segunda inscripción.

El Reglamento de 18 de octubre de 1991, artículo 9.º, desarrollando el mandato (57) de la propia Ley de Propiedad Intelectual (artículo 130) establece la presunción de exactitud y pertenencia de los derechos inscritos. A ella debe limitarse —salvo, evidentemente, prueba en contrario— el efecto del Registro administrativo.

203

D) Efectos de la hipoteca.

* Constituida, el hipotecante no podrá ceder en explotación —enajenar— los derechos hipotecados sin consentimiento del acreedor. No obstante, sí será posible —aún más se deberá— continuar la explotación en los términos anteriores a la hipoteca.

Por excepción, para el caso de hipoteca sobre producciones cinematográficas, el hipotecante puede hacer cesión par-

(57) Mandato, por cierto, del que se desvía, al establecer el objeto de inscripción, pues, mientras el art. 130 de la Ley se refiere a “los derechos de propiedad intelectual” el Reglamento lo hace a “los actos y contratos de transmisión, constitución, modificación o extinción de derechos reales y cualesquiera otros actos, tanto voluntarios como necesarios, que afecten a los indicados derechos inscribibles”. Con plena vulneración del espíritu de la Ley.

cial de su derecho de explotación, limitada a determinadas regiones, previa cancelación parcial del crédito hipotecario.

¿Podrá el mismo autor editarse a sí mismo sin tal consentimiento? La respuesta ha de ser afirmativa. La autoedición es una forma de explotación de la obra pero sin cesión a tercero (58).

¿Y el consentimiento para la realización por un tercero de una obra derivada? Aunque el supuesto es dudoso en cuanto la nueva obra es susceptible de restar contenido patrimonial a la preexistente, nos inclinamos por una respuesta negativa pues dicha autorización nace del derecho moral, de divulgación, en interpretación analógica, concretamente de los derechos a exigir el reconocimiento e integridad de la obra.

* El autor conserva tras la hipoteca las mismas facultades sobre su obra que los que le asisten tras una cesión ordinaria. Ambas formas de transmisión son equivalentes, lo que hay que tener muy presente para comprender la naturaleza de la adjudicación forzosa.

Así, puede en caso de arrepentimiento obligar al acreedor a la cancelación de la hipoteca, previa devolución del capital más intereses y en su caso de la indemnización pactada, así como ejercitar cuanto derecho sea inherente a su condición de autor (59).

* En caso de ejecución, se plantea cuál sea la naturaleza de la adjudicación que en su caso se realice a un tercero o al propio acreedor y de las relaciones entre el adjudicatario y el autor.

A nuestro modo de ver, las normas hipotecarias, en cuanto procedimentales o accesorias, no pueden modificar

(58) GÓMEZ-ACEBO, *op. cit.*, p. 205, admite la autoedición por diversa vía. El autor considera —para la Ley de 1879— que la edición no constituye una forma de explotación de la obra.

(59) Artículos 14 y 22 de la L.P.I. ¿*Quid* la obra no divulgada? Creemos que dicha modalidad no es susceptible de hipoteca sino va acompañada de unas condiciones de explotación.

los postulados de la ley sustantiva —como puede hacerlo, por su parte, el Reglamento del Registro General—.

Ambos textos deben ser interpretados desde la óptica de la Ley de Propiedad Intelectual por más que la de Hipoteca Mobiliaria se integre en su contenido.

Por ello, la adjudicación a persona distinta del hipotecante, ha de entenderse realizada en concepto de cesión y no de compraventa forzosa. El alcance de la misma, su plazo y condiciones, habrán de ser fijadas en la escritura de constitución. A falta de determinación, parece lógica la aplicación del artículo 43/2.º que, como sabemos, limita la cesión a cinco años y al país en que se realice.

En cualquier caso, no desaparece la relación entre el autor y el adjudicatario-cesionario. A éste le compete, artículo 48, poner los medios necesarios para la efectividad de la explotación según su naturaleza y los usos vigentes. Puesto que la adjudicación se realiza en pública subasta no cabe duda que el *intuitus personae* característico de esta categoría convencional se evapora hallando en la ejecución hipotecaria una auténtica excepción.

205

III. El embargo sobre derechos de explotación. Objeto y cuestiones procedimentales

Ya se ha hecho referencia a la distinta solución adoptada por el legislador de 1987 respecto de la hipoteca y del embargo.

La remisión de la primera a la legislación hipotecaria hace, que aún con serios problemas de articulación, la hipotecabilidad de los derechos de explotación sea perfecta. La prohibición de embargo, por contra, parece excluir totalmente la enajenación forzosa nacida de éste.

En efecto, la Ley limita a los frutos o productos la embargabilidad rechazando que puedan trabarse los derechos de explotación del autor.

La razón del especial tratamiento la sitúa AMORÓS (60) en la influencia del Derecho italiano que prohíbe la embargabilidad de estos derechos. Para RODRÍGUEZ TAPIA (61) ha pesado el personalismo del derecho de autor, solución que no es extraña a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. A estas razones cabe añadir la consideración de los rendimientos de la propiedad intelectual como forma esencial de subsistencia del autor ya sea por referencia a la cesión mediante relación laboral —artículo 51— como al funcionamiento de las sociedades de gestión (62).

En todo caso, como cualquier restricción al tráfico y por tanto al artículo 1.111 del Código Civil la inembargabilidad ha de ser entendida con carácter restrictivo.

Compartimos por ello, la opinión de RODRÍGUEZ TAPIA (63) cuando afirma que la inembargabilidad sólo afecta al autor —por el supervalorado carácter personal de la autoría— y no a cesionarios para los que tiene un indudable valor económico (64) que prima sobre cualquier otra consideración. Respecto de éstos los derechos de explotación adquiridos por virtud de cesión son perfectamente embargables lo que no supone merma en la percepción de cantidades por parte del autor.

Tampoco se aprecia argumento válido, para considerar inembargable la titularidad del derechohabiente —sucesor mortis causa y derechohabiente del régimen transitorio— Estos pese a poder ostentar los llamados derechos de la

(60) *Op. cit.*, p. 828

(61) *Op. cit.*, p. 134

(62) Es clarificadora a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1993 (A.C., 1993-4, R. 1.298), para el caso reclamación por la Sociedad General de Autores de derechos de explotación de un autor en la suspensión de pagos de la editorial cesionaria.

(63) *Op. cit.*, p. 135.

(64) Recuérdese además la regulación de la cesión del crédito hipotecario que realiza la L.H.M., en su artículo 8.º, que puede ser perfectamente compatible con el embargo de la posición acreedora —crédito hipotecario—. *Vid.* al respecto AMORÓS (*op. cit.*, p. 829).

personalidad pretérita (65), en cuanto *officium*, son netamente separables de la valoración económica de sus derechos de explotación.

En cuanto al autor, en tanto no se ha escindido su autoría en derecho moral y derecho de explotación, éstos se consideran inembargables por mandato legal. Unicamente son embargables la contraprestación por la cesión de derechos o remuneración si la transmisión se produce bajo relación laboral (artículo 51 L.P.I.).

En el caso de procedimiento concursal del cesionario, los créditos en dinero por cesión de los derechos de explotación tienen el mismo carácter que los sueldos o salarios, por lo que son preferentes en dos anualidades (artículo 54 L.P.I.).

Determinado el objeto del embargo, para su eficaz constitución deberá, tras la providencia que lo ordene, anotarse en el Registro de Hipoteca Mobiliaria trasladándose al de Propiedad Intelectual por el mismo procedimiento observado para la hipoteca (66).

La anotación es susceptible de abrir folio independiente si los bienes a que afectaren no estuvieren ya hipotecados. En caso contrario causarán asiento consecutivo (67).

Por su parte el Reglamento General del Registro de la Propiedad Intelectual regula en el Capítulo VII la legitimación para la solicitud de anotación del embargo y su extinción.

Puesto que ambos Reglamentos poseen cobertura en ley ordinaria, y el artículo 53 de la Ley de Propiedad Intelectual no remite —como en el caso de la hipoteca— a la legislación de hipoteca mobiliaria, cabe plantear la vigencia de ésta última en cuanto al procedimiento de anotación de los embargos.

(65) *Vide.* nota 2.

(66) Artículo 68 d) de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y 34 y ss. de su Reglamento.

(67) Los artículos 34 y ss. del Reglamento pormenorizan el procedimiento de inscripción. *Vid.* artículo 39.

Así, el artículo 38 del Reglamento de 18 de octubre de 1991 remite a la “legislación hipotecaria” en sede de caducidad de anotaciones y procedimiento para su cancelación. Una elemental coherencia normativa obliga a interpretar dicha remisión como realizada a la legislación sobre hipoteca mobiliaria —Título IV del Reglamento— y nunca a las normas generales hipotecarias, dadas las diferencias procedimentales entre unas y otras.

Respecto a la oponibilidad a tercero del embargo cabe aquí reproducir las consideraciones anteriormente realizadas respecto de la hipoteca (68).

IV. Reflexión final

208

Hasta aquí la exposición concreta de las cuestiones más discutibles de la actual regulación de la hipoteca y del embargo sobre los derechos de explotación.

La atonía entre la Ley de Hipoteca Mobiliaria y la de Propiedad Intelectual se hace evidente en cuanto ésta última desarrolla un personalismo que se aviene mal con el tráfico jurídico. Y es en el retorno a la patrimonialidad en lo que se quiere insistir. Sin desconocer la intrínseca

(68) Respecto del embargo y su prelación sobre actos dispositivos anteriores, las RR de la DGRN de 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989 concedieron primordial importancia a la fecha de la providencia judicial ordenando el embargo, basándose en el carácter no constitutivo de la anotación a diferencia de la hipoteca. Se interpretaban los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil de forma literalista, cabe transmitir pero con la afección procesal del embargo, a salvo siempre el supuesto de tercero hipotecario.

La Resolución de 23 de marzo de 1993 va más allá imponiendo que los créditos posteriores del artículo 1.923 del Código Civil sean interpretados como registrales posteriores. Se produce así una “hipoteca judicial” si bien sólo en el campo de la legitimación y no de la fe pública.

En el mismo sentido la reforma del artículo 175/2.º del Reglamento Hipotecario (R.D. 1368/1992, de 13 de diciembre). Este, sin embargo, no es el criterio del Tribunal Supremo hasta la fecha. Puede citarse, entre otras, las S.TS de 19 de noviembre de 1992 y 8 de marzo de 1993 que siguen el criterio tradicional fundado en los artículos 1.923 C.c. y 71 L.H.

naturaleza de la obra del espíritu si ésta se sitúa en el mercado, su permanencia en él impone su perfecta patrimonialidad. Para ver hasta qué punto esto es cierto no hay mejor campo de batalla en el Derecho Civil que el estudio de las garantías.

**TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES
FINANCIERAS DE
LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS**

(Orden de 5 de mayo de 1994)

213

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario

A propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Estado, se dicta la presente Orden que es publicada en el B.O.E. del 11 de mayo (n.º 112) y que entrará en vigor, según su Disposición final, a los tres meses, o sea el 11 de agosto de 1994, ex-art. 5.1 del C.c.

Se legitima la Orden en la habilitación conferida al Ministro de Economía y Hacienda por el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que faculta a dicho Ministro “para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio

de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, así como exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos, pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos”.

Y se explica la colaboración o “codisposición” del Ministerio de Justicia en “Las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establece la Orden en su artículo 7” y en la que se nos impone el deber de advertir “expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas”.

214

La finalidad primordial de la Orden, según su propio preámbulo, es “garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios”. Para la consecución de esta finalidad el legislador en la Orden: 1.º Facilita la selección de ofertas, mediante la comparación de las condiciones que figuren en el folleto informativo; y 2.º facilita la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, para lo cual impone que contengan un clausulado financiero estandarizado.

I. Ambito de aplicación

Los destinatarios de la Orden, aquellos para quienes la Orden es de específica aplicación obligatoria ex-art. 1.º,1, son *las entidades de crédito* en cuanto a su actividad, relacionada con la concesión de ciertos préstamos con garantía hipotecaria.

Y se precisa aún más: “La presente Orden será de aplicación a las actividades citadas que se realicen en España, cualquiera que sea el lugar de domicilio de la entidad de crédito que pretenda actuar como prestamista o el lugar de formalización del préstamo. En particular, se presumirán su-

jetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgadas a personas residentes en España”.

Disecionando, que es gerundio:

1.º *Entidades de Crédito*. Siendo la presente Orden un desarrollo o complemento de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, parece lógico buscar su definición en dicha Ley, y como la lógica, a veces, da resultado nos topamos con el art. 1.2 de dicha Ley en el que se establece que “se consideran entidades de crédito, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio”.

El art. 1.º del R.D. Legislativo de que se trata (que lleva por rúbrica “Entidades de Crédito”. Comunidad Económica Europea. Adaptación del derecho vigente al de las Comunidades Europeas), en su n.º 1 entiende, a efectos de la presente disposición y de acuerdo con la primera Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la C.E.E., por “establecimiento de crédito” toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de restituir, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos. Y en el n.º 2.º conceptúa, en particular, establecimientos de crédito: a) Las Entidades oficiales de crédito. b) Los Bancos privados inscritos en el Registro Especial del Banco de España. c) Las Cajas de Ahorro inscritas en dicho Registro del Banco de España. d) Las Cooperativas de crédito inscritas en el repetido Registro Especial del Banco de España. e) Las Sociedades de crédito hipotecario inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda. f) Las Entidades de financiación inscritas también en este último Registro Especial.

2.º) *Entidades de Crédito nacionales y/o extranjeras.* La aplicación a las entidades de crédito españolas no ofrece ninguna duda. Asimismo la aplicación a las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención es indudable por expresa disposición del n.º 3 de su art. 1.º

La Orden que comentamos (*vide* art. 1.º, 2) mantiene la misma línea al declararla aplicable a las actividades relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria “que se realicen en España, cualquiera que sea el lugar de domicilio de la entidad de crédito que pretenda actuar como prestamista o el lugar de formalización del préstamo”.

216 Respecto de las entidades de crédito autorizadas en cualquier Estado miembro de la C.E.E. no se olvide que la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, adicionó un nuevo Título V a la Ley 26/1988, relativo al ejercicio de la actividad crediticia en los Estados miembros de la Comunidad Europea. En el nuevo art. 51 se permite a las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la C.E.E. realizar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, las actividades que enumera el art. 52, entre las que se encuentran “las de préstamo y crédito, incluyendo crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales”, con la obligación de “respetar en el ejercicio de su actividad en España las disposiciones dictadas por razones de interés general, ya sean éstas de ámbito estatal, autonómico o local, o de ordenación y disciplina de las entidades de crédito que, en su caso, resulten aplicables”.

3.º) *Actividad a la que afecta.* La Orden sólo es aplicable a la actividad de las entidades de crédito relacionada con la “concesión de préstamos con garantía hipotecaria”;

pero no a todos los préstamos con garantía hipotecaria si no que se limita a:

1.º) Préstamos hipotecarios —mejor debiera haberse hablado de préstamos garantizados con hipoteca o con garantía hipotecaria, como hace el propio art. 1.2— en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda.

La limitación se justifica en el preámbulo sobre la base de la “finalidad tuitiva” de la Orden y por constituir estos préstamos “una operación financiera típica generalmente asociada a la adquisición del inmueble”.

Resulta claro que el objeto sobre el que se constituye la hipoteca ha de ser una vivienda. Lo que ya no queda tan diáfano es el destino del préstamo, es decir: si el préstamo necesariamente se ha de solicitar y obtener para adquirir la vivienda que se hipoteca o su destino puede ser cualquiera. La expuesta finalidad “tuitiva” de la Orden y la reproducidas palabras del preámbulo podrían llevarnos a limitar su aplicación a los préstamos para adquirir una vivienda, si bien la expresión “generalmente” nos conduce a la solución contraria. Solución contraria que también encuentra amparo en el n.º 3 del propio art. 1.º: préstamos a constructores o promotores, a pesar de que en este supuesto la aplicación de la Orden sea parcial y sea necesario que el constructor/promotor prevea —vaya un rigor objetivo— una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas. Previsión de sustitución que, por su parte, nos da la vuelta a la argumentación y puede servirnos de punto de apoyo para donde dije digo decir Diego. Puede —y continúan las dudas— que la *mens legislatoris* haya sido la de no limitar la aplicación de la Orden a los préstamos para adquisición de vivienda, pues de haberlo querido así hubiera sido muy fácil el reflejarlo en su articulado; y, aún más, en el Anexo I, referente al folleto informativo, en su n.º 1 “Identificación del préstamo” no se habría incluido el apartado “denominación comercial” que no parece pueda referirse a otra cosa que al

calificativo que la entidad prestamista concede a sus préstamos: comercial, libre, para adquisición de vivienda, etc. Cuanto mejor hubiera sido que el legislador aceptara las sugerencias del Consejo General del Notariado o de la Confederación Española de Cajas de Ahorro que informaron sobre la conveniencia de precisar el ámbito de la Orden en el sentido de que se limitase a préstamos para adquisición de una vivienda o cuyo destino fuera la adquisición o construcción de primera vivienda y de uso propio, respectivamente. Al no haberse hecho, el principio *ubi lex non distinguit*, ... nos conduce a concluir que el destino del préstamo puede ser cualquiera.

Tampoco da en la diana el legislador cuando habla de “vivienda” como objeto de la hipoteca. Dejando a un lado las dudas de si se trata de primera o segunda vivienda, de si se refiere o no a la vivienda habitual, de si de viviendas urbanas o rústicas se trata, el concepto de vivienda, desde un punto de vista técnico-jurídico, no es nada claro. Lo único claro es el concepto negativo que nos proporciona el vigente Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (D. 4104/1964, de 24 de diciembre) en su art. 1.º, 1: vivienda es toda edificación habitable cuyo destino primordial no sea el de ejercer en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo. A partir de aquí... luces y sombras provenientes de la siempre difícil diferenciación entre vivienda y local del negocio. Luces y sombras que dejamos en el aire para no hacer de estos pequeños comentarios un instrumento de tortura insoportable para sus inocentes lectores. Puede, y así debe ser, que el legislador haya utilizado el concepto de vivienda en su sentido más simple o popular y que vivienda no sea más que una edificación habitable destinada a morada humana, lo que es mucho menos sofisticado que lo que leemos en el art. 2.º del nuevo Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando considera “arrendamiento de vivienda aquel cuyo destino primordial sea satis-

facen la necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario”.

Tampoco queda claro que sucederá con los préstamos cuya garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda y, además, sobre uno o más locales de negocio con su subsiguiente distribución de responsabilidad, ¿Se aplicará la Orden sólo a la hipoteca que recaiga sobre la vivienda? ¿La inclusión de los locales excluirá su aplicación?

2.º) Que el prestatario sea persona física (art. 1.º, 1.2.ª). La exclusión de las personas jurídicas puede ser un indicio de que el legislador esté pensando en todo momento en la protección de los adquirentes de viviendas para uso propio. Argumento que también puede ser utilizado para resolver las dudas que planteábamos al examinar la circunstancia 1.ª

3.º) Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas (art. 1.º, 1.3.ª). La escasa (?) cuantía del préstamo nos puede conducir, asimismo, al adquirente consumidor y, por tanto, al préstamo para adquisición de vivienda.

Cuando se cumplan los tres requisitos o circunstancias examinadas, la Orden será plenamente aplicable “cualquiera que sea el lugar del domicilio de la entidad de crédito que pretenda actuar como prestamista o el lugar de formalización del préstamo”. Así lo dispone el n.º 2 del propio art. 1.º, que añade: “En particular, se presumirán sujetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas residentes en España”. El segundo borrador de Orden (octubre 1993) no precisaba tanto y solamente la consideraba aplicable a las entidades de crédito “cualquiera que sea el lugar de (su) residencia”. Con esta redacción no quedaba claro —según las observaciones que hizo al respecto la Asociación Española de Banca Privada— si lo que determinaba la aplicación de la Orden era el hecho del otorgamiento del prés-

tamo en España o bien que dicho préstamo, cualquiera que sea el lugar que se otorgue, financie la adquisición, construcción o rehabilitación de una vivienda en España. “Criterio este último de territorialidad que es el que debería prevalecer, al menos cuando el prestatario sea un residente en España, con el fin de que la Orden no pueda burlarse formalizando operaciones fuera del territorio nacional”.

220 La nueva redacción, especialmente en cuanto al párrafo “en particular, se presumirán...”, tampoco nos satisface plenamente. Estamos de acuerdo con que la Orden obliga a las entidades de crédito que realicen las actividades de que se trata cualquiera que sea su domicilio y lugar de formalización del préstamo. También lo estamos en que se aplique el principio de territorialidad, no porque lo diga la Orden sino porque es una consecuencia de lo prevenido en el art. 10 del C.c. Discrepamos, sin embargo, en ese “en particular” limitado a los prestatarios “residentes en España”. Si la vivienda está situada en territorio español, la Orden se aplicará aunque el prestatario sea no residente en España, pues la “ratio” de su obligatoriedad es la “lex rei sitae”, ex-art. 10.1 del C.c.

Aunque se cumplan o se den las circunstancias establecidas en el número 1 “no quedará sujeta a la presente Orden la constitución de hipoteca en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente o la entidad de crédito en cuyo favor se constituya la hipoteca a otras entidades pertenecientes al grupo de ésta” (art. 1.º, 4). El supuesto excluido —a pesar de su oscura redacción (deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria)— no parece ofrecer dificultades. Alude a deudores de la entidad de crédito, o de entidades pertenecientes a su grupo, por razones comerciales o de préstamos personales, a quienes dicha entidad aprieta las clavijas y les exige una garantía hipotecaria.

Sí se aplicará parcialmente la Orden, y en este sentido se ha cambiado la redacción del segundo borrador que los excluía expresamente, “en los préstamos otorgados por enti-

dades de crédito a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo (art. 1.º, 3). En estos supuestos se aplicará —de acuerdo con este n.º 3— lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del art. 6.º y se incluirán cláusulas con contenido similar al de las cláusulas financieras previstas en el anexo II de la Orden, con excepción de la 1.ª (capital del préstamo), 1.ª bis (cuenta especial) y 4.ª, apartado 1 (comisión de apertura).

4.º) *Normas complementarias.* “En lo no previsto para los préstamos hipotecarios en la presente Orden será de aplicación lo dispuesto en la Orden de este Ministerio (Economía y Hacienda) de 12 de diciembre de 1989 (B.O.E. n.º 303, del 19 siguiente), sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y en sus normas de desarrollo” (art. 1.º, 5).

221

Tratándose de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, el n.º 3 del repetido art. 1.º declara también expresamente aplicable el R.D. 515/1989, de 21 de abril (B.O.E. del 17 de mayo), sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, dictado a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo y en desarrollo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

5.º) *Naturaleza de la Orden.* Además de la aplicación de las sanciones previstas en el Capítulo IX (arts. 32 a 38) de la recién citada Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y demás Leyes que resulten de aplicación, el art. 2.º de la Orden declara que “el incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones

establecidas en esta Orden podrá ser sancionado de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito". Estas sanciones son las previstas en el Capítulo III de dicha Ley (arts. 8 a 17), que las clasifica en muy graves, graves y leves y se aplica a las entidades de crédito y a quienes ejerciendo cargos de administración o dirección en ellas sean responsables con arreglo al art. 15.

II. Actos preparatorios

A. Folleto informativo.

222

a) *Obligatoriedad*. El folleto debe ser entregado obligatoriamente por las entidades de crédito a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden (art. 3.1).

b) *Coste*. La entrega del folleto será gratuita, pudiendo el interesado conservarlo en su poder aun cuando opte por no concertar el préstamo con la entidad (art. 3.2).

c) *Valor o eficacia*. La regla general es su carácter meramente orientativo y así se hará constar expresamente en el propio folleto (art. 3.3).

Por excepción el folleto deja de ser orientativo y se convierte, en consecuencia, en firme y obligatorio para la entidad de crédito, respecto de:

— lo dispuesto sobre comisiones en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo. Recordemos que según dicha Orden las comisiones por operaciones o servicios prestados pueden ser fijadas libremente, pero se establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, las tarifas de comisiones y gastos repercutibles, con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargarse tipos o cantidades superiores (Quinto); que las tarifas de comisiones se redactarán de forma clara, concreta y fácilmente comprensibles.

ble por la clientela, correspondiendo comprobar estos extremos al Banco de España cuando le sean remitidas antes de su aplicación (Sexto); y que cuando lo solicite el cliente deberán entregársele un ejemplar de las tarifas de comisiones suscrito por persona con poder para obligar a la Entidad (Séptimo, 3).

— y lo establecido en el art. 4.1 de la Orden, relativo a tasación del inmueble, que luego examinaremos con mayor detalle.

Termina el segundo párrafo del n.º 3 del art. 3.º prescribiendo que “Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre publicidad falsa o engañosa en el art. 8.º3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984) y en las demás disposiciones aplicables”. Aclaración que se nos antoja inútil por reiterar lo ya establecido en el art. 2.º, 2 de la propia Orden.

d) *Contenido*. La Orden, en su art. 3.º, 1, párrafo 1.º, señala el contenido mínimo del folleto informativo, a saber: el establecido en el anexo I de esta norma. Y añade en el párrafo 2.º del mismo n.º 1 que “si se trata de impresos que no contuvieran toda la información prevista en el citado modelo, las entidades deberán completarlos antes de su entrega”.

En el Anexo I —que puede ser adaptado por el Banco de España a aquellos supuestos en que lo exija el desarrollo de nuevas modalidades de préstamo o cuando otras circunstancias relevantes aconsejen mejorar su contenido (Disp. Adicional Primera)— se especifican los elementos mínimos que deben contener los folletos informativos y cuya valoración es necesariamente positiva, ya que a través de él se facilita al solicitante una completa información sobre el contenido esencial del préstamo, y de los gastos a él inherentes, como puso de relieve el Consejo General del Notariado en su preceptivo informe. Dichos elementos mínimos son:

1.º) Identificación del préstamo: con indicación de su denominación comercial; cuantía máxima respecto al valor

de tasación del inmueble hipotecado; y moneda del préstamo, sólo si no fuere la peseta.

2.º) Plazo del préstamo: el total, el de carencia y la peyorioridad de los pagos (mensual/trimestral/semestral/otros) y sistema de amortización.

3.º) Tipo de interés: modalidad (fijo/variable); tipo de interés aplicable (indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual, en caso de préstamos o tipo fijo; o del margen sobre el índice de referencia, en caso de préstamos a tipo variable); índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose —y esto es una novedad respecto del proyecto— su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible); y plazo de revisión del tipo de interés (primera revisión y periodicidad de las sucesivas).

224 4.º) Comisiones: de apertura; de amortización anticipada, distinguiendo, en su caso, entre amortización parcial y total; y otras (v. gr. estudio, subrogación, etc.).

Se establece, además, expresamente en esta materia de comisiones que deberá señalarse, en todo caso, las máximas comunicadas al Banco de España y, optativamente, las mínimas previsibles.

5.º) Gastos a cargo del prestatario: servicios que concertará o prestará directamente la entidad de crédito, con indicación de los conceptos aplicables (por ejemplo, tasación) y, cuando sea obligatorio de acuerdo con el art. 4.1 de la Orden, las tarifas aplicables; forma en que dichos gastos “suplidos” se cobrarán o repercutirán al cliente, con indicación expresa de los gastos que serán a cargo del solicitante del préstamo aun cuando éste no llegue a formalizarse; servicios que deberá obligatoriamente contratar y abonar directamente el cliente con indicación de los conceptos aplicables (por ejemplo, seguro de daños) y, con carácter meramente orientativo, su cuantía; impuestos y Aranceles —indudablemente, notariales y registrales—, con especificación de los

conceptos aplicables y, de forma aproximada para cada uno de ellos, su base imponible y el tipo porcentual aplicable.

6.º) Importe de las cuotas periódicas: proporcionándose al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés.

B) *Gastos y servicios accesorios.*

Con carácter general el n.º 3 del art. 4 establece que “el folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse”.

Y con carácter particular, los n.ºs 1 y 2 del propio art. 4.º regulan con detalle los gastos de tasación del inmueble u otro servicio que considere necesario la entidad de crédito:

— si el gasto fuere por cuenta del cliente, el folleto deberá indicar la identidad de los profesionales o entidades relacionadas al efecto.

— si el servicio fuera prestado directamente por la entidad de crédito o la relación de profesionales o entidades seleccionadas incluyera un número de ellos igual o inferior a tres, la entidad de crédito deberá suministrar, además, al cliente las tarifas de honorarios aplicables.

— y cuando la entidad de crédito concierte o efectúe directamente la tasación del inmueble y (el empleo de la conjunción adversativa “pero” no nos parece adecuado) tales gastos sean a cargo del solicitante, la entidad de crédito deberá entregar a éste copia del informe de tasación si la operación llega a formalizarse, o el original de dicho informe, en caso contrario.

Lo prevenido sobre tasación u otros servicios que la entidad de crédito considere necesarios se entiende sin perjuicio de la prohibición contenida en el art. 10.1.c), apartado 12 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores

y Usuarios, que excluye, como contrario a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, la obligada adquisición de bienes o mercancías (entiéndase, servicios) complementarios o accesorios no solicitados (párrafo 3.º del n.º 1 del art. 4.º).

Antes de finalizar el examen de este art. 4 podemos preguntarnos si los Notarios estamos incluidos o no en él. A pesar de que en su n.º 1 se habla de “profesionales” y de “tarifas de honorarios aplicables”, la respuesta acertada consideramos que es la negativa.

226 En el primer borrador de mayo de 1993 su art. 3.º (en cierta medida el equivalente al actual art. 4.º) imponía a las entidades de crédito la obligación de entregar al cliente un folleto ajustado al modelo establecido en el Anexo I y si no se cumplimentaba alguno de los apartados de su epígrafe II, relativo a los gastos accesorios de la operación, se debía entender que la elección de la persona o entidad que debía prestar el correspondiente servicio accesorio quedaba al arbitrio del prestatario. En el epígrafe II indicado se enumeraban como gastos accesorios los seguros y la Notaría, exigiéndose el nombre, dirección y teléfono del Notario propuesto y aranceles (matriz, copias y otros).

El Consejo General del Notariado en su informe a este borrador hizo notar que “normalmente será difícil determinar al céntimo el importe de estos gastos (refiriéndose a los notariales), pues al tiempo de rellenar el folleto, como es lógico, se desconocerá el n.º de folios del instrumento público. Por ello sería conveniente expresar el importe que corresponde como documento de cuantía (n.º 2 del Arancel Notarial) y fijar la cantidad que arancelariamente se devenga por cada uno de los folios de la matriz y de las copias”. Destacaba también dicho informe que faltaban casillas para consignar los gastos registrales, de tasación, gestoría, y otros.

En el segundo borrador de octubre de 1993 el folleto informativo —según el art. 3.º— debía precisar los gastos accesorios de la operación que sean a cargo del prestatario,

distinguiendo entre aquellos servicios que vayan a ser concertados y satisfechos inicialmente por la entidad de crédito en concepto de suplidos o gastos repercutibles y aquellos otros que corresponda concertar y abonar directamente al prestatario, y se introducía por primera vez al sistema de terna cuando la entidad de crédito no acepte que el prestatario efectúe la libre elección del profesional o entidad que deba realizar la tasación o prestar otro servicio accesorio y dicho gasto sea por su cuenta; supuesto en que se le confería, además, la facultad de elección. En el Anexo I, comprensivo del modelo de Folleto informativo, se incluía el epígrafe “Aranceles del Notario”, debiendo indicarse su cuantía aproximada y la forma de elección, a la vez que se añadían los Aranceles del Registro e Impuestos.

La Asociación Española de Banca Privada (informe de noviembre de 1993) hacía hincapié en que debiera aclararse lo que se entiende por “otro servicio accesorio” en el sentido de que quede absolutamente claro que no afecta a los Notarios, basándose en que no puede dudarse de la imparcialidad de todo Notario (supondría lo contrario poner en tela de juicio toda la función notarial, lo que sería gravísimo) y en que el sistema de terna sería de imposible aplicación en todas aquellas demarcaciones en las que no existen tres Notarios.

También la Junta de Decanos en su informe a este segundo Borrador hizo constar expresamente que “en todo caso, debe quedar claro que la intervención del Notario no está incluida dentro de los llamados servicios accesorios”.

Ante el texto definitivo de la Orden consideramos que los Notarios quedamos fuera del art. 4.º En modo alguno la autorización de la escritura puede ser estimada como servicio que la entidad de crédito considere necesario. La escritura pública en materia de préstamos hipotecarios es “forma de ser”, en terminología de GONZÁLEZ PALOMINO, ex-arts. 1.280 y 1.875 C.c. y concordantes de la L.H., no es un servicio accesorio. La referencia a “profesionales” y “tarifas de

honorarios aplicables” del art. 4.º de la Orden no es a Notarios y Aranceles Notariales, sino a otros profesionales cuya intervención “considere” (juicio de valoración) necesario la entidad de crédito (gestores, arquitectos, ingenieros, peritos, etc.). Confirma esta opinión la nueva redacción dada al epígrafe 5 del anexo I (Folleto informativo) que prescinde de referirse al nombre, dirección y teléfono del Notario y demás requisitos del primer borrador y solamente alude a “Impuestos y Aranceles”; y muy especialmente lo prevenido en el art. 7.º que se remite a lo establecido en el Reglamento Notarial en materia de elección de Notario.

C) *Oferta vinculante.*

228

Rectificando acertadamente el criterio del primer borrador —en el que se obligaba a la entidad de crédito a entregar al cliente una oferta definitiva, cuyo ejemplar se tenía que adjuntar al documento de préstamo, una vez alcanzado acuerdo para iniciar la tasación del inmueble o emprender otras gestiones preparatorias— el párrafo 1.º del art. 5.º,1 de la Orden establece que “efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo”.

Requisitos (art. 5.1, parr. 2.º):

— forma: escrita y firmada por representante de la entidad

— contenido: por su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden para la escritura de préstamo, y que examinaremos al comentar el art. 6.º

Efectos (art. 5.1, párf. 1.º, inciso final, y art. 5.2):

— salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

Se ha recogido la sugerencia hecha por el Consejo General del Notariado referente al señalamiento de un plazo breve de vigencia, por no ser aconsejable que la oferta fuera indefinidamente irrevocable.

Particularmente la posibilidad de dejar sin eficacia la oferta antes de dicho plazo por “circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad” nos parece un semillero de conflictos.

— derecho del prestatario (futuro prestatario, más bien), en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual (en realidad proyecto o minuta de escritura pública de préstamo garantizado con hipoteca, o préstamo hipotecario) en el despacho del Notario autorizante durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento; derecho que debe constar expresamente en el documento que contenga la oferta vinculante.

Felizmente se ha suprimido la necesidad de “adjuntar al documento de préstamo, como parte integrante del mismo” el documento que contenga la oferta vinculante. Así se pronunciaba el n.º 2 del art. 4.º del primer borrador y n.º 2 del art. 5.º del segundo. Contra este criterio se pronunciaron el Consejo General del Notariado y la Asociación española de Banca Privada (aumento de coste sin ventaja adicional alguna y duplicar prácticamente su extensión, haciendo la escritura más compleja y difícil de manejar, fueron los respectivos argumentos, que suscribimos íntegramente).

III. Documento contractual

A) *Cláusulas financieras del contrato.*

Frente a la inexacta terminología utilizada en los dos borradores, que nos hablaban de “documentos contractuales en los que se formalicen los préstamos hipotecarios”, el texto del proyecto y el de la Orden regresan al buen camino y califican a dichos documentos como lo único que pueden ser, como “escrituras públicas”, seguimos sin embargo, sin comprender por qué se mantiene como rúbrica de este Capítulo III de la Orden la expresión “documento contractual”.

230

La norma general está contenida en el párrafo 1.º del n.º 1 del art. 6.º: “Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas”.

Apostillamos:

- excesivo rigor formalista,
- veremos en qué queda lo de cláusulas separadas, el ejemplo del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se nos ha venido rápidamente a la mente,
- acertada supresión de la exigencia de los dos borradores que, además del orden y contenido de las cláusulas financieras, exigían identidad de denominación,
- acierto, asimismo, al permitir que las demás cláusulas de la escritura modifiquen el contenido de las cláusulas financieras siempre que lo hagan en beneficio del prestatario, en aras del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 C.c.) y de la “ratio” de la Orden: protección del consumidor.

Prevé, además, el propio art. 6.1 en su párrafo 2.º supuestos en los que excepcionalmente contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden no puedan, por su naturaleza especial, adecuarse íntegramente al modelo de cláusulas financieras del anexo II. En este caso “podrán las entidades de crédito someter a la verificación previa de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera los correspondientes modelos de contrato, justificando adecuadamente las circunstancias que impiden acomodarse a las cláusulas del citado anexo. Transcurrido dos meses sin que recaiga resolución expresa, se entenderá verificado favorablemente el modelo”. Es, pues, evidente que ante la presentación de un modelito fuera de serie, modelito a medida, el Notario autorizante de la escritura deberá exigir de la entidad que se le acredite la verificación del mismo, ya sea por verificación positiva o por silencio administrativo.

Antes de entrar en el examen de las cláusulas financieras del repetido Anexo II, veamos las precisiones que el art. 6 hace en sus n.ºs 2 y 3 cuando se trata de préstamos a tipo de interés variable:

231

1.º) *Indices o tipos de referencia que pueden utilizarse.* Solamente los que cumplan las siguientes condiciones:

a) No depender exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni ser susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

La segunda parte de la norma (no sean susceptibles de influencia, etc.) es casi imposible de valorar por el Notario autorizante, por lo que deberían dictarse por el Banco de España las normas precisas para eliminar dudas, al amparo de la Disposición Adicional Primera de esta propia Orden.

b) Y que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

2.º) *Notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable.* No será precisa cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

— que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de la Orden. Es decir, los que el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, defina mediante Circular, y cuyos valores deberá hacer públicos regularmente,

— y que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3.ª bis del anexo II; o sea como suma al tipo de interés de referencia de un margen constante (positivo, nulo o negativo) expresado en puntos o fracciones de punto, o como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.

232

Y entramos seguidamente en el examen de las *cláusulas financieras* contenidas en el Anexo II de la Orden y que, repetimos, deben constar en la escritura de préstamo debidamente separadas de las restantes, por el mismo orden y con el mismo contenido (art. 6.1):

1.ª *Capital del préstamo (obligatoria).* La cláusula expresará:

a) El importe del préstamo. Si se tratara de un préstamo en divisa (por ejemplo, ECUS), se especificará ésta, definiéndose adecuadamente. En las cláusulas correspondientes (2.ª, 3.ª, etc.) se señalarán las especificidades (por ejemplo, moneda de pago, cálculo del importe en pesetas de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta de la peseta.

b) La forma de entrega del importe del préstamo. Si la entrega se realiza mediante abono en una “cuenta especial” de la que el prestatario no pueda disponer libremente,

deberá cumplimentarse obligatoriamente la cláusula 1.^a bis.

No se olvide que cuando se trata de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios y éstos previeran una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas, tales préstamos no incluirán esta cláusula 1.^a (erróneamente en la advertencia previa del Anexo II se invoca al art. 3.1, cuando debe ser el art. 1.3).

1.^a bis. *Cuenta especial (sólo cuando resulte de aplicación y nunca cuando se trate de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios).* En esta cláusula se especificará:

a) Las condiciones cuyo cumplimiento deba acreditar el prestatario antes de poder disponer libremente del saldo de dicha cuenta.

b) El plazo para el cumplimiento de dichas condiciones y las facultades resolutorias de la entidad prestamista en caso de que se recabe.

233

De acuerdo con el informe del Consejo General del Notariado la formulación de esta letra b) ha recogido el término “resolutorias”, por ser más técnico y preciso que el de “rescisorias” utilizado en el primer borrador.

2.^a) *Amortización (obligatoria).* La cláusula indicará:

1.º Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano.

2.º El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano.

Si se tratara de préstamos en divisas, se especificarán en este apartado las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota.

3.º Las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado, expresándose en particular:

a) Las fechas de ejercicio de dicha facultad.

b) Si se hubiera pactado, la cantidad que con ocasión del reembolso anticipado deba satisfacer el prestatario a la entidad prestamista al ejercer dicha facultad, distinguiendo, en su caso, entre amortizaciones totales y parciales.

c) En caso de reembolso anticipado parcial, la cuantía mínima y el modo concreto en que éste alterará el importe o número de las cuotas de amortización remanentes, indicándose, en su caso, las facultades de elección que se reconozcan al efecto al prestatario.

4.º Cuando existan, las demás facultades que se reconozcan al prestatario para alargar o alterar el calendario de amortización, y las condiciones para su ejercicio.

3.ª) *Intereses ordinarios (obligatoria)*. En esta cláusula se hará constar:

234

a) El tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo durante toda la vida del préstamo o si tendrá carácter variable, durante la totalidad o parte de la vida del préstamo.

Si el tipo de interés fuera fijo durante toda la vida del préstamo, se señalará en esta cláusula su valor, expresado en tanto por ciento nominal anual.

Si el tipo de interés pudiera variar en algún período, se especificará con claridad el comienzo de dicho período, cumplimentándose obligatoriamente la cláusula 3.ª bis.

b) La fecha de inicio del devengo de intereses, y su periodicidad y forma de liquidación ordinaria, indicándose la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés anual, el importe absoluto de los intereses devengados.

c) El número de días que se considerará que tiene el año cuando, para el cálculo de los intereses devengados durante períodos inferiores a un año, sea preciso convertir el tipo de interés anual en un tipo de interés diario.

d) Cuando resulte de aplicación, la forma especial de

liquidación de intereses del período transcurrido durante el cual el prestatario no tenga la plena disponibilidad del importe íntegro del préstamo, por no haberse cumplido las condiciones establecidas al efecto.

En este supuesto los intereses se aplicarán exclusivamente a la parte del préstamo sobre la que el prestatario hubiera dispuesto o tuviera la libre disposición, y se entenderán devengados por días.

e) En el caso de préstamos en divisas, las reglas aplicables para el cálculo en pesetas de los intereses.

3.ª bis. Tipo de interés variable (sólo cuando resulte de aplicación).

1. Definición del tipo de interés aplicable.— Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

235

a) Como suma de:

Un margen constante (positivo, nulo o negativo) expresado en puntos o fracciones de punto.

El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.

c) Como suma de:

Un tipo de interés constante.

Un margen variable, que será igual a la variación absoluta (positiva, nula o negativa) experimentada, desde cierta fecha establecida en el contrato, por un índice o tipo de referencia.

d) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible para el prestatario, y sea conforme a Derecho.

Recuérdese que el empleo de las formas enumeradas en las letras a) y/o b) excluyen la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando, además, se hubiere pactado la uti-

lización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden (ex-art. 6.3).

El Consejo General del Notariado informó que sería conveniente recoger, lo que no se hizo, la cláusula muy generalizada en la práctica, y de evidente interés para el deudor, cual es la facultad de dar por vencido el préstamo y desligarse del contrato cuando se produzca la revisión del interés, estableciendo un plazo para la devolución del capital.

Por su parte la Asociación Española de Banca Privada estimó superfluo describir diversas fórmulas de tipos variables para después admitir cualquier modo que sea claro, concreto y comprensible para el prestatario y conforme a Derecho. Bastaría —y abundamos en este criterio— con establecer esta formulación de tipo general.

236

2. Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia.— La cláusula deberá expresar:

a) La definición del índice o tipo de interés; el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore; y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario.

b) Cuando el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientes en el préstamo objeto del contrato, se indicará si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable, definido según la fórmula descrita en el apartado 1 de esta cláusula 3.^a bis.

En caso afirmativo, se indicará la fórmula o procedimiento del ajuste o conversión que deba efectuarse.

c) El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

3. Límites de la variación del tipo de interés aplicable.— Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose su forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.

Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento del préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho. (Valga lo dicho antes respecto de la definición del tipo de interés aplicable).

237

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos de tipo de interés aplicable.— Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto.

Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto).

5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable.— La cláusula deberá especificar:

a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período.

b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable.

4.^a *Comisiones.*

1. *Comisión de apertura (no aplicable cuando se trate de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios).*— Cualesquiera gasto de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará “comisión de apertura” y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula.

238

En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

2. *Otras comisiones y gastos posteriores.*— Además de la “comisión de apertura”, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario:

a) La cantidad que haya de abonar el prestatario con ocasión del reembolso anticipado, conforme a lo estipulado, en su caso, en la cláusula 2.^a

b) Los gastos de la operación mencionados en la cláusula 5.^a, incluidos los correspondientes a servicios pactados directamente por la entidad.

c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordi-

naria del préstamo. En el caso de préstamos en divisas, se incluirán las comisiones de cambio máximas que pudieran resultar aplicables.

Cualesquiera importes periódicos a cargo del prestatario en favor de la entidad se reflejarán necesariamente, de forma implícita, en el tipo de interés ordinario que se hubiera libremente pactado.

4.^a bis. *Tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente (sólo cuando resulte de aplicación).*—En los préstamos a tipo de interés se hará constar en esta cláusula:

a) La cuota total que corresponderá satisfacer al prestatario en cada fecha.

b) El coste efectivo de la operación, calculado conforme a las reglas establecidas al efecto por el Banco de España.

5.^a *Gastos a cargo del prestatario (obligatoria).*—En esta cláusula se especificarán todos aquellos conceptos de gasto futuro o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario.

Podrán incluirse los siguientes conceptos:

a) Gastos de tasación del inmueble.

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.

c) Impuestos.

d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos.

e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.

f) Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables.

g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.

h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

Comulgamos con la opinión de los informes de la Confederación Española de Cajas de Ahorro y Asociación Española de Banca Privada, que estimaron que los gastos deberían enunciarse solamente de forma conceptual, sin que pueda hacerse referencia a su importe, ya que su cuantificación resulta imposible “a priori”, y que si la cuantificación sólo puede ser orientativa carece de sentido incorporarla a la escritura pública.

6.^a *Intereses de demora (obligatoria).*— En esta cláusula se especificará:

- 240 a) El tipo de interés de demora, expresando sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia.
- b) La base sobre la que se aplica el interés de demora y su forma de liquidación.

6.^a bis. *Resolución anticipada por la entidad de crédito (sólo cuando resulte de aplicación.*— Cuando se pacten expresamente, se indicarán en esta cláusula:

- a) Las causas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.
- b) El importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

B) *Acto de otorgamiento.*

1) *Elección de Notario.* El primer borrador de la Orden comenzaba en su art. 6.º confiriendo este derecho al prestatario con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables (n.º 1); continuaba previendo que si el Notario autorizante hubiera sido propuesto en el folleto informativo por la entidad prestamista y aceptado por el prestatario, debería consignarse expresamente en la escritura dicha aceptación (n.º 2); y finalizaba estableciendo que “el acto de otorgamiento de la escritura pública no deberá tener lugar en las oficinas de la entidad prestamista, salvo causa justificada que, aceptada por el prestatario, el Notario hará constar en el documento” (n.º 4).

Las reacciones frente a esta proyectada regulación fueron de signos contrarios.

Para el Consejo General del Notariado “el derecho a la libre elección de Notario constituye un principio capital de la organización notarial” y así aparece reconocido en las diferentes normas específicas que regulan la actividad y funcionamiento del Notariado, además de haber sido reconocido con tal carácter por numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Al amparo de dicho principio la Orden, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Notarial (art. 142), confiere este derecho al prestatario, al adherente. Este reconocimiento, por otra parte obligado, dado el principio de jerarquía normativa, revela el papel fundamental que al Notario corresponde en la contratación en masa y tiene un doble fundamento:

“—Es el prestatario el que sufraga los costes de la intervención notarial.

“—Es el adherente el contratante más necesitado de protección.

“Lo anterior justifica plenamente el sentido de la norma comentada: El prestatario tiene derecho a elegir Notario,

por las cualidades de aquel que estime más convenientes y ello con independencia de que, en todo caso, el Notario haya de prestar su ministerio, tal y como se viene haciendo, con total imparcialidad y dentro del más exquisito control de legalidad.

“Por ello las razones de comodidad y rapidez que de ordinario justifican el interés de la entidad crediticia a ejercitar el derecho de libre elección deben ceder ante las razones, de igual orden, que asisten al prestatario —contratante más necesitado— al que se reconoce preferentemente tal derecho. Consecuentemente, puede decirse que la previsión normativa permite al prestatario elegir la Notaría donde puede examinar y firmar el documento, y, además, elegir el Notario que por su prestigio, mejor hacer, comodidad o por sus condiciones personales mejor sintonice con el prestatario que reclama la prestación de la función notarial.

242 “Debe entenderse que el derecho de libre elección debe ejercitarse en el modo previsto en el Reglamento Notarial, por lo que huelgan más precisiones en el texto. El titular del derecho no puede hacer un uso abusivo del mismo, pues “no podrá imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con los elementos reales o personales del negocio” (art. 142.3 *in fine* R.N.)”.

Frente a este criterio, tanto la Confederación Española de Cajas de Ahorro como la Asociación Española de Banca Privada expresaron su disconformidad con el borrador considerando que es la presencia del Notario la que determina la seguridad jurídica, con independencia del lugar en el que dicho acto se produzca y resaltando que la insistencia de las entidades prestamistas para la elección del Notario no se basa en consideraciones de tipo sustantivo —les sería igual cualquier otro Notario a este respecto— sino en consideraciones de tipo operativo. “Para poder prestar con la debida agilidad el servicio de concesión de préstamos hipotecarios —afirma la AEB— resulta altamente conveniente actuar con un Notario que tenga registrados en su sistema informático

los poderes de los que firman las escrituras, las minutas de las mismas, etc., etc., y con el que se tenga concertado el servicio de gestión de los documentos que permita acelerar la disponibilidad de los fondos por parte del prestatario. De suerte que cualquier limitación en esta materia no haría más que perjudicar al prestatario, que vería dificultada o retrasada la disponibilidad de los fondos”.

En el segundo borrador desapareció toda referencia al principio de la libre elección de Notario y se suprimió la exigencia de que las escrituras se formalizasen en la Notaría.

El segundo informe del Consejo General del Notariado, y en orden al principio de libre elección, sugirió que no obstante tratarse de un principio básico de la organización del Notariado y que aparece expresamente formulado en el art. 142 R.N. —así como también en el R.D. 515/1989, de 21 de abril (*vide* su art. 5.4.c) sobre protección de los consumidores, invocado en el art 1.3 del propio borrador de la Orden—, debía reiterarse en el texto de la nueva disposición, pues de este modo se contribuiría a potenciar su ejercicio por tratarse de una norma que previsiblemente alcanzará una gran difusión y cuyo objeto más próximo es dotar de mayor transparencia al proceso contractual de los préstamos hipotecarios y procurar una completa información al consumidor.

Con respecto a la supresión de la exigencia de que las escrituras se formalizasen en la Notaría, en el propio informe podemos leer “no tiene aparente justificación. Si bien la regulación del lugar del otorgamiento de los instrumentos públicos excede del marco de esta O.M., no cabe duda que la imposición, no al Notario sino a las entidades de crédito y como mandato dirigido exclusivamente a éstas, de que las escrituras de préstamo —sin perjuicio de ciertas excepciones— se autoricen en la Notaría no ocasionaba ningún problema de legalidad, ni de jerarquía normativa, y coadyudaba de forma decisiva a que tuviera plena efectividad el derecho del consumidor al examen del documento, por presentarse

aquella exigencia —en la mayoría de los casos— como un “prius” para el ejercicio de este derecho. Por ello, también en este punto se estima más adecuada la redacción que presentaba el primer texto”.

En el texto definitivo de la Orden, el art. 7.1 se limita a señalar que “en materia de elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables”.

De acuerdo con el art. 142 R.N.: “Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario.— En los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas la elección de Notario corresponderá, en defecto de pacto, a quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales o la mayor parte de los mismos... en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizados por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección de Notario corresponderá al adquirente, ... Los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual...”

244

2) *Derecho a examinar el proyecto de escritura (art. 7.2).* Este derecho se confiere al prestatario. El examen deberá realizarse en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento y se permite la renuncia expresa, ante el Notario autorizante, a dicho plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría.

Es la única referencia que contiene la Orden respecto al lugar de otorgamiento. Ello implica que las escrituras de préstamo hipotecario podrán autorizarse en la Notaría o en el domicilio de la entidad de crédito; que en ambos casos el prestatario tiene derecho a examinar en el despacho del

Notario, durante tres días hábiles de antelación al otorgamiento, el proyecto de escritura; y que este derecho de examen sólo será renunciable si la escritura se autoriza en la propia Notaría.

De todos es conocido —la prensa se ha encargado de airearlo— el acuerdo de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla del 12 de diciembre de 1993 considerando el desplazamiento del Notario a algunas oficinas de Bancos y Cajas de Ahorro para la autorización de escrituras de préstamo o crédito como una práctica viciosa y contraria al Reglamento Notarial que la contempla sólo para casos especiales y que se estima, por tanto, improcedente, dada la primordial obligación del Notario de mantener su independencia, imparcialidad y deber de protección al consumidor, todo ello en cumplimiento de los artículos 142 y 147 de ese Reglamento y en aplicación rigurosa de la garantía de imparcialidad que establece el artículo 103.3 de la Constitución Española.

245

Toda vez que dicho acuerdo ha sido recurrido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la Asociación Hipotecaria Española consideramos la materia “sub iudice” y nos abstenemos de todo comentario al respecto.

3) *Deber de información (art. 7.3).* En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, en este n.º 3 del art. 7.º de la Orden se nos imponen a los Notarios los siguientes deberes:

1.º Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual (¿por qué no se habla de la escritura de préstamo?), advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constado y de su derecho a desistir de la operación.

La oferta vinculante ya no se adjunta a la escritura de préstamo —como establecía el art. 4.2 del primer borra-

dor— pero, evidentemente, debe facilitársele al Notario para que éste pueda cumplir lo prevenido en el apartado que se acaba de transcribir.

Omite también el texto de la Orden toda referencia a quien deba soportar los gastos del desistimiento cuando hubiere discrepancias entre la oferta vinculante y la escritura definitiva. Según el primer borrador dichos gastos eran de cuenta de la entidad prestamista y parécenos que este criterio debe seguir manteniéndose, ya que siempre será la entidad prestamista la “culpable” de la discrepancia, que sin duda será por exceso (agravando las condiciones) y nunca por defecto, pues en este supuesto el prestatario la aceptaría gustosamente.

2.º Tratándose de préstamos a tipo de interés variable, habremos de advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

246 a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.

b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultará teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

Inferior. No nos hemos equivocado al copiar. Con esta norma se tratan de evitar publicidades engañosas y captaciones irregulares de clientes. Pensemos que se concede un préstamo al 7% de interés inicial por plazo de tres meses y que se pacta una cláusula de revisión, a partir de dicha fecha, en el que el interés aplicable, sea Mibor más tres puntos. Si el Mibor estuviere al 8%, sumados los tres puntos nos daría un interés del 11% a los tres meses de firmado el préstamo. Precisamente esto es lo que se trata de evitar y todos podemos dar fe de que no es un ejemplo de laboratorio.

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no

sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes.

3.º En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, que se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.

Con el famoso T.A.E. hemos topado. Curioso destacar que en los informes de la Asociación Española de Banca Privada y de la Confederación Española de Cajas de Ahorros se nos echó un capote, en el sentido de considerar que debería eliminarse esta obligación, afirmándose que excede del marco de los conocimientos propios de nuestra profesión. Agradecemos las buenas intenciones pero entendemos que el cálculo del T.A.E. está a nuestro alcance, somos juristas pero no tontos y en todo caso, un programa informático fácilmente adquirible resolverá el problema. Más difícil es aprobar la Oposición y lo hemos conseguido.

247

4.º En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente (la repetición es obra del legislador, no nuestra) en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario.

5.º En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuaciones del tipo de cambio.

6.º Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

Como resumen práctico respecto de este deber de información digamos que se nos impone a los Notarios la obli-

gación de consignar expresamente en todas las escrituras los préstamos hipotecarios incluidos dentro del ámbito de la aplicación de la Orden dos nuevas advertencias: la del n.º 2.º del apartado 3 (préstamos a tipo de interés variable) y la del n.º 4.º del propio apartado 3 (cantidades a abonar por reembolso anticipado, limitaciones a dicho reembolso o falta de remisión de esta facultad).

En el primer borrador al regularse el acto de otorgamiento en su art. 6.º y en relación con las cláusulas financieras del contrato de préstamo hipotecario, se imponía al Notario, al autorizar la escritura pública en que se formaliza, el deber de comprobar si se había observado lo dispuesto en la presente Orden, y, además, se atribuía al Registrador de la Propiedad el mismo deber al realizar la calificación.

248

Este segundo control encomendado al Registrador ha sido eliminado y estimamos que acertadamente. El juicio de legalidad que emite el Registrador al calificar un documento está limitado a los únicos efectos de la inscripción del mismo. Así lo establecen el art. 101 del Reglamento Hipotecario: “la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación anticipada”. Una vez formalizado el contrato, si el control notarial ha sido erróneo, sólo cabe exigir la responsabilidad del autorizante y, en su caso, la ineficacia del contrato. El control registral es inútil a estos efectos. Se trataría por otra parte —como aclaraba el informe de la Junta de Decanos— de un control atípico, pues al Registrador no le incumbe evaluar el equilibrio contractual, sino sólo la eficacia del acto en tanto constitutiva, modificativa o extintiva de la propiedad o de los derechos reales sobre la misma.

Con lo dicho consideramos que en nada se ha limitado el ámbito de la función calificadora de los Registradores en los términos que enuncia el art. 18 de la Ley Hipotecaria.

No se olvide que el incumplimiento de lo prevenido en la Orden, según su art. 2.º, sólo dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, salvo los supuestos de nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas del art. 10 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, nulidad que debe ser declarada por el Tribunal competente y que, según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, queda fuera del ámbito de la función calificadoras de los Registradores de la Propiedad.

IV. Disposiciones adicionales

Habiéndose hecho ya referencia a la facultad conferida al Banco de España para adaptar el Anexo I (folleto informativo) de la Orden mediante Circular (párrafo 2.º de la Adicional Primera) y para definir, también mediante Circular, el conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales (Adicional Segunda), sólo nos resta reproducir el contenido de párrafo 1.º de la Adicional Primera, conforme al cual “se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden”.

249

- - - - -

Los poderes públicos están obligados, art. 51 de nuestra Constitución, a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la seguridad y los legítimos intereses económicos de los mismos. La Orden que acabamos de comentar va por ese camino y en este sentido no merece más que aplausos de bienvenida, deseos de “luenga” vida, y esperanzas de exacto y riguroso cumplimiento. Los Notarios cumpliremos, pero...

A) Informes y comunicaciones

APUNTES SOBRE LA SELECCION DEL CONTRATISTA Y LA FORMALIZACION DEL CONTRATO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS EN EL PROYECTO DE LEY EN TRAMITE LEGISLATIVO (*)

253

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

SUMARIO: LA SELECCION DEL CONTRATISTA.
I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. **II.** LA IDONEIDAD PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN. **1)** Regla general. **2)** Solvencia económica y técnica. **3)** Prohibiciones. **4)** Calificación o clasificación. **III.** LA ADJUDICACIÓN. **1)** El procedimiento de elección. **A)** *Principios.* **B)** *Procedimientos legales.* **a)** *Clases.* **a1)** *Abierto.* **a2)** *Restringido.* **a3)** *Negociado.* **b)** *Utilización.* **c)** *Reglas generales de procedimiento; el abierto.*

(*) Advertencia.—Estos apuntes fueron redactados en la primavera de 1994; y según los datos entonces conocidos del proceso de formación legislativa.

d) Reglas particulares del restringido. **e)** Reglas particulares del negociado. **f)** Notificación y publicación de la adjudicación. **2)** Formas de adjudicación. **A)** Clases. **a)** Subasta. **b)** Concurso. **c)** En procedimiento negociado. **B)** Procedimiento para la subasta. **C)** Procedimiento para el concurso.

IV. PECULIARIDADES EN LOS CONTRATOS DE OBRAS Y DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS. **1)** Respecto de los procedimientos. **2)** Respecto de las formas. **3)** Procedimiento negociado con publicidad. **A)** Cuando procede. **B)** Su publicidad. **4)** Procedimiento negociado sin publicidad. **A)** Cuando procede. **B)** Exclusión de Publicidad. **V.** PARTICULARIDADES EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. **1)** Procedimientos y forma concursal. **2)** Procedimiento negociado. **A)** Casos. **B)** Publicidad. **VI.** PARTICULARIDADES EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO. **1)** Publicidad especial. **2)** Forma de adjudicación. **A)** General. **B)** Casos de subasta. **C)** Concurso de equipos o sistemas de información. **3)** Procedimiento negociado. **A)** Casos. **B)** Publicidad previa y posterior. **VII.** PARTICULARIDADES EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA Y ANÁLOGAS. **VIII.** LA MESA DE CONTRATACIÓN. **1)** Idea Básica. **2)** Composición. **3)** Casos de asistencia. **4)** Alcance de la asistencia. **A)** Su subasta. **B)** En el concurso. **C)** En el procedimiento negociado. **IX.** EL REGISTRO PÚBLICO DE CONTRATOS. **1)** Idea básica. **2)** Contenido. **3)** Comentarios críticos. **LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. I.** LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO. **II.** LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO. **1)** La forma de los contratos. **2)** El formalismo de la contratación administrativa. **A)** La regla general. **B)** La regla general optativa. **C)** La regla especial. **D)** La norma excepcional. **3)** El valor de la forma. **III.** EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO. **1)** Cuando se requiere y qué es. **2)** Plazo de formalización. **3)** Apunte histórico. **IV.** LA ESCRITURA PÚBLICA. **1)** L. 1965. **2)** L. Vigente. **3)** Proyecto. **V.** TRÁMITES POSTERIORES. **EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO. I.** LA FORMA EN EL

ACTO ADMINISTRATIVO. 1) Procedimiento y forma. 2) Alcance de la exigencia de forma. El vicio de forma. II. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO. 1) En el acto administrativo. 2) En el acto contractual. A) *El contrato como hecho.* B) *La perfección del contrato administrativo.* C) *La formalización de contrato preexistente.* III. LA CALIFICACIÓN DEL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO. AUTORÍA. 1) En el acto administrativo. 2) En el contrato de la Administración ¿Puede ser calificado como documento público? IV. REFERENCIA A LA ESCRITURA PÚBLICA. MAS SOBRE EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO Y EL DOCUMENTO PUBLICO. I. CONCEPTO DE DOCUMENTO PÚBLICO. II. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY EN PREPARACIÓN. 1) Documento administrativo de Corporaciones Locales. 2) Documento administrativo. A) *Del acto.* B) *Del contrato.* C) *La elevación a público.* D) *Ventajas del documento notarial.* LA REGISTRACION DEL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO. I. AFIRMACIÓN LEGAL DE INSCRIBIBILIDAD. II. EL RÉGIMEN LEGAL PROPIO DE LOS REGISTROS. III. EL REGISTRO QUE PRODUCE EFECTOS SUSTANTIVOS. 1) Síntesis de su esencia. La seguridad del tráfico. 2) Coordinación de la seguridad del tráfico con la seguridad jurídica. IV. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL. V. PREGUNTAS A FORMULAR. LA DOCUMENTACION DE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS. I. EL CONTRATO CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN. SU DELIMITACIÓN. II. SU RÉGIMEN JURÍDICO. III. SU FORMALIZACIÓN. IV. LA FORMA Y LOS EFECTOS DEL CONTRATO. V. MÁS PREGUNTAS. UN CASO PARTICULAR EN DERECHO URBANISTICO. I. LAS DIVERSAS ACTUACIONES. II. LOS DESAJUSTES DE APROVECHAMIENTOS EN LAS ACTUACIONES ASISTEMÁTICAS. CORRECCIÓN. III. EL REGISTRO DE TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO Y EL DOCUMENTO INSCRIBIBLE. IV. ANÁLISIS DE LOS DOCUMENTOS INSCRIBIBLES. V. INTERROGANTES.

LA SELECCION DEL CONTRATISTA

I. A modo de introducción

La selección del contratista es una fase en la formación del contrato de una Administración pública que se sitúa con posterioridad, al menos conceptualmente, a la formación del contenido de la voluntad contractual de la Administración para proceder a la celebración del contrato (1).

La voluntad contractual de la Administración resulta formada y valga esta manera esquemática de expresarlo, mediante diversos pasos o trámites que se ponen en marcha por el impulso inicial del órgano de contratación adoptado en el ámbito de sus competencias.

256 Su decisión de celebrar un determinado contrato, que significa la decisión de una actuación administrativa a realizar mediante el posterior cumplimiento del contrato, pone en marcha la formación de la voluntad contractual de la Administración; sobre la base de la existencia de consignación presupuestaria previa. (Actuaciones administrativas preparatorias y expediente de contratación en particular en arts. 67 y ss. del Proyecto.)

El contenido de la voluntad contractual de la Administración se perfila en el expediente al que se incorporan los pliegos de cláusulas administrativas (generales —art. 48— y particulares —art. 49—) y con pliegos de prescripciones técnicas (art. 51). Son previas la fiscalización y aprobación de gastos a la Administración para el cumplimiento de la obligación a su cargo de pagar el precio del contrato (art. 67).

Así pues, formada la voluntad contractual de la Admi-

(1) Tomo como base de este trabajo el proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales —Congreso de los Diputados— —Legislatura n.º 56-1— el día 14 de marzo de 1994.

nistración, surge la cuestión que nos debe ocupar ahora: cómo se designa o se determina a la otra parte contratante (art. 69.1).

II. La idoneidad para contratar con la Administración

1) En principio toda persona, natural o jurídica, española o extranjera, puede contratar con la Administración. La aptitud para contratar con la Administración es una manifestación de la capacidad de derecho; aunque la posibilidad de contratar requiere capacidad de obrar (art. 14.1).

Los empresarios que sean personas jurídicas deberán acreditar su legal constitución (los españoles mediante escritura de constitución o modificación inscrita, los extranjeros comunitarios mediante acreditar su inscripción en registro profesional o comercial y los demás extranjeros mediante certificación de la Embajada de España en el estado respectivo, que además deberá informar de la reciprocidad respecto de empresarios españoles en aquel Estado) (art. 14.1 y 2).

257

2) Además de la existencia legal y de la capacidad de obrar deben concurrir en quien vaya a contratar con la Administración, cuando así se considere necesario, cualidades de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional según la índole del contrato a celebrar. En estos casos se precisarán en el anuncio los medios de acreditación que deban aportarse para justificar dichas cualidades (arts. 14.3, 15, 16, 17 y 18).

3) La legislación establece una extensa relación de prohibiciones para contratar con la Administración; unas basadas en previas condenas penales; otras en previas declaraciones judiciales de insolvencia; otras en anteriores incumplimientos de deberes empresariales o de otros contratos con la Administración; otras en incompatibilidades por ejercicio de car-

gos electivos, o altos cargos del personal al servicio de las Administraciones públicas; y otras, en fin, en la falta de idoneidad para contratar. No nos corresponde su estudio detallado (arts. 19 y 20).

4) La solvencia económica y financiera y la técnica o profesional pueden establecerse respecto de un potencial contratante con carácter general y previo mediante su calificación. Por obvias razones prácticas, de seguridad y agilidad, la clasificación acordada por la Junta Consultiva de Contratación administrativa a través de Comisiones clarificadoras se requiere como requisito previo para poder contratar obras por 20 millones o más o servicios, consultoría o asistencia por 10 millones o más; salvo para éstos últimos (consultoría o asistencia) las personas físicas tituladas (con título universitario) y colegiadas no precisan calificación, aunque sí acreditar la solvencia técnica y profesional (arts. 24 y ss.).

258

Los certificados de clasificación de Estados miembros de Comunidad Europea constituyen una presunción de capacidad (arts. 25.2).

No parece oportuno mayor detalle; ni el repaso de la diversidad de clasificación para cada uno de los tipos de contratos tipificados; ni ahora nos ocuparemos del Registro de contratistas, más allá de su cita. Tampoco de la falta de capacidad o de solvencia de contratista o de la infracción de prohibiciones (art. 21).

III. La adjudicación de los Contratos

Así encabeza la Ley el capítulo dedicado a la selección del contratante, de la otra parte, con quien va a contratar la Administración.

Es la materia que nos interesa: cómo elige la Administración al contratante cuya prestación de cumplimiento permitirá lograr el objetivo, la finalidad perseguida, y realizar

el objeto del contrato que se estima necesario para los fines del servicio público correspondiente.

1) El procedimiento de selección de contratistas. (Cap. VII del Título III, arts. 73 y ss.).

Así denominan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ a los trámites adecuados para la selección del contratista. El proyecto los regula bajo el epígrafe “de la adjudicación de los contratos” (2).

A) Principios.

La doctrina científica se resume por el Consejo de Estado al proclamar que el procedimiento de selección de contratistas debe estar orientado de una parte, a garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causa de prohibición, aspiren a ser contratistas y, de otra, no divergente, a servir al interés público. La confluencia de estas dos finalidades se garantiza mejor rodeando a todo el “iter” del procedimiento de la adecuada publicidad y, a la vez, facilitando la libre concurrencia. Los procedimientos capaces de suscitar la concurrencia - presunta la publicidad constituyen la máxima garantía para los intereses públicos (3).

259

B) Los procedimientos legales (art. 73).

a) Se distinguen tres.

a1) El abierto, en el que todo empresario (idóneo) interesado podrá presentar una proposición.

a2) El restringido, en el que sólo podrán presentar pro-

(2) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. I Sexta Edición -Civitas-. Madrid 1993, pág. 683.

(3) Dictamen de 1 y 2 de diciembre de 1993 en expediente 1270/93/MC/LD.

posiciones a aquellos empresarios seleccionados expresamente previa solicitud de los mismos.

a3) El negociado, en que el contrato será adjudicado al empresario libre y justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios.

b) *La utilización de los procedimientos (art. 75).*

Los procedimientos abierto y restringido se consideran “normales”. El negociado sólo procederá en los casos determinados para cada clase de contrato.

c) *Las reglas generales de procedimiento (arts. 76 y ss).*

Se predicán del abierto.

260

c1) La publicidad. Bajo el epígrafe de la publicidad de la licitación (empleado este término con propiedad) se dispone que todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos, con excepción de los procedimientos negociados se anunciarán en el B.O.E. (4). No debemos entretenernos en detalles de plazos, de publicidad obligada por trasposición de normas comunitarias o de la potestativa publicidad en diarios o boletines oficiales de las Comunidades Autónomas (art 78).

c2) Las proposiciones de los interesados deben presentarse dentro del plazo señalado; serán secretas; se ajustarán al modelo del pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada de dichas cláusulas (5).

(4) En el procedimiento negociado no hay licitación en el sentido propio del término; esto es, no hay ofrecimiento de precio por una cosa en subasta o almoneada según define el Diccionario de la Lengua. En el procedimiento negociado se produce una sucesión de contraofertas recíprocas en busca del lugar, punto o cifra de encuentro.

(5) Puede pues sostenerse, según los conceptos y términos usuales del proceso de formación contractual, que la proposición tiene las características propias de una

La proposición se acompañará en sobre aparte de la documentación acreditativa de la personalidad, de la representación, de la clasificación o justificación de solvencia (idoneidad), de la constitución de garantía provisional y de sometimiento a fuero de empresas extranjeras (art. 79).

Cada licitador no puede presentar más de una proposición (art. 80).

c3) La mesa de contratación. Asiste al órgano de contratación y formula su propuesta, para la que podrá solicitar cuantos informes técnicos relacionados con el objeto del contrato sean precisos (art. 81). Luego me ocuparé de ella con más detalle.

c4) El procedimiento se cierra con la llamada forma de adjudicación, normalmente la subasta y el concurso; y con su notificación (está en art. 93).

d) *Las reglas particulares del procedimiento restringido* (art. 94).

261

d1) Previo al anuncio del procedimiento restringido, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, se expresarán los criterios objetivos con arreglo a las cuales el órgano de contratación habrá de cursar invitaciones para participar en el procedimiento, y este órgano podrá señalar los límites superior e inferior (entre 20 y 5) del número de empresas que proyecta invitar; los cuales límites deberá indicar en el anuncio.

d2) Se distinguen fases: (i) Presentación de solicitudes de participación y documentación de personalidad, representación y de idoneidad (calificación o cumplimiento de condiciones de solvencia). (ii) Incitación a los solicitantes admitidos para presentar proposición. (iii) Presentación de proposición y justificación de la garantía provisional.

oferta firme. Resulta confirmada esta opinión por la norma, que comentaremos, según la cual la adjudicación perfecciona el contrato con el oferente cuya propuesta resulta escogida.

e) Reglas particulares del procedimiento negociado.

e1) El mismo precepto que se ocupa de la publicidad de las licitaciones exceptúa de esta formalidad a los procedimientos negociados. A los que no cuadra la palabra licitación, entendida según el diccionario de la lengua como expresiva de la acción de ofrecer precio en una subasta o almoneda (art. 78).

e2) Será necesario solicitar oferta de al menos tres empresas capacitadas para la realización del contrato, siempre que sea posible. De ello se dejará constancia en el expediente (art. 92).

f) Notificación y publicación de la adjudicación.

262

Una vez acordada por el órgano de contratación, cualquiera que sea el procedimiento seguido y la forma de adjudicación empleada será notificada a los participantes en la licitación, y se publicará la adjudicación que sea igual o superior a 5.000.000 en los contratos de obras o a 25.000.000 la inversión de primer establecimiento en los contratos de gestión de servicios públicos por más de cinco años en el BOE, o en el de las Comunidades o Entidades Locales en plazo no superior a 48 días, con especial referencia a la publicidad necesaria en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas según la trasposición comunitaria. (art. 93). Luego aludiremos al papel de la mesa de contratación (6) y al Registro de Contratos al que se comunicará después de formalizada (arts. 93 y 118).

(6) La intervención de la Mesa de Contratación en el procedimiento negociado no está perfilada ni regulada con el debido detalle en el proyecto. Debe llamarse la atención acerca de la necesidad de evitar esta laguna.

2) Formas de adjudicación al contratista.

A) *También en este caso debemos distinguir tres:*

a) La subasta, que versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que sin exceder de aquél oferte el precio más bajo.

b) El concurso, en el que la adjudicación recaerá en el licitador que en su conjunto haga la proposición más ventajosa teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo abierto.

c) La legislación no se ocupa de la tercera forma de adjudicación. Es la que se produce en el procedimiento negociado. Ocurre que se trata de una adjudicación, o de una selección del contratista, informal, o de libre designación. Por ello la regulación de este procedimiento se cierra con esta frase: “fijando con el seleccionado el precio del mismo y dejando constancia de todo ello en el expediente”. “El seleccionado” recibe la adjudicación sin que órgano de contratación deba ajustarse a criterio alguno; en definitiva el seleccionado es el oferente con el que se fija el precio (7).

La publicidad de adjudicación es, en principio, aplicable en el caso del procedimiento negociado, salvo interés público, perjuicio de empresas o perjuicio a la competencia leal y en los casos especialmente previstos, que aludire-

(7) En el proyecto, siguiendo la construcción tradicional de la doctrina, se señalan como formas de adjudicación dos formas, la subasta y el concurso. En mi opinión tiene sólida base el criterio según el cual el llamado “procedimiento negociado” no sólo es un “procedimiento” “para la adjudicación del contrato” si que también y además, es una forma de “seleccionar al contratista” con el que, una vez seleccionado, se prosigue la negociación, se siguen los tratos, hasta la fijación del precio (y otros aspectos como plazos, unidades de ejecución, revisiones, etc.).

mos (art. 93.4). Parece prudente aconsejar el establecimiento de especiales controles por parte de la intervención del Estado (8) así como del Tribunal de Cuentas; en base al Registro de Contratos y en relación con sus finalidades que veremos.

B) *El procedimiento para la subasta* (arts. 82 y ss.).

Una primera fase en la Mesa de Contratación. En ella se distinguen: Previa calificación de los documentos presentados en forma y tiempo. Apertura pública y en un mismo acto de las ofertas o proposiciones mantenidas secretas. Propuesta de adjudicación al mejor postor, al que oferte precio más bajo, cuya propuesta no genera derecho alguno a favor del propuesto.

264

Una segunda fase en el órgano de contratación, es la fase de adjudicación. Se regula el plazo de adjudicación y el derecho del oferente a retirar la propuesta en defecto de adjudicación una vez vencido el plazo y se somete al órgano de contratación a la propuesta, a la que debe acomodar su acuerdo salvo propuesta formulada con infracción del ordenamiento jurídico o salvo presunción fundada de que la proposición no pueda ser cumplida, casos minuciosamente regulados con previsión de adjudicación a la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida de las restantes presentadas.

C) *El procedimiento para el concurso.*

a) Su procedencia.— Son supuestos de aplicación a aquellos en los que se precise la cooperación del contratista para completar el presupuesto o el proyecto o cuando se requiera especial aptitud tecnológica en el contratista.

(8) La presencia de un funcionario del cuerpo de intervención en la mesa de contratación puede utilizarse como fuente de información y cauce de control.

b) Criterios de preferencia.—Fijados en los pliegos de cláusulas administrativas, en lo posible por orden decreciente de importancia, se prevén objetivados según tipificación ejemplificadora legal.

c) La mesa de contratación califica la documentación, abre en público las propuestas y propone; en tramitación similar a la subasta (9).

La Administración tiene la facultad alternativa de adjudicar a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma o declarar desierto el concurso. Pero la decisión debe ser fundada, conforme al principio general que proscribe la arbitrariedad.

IV. Peculiaridades de las adjudicaciones en los contratos de obras y de concesión de obras públicas (arts. 135 y ss.)

265

1) Respecto de los procedimientos abiertos y restringidos, se establecen plazos.

2) Respecto de la subasta y el concurso no se establecen especialidades.

3) Procedimiento negociado con publicidad (art. 138).

A) *Casos en que procede por acuerdo del órgano de contratación, que deberán justificarse en el expediente.*

a) Cuando las proposiciones u ofertas presentadas en los otros procedimientos previamente seguidos sean irregulares o inaceptables, y además no se modifiquen las con-

(9) A destacar que el proyecto atribuye a la mesa de contratación la función de “proponer”. En Derecho vigente, en el concurso “eleva” las propuestas de los concursantes. Es un dato más de la importancia que adquiere la mesa en el proyecto.

diciones del contrato establecidos para los otros procedimientos.

b) Obras con finalidad de investigación, experimentación o perfeccionamiento y sin objeto de rentabilidad ni de cubrir costos.

c) Obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global.

B) Publicidad.

a) Excluida la previa, salvo la procedente en el Diario de Comunidades Europeas por trasposición de normas comunitarias; que a su vez se exceptiona si se incluyen en este procedimiento negociado a todos los licitadores admitidos en el anterior procedimiento abierto o restringido (en el caso a, del apartado A) anterior).

266 b) Procede la publicidad de la adjudicación.

4) Procedimiento negociado sin publicidad (art. 139).

A) Casos en los que procede, que deberán certificarse en el expediente.

Excede de la finalidad de este trabajo la exposición detallada de las circunstancias de falta de licitadores en procedimientos ordinarios, particularidades de la obra, urgencia o secreto que justifican este procedimiento. También el análisis del carácter complementario o repetitivo de la obra respecto de obras realizadas. En todo caso la obra de presupuesto inferior a 50.000.000 ptas. puede ser contratada por este procedimiento.

B) Publicidad.

Está excluida toda publicidad, anterior; y se observará, según la regla general la posterior.

Surge espontánea la reflexión acerca de los controles deseables tanto de la regularidad formal del expediente como de su justificación material. Insistiremos.

V. Particularidades en la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos (art. 158)

1) Se adjudicarán según los procedimientos abierto o restringido mediante concurso (queda excluida la subasta). Los plazos son los mismos que para el contrato de obra.

2) Procedimiento negociado.

A) *Casos.*

Sólo puede tener lugar previa justificación razonada en el expediente cuando no sea posible promover concurrencia; o en caso de urgencia; o los declarados secretos o que deban acompañarse de medidas de seguridad, o los que no pudieran resolverse el concurso por falta de licitadores. o aquellos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento no se prevea igual o superior a 25.000.000 ptas.

267

Merece destacarse que en el caso de falta de licitadores o de proposiciones inadmisibles el contrato por este procedimiento negociado no debe modificar las condiciones iniciales y la adjudicación debe efectuarse por “precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera” (parece que debe entenderse no superior al proyectado o al resultante del pliego de condiciones económicas o del proyecto). (Incluso podría entenderse que no superior a la oferta económica más alta) (10).

(10) Para evitar estas dudas parece necesaria una mayor precisión en la redacción del precepto. En lugar de “precio objeto de licitación” podría hablarse de “precio de proyecto base para la licitación”.

B) Publicidad.

La correspondiente a la adjudicación. Nada se dice de la exclusión de la previa en la norma singular, aunque resulta de la general.

VI. Particularidades en la adjudicación del contrato de suministro (arts. 179 y ss.)

1) Se establece el régimen de publicidad en determinados supuestos según la cuantía del contrato a celebrar o de todos los contratos a celebrar durante el plazo de doce meses; y plazos en los procedimientos abierto y restringido a partir de la fecha del envío del anuncio al Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

2) La forma de adjudicación.

A) En general, es el concurso.

B) Salvo la subasta para adquisiciones de escasa cuantía, de productos perfectamente definidos por estar normalizados (fungibles o sustituibles), sin posibilidad de variación de plazos de entrega ni de modificación de condiciones quedando como único factor de adjudicación el precio y a salvo la posibilidad de empleo del procedimiento negociado.

C) El concurso de contratación de equipos o sistemas para el tratamiento de la información podrá resolverse en dos fases, cuando así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Primera es la selección previa por la mesa de contratación de las ofertas que resulten más ventajosas para la Administración.

La segunda es la selección de entre ellas de la que deba proponerse una vez comprobada la adecuación de la propuesta a los trabajos previstos como básicos.

3) Procedimiento negociado.

A) Casos.

a) Cuando las ofertas en los procedimientos abiertos o restringidos sean irregulares o inaceptables y no se modifiquen las condiciones iniciales del contrato.

b) Cuando no se presenten propuestas en procedimiento abierto o restringido y no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales del contrato.

c) Cuando los productos se fabriquen para experimentación, estudio o desarrollo exclusivamente.

d) Cuando el proveedor esté amparado por derecho de exclusiva, sea especialista.

269

e) Por imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevistos.

f) Las entregas complementarias y las comprendidas en su acuerdo marco adjudicado conforme L.C.E. y las de bienes de uniformidad necesaria adoptada a virtud de concurso.

g) Los secretos.

h) Los de cuantía inferior a 15 ó 25 millones.

B) Publicidad.

a) Previa. El caso a) está sujeto a la publicidad prevista en las normas comunitarias, salvo que se incluyan en el procedimiento negociado a todos los licitadores admitidos a licitación en el concurso o subasta anterior.

b) Posterior. Según las reglas generales para la adjudicación.

VII. Particularidades de la adjudicación en los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración (arts. 195 y ss.)

La reglamentación es sustancialmente análoga a los de contratos de suministro con especial incidencia respecto del procedimiento negociado del carácter intelectual de la prestación o del relieve de la personalidad individual del contratista.

VIII. La mesa de contratación (art. 81)

1) Idea básica.

270 La mesa de contratación asiste al órgano de contratación para la adjudicación de los contratos.

2) Composición.

Estará constituida por un Presidente, un Secretario y los vocales que se determinen reglamentariamente y designe el órgano de contratación; de entre estos últimos un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un Interventor. Parece que la designación de estos dos vocales puede ser libre, o no reglada; y puede estimarse deseable que la designación tenga automatismo entre los funcionarios destinados en el órgano de contratación.

3) Casos de asistencia.

A) Según el dictamen de la comisión del Congreso de los Diputados (publicado en el B. O. de las Cortes Generales de 7 de abril 1993) al proyecto de Ley de contratos de las administraciones públicas, el art. 78 establecía la asis-

tencia de la mesa de contratación para la adjudicación por procedimiento abierto o por procedimiento restringido con carácter necesario y para el caso de procedimiento negociado, pero en este caso sólo con carácter facultativo.

B) En el proyecto de Ley de contratos de las administraciones públicas en tramitación, el art. 81 establece que “el órgano de contratación estará asistido de una mesa constituida...” y sigue regulando su composición. No hace distinción alguna respecto de los procedimientos. Deberá, pues, asistir al órgano incluso en el procedimiento negociado.

4) Alcance de la función de asistencia.

A) *En la subasta.*

Propone al órgano la adjudicación al mejor postor, al que oferte el precio más bajo. Y el acuerdo del órgano se acomodará a la propuesta, salvo circunstancias singulares, que siendo “jurídicas” requieren dictamen del servicio jurídico del órgano, y siendo “económicas” (baja desproporcionada o temeraria) requieren informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa (arts. 82 y 83).

271

B) *En el Concurso.*

La mesa eleva las proposiciones y formula la propuesta de adjudicación que estime pertinente al órgano que haya de ejecutar la adjudicación; y la Administración (el órgano de contratación) tendrá la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa (sin atender necesariamente al valor económico) o declarar desierto, en decisión motivada con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en el pliego. Se echa en falta la precisión acerca de la existencia, o inexistencia de vinculación, de algún grado de vinculación, del órgano de contratación respecto de la propuesta de la mesa (arts. 85 y ss.).

a) En el derecho todavía vigente la mesa, en el acto del concurso, abiertas las proposiciones, las eleva con las observaciones pertinentes, a la autoridad que haya de efectuar la adjudicación del contrato; se aprecia la introducción de una novedad en el proyecto en curso (que no concurría en el proyecto tramitado en 1993): la atribución a la mesa de la función de elevar una propuesta. Como he dicho, no se precisa el alcance de esta propuesta; que, desde luego, como la producida en la subasta no crea derecho alguno a favor del “empresario propuesto”.

b) Tanto el proyecto 1993 como el actualmente en curso requieren la motivación en todo caso de la resolución, sea de adjudicación o de declaración de desierto, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego. La decisión es reglada, al menos en cuanto a la necesidad de motivación fundada en criterios predeterminados. Se consagra así la doctrina del T.S. (S. 11 junio de 1991) conforme a la cual la decisión de adjudicación es susceptible de revisión judicial y en virtud del principio constitucional de efectividad de la tutela judicial la Sala puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe base en los autos. En el caso se había adjudicado el contrato a una empresa y otra que había ofrecido mejor precio y según los informes obrantes en autos ofrecía grado de capacitación, experiencia y medios sin diferencia con la adjudicataria impugnó la adjudicación con el resultado favorable para ella que resulta de la doctrina expresada; fundada en que la discrecionalidad descansa en la racionalidad del contenido de la decisión que se adopte en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo.

C) *En el procedimiento negociado.*

La situación es notablemente confusa.

Por una parte (art. 81) resulta establecida la asistencia de la mesa de contratación en todo caso, respecto de los

procedimientos de adjudicación y de las formas de adjudicar. Así parece resultar del texto en trámite y de las diferencias señaladas respecto del proyecto anterior la necesidad de su intervención en todo caso.

En el artículo 73, respecto del procedimiento negociado, se dice que el contrato será adjudicado libre y justificadamente por la Administración, previa consulta y negociación con uno o varios empresarios; si bien según el artículo 92 se dispone “que será necesario solicitar la oferta al menos de tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible”, dejando constancia en el expediente.

La norma que establece la asistencia de la mesa, sin excepción, se contiene entre las disposiciones comunes de las normas generales de procedimiento; y el procedimiento negociado es uno de ellos; así pues, queda planteada la pregunta: ¿Cómo asiste la mesa al órgano de contratación en el procedimiento negociado? ¿Le corresponde recibir las ofertas solicitadas y formular los criterios que justifiquen la adjudicación por el órgano? Parece que la coordinación entre la función de asistencia de la mesa y la facultad de decisión, que incluye la de fijación del precio con el seleccionado, requieren la atribución a la mesa de funciones de recepción de oferta y de fijación de criterios, con los cuales contrastar la decisión del órgano y su fundamento, de los que deberá quedar constancia en el expediente a los efectos del procedente control, incluso jurisdiccional. Esta interpretación sistemática del proyecto podría resultar facilitada si en el trámite legislativo se mejorara la redacción de los preceptos aludidos. Y se contemplará el régimen de control de legalidad y de contenido (11).

273

(11) En el trámite parlamentario puede precisarse el papel de la mesa de contratación en la selección del contratista en el procedimiento negociado; señalar si corresponde a la mesa recibir ofertas de “las tres empresas capacitadas” (al menos de tres) y proponer la seleccionada así como un tope, o margen, en la fijación de precio, o al menos unos criterios al respecto.

IX. El Registro público de Contratos (art. 116 y 93)

1) Idea básica.

Se establece un Registro Público de Contratos (a cargo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda) con la finalidad, u objeto, de permitir el conocimiento de los Contratos celebrados por las distintas Administraciones públicas y sus adjudicatarios y de constituir el soporte de la estadística sobre contratación pública para fines estatales.

2) Contenido.

274

Los órganos de contratación informarán a la Junta Consultiva, en la forma que reglamentariamente se determine, de los contratos adjudicados dentro del mes siguiente a la formalización del contrato.

3) Comentarios críticos.

A) *Crítica favorable merece el establecimiento de este registro.*

B) *Pero a su regulación pueden formularse comentarios constructivos.*

a) Se sujetan a registro los contratos de las Administraciones y se contempla la estadística de los “contratos públicos”. ¿Se sujetan a registro los contratos de las Administraciones que tengan carácter privado? Debería aclararse (12).

(12) El proyecto de Ley de los Contratos de las Administraciones públicas distingue entre los de carácter administrativo y los de carácter privado. En las disposiciones generales (Título I del Libro I) no se emplea la expresión “contratos públicos”. Parece claro que en esta expresión se comprenden los contratos de carácter administrativo de las Administraciones públicas. Parece que quedan excluidos los contratos de carácter privado. Es deseable la aclaración.

b) El contenido del registro se nutre de información; la materia informada es la adjudicación; pero, la obligación de informar no surge desde la adjudicación, sino desde la formalización. ¿Debería sujetarse a información tanto la adjudicación como la formalización? ¿Deberían preverse asientos de toma de razón y de reflejo estadístico de una y de otro? La demora en la formalización consentida por ambas partes, o entre ambas acordada, tácitamente ¿puede restar eficacia a la finalidad del “conocimiento de los contratos celebrados” (perfectos desde la adjudicación) y a la estadística deseada? (13).

c) Respecto del procedimiento negociado se requiere tanto en razón de la finalidad de control como respecto de la estadística una regulación precisa, con previsión de las necesidades de secreto que ofrezca las deseadas y sucesorias noticias.

Recuerdo estas palabras, especialmente referidas a este procedimiento: “La introducción de elementos que faciliten la concurrencia y la competitividad, no sólo en aquellos supuestos en los que como la subasta o el concurso abierto, son inherentes a los mismos, sino también en los restringidos y en los negociados y en los de adjudicación directa que por las características del objeto lo permitan, debiera inspirar la articulación de los procedimientos de selección de los contratistas” (14). No menos oportunas son para justificar la publicidad y transparencia de la celebración de los contratos de las Administraciones que tengan carácter de administrativos.

275

Aclaración por otra parte necesaria para asegurar el acceso al régimen de Registro de Contratos de los celebrados por procedimiento negociado sin “publicidad”. El régimen de control y registro debe extenderse a todos los contratos de las Administraciones públicas, incluidos los exentos de publicidad previa e incluidos los exentos de publicidad posterior, armonizándose en este caso la reserva con el régimen de control y registro “reservado”.

(13) Sin desconocer las razones de la comunicación de la formalización deben apreciarse las sólidas razones que abonan la comunicación de la adjudicación por el órgano de contratación en un plazo a contar desde la misma adjudicación. Y no a contar desde un acto diverso, como es la formalización.

(14) Este párrafo cierra las reflexiones del Consejo de Estado en orden a “la selección de contratistas” dentro del apartado de “consideraciones generales” y como una de las “cuestiones ya tratadas por este Consejo” del dictamen citado en nota (2).

LA FORMALIZACION DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

I. La perfección del contrato

Aceptamos, según el epígrafe que precede, la revisión de la doctrina sustantivadora del contrato administrativo y en consecuencia la existencia de una institución contractual básica y general en el Derecho privado y público, cuya sede sistemática se ubica en el Derecho civil cuya contemplación desde la perspectiva de la contratación administrativa presenta modulaciones que prestan relevante particularidad al contrato de las Administraciones públicas (15).

276 Por ello contemplamos la perfección del contrato de carácter administrativo como el momento final del camino de formación de un contrato, el momento generador constitutivo del vínculo contractual entre las partes.

La dogmática contractualista ha definido con cierta simplicidad que los contratos se perfeccionan por el concurso de la oferta y de la aceptación (16). En el caso de los contratos de las Administraciones públicas se establece que los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento de licitación utilizado o la forma de adjudicación empleada (art. 53).

Enmarcando esta norma singular propia de la actividad contractual de las Administraciones públicas con la regla ge-

(15) Ver en el *Curso* de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ lo que se dice bajo el epígrafe "La figura del Contrato administrativo: formación histórica y sentido actual", págs. 654 y ss., especialmente los apartados "la revisión de la doctrina sustantivadora del contrato administrativo" (pág. 659) y "Las modulaciones de la institución contractual en los contratos administrativos" (pág. 661).

(16) Luis DIEZ-PICAZO, en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - I - Introducción - Teoría del Contrato* - Civitas - Madrid 1993, se ocupa de la formación del contrato, con especial atención a la formación sucesiva o progresiva del contrato, págs. 267 y ss.

neral de la contratación se llega a la conclusión de calificar la adjudicación como aceptación por lo que deben ser calificadas como ofertas las ofertas presentadas a subasta (así llamada) y también las proposiciones en el concurso.

En el procedimiento negociado se produce una notable aproximación a los supuestos ordinarios del Derecho privado; y aparecen menos definidos los momentos finales del proceso formativo que en los casos de subasta y concurso. En éstos, una vez tramitadas adecuadamente las actuaciones administrativas preparatorias del contrato en los aspectos financieros, técnicos y típicamente contractuales se provoca mediante publicidad la presentación de ofertas o proposiciones. En el negociado, realizadas las actuaciones administrativas propias del expediente de contratación, se solicitan "ofertas"; pero estas ofertas no suponen una posición, o proposición, formulada con fijeza por el oferente, sino que en caso de ser éste seleccionado la oferta es susceptible de una posterior negociación hasta la convenida concreción del precio a partir de cuyo momento, respecto de una oferta ya completa y definitiva puede producirse el acto administrativo de adjudicación.

277

Desde el momento de su perfección, el contrato existe y obliga. Obliga a formalizar y obliga a cumplir.

La falta de formalización no afecta a la perfección del contrato; y en cuanto supone incumplimiento de un contrato perfecto es causa de resolución.

Pero la formalización es necesaria para la ejecución del contrato. Aunque esta declaración legal puede resultar contradicha por los hechos; la ejecución del contrato puede ser previa a la formalización, si ninguna de las partes reclama ésta, y en este caso la formalización se convierte, o puede llegar a convertirse en requisito para el cobro del precio.

II. La formalización del contrato (arts. 54 y ss.)

1) Por “forma del contrato” podemos entender el conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual, que debe quedar investida con ellos con el fin de que alcance plena eficacia jurídica (17).

Nada tiene que ver la formalización del contrato con la formalización del expediente de contratación ni con la formalización del procedimiento de adjudicación, que son actuaciones administrativas.

La forma contractual es el vehículo de expresión de la voluntad contractual, síntesis unitaria del encuentro de la voluntad de cada una de las partes.

278

2) Se ha dicho que la contratación administrativa es evidentemente formalista (18). Podríamos decir más precisamente, que la contratación administrativa requiere con carácter general la forma escrita. Podemos señalar estas reglas.

A) Regla general = formalización escrita mediante documento administrativo.

B) Regla general optativa = formalización mediante documento administrativo elevado a escritura pública a solicitud y costa del contratista.

(17) DIEZ-PICAZO. *Fundamentos cit.*, pág. 248.

(18) Desborda los límites de este trabajo el análisis de la evolución del formalismo en la contratación de las Administraciones públicas; y así como el estudio de la sincronía producida en la evolución de la progresiva separación de la perfección y de la formalización y en la de la consolidación de las prerrogativas de las Administraciones tanto en la formación como en la vida y cumplimiento del contrato. Recuérdese que la formación del contrato se culmina mediante el acto administrativo de adjudicación, que perfecciona el contrato y que la formalización se trata como un acto de cumplimiento o ejecución del contrato.

Cuestión diversa es la valoración de la evolución y de la situación existente en relación con la formalización de los contratos de carácter administrativo de las Administraciones públicas. Véase en la nota siguiente la referencia al respecto de los Notarios Parejo y Blanco.

C) Regla especial = Para contratos menores (art. 119 —obras de menos de 5.000.000 art. 175— suministros menores de 2.000.000 salvo caso de adquisición centralizada =) basta la factura correspondiente, incorporada al expediente (pues el expediente de contratación absorbe la adjudicación y la perfección) con la aprobación del gasto, y, en su caso, el proyecto.

D) Norma excepcional = El contrato podrá formalizarse verbalmente cuando tenga carácter de emergencia; esto es, cuando la Administración deba actuar a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones de peligro grave o de necesidades que afecten a la defensa nacional y en estos casos, ejecutada la actuación (y por tanto celebrado el contrato verbal a cuyo cumplimiento da lugar a la ejecución de la actuación) se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.

279

Nos ocuparemos de las formas previstas con carácter de regla general.

3) El valor de la forma = Que la contratación administrativa sea formalista, es una afirmación sujeta a revisión (19). Como luego veremos está sometida a revisión la teoría del formalismo del acto administrativo.

(19) Durante la vigencia de la legalidad de 1965, y antes de las reformas iniciadas a finales de 1982, GARRIDO FALLA, en *Tratado de Derecho Administrativo* Volumen II - Sexta Edición - Centro de Estudios Constitucionales - Madrid 1982 - pág. 93 señalaba que: "La escritura de formalización del contrato viene absolutamente condicionada por todo el proceso previo anterior"; por eso el TS (S. 18.10.56) ha declarado que "el contenido de las cláusulas insertas en la escritura de formalización, en cuanto difiera de la redacción total de las condiciones del concurso sólo se tienen en cuenta como complemento y desarrollo de aquéllas, encaminada a la mejor puntualización de las condiciones pactadas, y no como su novación".

Con precisa técnica jurídica en materia documental PAREJO GAMIR y BLANCO RIVAS (Ponencia *cit.* pág. 689 y pág. 692) se refieren a la evolución de la jurisprudencia que inicialmente atribuía a la escritura pública valor constitutivo de la perfección del contrato y en la actualidad (señalan como significativos de la nueva concepción la STS de 28 de enero de 1955 y el Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1963) no atribuye a la escritura la cualidad de forma de ser, sino de forma de valer el contrato.

La perfección del contrato está conceptual y cronológicamente separada de la formalización. La decisión de adjudicación como acto administrativo está sujeta a su propia forma.

La forma del contrato administrativo no es forma de la perfección del contrato; es mera forma probatoria de la anterior perfección del contrato. Podemos decir que no es forma contractual sino es forma probatoria; que es forma confesoria o reconocitiva de la anterior perfección y existencia del contrato.

Las deficiencias, vicios o falta de forma no afectan a la existencia del contrato; suponen o puede suponer incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato (art. 54.2); pero no afectan a la fuente o causa de la obligación satisfecha con el cumplimiento de fondo (realización de la obra, de la gestión del servicio, etc.) aunque se incumpla la “bien-intencionada” prohibición de comenzar la ejecución del contrato antes de su formalización.

Pero, ¿cuál es la sanción de este incumplimiento? ¿Puede ser otra que la necesidad de formalizar para cobrar el contratista el precio? ¿Resulta la formalización sólo necesaria para que el contratista cobre? ¿Qué alcance tiene el incumplimiento del deber de formalizar en el ámbito de la gestión administrativa? Como luego veremos, no estaría de más que los deberes de comunicación a efectos de registro y control de la contratación se vinculen a la adjudicación y se definan como fuente de responsabilidades en la gestión administrativa. Sin que con esta referencia se prejuzguen las consecuencias del incumplimiento del deber de formalizar.

III. El documento administrativo

Es la forma señalada como preferente, o de preferente utilización.

1) Según la Ley todavía vigente el documento en que se formalice el contrato (de obras, servicios, etc.) será en todo caso administrativo, siendo asimismo título válido para acceder a cualquier registro público (art. 40 Ley 80/84 de 30 de diciembre de Presupuestos 1985).

El documento administrativo, según el Reglamento también todavía vigente, será suscrito por la autoridad competente y el contratista, previo examen por la asesoría jurídica y demás asesoramientos reglamentarios, salvo cuando se ajuste a un modelo— tipo informado favorablemente para ser aplicado con carácter general. Simultáneamente con la formalización del contrato el adjudicatario firmará su conformidad con los documentos del proyecto que revista carácter contractual (art. 123) (20).

281

El contenido del documento administrativo se detalla en el art. 122 del reglamento según una enumeración aplicable al documento notarial.

2) En el proyecto se dispone que los contratos de la Administración se formalizarán en documento administrativo dentro de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier Registro público (art. 54.1).

3) Se consuma así una evolución iniciada en 1982. Du-

(20) Recuérdese que la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada de las cláusulas administrativas (art. 79) ¿Es una mera reiteración esta forma de conformidad? ¿Tiene algún significado añadido a la aceptación incondicionada que tuvo lugar? ¿Añade algo de declaración "personal" a la valoración legal de un acto anterior? ¿La falta de firma tiene algún significado contrario a la aceptación incondicionada?

rante la vigencia de la Ley C.A. publicada por D. 1965 debían formalizarse en escritura pública los contratos que hubieran de anotarse o inscribirse en algún registro que exija ese requisito o cuyo precio superase una cierta cuantía así como los casos en los que lo solicitase la Administración o el contratista; y en los demás casos debía formalizarse en documento administrativo. Entre 1982 y 1984 se produce una evolución en doble sentido a) se aumenta la cuantía a partir de la cual debía formalizarse en escritura pública (21); hasta excluir la escritura pública por razón de la cuantía, cualquiera que fuese la del precio; b) se proclama al documento administrativo como título inscribible en cualquier registro público.

IV. La escritura pública

282

No es preciso hacer excursión alguna sobre el concepto de escritura pública. Es el documento redactado, por el Notario, previa calificación de la legalidad de sus antecedentes y de su contenido, y que una vez otorgado por las partes, o sus representantes, recibe la fe del Notario que lo autoriza. El Notario, según la organización de la fe pública, es independiente e imparcial respecto de ambas partes contratantes.

1) Durante la vigencia del texto de la L.C.E. 1965 era la forma preferente en los casos dichos.

2) Según la norma vigente, no obstante el principio según el cual el documento "será en todo caso" administrativo, se admite que los contratos de obra se formalizarán (y los de servicios podrán formalizarse) en escritura públi-

(21) Y se reduce el número de casos en los que procede esta forma de formalización.

ca cuando lo solicite el contratista con gastos notariales a su costa.

3) En el proyecto, la rotunda afirmación “se formalizarán en documento administrativo” va seguida de esta frase “pudiendo, no obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento”.

En el proyecto de Ley desaparece la alternativa vigente entre la formalización en documento administrativo y formalización en escritura pública, ofrecida a la elección del contratista; y se establece como única forma documental la documentación administrativa. En efecto, no se prevé la formalización del contrato en escritura pública sino la elevación a escritura pública del documento administrativo en el que ya hubiese quedado formalizado el contrato. (Cabe apuntar el reconocimiento de las diferencias entre la escritura, documento público, y el administrativo, que carece de tal carácter).

283

Al Notario, pues, se sustrae, en los casos en los que pueda solicitarse su actuación, la redacción del documento contractual y le queda recomendada solamente la labor de control de legalidad y de representación y la redacción del documento de elevación a escritura así como la formal elevación del documento administrativo a escritura pública.

V. Trámites posteriores

Según el proyecto, la adjudicación del contrato, una vez acordada por el órgano de contratación y cualquiera que sea el procedimiento seguido y la forma de adjudicación empleada, será notificada a los participantes en la licitación y después de formalizada se comunicará al Registro Público de Contratos que se llevará por la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda del que luego nos ocuparemos.

De la formalización se siguen otras obligaciones de comunicación; así la de remitir al Tribunal de Cuentas o al órgano de fiscalización correspondiente de la C.A. copia certificada del documento con extracto del expediente, cuando la cuantía del contrato exceda de 100 millones de pesetas en las de obras y gestión de servicios públicos, de 75.000.000 de pesetas en los de suministros y de 25.000.000 de pesetas en los de consultoría, asistencia y servicios. Esta obligación no afecta a la facultad de investigación del órgano de fiscalización competente.

EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

I. La forma en el acto administrativo

1) Procedimiento y forma

La doctrina nos enseña que la declaración en que el acto consiste, ha de producirse primero, siguiendo un iter concreto y, segundo, a través de determinadas formas de manifestación, y que el acto administrativo, como toda declaración de un estado psicológico que ha de superar su fase de gestación o de propósito internos, necesita una “forma” externa de manifestación para acceder al mundo del derecho. Esta forma está generalmente tasada, frente al principio de libertad de forma propia del negocio privado (art. 1.278 C.c.) (22).

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso cit.*, págs. 525 y 537.

La forma del acto administrativo es normalmente escrita (art. 41 LPA) por razones específicas: porque, en cuanto acto receptivo, deben notificarse o publicarse; porque, en cuanto el acto expresa una declaración dotada de autotutela ejecutoria, la certeza y la seguridad jurídica exigen una constancia indubitada; porque los actos del procedimiento, en cuanto sujetos a control, sólo en forma escrita pueden asegurar certidumbre; porque sólo por escrito se satisface la necesidad de motivación; además de otros referentes a la necesidad de archivo y a la impersonalidad de la organización administrativa.

No nos entretenemos en las excepciones.

2) Alcance de la exigencia de forma.

El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o cuando dé lugar a la indefensión de los interesados (art. 62 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común Ley... de 26 de noviembre de 1992).

El vicio de forma no tiene con carácter general virtud anulatoria, ni tan siquiera la de segundo grado, la anulabilidad. Sólo causará anulabilidad cuando carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o cuando produzca indefensión.

Se ha dicho, pues, con razón que no hay derecho menos formalista que el Derecho Administrativo.

El vicio de forma carece de virtud en sí mismo; adquiere relieve cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real, trascendente de garantías (23).

El procedimiento administrativo y la vía del recurso ofrecen al particular oportunidades continuas de defenderse; y la

(23) Para lo referente al vicio consulten la clara y precisa exposición en el citado *Curso de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ*, págs. 615 y ss.

interposición del recurso permite a la Administración poner en juego sus poderes de convalidación.

Puede suceder que exista un defecto formal no subsanado. Una primera hipótesis contempla que aunque el defecto formal no hubiese existido la decisión hubiese sido la misma, en cuyo caso carece de sentido la anulación del acto recurrido. Una segunda hipótesis contempla la influencia de vicio en la decisión de fondo; y se distinguen tres supuestos.

Si la decisión de fondo es correcta, primer supuesto, procede declararlo así y confirmar.

Si la decisión es incorrecta concurren vicios de forma y de fondo; y lo procedente es declararlo así, muy especialmente respecto de la incorrección de fondo para evitar la repetición del expediente. El tercer supuesto contempla aquellos casos en los que no es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no lo es porque la infracción formal ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la decisión adoptada; y al no ser posible decidir con seguridad acerca de la corrección o incorrección sustancial del acto administrativo objeto del recurso, no hay más remedio que declarar la nulidad de dicho acto en base a la existencia del defecto formal advertido. Sólo, pues, en este tercer supuesto puede decirse que el vicio de forma tenga verdadera trascendencia invalidante.

Como regla general, se concluye, el vicio de forma no es sino una presunción de ilegalidad del acto a que afecta, presunción que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de éste respecto del defecto formal advertido.

II. El documento administrativo

1) En el acto administrativo.

En principio es el documento escrito que presenta o representa un acto de la Administración.

Lo presenta cuando el acto se produce mediante el documento y su suscripción. Y lo representa cuando una vez producido el acto de modo verbal (acuerdo de órgano Colegiado) el documento hace constar que se ha producido (el acta suscrita) (24).

2) En el acto contractual.

A) El contrato, como institución general, tiene una dimensión fáctica, una dimensión vinculante y una dimensión reguladora o configuradora. Como hecho, o acto humano, es el final de una fase de formación, o preparatoria; como vinculante, es fuente de una relación obligatoria que se concreta en derechos y obligaciones; y como reguladora o configuradora establece las reglas a las que deba sujetarse la relación entre las partes configurando en base al principio de autonomía la autorregulación de los intereses respectivos.

El contrato, pues, debe contemplarse, desde el punto de vista de los fenómenos fácticos, como un hecho. Se perfecciona el contrato en el momento en el que surge en el mundo de los hechos, que es momento en el que nacen el vínculo y la autorregulación consiguientes.

(24) En el *Curso* de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, pág 538, se recoge con clara precisión la síntesis de las teorías de la función presentativa o representativa del documento respecto del auto o contrato contenido. Las precisiones doctrinales desde CARNELUTTI y FURNO, pasando por GONZÁLEZ PALOMINO y NÚÑEZ LAGOS y después por DE LA CÁMARA y VALLET, hasta RODRÍGUEZ ADRADOS son sobradamente conocidas en el ámbito del Derecho del documento; o de la valoración jurídica del documento como forma y como prueba.

B) La perfección contractual en el contrato administrativo se produce en el momento de la adjudicación, que como acto administrativo, de decisión del órgano de contratación, tiene su propia forma y documentación. El contenido del contrato, en cuanto individualización de los derechos y obligaciones vinculados por su correspondencia causal y en cuanto a su regulación, resulta de una pluralidad de documentos de diverso significado obrantes en el expediente.

C) El documento administrativo que contuviese (presentase o representase) un contrato preexistente podría ser según la doctrina general de las formas contractuales: Un documento meramente reconocitivo del contrato preexistente; o bien un documento novatorio, que modificase el contrato preexistente a la vez que reconociese su preexistencia; o bien un documento renovatorio, que presentase como perfeccionado en el momento de su documentación un contrato preexistente, si bien omitiendo toda referencia a su preexistencia.

288

Según el Reglamento vigente el documento administrativo de un contrato de las Administraciones públicas es un documento meramente reconocitivo: formaliza el contrato perfecto por la adjudicación en los términos que resultan del expediente en el que obra unida la oferta o proposición del adjudicatario. Así también según el proyecto de Ley.

Trasponiendo el criterio del artículo 1.224 del C.c. el documento en el que se formalice un contrato de carácter administrativo de una Administración pública “nada prueban contra” los documentos de los expedientes previos si por exceso u omisión se apartasen de ellos. En el caso de esta clase de contratos no cabe la novación de los que resultan de los expedientes previos.

III. La calificación del documento administrativo según cualidad jurídica

1) En el acto administrativo.

Es obra de la propia Administración pública. Carece de relieve a los efectos de este trabajo la existencia o inexistencia de una dependencia o de un funcionario especial o singularmente encargado de la documentación de los actos de la Administración o del órgano actuante. Tiene, en cambio, importancia de inexistencia de un funcionario, dotado de especiales facultades encaminadas a la producción de un documento que por sí mismo, por razón de su vigor y cualidad formales, produjese determinados efectos que resulten añadidos a los efectos propios del acto documentado y redunden en beneficio de éstos y de la situación jurídica resultante.

289

Resulta coherente, pues, la doctrina, que hace descansar la eficacia de la forma documental administrativa en la fuerza del acto administrativo documentado; de manera que el vicio de forma no afecta a la sustancia válida y sólo es trascendente si la sustancia, el acto mismo, está viciado o si el vicio de forma impide evaluar la validez o nulidad del acto documentado (25).

2) El documento administrativo que formalice un contrato de la Administración tiene como autores a la misma Administración (autoridad competente para contratar) y al contratista, debidamente representado, que lo deben suscribir (art. 123 RCE).

Es un documento suscrito por ambas partes contratantes sin el concurso de funcionario competente para atribuir efi-

(25) Merece la pena destacar que el documento administrativo del acto administrativo no añade ningún valor ni ninguna eficacia al acto que contiene; y que los vicios "formales de la forma" no afectan al valor y eficacia del acto contenido en el documento administrativo viciado.

cacia propia al documento y como tal un documento privado.

Puede reconocerse la calificación de documento oficial por la participación de la Autoridad contratante (acompañada de funcionario certificante integrado en ella, en su caso).

La calificación de documento público, al menos según los criterios civiles, es dudosa pues no puede decirse que la autoridad que lo suscriba lo autorice en ninguno de los sentidos de esta palabra (26). Y es claramente rechazable su calificación como documento auténtico, en cuanto le falta la nota de imparcialidad e independencia de su autor en efecto, el autor del documento concurre con la Autoridad que lo suscribe como contratante y depende orgánica y funcionalmente de la administración encabezada por aquélla. Este concepto propio de la doctrina documentalista del Derecho privado no debe confundirse con el de reconocibilidad de los suscriptores del documento administrativo.

290 Según el art. 1.216 del C.c. el documento público no notarial queda definido (i) por su autorización por un empleado público competente (ii) con las solemnidades requeridas por la Ley (27). Así pues, además de “ser autorizada

(26) No parece preciso insistir en el ámbito civil de la valoración negativa del documento administrativo como documento privado. Problema diverso (y ámbito diferente) se plantea respecto de la valoración penal del documento administrativo emitido por el funcionario competente en cuanto al fondo del asunto, aunque su competencia no fuese la de crear documentos con eficacia “contra terceros” (art. 1.218 C.c.).

(27) ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS se ha ocupado ampliamente de este tema. La competencia a que hace referencia el Código es la especial competencia para autorizar documentos públicos (así el art. 596-3 LEC. considera públicos los documentos expedidos por funcionarios públicos que estén autorizados para ello; y a efectos penales no son públicos los que provienen de Administraciones públicas para satisfacer necesidades del servicio o función pública STS 9-II-89) y la competencia ha de ser específica para la clase de documento de que se trate, además de la correspondiente por razón del territorio (en *Comentarios Código Civil* - Ministerio de Justicia -II- 1991 - art. 1.216 - pág 329). Antes en Conferencia en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia pronunciada el día 3 de abril de 1989 y publicada en *Revista de Derecho Notarial* - CXLIII - Enero-Marzo 1989 - puso de manifiesto, como los precedentes francés (art. 1.317) e italiano (art. 1.315 de 1885 que se corresponde al art. 2.699 de 1942) la competencia se refiere a la aptitud para “autenticar”, para atribuir “fe pública”; esto es, para atribuir al documento autorizado carácter público (págs. 245 y 246).

con las solemnidades requeridas por la Ley el autor debe ser un empleado público competente para autorizar documentos que tengan carácter público. No parece que la competencia de la autoridad como órgano de contratación en cuanto al fondo, o sea, en cuanto al contrato, le habilite para autorizar como documentos que sean públicos los que suscriba como parte contratante.

Puede suceder que a la suscripción del documento administrativo concorra un funcionario dotado de facultades certificantes o documentadoras del acto administrativo; tal el secretario de Administraciones locales. Sin embargo, la facultad certificante, la facultad adecuada para documentar el acto administrativo unilateral, no parece suficiente para justificar la facultad documentadora del contrato de la administración, entendido éste, a estos efectos, como una actuación de la Administración concurrente con la de otros sujetos; esto es, convenios ante la Administración y los administrados (28).

291

IV. La escritura pública

1) No parece necesario que nos detengamos en su definición y naturaleza.

2) La nueva legislación en trámite parlamentario excluye la escritura de formalización, esto es, la escritura que represente primariamente al contrato administrativo en ella

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ en el *Curso cit.* comprenden en los convenios entre Administración y administrados los que se llaman contratos administrativos, los contratos de Derecho Privado y los llamados genéricamente conciertos (pág. 645). En todo caso con la Administración concurre como "otra parte" alguien extraño a la Administración actuante. Carece de base que la facultad documentadora de la Administración actuante produzca efectos en perjuicio de la "otra parte" contratante.

Los documentos públicos producen efecto "contra los otorgantes" y "contra terceros" precisamente porque proceden del funcionario (Notario o empleado público competente) que tiene encomendada la función de autorizar (de producir, de hacer) documentos que produzcan tal efecto. Más adelante detallaremos.

formalizado (29). Sólo admite la escritura de representación secundaria, esto es, la escritura de elevación a forma notarial del documento administrativo ya existente mediante el que se haya formalizado contrato administrativo. Sólo admite la escritura de elevación a público del documento administrativo.

3) Incluso si el Notario se negase a autorizar la escritura de elevación por entender o calificar la existencia de vicios en el expediente de contratación o en el procedimiento de adjudicación esta negativa no afectaría de modo inmediato a la documentación administrativa de formalización ya realizada, la cual, por otra parte, está adornada de la presunción de legalidad y el Notario se limitaría a advertir de la existencia de vicios, bien para que se proceda a su subsanación o bien para su impugnación.

292

MAS SOBRE EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO Y EL DOCUMENTO PUBLICO

I. Concepto de documento público. Viene establecido en el artículo 1.216 C.c. Se compone de varias notas, presueltas las propias del concepto de documento. a) Que el documento tenga un autor determinado. La expresión “autorizado por Notario o empleado público” supone que el documento tiene un autor “público”. b) Que el autor público

(29) Véase la nota (19). Como decía GARRIDO FALLA la escritura, en el sistema vigente desde 1965 venía a ser de reconocimiento, según la jurisprudencia.

Desde 1985, la escritura sólo podía ser de reconocimiento de un contrato ya perfecto desde la adjudicación cuyos términos resultan de la documentación propia de los expedientes administrativos que conducen a su perfección.

sea competente; entendiéndose por tal al encargado de instrumentar, esto es, que sea competente para documentar con la cualidad de documento público. c) Que el autor produzca el documento con las solemnidades requeridas por la Ley.

Problema diverso del concepto es el de la eficacia que la Ley atribuye a los documentos que según su autor y sus formalidades califica como públicos. Eficacia propia del documento que se superpone y ayuda, completándola a la eficacia del contrato en él formalizado.

II. El documento administrativo contemplado en la Ley de contratos en preparación

1) Aludo ligeramente al documento administrativo de corporaciones locales. Se ha dicho que el documento administrativo de una entidad local en el que hubiese intervenido el secretario tiene carácter público por su competencia documental. No cabe duda del carácter oficial del documento; ni de la facultad certificante del secretario y del efecto de ésta contra, o en perjuicio, de la corporación. Pero carece de fundamento y de base entender que su facultad de confeccionar documento con valor certificante afecte a quien no es miembro de la corporación, al tercero que contrata con ella; y tampoco se justifica que éste quede sujeto a la fuerza probatoria del documento, como si fuera público puesto que el pretendido vigor le vendría de la otra parte contratante y no de un autor imparcial (30).

293

(30) PAREJO y BLANCO analizan las opiniones de ALBI y SÁENZ-LÓPEZ, que entendían público el documento administrativo emanado. En pág. 694 rechazan esta calificación, por el fundamental argumento de que no existe atribuida a ningún funcionario de quien proceda el documento administrativo, una potestad "autorizante específica". No debe confundirse la facultad certificante respecto de la actuación administrativa con la facultad de documentación pública que sujete a ambos contratantes.

ROÁN, en Ponencia citada presentada al XII Congreso Internacional del Notaria-

Y ello porque la fuerza certificante del secretario, la llamada fe pública administrativa “va adherida a la actuación administrativa, es su propia manifestación, y por eso no puede alcanzar lo que está fuera del órgano” (31).

2) El documento administrativo.

A) No entro, tampoco, en el estudio detallado de la documentación del acto administrativo y me ocupo del documento administrativo del contrato de la Administración pública.

El documento administrativo del acto administrativo presenta o representa actos de la Administración en el ejercicio de su propia actividad de “imperium”; y su valor es certificante o atestiguante con el límite de su propia actividad administrativa.

294

B) El documento administrativo del contrato administra-

do Latino al tema *El Notariado en el Mundo Moderno* (En el Volumen II de Ponencias Presentados a Congresos publicado por la Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, págs. 303 y ss., y en *Revista Derecho Notarial* LXXXVII, Enero-Marzo 1975, págs. 271 y ss.) se ocupó de la fe pública administrativa y puso de manifiesto que el funcionario administrativo se limita en sus documentos a certificar su propia actividad, actos materiales o actos de decisión. La llamada fe pública administrativa viene a identificarse con la forma del acto administrativo. Utiliza este autor expresiones como “facultad certificante” o “facultad testificante” y destaca cómo la llamada fe pública administrativa no es autónoma como la notarial, va adherida al acto, es su propia manifestación, por lo que no puede abarcar lo que esté fuera del órgano.

Véase la Ponencia Cuarta presentada por ROBERTO PAREJO GÁMIR y GREGORIO BLANCO RIVAS al Simposio Notarial celebrado en Barcelona en 1983 publicado por Junta de Decanos de Colegios Notariales de España. Esta ponencia, bajo el título *Notariado y Estado*, se ocupó entre otras cuestiones de la formalización notarial del contrato administrativo, y de los argumentos en su contra y a favor. Se detallan en nota.

(31) ROÁN, en ponencia citada se ocupó ampliamente del “Llamado Documento Administrativo”, págs. 306 y ss. Precisa que el documento administrativo se refiere a hechos de la propia actividad del órgano en su función de *imperium*, a actos certificantes y atestiguanes con el límite interno de su propia actividad administrativa; pero no recoge ni puede recoger un acto autónomo de autenticación, de autorización; acoge únicamente los actos administrativos del órgano que lo suscribe.

tivo es el suscrito por la autoridad administrativa (contratante) y por el contratista.

El documento administrativo es "autógrafo", está hecho por las partes; no está hecho por un tercero que sea funcionario competente para darle carácter público (en este caso sería heterógrafo) (32). Aunque tenga requisitos formales como documento contractual, carece del requisito fundamental para ser público: carece de autor competente (33). A mayor abundamiento recuérdese que hacia 1963 se intentó crear un documento público administrativo y acompañarlo de la creación de un "funcionario autorizante", competente para hacer "documento público administrativo". El proyecto quedó abandonado, sin que el hecho de haber existido como proyecto y la circunstancia de su abandono pierdan valor y significado (34).

C) La elevación a escritura pública o notarial del documento administrativo. En la misma línea del argumento recién invocado, sirve para demostrar que el documento administrativo no tiene el vigor ni la eficacia del documento público y que en caso de que fuese necesario que lo adquirieran el camino es el de la elevación a público, con

295

(32) Véase nota (27).

(33) Recuérdese que el documento autógrafo puede requerir especiales formalidades sin dejar por ello de ser privado. Ejemplos clásicos son el testamento ológrafo y la letra de cambio.

La concurrencia de formalidades, incluidas las que garantizan el conocimiento de quien hubiese confeccionado el documento "autógrafo", no convierten en público al documento que no lo fuera por carecer de autor competente. Precisamente porque el autor del documento autógrafo no está facultado, no es competente, para autorizar documentos públicos, para atribuir carácter público al documento que autorice, que genere o que cree.

(34) ROÁN, Ponencia citada, pág. 308, refiere el intento y lo analiza con detalle, con especial agudeza al destacar que el documento público administrativo y el funcionario autorizante del mismo, no resultaría suficiente cuando la Administración apareciese contratando con los particulares por su falta de independencia organizativa y funcional y también al poner de manifiesto que si se pretendiese salvar ese escollo se crearía un nuevo Notariado de singulares competencias, con lo cual se conculcaría el principio de unicidad de la fe pública extrajudicial, común en las legislaciones europeas continentales de raíz romano-germánica.

renovación o reiteración recognoscitiva del consentimiento ante Notario en el otorgamiento de la escritura pública.

D) Lo que nos llevaría lejos es el análisis de las ventajas del documento notarial. Y este análisis puede referirse a los consecuentes y a los antecedentes de su otorgamiento y autorización.

296 Como consecuentes suelen citarse tradicionalmente la fijeza, la fuerza probatoria y la ejecutiva. La fijeza sufre notables modulaciones en el campo del contrato administrativo; unas veces en beneficio del contratista, como los que afectan a su riesgo o ventura o a la revisión de precios; otras por aplicación de las prerrogativas del poder público, tales como la decisión unilateral y ejecutoria para el cumplimiento por el contratista (que no resulta del contrato sino de la posición jurídica general de la Administración), o como el "ins variandi" (que aparte de su coincidencia con el art. 1.594 puede presentarse como un caso de ejercicio de la facultad expropiatoria) y como la eficacia respecto de terceros de las posiciones resultantes del contrato (que se deriva de la aplicación de leyes generales o del reglamento organizador del servicio objeto del contrato). Esta última faceta es coincidente con la eficacia que la escritura presta al contrato respecto de terceros, que en base a la extensión de su efecto probatorio pueden ejercer facultades de utilización del contrato. La fuerza ejecutiva resulta innecesaria para la Administración que dispone de ella según su propio régimen sin necesidad de apoyarse en documento ejecutivo y es inoperante para el contratista por la inembargabilidad de los fondos públicos.

En relación a antecedentes la escritura ofrece ciertas ventajas. Por una parte el control de legalidad y por otra parte el asesoramiento explicativo. Esto no supone desconocer que la tipificación legal y reglamentaria de cada contrato y la prerredacción de sus cláusulas en los pliegos provocan una cierta rigidez en los aspectos jurídicos de la

contratación, que contrasta con la flexibilidad de sus aspectos técnicos y económicos; este contraste se produce no sólo en relación con la posible revisión de precios sino con la fijación de precios por unidades de ejecución moduladas.

Queda en pie el juego de la autenticidad formal y material (o de fondo) de la escritura pública cuando en atención a las reglas generales del tráfico y de su seguridad jurídica ésta se funde en documentación auténtica (35), tanto o más,

(35) PAREJO y BLANCO en la Ponencia *cit.*, págs. 694 y ss., exponen argumentos en contra y a favor de la formalización en escritura pública. Vale la pena recordarlos:

Hora es ya de recapitular y de intentar una *apreciación crítica* del tema en general, valorando lo que supone la formalización notarial del contrato administrativo y la conveniencia de su mantenimiento y su extensión:

Si analizamos los *argumentos contrarios a la actuación notarial* en esta esfera, sorprende lo escaso y lo pobre de los mismos. En efecto, aparte el empleo de expresiones más o menos contundentes, que en ningún modo son argumentaciones (“privilegios injustificados”, “beneficios de una clase”, que así aparecen, por raro que parezca, en trabajos jurídicos), el más utilizado es el del coste excesivo del documento; y ello parece que debería llevar —de ser cierto— a pedir bonificaciones o incluso a veces exención arancelaria, pero nunca a pedir la supresión de la función.

Frente a ello, creemos existen *argumentos de peso en favor de la escritura pública* en los contratos administrativos.

a) Un argumento histórico: Tal ha sido el sentido tradicional del Derecho español, y el sistema ha funcionado correctamente durante más de un siglo. Si esto es así, no se ve motivo ninguno para alterarlo.

b) Otro derivado de la propia naturaleza del contrato administrativo: si éste es, en esencia, un contrato sustancialmente similar al civil (como sostiene la doctrina mayoritaria y más autorizada), no se ve la razón para utilizar un sistema de formas distinto al que ordinariamente se emplea en el Derecho civil, que es la escritura pública.

c) Otro derivado de la protección de los intereses en juego, que son el del contratista y el de la Administración. No parece que queden salvaguardados en un sistema en que el “formalizador” del contrato es, al propio tiempo, una de las partes. Si se aceptara la tesis de que el documento administrativo es documento público, eso es justamente lo que ocurriría: una de las partes tendría encomendada la potestad de autorizar el documento, lo que chocaría con las más elementales garantías jurídicas; el autorizante tiene que ser imparcial (por eso el Notario tiene prohibido autorizar documentos en los que él mismo sea parte) nadie puede ser Juez, ni Notario, en causa propia; sin olvidar que se trata de una imparcialidad “sustancial”, que implica una mayor atención, incluso una especial asistencia, a la parte contractual “débil” (en nuestro caso al que contrata con la Administración). La función de seguridad y garantía que la forma pública implica sólo puede conseguirse cuando el autorizante se halla en una posición de independencia total respecto de las partes que asegure su imparcialidad.

d) El control notarial del *iter contractus* previo no es en modo alguno inútil; es cierto que el Notario debe ajustarse a los antecedentes que se le suministran, pero

queda en pie la posibilidad de utilizar la función notarial y el principio de legalidad de la actuación del Notario como

puede y debe abstenerse de autorizar si considera incorrectamente celebrado el contrato; y su negativa acarreará consecuencias legales importantes (resolución con pérdida de la fianza). También tiene interés para la Administración la correcta apreciación de la capacidad y de la legitimación de la otra parte contractual, y del constituyente de la fianza en su caso; lo que implica una serie de conocimientos, sobre todo en materia de Derecho de Sociedades, en que el Notario es especialista, y que no se pueden exigir a un funcionario administrativo.

e) No se comprende cómo el Estado, creador del sistema ordinario y general de la fe pública, de la autenticación de documentos y de los órganos productores de los mismos, reserve esta función al solo uso de los particulares y se excluya a sí mismo de ella cuando entra en relación con los particulares; en relación que se ha calificado de contractual y que, según se dijo, es sustancialmente idéntica a una relación de puro Derecho privado. Como dice una de las comunicaciones es cuestión de coherencia.

f) Quizá el enturbiamiento del problema procede de no apreciarse con claridad cómo juega la fe pública en el campo del Derecho administrativo en la esfera propia, interna de la Administración, en la que existe una fe pública administrativa constituida por la función certificante, la cual es de naturaleza estrictamente administrativa y ajena a la actuación notarial; y en la esfera de la potestad relacional, de las relaciones jurídicas con los administrados. En este segundo campo no hay más fe pública que la notarial y no hay más documento público que el notarial; y cuando se quiere hacer una excepción, la Ley tiene que encomendar esa potestad especialmente a algún otro funcionario. Y eso es precisamente lo que no se ha realizado en este mundo tan movidizo y conflictivo de lo que se ha dado en llamar "contratación administrativa".

g) La escritura, como dijimos, no es constitutiva, no es forma de ser; pero sí es forma de valer, con una eficacia analítica superior al documento administrativo; piénsese en la fe de conocimiento del contratista, en los efectos traditorios en su caso, o en los efectos ejecutivos, especialmente en materia de fianza: el afianzamiento mediante aval que no conste en documento público no tendrá fuerza ejecutiva; y si la fianza es en títulos siguen vigentes los preceptos que exigen la intervención de fedatario público en materia de su negociación, y por ello el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de enero de 1956 consideró mal constituida una fianza que no lo había sido en escritura pública, sin que el defecto pudiera salvarse por el artículo 464 del Código civil; en el mismo sentido el Informe 99/1964 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa exigió la comparecencia en la escritura del fiador, "una garantía más para la Administración de la eficacia de las fianzas prestadas por un tercero".

h) Sólo perjuicios podrán venir a la Administración al prescindir de la escritura, pues, por ejemplo, y a pesar de su prerrogativa de interpretar el contrato (art. 18 LCE), no podrá evitar que las cláusulas oscuras se interpreten precisamente en contra de ella, al ser su funcionario el causante de la oscuridad (art. 1.288 C.c.), y responderá de los daños y perjuicios causados por dolo o culpa de este funcionario (art. 40 LRJAE).

i) La intervención notarial es, finalmente, la más acorde con un verdadero Estado de Derecho, como el que consagra la Constitución, ya que no es suficiente

instrumento de control; de manera que la intervención del Notario tuviese sentido respecto del contrato en sí y respecto del control de su formación, más que respecto de su formalización.

LA REGISTRACION DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

I) La afirmación de inscribibilidad en los Registros públicos según la Ley de Contratos de las Administraciones

El documento será inscribible; dice la Ley vigente: “siendo asimismo título válido para acceder a cualquier Registro público”. El proyecto se expresa así: “constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro”.

Según la legislación vigente hasta 1985 si bien el contrato, según la regla general, podrá ser formalizado en escritura pública o mediante documento administrativo, la regla particular establecida la exigencia de escritura pública cuando se tratase de contrato que haya de anunciarse o inscribirse en algún registro que exija el cumplimiento de este requisito.

299

la justicia reparadora de los Tribunales, sino que tiene que desarrollarse la justicia preventiva, que encuentra en el Notariado una de sus más importantes manifestaciones.

A estos lúcidos y justificados argumentos de PAREJO y BLANCO expuestos en 1983 podría oponerse la evolución legislativa producida después de esa fecha. Yo me permito añadir, ahora, en 1994, otra función encomendada al Notario, concurrente con la documentadora o formalizadora y que tiene propia individualidad, consistente en comprobar la legalidad de los precedentes del acto o contrato. Tendría notables fundamentos jurídicos, y aun de otra índole, encomendar al Notario funciones de control de legalidad.

II. El régimen de cada Registro según su Ley particular. Con singular referencia al Registro de la Propiedad

Cabe analizar el alcance del valor de esta regulación legal en relación con la propia de un registro cuando ésta exige por ejemplo la escritura pública como título inscribible en dicho Registro (36). Resulta justificada la indagación acerca de si la escritura pública o el documento auténtico se requieren por razón de un mero criterio formal o en razón de las garantías sustantivas que el ordenamiento atribuye a la escritura notarial auténtica en relación con el acto o contrato que contiene.

Es pues, el criterio que parte la diferenciación de los registros según su finalidad. En este sentido es fructífera la separación, como merecedores de trato diverso, de los registros de control y constancia con finalidades de policía, archivo y estadística, normalmente acompañados de publicidad publicitaria o meramente divulgatoria, de una parte y de otra de los registros cuya finalidad última es generar

300

(36) Es doctrina común la que entiende necesaria para la realización del Derecho una adecuada determinación de la norma aplicable según lo supuesto en el ordenamiento (pág. 510) y cual es el contenido de esa norma (pág. 512) para lo cual es imprescindible la búsqueda de su sentido normativo que resulta de su propio texto y de su puesto en el ordenamiento (pág. 513) por lo que partiendo de la letra de la Ley (pág. 514) y considerándola parte del plan jurídico de organización de la sociedad se debe investigar el fin que tiene o le corresponde (pág. 515). Esta síntesis de la doctrina de Don FEDERICO DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, Parte General I, Madrid 1955) nos conduce a la necesidad de integrar criterios temporales (lex posterior derogat anterior) y con criterios finalísticos y sistemáticos al pretender integrar el contenido de leyes que tangencialmente coinciden al tratar una misma materia: así los requisitos del título inscribible (en la Legislación hipotecaria) y la inscribibilidad del documento administrativo (en la legislación de contratos de Administraciones públicas). Para resolver de manera armónica con los principios del sistema y las finalidades perseguidas por el ordenamiento deben coordinarse los diversos criterios interpretativos, en especial los sistemáticos y teleológicos. Los criterios sistemáticos deben tener el valor que requiere la trascendencia de la materia en relación con la finalidad de coordinación de la seguridad de tráfico con la superior y básica seguridad jurídica general que se persigue mediante el requisito de la titulación pública y auténtica para los títulos formales de los títulos materiales que son negocios extrajudiciales sujetos al Derecho privado.

una apariencia (o publicidad formal) que sirve de base a unos efectos sustantivos (o publicidad material). Estos últimos merecen nuestra atención.

III. El Registro que produce efectos sustantivos

1) Síntesis de su esencia: la seguridad del tráfico.

De manera muy sintética expondré su esencia. El sistema de registro de publicidad con efectos sustantivos persigue la finalidad de que se reconozca la titularidad real y efectiva del derecho adquirido a quien lo adquirió convencido de buena fe de la real y efectiva titularidad de quien aparecía como tal en el registro y en base a ella se la transmitía. El registro es una pieza importante del sistema de seguridad del tráfico jurídico; en efecto, ofrece garantía a quien proyecta adquirir al argumentarle la prevalencia de su adquisición derivada de la titularidad publicada por el registro. Ahora bien, el ordenamiento interesa armonizar la seguridad del tráfico con el principio superior y más general de la seguridad jurídica; y esta armonización se logra en la medida de la coincidencia del contenido del registro con la realidad jurídica extrarregistral. Se comprende con facilidad que el registro exacto confiere seguridad al adquirente y le facilita el disfrute y ejercicio, incluso reivindicatorio, del derecho que adquiera; y también que el registro inexacto confiere al adquirente de buena fe (al que ignora la inexactitud y confía en la exactitud del registro) la misma seguridad y defensa; pero mientras en el caso del registro exacto todo discurre con coherencia y sin perjuicio de nadie en el caso del registro inexacto la protección que el sistema presta al adquirente provoca el despojo del titular real extrarregistral.

2) Coordinación de la seguridad del tráfico con la seguridad jurídica.

A la seguridad jurídica del sistema interesa sobremanera la concordancia del contenido del Registro con la realidad extrarregistral (no sólo por vía corrección de la inexactitud registral sino que primordialmente por la vía de la evitación de la inexactitud); y esto se logra mediante requerir que los documentos que sirven de cauce formal al acceso del registro de los actos, contratos, testamentos y, en general negocios jurídicos ofrezca garantías de autenticidad, o sea, de legalidad y de veracidad incluso frente a terceros (37).

IV. Esto ocurre en el ámbito de los Registros de la Propiedad y Mercantil

302

Este último requiere el documento público, aquél la escritura pública o la ejecutoria o el documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el gobierno o sus agentes en la forma que prescriban los Reglamentos (38).

(37) Esta cuestión de política legislativa general es del mayor interés; aunque no ha sido estudiada. Seguramente porque está tan enraizada en el fundamento del sistema que se considera innecesario insistir en ello. En todos los sistemas europeos, incluso en aquellos en los que la inscripción tiene el papel de momento final en la constitución del dominio y de los derechos reales sobre bienes registrados (inscripción constitutiva), el Registro es una institución basada respecto al tráfico extrajudicial, en documentos notariales (públicos según los Códigos Civiles español, italiano y alemán, p. ej. o auténticos según los códigos francés y belga y la Ley Hipotecaria española); precisamente el Registro de efectos sustantivos tiene como esencia la publicación de títulos con garantías de legalidad y veracidad de los que resultan las situaciones que justifican la segura adquisición de derechos en base a desconocer la eficacia del título inscribible no inscrito que pudiera perjudicar al adquirente inscrito. Al apoyar al Registro en el documento público o auténtico se garantiza el funcionamiento del sistema con normalidad y se sienta una de las bases para evitar el uso abusivo del sistema; esto es, se sienta una de las bases para impedir que se utilice el sistema registral como instrumento para adquirir a su amparo derechos en perjuicio, o con despojo, del verdadero propietario.

(38) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS ("Realidad y Registro", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, I, pág. 427) que señaló que la sustancia del concepto formal de título inscribible tiene un alma (título de derecho civil, negocio jurídico,

Armonizando los artículos 1.216 C.c. y 3 L.H. resulta que el documento auténtico, para serlo, requiere que esté autorizado por funcionario competente al efecto, para gene-

contrato, testamento, etc.) y un cuerpo (documento público, con sus presunciones de verdad y legalidad). (Véase antes nota 35).

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, Sexta Edición, Bosch, 1968, en Tomo II, pág. 558) afirma que "La importancia del título inscribible en el aspecto material como en el formal, es decidir en nuestro sistema como en la mayoría de los sistemas registrales" "El Registro de la Propiedad es un registro de Títulos en sentido material". Y en págs. 560 y 561 destaca la importancia del título en su aspecto formal en relación con el principio de legalidad y recuerda cómo la exposición de Motivos de la Ley de 8 febrero 1861 afirmaba que "no debe inscribirse más que lo que no deje lugar a dudas de su legitimidad, por esto sólo deben ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedidos en forma legal por el gobierno o sus agentes".

Al promulgarse la L.H. 1861 no predominaba la denominación de documento público, sino la de documento auténtico, respecto del cual debe sobreentenderse la competencia de quien expida el documento, competencia precisa y singularmente atribuida para expedirlo con la cualidad de auténtico (ver págs. 563 y 564 y 591, en esta última con extensión al comentar el vigente art. 34 R.H.).

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957, págs. 376 y ss.) señala que el título formal posibilita la inscripción; sólo los títulos públicos o auténticos son hábiles; y recuerda las palabras de la exposición de motivos antes aludidas en la cita de ROCA SASTRE.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas. Madrid 1988, Tomo I), se ocupa separadamente del principio de legalidad en su modalidad de titulación auténtica y del principio de legalidad en su modalidad de calificación registral, págs 550 y 551 nos dice "con la titulación auténtica el sistema hipotecario consigue que los documentos tengan una primera garantía de legalidad, por haber sido expedidos o autorizados por un funcionario público" y con relación al documento administrativo señala que se consideran como títulos inscribibles cuando se trata de expedientes que terminan con un acto de trascendencia real inmobiliario (con un acto administrativo, apostillo). La obra de este autor no ha llegado al punto en el que según su sistemática corresponde desarrollar estos principios así como estudiar su engarce con el principio de seguridad jurídica a que obedecen, en cuanto presupuesto al concreto juego de la seguridad de tráfico.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO (diversos trabajos y en particular *Teoría de la Seguridad Jurídica*, Bosch, Barcelona 1989, 2 págs. 437 y ss. y 489 y ss.) se ocupa de los controles en las áreas de documentación y de publicidad. Viene a sostener que el principio de legalidad servido por la documentación formal requerida por el art. 3.º de la Ley Hipotecaria satisface las exigencias del realismo práctico en el tráfico jurídico, ya que los negocios, actos y contratos que son inscribibles son además que títulos materiales inscribibles muchas más cosas y se perfeccionan y producen en el momento fundamental y propio de la realidad práctica del intercambio de bienes y del nacimiento de vínculos jurídicos; sin perjuicio de subrayar la mayor solidez que adquieren los derechos y posiciones resultantes de dicho momento generador una vez sus títulos han accedido al Registro.

rar documentos con la cualidad de públicos o auténticos y que la autorización se ajuste a la forma de proceder este funcionario según los reglamentos. El autorizante debe observar las formalidades de la forma.

La Ley Hipotecaria y su reglamento prevén el acceso al Registro de documentos administrativos que librados en ejercicio de facultad certificante documentan, o representan, actos administrativos de afirmación de dominio, de ejercicio de facultad expropiatoria o de facultad ejecutoria. Incluso de sometimiento de una finca a planeamiento urbanístico, en general (39).

La Ley Hipotecaria no contiene, a mi entender y según mi memoria, previsión de acceso al registro de contrato alguno en el que sea parte la Administración que se formalice en contrato administrativo.

(39) El artículo 34 del R.H. desarrolla el artículo 3 de la L.H.; según dispone se considerarán documentos auténticos, "para los efectos de la Ley" los que estén expedidos por el Gobierno o por autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos". ROCA SASTRE (*op. cit.* págs. 592 y ss.) profundiza en los conceptos "documento público" y "documentos auténticos" y en el estudio de este precepto destaca como redundante su referencia a la competencia de quien autoriza o expide, pues bastaría remitirse a documento auténtico. En cuanto a la competencia del autor ver nota (25) y la doctrina que expone RODRÍGUEZ ADRADOS. Recientemente ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS ha prestado atención, desde su profundo conocimiento del documento y del derecho documental, a la expresión "documento auténtico" en la conferencia citada en nota (25). Recuerda que el C.c. rechazó la clasificación trimembre del documento en público, privado y auténtico; aunque esta clasificación persista en base al artículo 3 de la Ley Hipotecaria; y advierte de los riesgos de confusión entre la autenticidad en el sentido de fácil identificación del autor del documento, y la autenticidad en el sentido de documento que por su autor da fe, no sólo frente a él (como señala FEBRERO del documento auténtico —lo que es común con el privado) y frente a las partes sino incluso frente a terceros respecto del mismo documento, que es lo propio del documento público. El documento administrativo, añade, contiene un hecho privativo suyo, de la autoridad que lo emite, pero no puede comprender un hecho ajeno; y aunque sea auténtico en cuanto a la identificación de su autor no lo es en cuanto portador de fe pública en sentido propio pues no tiene fe pública frente a la otra parte ni frente a terceros. Lamenta la "incolora" expresión del art. 1.216 al emplear la palabra "competente" sin concretar a qué se refiere la competencia, puesto que puede dar base a confusiones como la que antes señaló; y añade que estas confusiones quedan superadas entendiendo correctamente a qué competencia se refiere: a la competencia para documentar con fe pública.

La explicación, a mi entender, que dejo sometida a cualquier mejor fundado, está en el carácter del documento administrativo. Aunque oficial no tiene, como dijimos, ni el carácter ni la cualidad del documento público y auténtico (40).

V. Las preguntas las formulamos con toda claridad

La primera podrá tener términos: ¿La nueva legislación de contratos de las Administraciones públicas pretende que el documento administrativo que formalice contratos de una Administración pública que sean títulos materiales inscribibles en el Registro de la Propiedad sea título formal de su inscripción?

La nueva legislación dicha ¿ha podido alterar al régimen del Registro de la Propiedad y la regla de autenticidad de los títulos formales inscribibles?

Y como final, de acuerdo con las reglas Constitucionales sobre el régimen de fuentes de Derecho, ¿es suficiente una mención genérica en una Ley destinada a una reglamentación específica para alterar otra Ley diversa que reglamenta una materia diversa, de orden público territorial?

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa.

305

(40) Parece clara la cualidad de título formal inscribible atribuida al documento administrativo de un acto administrativo.

Y parece momento oportuno para dejar claramente ajustada a las reglas generales del sistema la formalización de los contratos celebrados por Administraciones públicas cuando mediante éstos participan en el tráfico jurídico de bienes sujetos a publicidad o registro de efectos sustantivos y esta participación no está directa e inmediatamente vinculada al giro o tráfico administrativos. En este ámbito es deseable la sujeción a las reglas generales de la forma pública negocial extrajudicial. Y no por meras razones formales, sino por causa de los efectos sustantivos que se predicán de la forma pública, por sus cualidades materiales derivadas de la independencia del jurista que tiene encomendada su autoría: el Notario.

LA DOCUMENTACION DE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

I. El contrato civil de la Administración. Su delimitación

Se define o delimita, por vía de exclusión; se configuran residualmente (41).

La nueva Ley en estudio acepta la tesis doctrinal propia al abandono, o, al menos, a la revisión de la doctrina sustantivadora del contrato administrativo; y por tanto establece que “los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado”.

306

Aunque renace la concepción sustantivadora cuando establece los que “son contratos administrativos” (la caracterización se convierte en esencia ontológica, en “ser”). Son administrativos, según la Ley a) los tipificados como contratos administrativos. b) los que por su objeto (parece que finalidad) tengan naturaleza administrativa especial (i) por resultar vinculados al giro y tráfico específico de la Administración contratante; o (ii) por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o (iii) por declararlo así una Ley. Es claro que la finalidad pública se refiere al contrato y no a la realidad corporal o incorporeal que es su objeto en sentido técnico; y

(41) Véase la obra de JOSÉ MARÍA DE SOLAS RAFECAS *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*, Tecnos 1990. Son muy interesantes sus reflexiones acerca de la teoría de la causa elemento de calificación; pues señala el interés público como causa de los actos de la Administración en la fase de formación del contrato y estima a dicho interés incorporado a la causa del contrato “ex lege”; mientras en el contrato privado el interés público es simplemente motivo y no se causaliza. De ahí la influencia del interés público en la peculiar reciprocidad causal de las prestaciones en los contratos administrativos. (Podemos adscribir a este autor en la tendencia sustantivadora del contrato administrativo). En págs. 45 y ss. expone los criterios legales de clarificación y en pág. 55 destaca el criterio negativo de calificación “a falta de características que determinen su naturaleza administrativa”.

mucho menos a la autenticidad humana o prestación a que se refiere.

Después de establecer los contratos que “son” administrativos la Ley en formación se ocupa de los que “tendrán la consideración de privados” en general los restantes celebrados por la Administración y “en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporeales y valores”.

II. Su régimen jurídico

La Ley en trance de generación legislativa establece el régimen jurídico de los contratos privados. Según la doctrina tradicional se ajustará en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y sus disposiciones y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de Derecho privado. Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporeales y valores se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones públicas aplicables en cada caso.

307

No nos ocupamos de la competencia jurisdiccional; según el principio de separabilidad de lo referente a preparación y adjudicación estas materias quedan sometidas en lo material y en lo formal al orden jurisdiccional contencioso administrativo.

III. Su formalización

De la sistemática de la nueva Ley resulta, en orden a la formalización de los contratos, que el capítulo correspondiente es el II del Título III cuyo epígrafe es “De las

actuaciones relativas a la contratación". El mismo Título III comprende los capítulos V, "De las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos", VI, "De la tramitación de los expedientes de contratación" y VII, "De la adjudicación de los contratos".

Entre el capítulo II y el V, están el III que trata "de las prerrogativas de la Administración" (referentes a los contratos administrativos) y IV "De la invalidez de los contratos".

Puede argumentarse que la sistemática de la Ley coloca lo referente a la formalización fuera de las materias de preparación y adjudicación; sin embargo, este argumento podría parecer contradicho porque se tratan conjuntamente la perfección y la formalización, porque la perfección se produce mediante la adjudicación y porque la Ley se ocupase de la formalización se refiere a todo contrato de la Administración.

308

IV. Las formas y los efectos del contrato

Nos puede ayudar una reflexión acerca del alcance del sometimiento del contrato de la Administración de carácter privado a las normas del Derecho privado en cuanto a sus efectos y a su extinción (42).

El apoyo lo encuentro en el carácter de la escritura pública; en su carácter plural. Porque es a la vez forma de

(42) DE SOLAS RAFECAS (*op. cit.*) comenta la sentencia TS 16 marzo 1964 (Aranzadi 1726) (véase pág. 266). En el caso el rematante de una subasta para construir viviendas de renta limitada se había negado a formalizar el contrato por haber alterado el Ayuntamiento contratante las cláusulas del pliego. El TS, Contencioso, estimó procedente enjuiciar "la determinación de cual fuera el pliego que rigió la licitación". DE SOLAS, en base a la perfección del contrato de la Administración por la adjudicación, entendió que la cuestión consistía en determinar si estaba o no, justificada la negativa a la formalización, y que ésta, la formalización, afectaba al cumplimiento y efectos del contrato ya perfecto y no a su formación, aunque la pretendida justificación de la negativa a formalizar se apoyaba en incongruencia entre las cláusulas del pliego y las que se pretendían formalizar.

presentación, normalmente, de la declaración de voluntad contractual o negocial y también y además es instrumento de efectos jurídicos que se predicen del negocio pero que la mera declaración de voluntad no produce a falta del soporte de la escritura pública: Son los efectos traditorio de la escritura, el de la oponibilidad a terceros, la vinculación de terceros, o de la ejecutividad, o de la prelación o rango, etc. Y en fin, el acceso al registro que requiere titulación auténtica.

Por todo ello debe entenderse que el contrato de carácter privado de una Administración pública debe revestir la forma (y cumplir las formalidades) establecida por la legislación civil, en cuanto dicha forma, en particular el documento público, es presupuesto y fuente de determinados efectos jurídicos materiales, o sustantivos, en la esfera del Derecho privado.

309

V. Nuevamente debemos plantearnos preguntas

Está justificado, tiene alguna justificación, que la Administración imponga el documento administrativo en todo caso de contrato celebrado por ella. ¿Está justificado que se prive al administrado de la cooperación independiente del notario para la conformación del documento contractual? (la conformación por el notario quedaría excluida si prosperase la tesis del documento administrativo y la escritura fuese mera elevación, sin redacción del...). ¿Está justificado que se pretenda apoyar o justificar, la eficacia de la escritura pública en sus aspectos y actividades formales, en su autenticidad formal, siendo así que es precisamente la autenticidad de fondo, derivada de su autoría, la que justifica su utilización por el sistema en el tráfico extrajudicial y en la publicidad registral?

Conviene, pues, que se precise que la aplicación a la Administración contratante en un contrato de carácter privado

de las reglas administrativas acerca de la preparación y de la adjudicación no comprende lo referente a su formalización y a los efectos sustantivos de la forma según las reglas civiles del tráfico jurídico, de su seguridad y de la seguridad jurídica.

Aunque esta solución sea la más apropiada al respecto de los derechos privados del ciudadano, al orden jurídico general y a la ausencia de vinculación al giro o tráfico administrativo o de finalidad pública directa en el contrato de carácter privado, con la consiguiente ausencia del carácter peculiar y diferencial de las Administraciones, bueno sería que se estableciese claramente, con inclusión de lo referente al acceso a los Registros públicos.

UN CASO PARTICULAR EN EL DERECHO URBANISTICO

I. Las diversas actuaciones

Como es bien sabido, la Ley del Suelo distingue clases de actuación en la ejecución del planeamiento (en su título IV); por una parte reglamenta las actuaciones mediante unidades de ejecución (cap. II) y por otro lado las actuaciones asistemáticas en suelo urbano (cap. III). Las actuaciones mediante unidades de ejecución son las normales y las realizadas al margen de las unidades de actuación tienen carácter singular, por eso se llaman asistemáticas.

II. Los desajustes de aprovechamiento en las actuaciones asistemáticas. Corrección

En las actuaciones asistemáticas pueden surgir desajustes entre los aprovechamientos susceptibles de apropiación por el propietario afectado por la actuación y el aprovechamiento real permitido por el planeamiento a la finca de su propiedad según resulte de la actuación. La sección primera del citado capítulo III se ocupa de la transferencia de aprovechamientos como medio de lograr su ajuste, o sea, de lograr el ajuste del aprovechamiento susceptible de apropiación con el aprovechamiento real. La Ley regula supuestos en los que el real es superior o inferior al apropiable (susceptible de apropiación) y los medios de corregir las diferencias y lograr el ajuste porque la licencia de edificación requiere el ajuste de ambos aprovechamientos, al que podríamos llamar subjetivo y el objetivo o real, o la renuncia, expresa o tácita, al exceso del aprovechamiento real respecto del susceptible de apropiación. El ajuste se logra mediante transferencias, sean negociales o forzosas, respecto de los que regulara una intervención de la Administración que se ha calificado de mediadora en el tráfico.

311

III. El Registro de transferencias de aprovechamiento y el documento inscribible

La Ley de Reforma del régimen urbanístico y de valoración del suelo (L. 8/90 de 25 julio 1990) introdujo un Registro de transferencias de aprovechamientos que “crearán los Ayuntamientos”, con la natural finalidad de controlar las dichas transferencias.

Prescindo de problemas referentes a la índole o naturaleza de este Registro, a su significado y alcance en particular en ámbito sustantivo y a su relación o coordinación con el Registro de la Propiedad; prescindo incluso de lo refe-

rente al acceso del mismo de las trasferencias coactivas. Una vez destacada la finalidad propia de este Registro, que es de policía o control, me limitaré a referirme a los títulos formales precisos para el acceso de los acuerdos de cesión o distribución entre particulares o de los acuerdos de compraventa o cesión por cualquier título entre la Administración entrante y los particulares.

Los acuerdos entre particulares deberán constar en documento público. La norma es coherente, supuesto el carácter real del derecho sobre el aprovechamiento susceptible de apropiación, con lo dispuesto en el C.c., (art. 1.280.1.º, en relación con su art. 1.278). Pero nada se dice de la forma que debe revestir la compra, venta o cesión por cualquier título entre la Administración y los particulares.

312 IV. Análisis de los documentos inscribibles

En la doctrina es común la opinión según la cual no ofrece duda que el documento público en que se formalicen los acuerdos será de escritura pública ante notario (yo matizaría que es el único documento público posible, según resulta de los artículos 1.216 y 1.217 del C.c. cuya remisión a la L.N. supone la sanción del principio según el cual habrá una sola clase de funcionarios encargados de dar fe de los actos y demás contratos extrajudiciales).

En cambio no es común la opinión acerca de la forma que deben revestir las trasferencias por compraventa o cualquier otro título.

Según una opinión “parece admisible el acuerdo en cuanto se formalice ante el órgano administrativo, en cada caso competente. A tal efecto, bastará la certificación literal del acuerdo para que proceda la inscripción” (43).

(43) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo* (Texto Refundido de 1992), Sexta Edición, Civitas, 1993, II, pág. 1406.

Según otra opinión, del silencio del T.R. (L.S. y Ordenación Urbana, R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio) no puede deducirse la regla (contraria a la de la transmisión entre particulares) de no ser necesario el documento público (44). La transferencia entre la Administración y los particulares es un contrato en el que participa una Administración cuyo carácter es el de contrato de Derecho privado; por lo que valen, para quien mantiene esta opinión, los argumentos que expusimos. Por ello se indica que el documento administrativo, en cuanto no está autorizado por funcionario competente para hacer documentos públicos, no es documento público y que el secretario del Ayuntamiento, facultado para certificar del acto administrativo y de la decisión del Ayuntamiento para celebrar el contrato privado, carece de facultades para autorizar un documento contractual en el que interviene un sujeto de Derecho ajeno al Ayuntamiento y para vincular a dicho sujeto diverso del Ayuntamiento a los efectos del documento público.

313

El autor analiza el valor jurídico del acuerdo de transferencia que constase en documento administrativo que califica de privado, y le reconoce la validez y eficacia de una informal transmisión inmobiliaria (45).

V. Interrogantes

No preciso insistir en mi coincidencia con esta última opinión. Y valga apuntar estas preguntas: ¿Tomará razón el

(44) FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS, "El aprovechamiento urbanístico y su transferencia", *Revista jurídica del Notariado*, n.º 6, abril-mayo 1993, págs. 137 y ss., especialmente pág. 142.

(45) NÚÑEZ LAGOS en el trabajo citado en la nota anterior, reconoce la validez del Convenio de transferencia no formalizado en escritura pública y la posibilidad de acceso al Registro de aprovechamientos, por su finalidad de control a efectos de concesión de licencias; y advierte que ello no obstante la omisión de la escritura pública sí que impide el acceso al Registro de la Propiedad, que por otra parte es innecesario, cualquiera que sea la organización jurídica del derecho de propiedad del suelo y de la facultad de edificar.

Ayuntamiento en “su” registro de trasferencias de la que aunque en documento privado administrativo, hubiese conve-nido? ¿Servirá de base y justificación para la licencia de obras la trasferencia acordada por el Ayuntamiento de la que meramente conste por instancia privada la aceptación? ¿Tiene el registro mera finalidad de control en relación con la concesión de licencias de obra?

Debemos repetir, aunque no tenga carácter de respuesta, que este registro no es Registro para el tráfico, ni tiene efectos sustantivos; y que al Ayuntamiento le basta compro-bar, y controlar, al conceder licencia de edificación, que el solicitante es titular de aprovechamiento apropiable suficien-te para hacer efectivo el real correspondiente.

POST SCRIPTUM

Con el tema propuesto se relacionan marginalmente te-mas como el de las llamadas Agrupaciones de Empresarios (¿no sería razonable conservar la denominación vigente se-gún la Ley que les es específicamente aplicable de Unión Temporal de Empresas? ¿No se evitarían confusiones con las Agrupaciones de interés económico?) (46), o como el de

(46) En la Revista *Hacienda Pública Española* publiqué en 1985 (n.º 94, págs. 167 y ss.) un trabajo sobre “Uniones Temporales de Empresas”; y recientemente he colaborado bajo la coordinación de ANTONIO PAU PEDRÓN en unos *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de interés económico*. Tecnos, Madrid 1992. Parece conveniente conservar las denominaciones que el uso ha consagrado en la práctica. Si la agrupación de interés económico ha de tener como objeto exclusivamente una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios (art. 3.º de la Ley 12/91 de 29 de abril) y si las Uniones Temporales de Empresas (reguladas en la Ley 18/1982 de 26 de mayo) son un “sistema de colaboración entre empresarios para la ejecución de una obra servicio o suministro”, parece evidente la conveniencia de usar en la Ley de Contratos de las Administraciones la expresión de Unión de Empresas. A mayor

las cesiones de contratos (que es un negocio civil en cuanto a cedente y cesionario, sin perjuicio de la peculiar regulación del consentimiento de la Administración como contratante cedido) o como el de la subcontratación (en la que concurren aspectos similares a los de la cesión).

abundamiento las Asociaciones de Empresas reguladas por la Ley 196/1963 de 28 de diciembre ya no son posibles por derogación de esta Ley y tampoco las Asociaciones a que se refería la Ley 18/1982 también derogada, ambas por la Ley 12/91.

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR. CONTRATACION Y SISTEMA DE RESPONSABILIDAD *

RAFAEL GOMEZ-FERRER SAPIÑA

Notario

317

SUMARIO: PRIMERA PARTE. NORMATIVA SOBRE PROTECCION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA COMUNIDAD EUROPEA. 1. El Tratado de la Comunidad Económica Europea. 2. La Conferencia de Jefes de Estado de París 1972. 3. La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973. 4. La Decisión 73/306/CEE de la Comisión de 25 de septiembre de 1973. 5. Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores de 1975. 6. La Resolución 47 del Comité de

* Comunicación a las "II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro". Montevideo 16-18 de junio de 1994.

Ministros de la CEE. **7.** La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de febrero de 1979 (DOCE C-256, 3.09.1980), asunto Cassis de Dijón. **8.** El Segundo programa para una política de protección y de información a los consumidores de 1981. **9.** La Conferencia de Fontainebleau de 1984. **10.** La Comunicación de la Comisión al Consejo de 27 de julio de 1985. **11.** La Resolución del Consejo de la CEE, de 23 de junio de 1986. **12.** El Acta Unica Europea. **13.** La Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989. **14.** El Tratado de la Unión Europea. **III.** LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL. **1.** La Constitución Española de 6 de diciembre de 1978. **2.** La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. **3.** Las competencias del Estado, de las Comunidades Autónomas, y de las Corporaciones Locales. **A)** *Competencias de la Administración del Estado (art. 39).* **B)** *Competencias de las Comunidades Autónomas (art. 40).* **C)** *Competencias de las Autoridades y Corporaciones Locales (art. 41).* **4.** Legislación estatal de complemento y desarrollo de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. **5.** Legislación autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios. **A)** *País Vasco.* **B)** *Cataluña.* **C)** *Galicia.* **D)** *Andalucía.* **E)** *Comunidad Valenciana.* **F)** *Aragón.* **SEGUNDA PARTE. EL CONTRATO Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. I. CONCEPTO DE CONSUMIDOR. A)** A los efectos de la Ley. **B)** El consumidor persona física o jurídica. **C)** El consumidor adquirente, y el que utiliza o disfruta los bienes adquiridos. **D)** El consumidor como "destinatario final". **E)** Empresarios y profesionales. **F)** El objeto de la adquisición por el consumidor. **G)** Procedencia del bien objeto de la adquisición, uso o disfrute. **II. DERECHOS DEL CONSUMIDOR. 1. Derechos básicos. A)** *La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.* **B)** *La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores.* **C)** *La indemniza-*

ción o reparación de los daños y perjuicios sufridos. **D)** La información correcta sobre los diferentes productos o servicios. **E)** La educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. **F)** La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas. **G)** La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. **H)** La defensa del medio ambiente y de la calidad de vida. **I)** Los derechos lingüísticos de los consumidores y usuarios. **a)** País Vasco. **b)** Galicia. **c)** Cataluña. **2.** La protección prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios. **3.** La renuncia previa a los derechos. **4.** Los actos realizados en fraude de Ley. **III.** EL CONTRATO DE ADHESIÓN: LA CONTRATACIÓN BAJO CONDICIONES GENERALES. **1.** Concepto del contrato de adhesión. **2.** Las condiciones generales de la contratación. **A)** Concepto. **B)** Carácteres. **C)** Naturaleza jurídica. **D)** Reconocimiento legal. **a)** Autoría. **b)** Unilateralidad. **c)** Escritura. **d)** Naturaleza contractual. **e)** Generalidad. **f)** Inevitabilidad de la aplicación. **3.** Requisitos legales exigidos a las condiciones generales de la contratación. **A)** Cognoscibilidad de las condiciones generales. **B)** La entrega de documentos. **C)** La buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones. **D)** Aprobación de condiciones generales y vigilancia. **4.** Nulidad de las cláusulas abusivas. **5.** Reglas de interpretación de las condiciones generales. **6.** Eficacia de las condiciones generales lícitas. **TERCERA PARTE. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD.** **I.** LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN RELACIÓN A LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO. **1.** La promoción y publicidad de los productos destinados al consumo. **A)** Normativa. **B)** Concepto de publicidad. **C)** Clasificación. **a)** Publicidad lícita. **b)** Publicidad ilícita. **1)** La "publicidad en-

gañosa". 2) La "publicidad desleal". 3) La "publicidad subliminal". D) Efectos del incumplimiento de las normas sobre publicidad, acción de cesación y rectificación y procedimientos. a) Infracción y sanciones. b) Solicitud del cese de la publicidad. c) El procedimiento especial de la Ley General de Publicidad. d) Las acciones generales. 2. Efectos negociales de la publicidad. A) Publicidad y oferta de contrato. a) La "oferta publicitaria". b) Invitación a la oferta. B) Publicidad y responsabilidad precontractual. C) Publicidad y responsabilidad extracontractual del anunciante. D) Publicidad y vicios del consentimiento. E) Publicidad y buena fe. F) Los efectos negociales de la publicidad en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. 3. El deber de información en la fase precontractual de la contratación de consumo. A) Deber de información como correlativo al derecho a ser informado. B) Información precontractual y contractual. C) Información precontractual y publicidad. D) Sujeto del deber de informar. E) Objeto de la información. F) Consecuencias de los defectos de información precontractual. II. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL NEGOCIO JURÍDICO DE CONSUMO. A) El interés contractual protegible. B) Responsabilidad por incumplimiento. a) Las teorías subjetivas. b) La responsabilidad contractual como responsabilidad objetiva. c) Medidas de reacción frente al posible incumplimiento contractual. C) Responsabilidad contractual por daños. a) Sujetos responsables. b) Sujetos protegidos. c) Objeto de la responsabilidad. d) Daños. e) Alcance de la responsabilidad. f) Prescripción de la acción. D) La responsabilidad por garantía. a) El régimen de comprobación. b) El régimen de reclamación. c) El régimen de garantía. d) El régimen de garantía y el cumplimiento defectuoso o incumplimiento contractual. E) El régimen de garantía en las legislaciones autonómicas. a) País Vasco. b) Galicia. c) Cataluña. III. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN SEDE DE DERECHO DE CONSUMO. A) Teoría general. B) Responsabilidad sub-

jetiva u objetiva. **C)** La responsabilidad objetiva en los supuestos del art. 28 de la LGDCU. **D)** La responsabilidad extracontractual en los supuestos no comprendidos en el artículo 28 LGDCU. **a)** *El fabricante e importador.* **b)** *El tenedor de los productos a granel.* **c)** *El suministrador o vendedor.* **d)** *Los terceros.* **e)** *Responsabilidad del Estado.* **E)** La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. **a)** *La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985.* **1)** *La responsabilidad objetiva del fabricante.* **2)** *Clases de fabricantes.* **3)** *Productos originadores de los daños.* **4)** *Requisitos para la existencia de responsabilidad.* **5)** *Extinción de la responsabilidad.* **6)** *Prescripción de la acción de responsabilidad.* **b)** *La Ley de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.* **1)** *La responsabilidad objetiva del fabricante.* **2)** *Clases de fabricantes.* **3)** *Productos originadores de los daños.* **4)** *Requisitos para la existencia de responsabilidad.* **5)** *Límite total de la responsabilidad.* **6)** *Extinción de la responsabilidad.* **7)** *Prescripción de la acción de responsabilidad.*

PRIMERA PARTE

NORMATIVA SOBRE PROTECCION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

I. Introducción

La Comisión Primera de la VI Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Quito (Ecuador) en 1993, en su Conclusión Séptima, expresó:

322 “Los Notariados Iberoamericanos propiciarán un incremento de las competencias notariales mediante las gestiones pertinentes ante los poderes legislativos nacionales, para que se asignen al notariado todas aquellas que conduzcan a un perfeccionamiento en la prestación de la función en su servicio a la seguridad jurídica y a la prevención de conflictos, *incidiendo en la necesidad de contribuir a la defensa de los consumidores y usuarios*, aproximando la intervención notarial a la fase de formación de la voluntad contractual, y a los trámites necesarios ulteriores a la autorización del documento”.

Acogió así dicha Comisión y el Plenario de las Jornadas que aprobó las conclusiones, entre otras, la propugnada, en esta materia, por la Ponencia española, que me cupo el honor de elaborar y defender [GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, RAFAEL: *Ejercicio de la Jurisdicción voluntaria por el Notario*. En Ponencias presentadas por el Notariado Español. VI Jornada Notarial Iberoamericana. Quito 1993, Consejo General del Notariado, págs. 175-176].

Resulta, por ello, especialmente grato observar, cómo la protección de los consumidores y usuarios constituye preocupación importante de la Asociación de Escribanos del Uruguay, que durante los días 16 al 18 de junio de 1994 celebran en Montevideo las “II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro”, sobre el tema

“El Derecho del Consumidor, Contratación y Sistema de Responsabilidad”.

“La preocupación por la protección del consumidor —apunta LOIS CABALLE [LOIS CABALLE, ANA ISABEL: *Introducción al Derecho del Consumo*. Generalitat Valenciana. Consellería de Sanitat y Consum. Valencia 1991, pág. 1]— surge cuando, debido a los cambios operados por la sociedad de consumo, se rompe el equilibrio existente entre las partes de la relación de consumo y se toma conciencia de la relevancia jurídica y social del fenómeno. En la sociedad de consumo la parte débil de la relación de consumo se ve en la necesidad de hacer valer sus derechos frente a la contraparte y frente a la sociedad en general ya que el entorno hace que sus características le sitúen en inferioridad de condiciones”.

La materia es apasionante, por su trascendencia social, y difícil.

323

Apasionante por su trascendencia social, porque como destaca GÓMEZ CALERO [GÓMEZ CALERO, JUAN: En *Derecho Mercantil*. Ariel. pág. 733], “toda promoción empresarial para la celebración de contratos mercantiles, en la medida en que trate de inducir al mayor número posible de personas a convertirse en adquirentes de bienes o servicios, puede constituir, en función de su capacidad persuasiva, una agresión psicológica cierta”, “en determinados casos, el empresario ofertante ocupa una posición de dominio del mercado; con lo que las operaciones comerciales que promueve son “contratos de adhesión”, cuyo contenido obligacional está integrado por “condiciones generales” unilateralmente preestablecidas por el propio empresario”; y “en tales circunstancias los potenciales consumidores o usuarios tienen, como interés legítimo digno de protección, el de ejercer libremente su propia autonomía negocial, adquiriendo solamente aquellos productos o servicios que se correspondan con sus necesidades y preferencias reales”.

La defensa de los consumidores es materia difícil, porque

—dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ [*Derecho Comunitario y Protección de los Consumidores*, Actualidad Editorial. S.A. 1990, pág. 1]— “una de las características más llamativa (y hasta cierto punto preocupante) del llamado Derecho de los Consumidores es lo que cabría denominar su complejidad normativa”.

Dicha complejidad —añade con razón— deriva de la existencia —en España— de normas de protección directa de los consumidores y de sus derechos como tales; junto a ellas, las que tratan de garantizar la corrección de los productos bienes o servicios, que se ofrecen a los ciudadanos, desde el punto de vista sanitario, alimenticio, etc., y finalmente de preceptos de derecho común o general, de “protección indirecta” de los consumidores, en cuanto tienen un efecto protector del consumidor, pero no buscado necesariamente en cuanto tal. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 27 de abril de 1993, declaró en un procedimiento de reclamación de cantidad derivada de póliza de préstamo que la Ley de Consumidores no puede ir contra preceptos legales puntuales y concretos.

324

Cabe añadir a ello, la pluralidad de legisladores con competencia en esta materia en España, derivada de la pertenencia a la Comunidad Europea, y del Estado de las autonomías que consagra nuestra Constitución, con competencias a veces excluyentes —cesión del ejercicio de parcelas de soberanía— y a veces compartidas o complementarias. [Puede verse sobre las Fuentes del Derecho Comunitario Europeo, mi Ponencia al Congreso Notarial Español de Maspalomas 1985. Consejo General del Notariado, donde se estudia la recepción del acervo comunitario y la aplicación del derecho comunitario europeo].

II. La protección de los consumidores en la Comunidad Europea

1. El Tratado de la Comunidad Económica Europea.

Los autores del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957, consideraron innecesaria una política de defensa de los consumidores, según unos porque el concepto de consumo no estaba aún suficientemente desarrollado (pese a lo cual pueden verse ciertos atisbos de tratamiento en los arts. 39, 40, 85 y 96 TCEE), o se hallaban ínsitos en sus principios el germen de una política europea de protección de los consumidores (MATEU ISTURIZ, CEPAS PALANCA, y PEDERNA PECES) [*La Protección de los Consumidores y el Medio Ambiente en la Comunidad Económica Europea*, págs. 15 y sgs.], según otros por pensar que el sistema de libertad de mercado favorecería la competencia y por tanto el aumento de la calidad de los productos y el abaratamiento de los precios; sin embargo, como ha destacado MARTÍNEZ DE AGUIRRE [*Ob., cit.*, pág. 25], “la realidad ha demostrado seguir otro camino que el previsto por la teoría económica liberal, desmintiéndola al menos parcialmente: la expansión industrial coincidió con un aumento muy importante de la fuerza de las empresas, con la sofisticación de los productos, con el desarrollo del crédito y con la cada vez más poderosa influencia de la publicidad; todo lo cual ha acabado por instaurar un desequilibrio real —y en ocasiones muy acentuado— entre los consumidores y los profesionales, en beneficio de estos últimos”. Por otra parte, la ampliación de los mercados provoca la separación no sólo económica, sino física entre los productores de los bienes y los consumidores de los mismos, aumentando el número de intermediarios y la dificultad de dirigir las reclamaciones ante los productos defectuosos.

Ello motivó, la existencia, además de la Dirección General de la Competencia, servicio especializado en cuestiones

relativas a consumidores, la creación —como consecuencia de las declaraciones del Comisario Mansholt— del “Comité de contacto con los consumidores de la Comunidad Europea” (en el que se integraban la Oficina Europea de Uniones de Consumidores —BEUC—, la Comunidad Europea de Cooperativas de Consumo —Euro-Coop—, el Comité de Organizaciones familiares ante la CEE —COFA-CE—, la Confederación Europea de Sindicatos Libres —CESL— y la Organización Europea de la Confederación Mundial de Trabajo —OECMT—, con sede en Bruselas 1962-1972), y posteriormente el “Servicio especializado para las cuestiones relativas a los consumidores” (1968).

2. La Conferencia de Jefes de Estado de París 1972.

326

A partir de entonces la protección de los consumidores ha constituido preocupación de la Comunidad Europea; en el Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en París, en 1972, se solicitó a los órganos comunitarios el establecimiento de medidas tendentes a reforzar y coordinar las acciones dirigidas a proteger a los consumidores, y en concreto la elaboración de Programas para la protección del medio ambiente y de los consumidores.

La Comisión creó un “Servicio de medio ambiente y protección de los consumidores”, convertido más tarde en Dirección general; elaboró un Proyecto de acción comunitaria para la defensa de los consumidores, y concedió ayudas financieras a las organizaciones de consumidores.

3. La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973.

Sin embargo como dice LOIS CAVALLE [*Ob. cit.*, pág. 6] fue el Consejo de Europa la primera organización europea que abordó directamente la problemática de la protección de los consumidores; la Resolución 543 de la Asamblea con-

sultiva de 17 de mayo de 1973 aprobó la Carta de protección de los Consumidores.

4. La Decisión 73/306/CEE de la Comisión de 25 de septiembre de 1973 [modificada el 3 de diciembre de 1976].

Creó el Comité Consultivo de los consumidores que agrupaba la Oficina Europea de Uniones de Consumidores (BEUC), Comité de Organizaciones Familiares ante las Comunidades Europeas (COFACE), la Comunidad Europea de Cooperativas de Consumo (EUROCOOP) y la Confederación Europea de Sindicatos y expertos independientes (CES), [DOCE L. 283, del 10.10.1973, pág. 18], que tenía como competencias la representación de los intereses de los consumidores ante la Comisión y la elaboración de dictámenes para la Comisión acerca de todos los problemas relativos a la concepción y a la puesta en práctica de la política y de las acciones en materia de protección y de información de los consumidores bien de oficio, bien a instancia de la Comisión.

327

5. Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores de 1975. (DOCE núm 92, de 25 de abril de 1975, págs. 1 y sgs.)

Con posterioridad la Comisión de la CEE, adoptó previa consulta al Comité Económico y Social y al Parlamento Europeo (27 y 28 de marzo de 1974), el “Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores” (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 —DOCE C-92, de 25.04.1975), en el que determinó sus derechos, agrupados en cinco categorías:

a) El derecho a la protección eficaz contra los riesgos susceptibles de afectar a la salud y seguridad de los consumidores.

b) El derecho a la protección de los intereses económicos.

c) El derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos.

c) El derecho a la información y a la educación.

f) El derecho a la consulta y representación de los consumidores en las decisiones que les afecten.

Sin embargo los resultados fueron escasos, debido a la crisis económica, las dificultades de lograr acuerdos entre los Estados miembros y diversas presiones económicas y sociales.

6. La Resolución 47 del Comité de Ministros de la CEE.

Relativa a “las cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores”, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que “creen instrumentos adecuados, jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos”.

328

7. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de febrero de 1979 (DOCE C-256, 3.09.1980), asunto Cassis de Dijón.

El Tribunal consideró que las disposiciones nacionales y técnicas, aunque supongan la creación de barreras al comercio, no vulneran el artículo 30 del Tratado si son adecuadas y se justifica que contribuyen a la defensa de los consumidores.

8. El Segundo programa para una política de protección y de información a los consumidores de 1981.

La Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 [DOCE C-133 de 13.06.1981] adoptó el Segundo programa para una política de protección y de información a los consumidores, caracterizado por pretender un mayor diálogo entre consumidores, productores y distribuidores, especialmente

en orden a la normalización y homologación de los productos de consumo; dicho Programa tropezó con idénticas dificultades que el anterior.

9. La Conferencia de Fontainebleau de 1984.

Es a partir de la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros, celebrada en Fontainebleau, los días 25 y 26 de junio de 1984 —en la que se acuñó la expresión “Europa de los Ciudadanos” coincidente con la “Europa de los consumidores”— cuando comienzan a aprobarse las Directivas de protección de los consumidores. Se aprueban así, entre otras, las siguientes:

a) Directiva de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa.

b) Directiva de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos.

c) Directiva de 20 de diciembre de 1985 sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

d) Directiva de 22 de diciembre de 1986 sobre crédito al consumo.

10. La Comunicación de la Comisión al Consejo de 27 de julio de 1985.

El 4 de julio de 1985 la Comisión en su Comunicación sobre la “Necesidad de un nuevo impulso para la política de protección de los consumidores” denunciaba la carencia de resultados, motivada por la recesión económica, dudas sobre la competencia comunitaria en esta materia, necesidad de unanimidad para la aproximación de legislaciones, y las propuestas que imponían reglas para una gama limitada de productos o de ingredientes; todo lo cual justificaba el relanzamiento de la política de protección de los consumidores para conseguir dicho objetivo.

11. La Resolución del Consejo de la CEE, de 23 de junio de 1986.

La respuesta del Consejo por medio de la Resolución de 23 de junio de 1986 “Resolución relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y fomento de los intereses de los consumidores”, fue más bien tibia: simple declaración general de principios: conveniencia para lograr el mercado interior, que la Comunidad adopte medidas que permitan un alto nivel de protección de los consumidores, garantizar un alto nivel de protección de la salud y seguridad de los mismos, necesidad, en fin, de emplear medios eficaces para todo ello.

12. El Acta Unica Europea.

330 El Acta Unica Europea (Luxemburgo: 17-2-1986, La Haya 28-2-1986), que entró en vigor el 1 de julio de 1987, no contempló —cosa que sí hicieron los trabajos preparatorios— una política de defensa de los consumidores, si bien el art. 100.A.3 del Tratado de la Comunidad Económica Europea se refiere a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, lo que debe realizarse en un “nivel elevado”.

13. La Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989.

Establece futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección a los consumidores, integradas en cinco apartados: integración de dicha política en las otras políticas comunes, mejorar y fomentar la representación de los consumidores en el ámbito comunitario, seguridad de los productos y de los servicios y mejora de la información sobre ellos, facilidad para acceder los consumidores a la jus-

ticia, educación del consumidor, publicidad desleal, etc. Como consecuencia de ello, la Comisión de la CEE ha adoptado el 28 de marzo de 1990 un Programa trienal de acción sobre política de consumidores que versa sobre la representación, información, seguridad y operaciones comerciales.

14. El Tratado de la Unión Europea.

Cabe, por fin, hacer referencia al “Tratado de la Unión Europea” firmado en Maastrich el día 7 de febrero de 1992. Como ha dicho LÓPEZ GARRIDO [LÓPEZ GARRIDO, DIEGO: *El Tratado de Maastricht*. Estudio introductorio. 1992], el Tratado “es un original instrumento de Derecho que ya no se sabe si llamar «internacional» o «supranacional». Es un «Tratado de Tratados», pues en su seno reúne una serie de subsistemas de diferente naturaleza. Unos remiten a estructuras comunitarias..., otros a procedimientos de cooperación intergubernamental..., y otros a una sui generis política social a 11 (no interviene el Reino Unido). Las Disposiciones Comunes... hacen de cemento el conjunto del Tratado, al que hay que añadir 17 protocolos vinculantes y 33 declaraciones. Todo un sistema muy complejo, que intenta ser codificado, con desigual fortuna, por ese Tratado de Tratados, que tiene algunas contradicciones en su interior”.

331

En dicho Tratado —que contempla por primera vez específicamente la política de protección de los consumidores como objeto específico para el logro de los fines de la Comunidad— se da nueva redacción al art. 2.º, relativo a los principios: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3.º y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resulta-

dos económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros". Para alcanzar tales fines, "la acción de la Comunidad implicará...g) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores."

Y el art. 129 A, relativo a la Protección de los consumidores —novedad por tanto— establece:

"1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior. [Para ello, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (art. 100.A.1 TCE)].

b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión".

El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre el Tratado de la Unión Europea, de 8 de abril de 1992 reconoció "los elementos positivos incluidos en el nuevo Tratado, ...en

particular: ...b) Un mayor alcance de las competencias comunitarias con la adición de nuevos títulos y artículos al Tratado CEE en relación, en particular, con la *protección del consumidor...*”

Por fin, en el Paquete Delors II (COM 2.000) (11 febrero 1992), se dice: “En ámbitos tan importantes para la sociedad como... la protección de los consumidores, el nuevo Tratado establece disposiciones plenamente coherentes con el principio de subsidiariedad. Son precisamente estos sectores los que en mayor medida requieren el respeto de la diversidad de situaciones en los Estados miembros... Por primera vez, el nuevo Tratado asigna a la Comunidad la misión de contribuir «a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores». En codecisión con el Parlamento y por mayoría cualificada del Consejo se podrán establecer «acciones concretas» a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores. El objetivo es doble: fortalecer el mercado interior y dar garantías a los ciudadanos de la existencia de una base coherente de protección y de mecanismos de recurso”.

333

Resulta evidente, conforme al art. 129 A. del Tratado CEE, tal como ha quedado redactado por el Tratado de la Unión Europea, que se remite al art. 100, que el instrumento legal idóneo para lograr la protección de los consumidores es la aproximación de legislaciones mediante Directivas, es decir, normas que obligan al Estado miembro destinatario al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para ello.

Fruto de este impulso, han sido:

—Directivas dictadas: entre las que cabe destacar: Directiva 92/59/CEE de 29 de junio, sobre Seguridad general de los productos, Directiva 93/13/CEE de 5 de abril sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 94/43/CEE de 14 de junio, sobre Higiene de los productos alimenticios, Directiva 93/CEE de 16 de

noviembre que modifica la Directiva 79/112/CEE relativa a la aproximación de la legislación de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final.

— Propuestas de Directiva, tales como: La Propuesta modificada de Directiva 93/C299/10 CEE, sobre Protección de los adquirentes en los contratos de adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de uno o varios bienes inmuebles; la 93/C308/02 de Protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

— Decisiones como la 93/580/CEE de 25 de octubre sobre el Establecimiento de un sistema comunitario de intercambio de informaciones sobre determinados productos que pueden poner en peligro la seguridad o la salud de los consumidores.

334 — Recomendaciones como la de 7 de abril de 1992, sobre Códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

— Dictámenes como el 93/C19/09 sobre El consumidor y el mercado interior, o el 93/C19/28 sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

— Acuerdos Internacionales suscritos entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, y otros países como:

— la República de Hungría hecho en Bruselas el 16 de diciembre de 1991 (BOE de 4 de mayo de 1994). Su artículo 68 establece: “La aproximación de las legislaciones deberá ampliarse especialmente a los siguientes ámbitos: legislación aduanera, derecho de sociedades, derecho bancario, contabilidad y fiscalidad de sociedades, propiedad intelectual, protección de los trabajadores en el puesto de trabajo, servicios financieros, normas de competencia, protección de la salud y la vida de las personas, animales y plantas, legislación alimentaria, *protección del consumidor incluida la responsabilidad por los productos*, impuestos indirectos, reglas y normas técnicas, transporte y medio ambiente”.

— la República de Polonia, hecho en Bruselas el 16 de diciembre de 1991 (BOE de 4 de mayo de 1994). El artículo 69 del Acuerdo dice así: “La aproximación de las legislaciones deberá ampliarse especialmente a los siguientes ámbitos: legislación aduanera, derecho de sociedades, derecho bancario, contabilidad y fiscalidad de sociedades, propiedad intelectual, protección de los trabajadores en el puesto de trabajo, servicios financieros, normas de competencia, protección de la salud y de la vida de personas, animales y plantas —protección del consumidor—, impuestos indirectos, reglas y normas técnicas, transporte y medio ambiente”.

Es de interés destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de diciembre de 1991, que declaró correcta la actuación del Juez de 1.^a Instancia que basó su fallo parcialmente estimatorio en el art. 25 de la LGDCU y en la Directiva Comunitaria 374/85 de 25 de julio, considerando que constituye un tácito y obligado ejercicio del principio “*iura novit curia*” habida cuenta de la prevalencia del Derecho comunitario sobre el derecho interno y el efecto directo que varias sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han reconocido a las Directivas Comunitarias (SSTJ 29-11-78, 19-1 y 10-6-1982, etc.). Acoge así el criterio del Tribunal de Justicia de las Comunidades de que las Directivas comunitarias son elementos a tener en cuenta a la hora de interpretar las normas dictadas por los órganos legislativos nacionales.

335

III. La legislación sobre protección de los consumidores en el derecho español

1. La Constitución Española de 6 de Diciembre de 1978.

Aun cuando no se puede desconocer la existencia de ciertos precedentes en la legislación española, es recordado con razón por LOIS CABALLE [*Ob. cit.*, pág. 29], que hasta la

Constitución española de 6 de diciembre de 1978 no se puede hablar de normas jurídicas de protección al consumidor.

El artículo 51 de la Constitución española de 1978 consagra la defensa de los consumidores como principio rector de la política social y económica, y principio ordenador del ordenamiento jurídico.

Su texto es el siguiente:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstos en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos en los términos que la Ley establezca.

336 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Este principio de defensa de los consumidores y usuarios, no sólo debe inspirar las leyes y la acción de gobierno, sino ser considerado como principio general de interpretación de las normas (art. 1 C.c. y 1.1. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

2. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Con el fin de dar cumplimiento al mandato constitucional el 19 de julio de 1984 se promulgó la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 24 de julio de 1984).

Su Exposición de Motivos pone de manifiesto que “se han contemplado los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Económica Europea” y “aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal

de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior”.

Son *objetivos* de esta Ley, según su proemio:

“1. Establecer, sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.

2. Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo.

3. Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional”.

Consta la Ley de 41 artículos, cuatro Disposiciones Finales y Una Disposición Derogatoria. Los preceptos se hallan distribuidos en diez capítulos que se titulan: Ambito de aplicación y derechos de los consumidores; protección de la salud y seguridad; protección de los intereses económicos y sociales; derecho a la información; derecho a la educación y formación en materia de consumo; derecho de representación, consulta y participación; situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión; garantías y responsabilidades; infracciones y sanciones; y competencias. De entre las Disposiciones Finales, cabe destacar la Cuarta que prevé que “El Gobierno, en el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, aprobará el Reglamento o Reglamentos necesarios para su aplicación y desarrollo”.

El Gobierno dada la complejidad de la materia —como dice TORNOS MÁS [TORNOS MÁS, JOAQUÍN: *En Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Obra colectiva coordinada por RODRIGO BERCOVITZ

y JAVIER SALAS, pág. 1104] ha renunciado a dictar un reglamento ejecutivo único de la Ley y ha aprobado normas reglamentarias que se ocupan de sectores concretos.

La Disposición Final Primera de la Ley de Consumidores y Usuarios de Andalucía de 8 de julio de 1985, la declara expresamente *derecho supletorio* en dicha Autonomía al decir: "En todo lo no previsto en la presente Ley y normas que la desarrollen o complementen, será de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". Idéntico texto contiene la Disposición Adicional Primera del Estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana.

3. Las competencias del Estado, de las Comunidades autónomas, y de las Corporaciones Locales.

338

Destacábamos al inicio de este trabajo la complejidad de la materia, además de por ser multidisciplinar, por la concurrencia competencial en esta materia en España, derivada de la pertenencia a la Comunidad Europea, y del Estado de las autonomías que consagra nuestra Constitución, con competencias a veces excluyentes —cesión del ejercicio de parcelas de soberanía— y a veces compartidas o complementarias.

Hasta qué punto es ello cierto lo pone de relieve el hecho de que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dedique su capítulo X a las Competencias, excediéndose paradójicamente en ellas como veremos a continuación.

A) Competencias de la Administración del Estado (art. 39):

a) Elaborar y aprobar el Reglamento General de la Ley y los demás en dicha disposición previstos. SALAS HERNÁNDEZ [SALAS HERNÁNDEZ, JAVIER: *En Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

Obra colectiva coordinada por RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS, pág 1053] ha destacado que “a la Administración estatal le corresponden todas aquellas funciones que signifiquen *completar normativamente la regulación de los aspectos básicos de la posición jurídica de los consumidores* y ésto con alcance territorial general. ... (y) ... dictar las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley, que serán aplicables en todas aquellas Comunidades Autónomas que no tengan atribuida en esta materia más que la función ejecutiva o que, teniendo potestad reglamentaria, no la actualicen y en tanto no la actualicen, en cuyo caso se trataría de una aplicación supletoria de tales normas reglamentarias o estatales”.

b) Apoyar y, en su caso, subvencionar las asociaciones de consumidores y usuarios; siempre que como dice SALAS [*Ob. cit.*, pág. 1053] los supuestos de hecho trasciendan el ámbito territorial o de intereses de una Comunidad Autónoma.

339

c) Apoyar la actuación de las autoridades y corporaciones locales y de las Comunidades Autónomas.

d) Promover la actuación de las demás Administraciones públicas y, en caso de necesidad o urgencia, adoptar cuantas medidas sean convenientes para proteger y defender los derechos de los consumidores o usuarios, especialmente en lo que hace referencia a su salud y seguridad.

e) Ejercer la potestad sancionadora; siempre que el supuesto de hecho trascienda el ámbito territorial o de intereses de una Comunidad Autónoma.

f) En general, adoptar en el ámbito de sus competencias cuantas medidas sean necesarias para el debido cumplimiento de lo establecido en esta Ley.

B) Competencias de las Comunidades Autónomas:

El art. 40 LGDCU establecía: “Corresponderá a las Comunidades Autónomas promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores o usuarios, de acuerdo con

lo establecido en sus respectivos Estatutos y, en su caso, en las correspondientes Leyes Orgánicas complementarias de transferencia de competencias”. Dicho precepto fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, por entender que “asume una función que en manera alguna puede reconocerse ajustada a la Constitución”, ya que contiene “un mandato dirigido a las Comunidades Autónomas que trasgrede la regla constitucional en virtud de la cual la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se concreta en el juego combinado de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y, residualmente, por las Leyes Orgánicas a que se refiere el art. 150.2 de la Constitución”.

Con arreglo a dichas normas, SALAS HERNÁNDEZ [*Ob. cit.*, pág. 1053] afirma que, en consecuencia:

340

a) Compete a las Comunidades Autónomas que tengan atribuida competencia legislativa plena en esta materia la regulación de los aspectos *no básicos o instrumentales* de la posición jurídica de los consumidores que residan en sus respectivos territorios. Son éstas las siguientes: País Vasco (art. 10.28 de su Estatuto de Autonomía), Cataluña (art. 12.1.5 del Estatuto), Galicia (art. 30.1.4. del Estatuto), Andalucía (art. 18.1.6.^a del Estatuto), Valencia (art. 34.1.5 del Estatuto), y Navarra (art. 56.1.d. de la Ley de Reintegración y amejoramiento del Régimen Foral).

b) El ejercicio de la función de ejecución, y, en concreto, la sancionadora y de fomento, relacionada con supuestos que no trasciendan su respectivo ámbito territorial.

c) Si sólo tienen atribuida la función de ejecución, llevar a cabo actos de esta naturaleza en los términos establecidos por la Ley y por los reglamentos que en su desarrollo dicte la Administración del Estado.

Con fecha 24 de marzo de 1994 (BOE de 24 de marzo de 1994), se han promulgado una serie de Leyes Orgánicas (Leyes 1 -Asturias-, 2 -Cantabria-, 3 -La Rioja-, 4 -Región de Murcia-, 6 -Aragón-, 7 -Castilla-La Mancha-,

8 -Extremadura-, 9 -Baleares-, 10 -Comunidad de Madrid-, 11 -Castilla-León-), relativas a las competencias de las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución, en las que en el marco de la legislación básica del Estado, y para el ejercicio de las competencias establecidas en el art. 148 de la Constitución se les reconoce la competencia para el desarrollo y la ejecución entre otras, de la legislación de defensa del consumidor y usuario.

C) Competencias de las Autoridades y Corporaciones Locales (art. 41):

Les corresponde promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con la legislación estatal y, en su caso, de las Comunidades Autónomas y, especialmente, en los siguientes aspectos:

a) Información y educación de los consumidores y usuarios, estableciendo oficinas y servicios.

b) Inspección de los productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado, comprobar su origen e identidad y cumplimiento de la normativa vigente en materia de precios, etiquetado, presentación y publicidad y los demás requisitos o signos externos que hacen referencia a sus condiciones de higiene, sanidad y seguridad.

c) Realización de la inspección técnica o técnico sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, o promover, colaborar o facilitar su realización por otras Entidades y Organismos.

d) Apoyar y fomentar las asociaciones de consumidores y usuarios.

e) Adoptar las medidas urgentes y requerir las colaboraciones precisas en los supuestos de crisis o emergencias que afecten a la salud o seguridad de los consumidores o usuarios.

f) Ejercer la potestad sancionadora con el alcance que se determine en sus normas reguladoras.

4. Legislación estatal de complemento y desarrollo de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Como normas de mayor importancia destacamos las siguientes:

A) Real Decreto 1945/1983, de 25 de mayo, por el que se regulan las *Infracciones y Sanciones en materia de Defensa del Consumidor y de la Producción alimentaria*. Dada su fecha es legislación de complemento en cumplimiento del acuerdo del Congreso de los Diputados en su reunión del día 17 de septiembre de 1981; tiene por objeto la refundición y actualización de todas las normas vigentes en materia de inspección y vigilancia de actividades alimentarias y de sanción de las infracciones, en las que confluyen “la defensa de la salud pública, la protección de los intereses de los consumidores y las legítimas exigencias de la industria, el comercio y los servicios”, considerando “las actuales condiciones técnicas, económicas y sociales que rodean a los productos y servicios que se facilitan a los consumidores y usuarios” y que exigen una clara delimitación de obligaciones y responsabilidades para evitar indefensiones individuales o colectivas ante el fraude, la adulteración, el abuso o la negligencia.

B) Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los *talleres de reparación de vehículos automóviles*, de sus equipos y componentes. Su exposición de motivos recalca que la entrada en vigor de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, “obliga a recoger en esta nueva normativa reguladora de la prestación de servicios de los talleres, los avances legislativos producidos en el campo de la protección y defensa de los consumidores y usuarios”.

C) Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de *reparación de aparatos de uso doméstico*. Contiene en su Exposición de Motivos una declaración idéntica a la de la disposición anterior.

D) Real Decreto 1469/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los *productos industriales destinados a venta directa a los consumidores y usuarios*. Fue modificado de acuerdo con la Sentencia 15/1989, de 26 de enero del Tribunal Constitucional, en materia de consumidores y usuarios, por el Real Decreto 1182/1989, de 29 de septiembre.

E) Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la *compraventa y arrendamiento de viviendas*. Sin duda alguna es esta norma esencial en nuestro quehacer notarial. La Exposición de motivos destaca como derecho básico de los consumidores el de información, educación y divulgación y afirma que la norma surge “ante la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial transcendencia para el consumidor o usuario, como es la información que ha de serle suministrada en la adquisición o arrendamiento de una vivienda”.

343

F) Real Decreto 829/1990, de 22 de junio, por el que se prohíbe la fabricación y comercialización de los *productos de apariencia engañosa* que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores. Se dicta para trasponer la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea 87/357/CEE de 25 de junio sobre la misma materia, y de acuerdo con lo previsto en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

G) Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el *derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones*. Se aplica a las Asociaciones de ámbito nacional y aquellas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma,

pero extiende sus beneficios a aquellas de ámbito territorial inferior que cumplan además de su legislación aplicable las condiciones y requisitos de esta norma (art. 1).

H) Real Decreto 287/1991 de 8 de marzo, por el que se aprueba el *Catálogo de Productos, Bienes y Servicios* a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por Orden de 13 de octubre de 1993 (BOE del 2-12-1993) se da cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre nulidad del artículo 1.2. de este Real Decreto.

I) Real Decreto 1712/1991, de 29 de noviembre, sobre *Registro General Sanitario de Alimentos*. Es el órgano administrativo, en el que, con la finalidad de proteger la salud pública, han de inscribirse las industrias y los establecimientos situados en el territorio nacional, a que se refiere la norma, así como sus productos. Tiene carácter nacional y público (art. 1.).

J) Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre *contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*. Tiene por objeto la incorporación de la Directiva del Consejo de la CE 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. Es de aplicación a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, entendido éste de conformidad con el concepto establecido en el art. 1.2. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (art. 1.1.).

K) Real Decreto 1808/1991 de 13 de diciembre, sobre *Menciones o marcas para identificar lotes de alimentos*.

L) Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo, por el que se regula el *sistema arbitral de consumo*, que tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial (art. 2.1); se crean las Juntas Arbitrales

de Consumo nacional, y se prevé la creación de las municipales, de mancomunidad de municipios, provinciales y autonómicas; se regulan las condiciones del convenio arbitral, y del procedimiento que finaliza con el laudo arbitral que deberá constar por escrito (art. 16.1.) y tendrá fuerza vinculante y producirá efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 17).

LL) Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. (En el texto presentado a las Jornadas se hacía referencia a los Proyectos de Ley 121/000019 y 121/000026, sobre Responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos, puesto que la Ley no había sido promulgada).

5. Legislación autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios. Como disposiciones más importantes cabe destacar:

345

A) País Vasco:

a) Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del *Estatuto del Consumidor del País Vasco*, que fue modificada de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982. Parte de una noción de consumidor y usuario “como persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente”; reconoce que “el principio fundamental de la libertad ha sido el sustento de nuestra legislación en materia de contratos”, pero que “es innegable la desigualdad manifiesta existente entre el individuo aislado y organizaciones comerciales cuyos productos se adquieren”, de forma que en la práctica nos hallamos en presencia de “contratos de adhesión”, y con “grandes campañas publicitarias frente a las cuales el ciudadano medio tiene grandes dificultades para discernir factores ... fundamentales para la elección del producto”. Y consagra como derechos de los consumidores

los de “protección a la salud y seguridad física”, “protección de los intereses económicos”, “derecho de información” “derecho a la educación”, el “derecho a organizarse y ser oídos en las cuestiones que les afecten”, y en fin “el derecho a la protección jurídica y a la reparación de daños”.

b) Ley 9/1983 de 19 de mayo, sobre *Ordenación de la actividad comercial*, modificada por Ley 3/1986 de 19 de febrero, entendiéndose por tal actividad “la mediación entre producción y consumo efectuada con ánimo de lucro por personas físicas o jurídicas directamente dirigida a poner a disposición de los consumidores y usuarios bienes y servicios cualesquiera susceptibles de tráfico comercial”.

c) Decreto 130/1986 de 3 de junio sobre *venta con rebajas*, entendiéndose por tal la realizada por los comerciantes con reducción de los márgenes comerciales habitualmente utilizados, como consecuencia del cambio de estación o temporada.

346

B) Cataluña:

a) Ley 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas *estructuras comerciales y ventas especiales* (BOE, núm. 62 de 14 de marzo), que tiene por objeto la regulación administrativa dentro del ámbito territorial de Cataluña de la venta no sedentaria, la venta domiciliaria, la venta a pérdida, la venta en rebaja, la venta en liquidación y la venta de saldos.

b) Ley 15/1983 de 14 de julio, de *Higiene y control alimentarios*. Tiene por objeto “fijar las disposiciones legales que han de permitir una ordenación más eficaz de la higiene y control alimentarios, desarrollando las medidas higiénico-sanitarias necesarias y estructurando de una manera precisa para cada fase de ciclo alimentario el control de la Administración” “con la finalidad de que los alimentos y los productos alimentarios, lleguen al consumidor con el máximo de garantías”.

c) Ley 3/1987 de 9 de marzo, sobre *equipamientos comerciales*, entendiendo por tales los establecimientos comerciales de venta al por mayor y al por menor.

d) Ley 1/1990, de 8 de enero, sobre la *disciplina del Mercado y de defensa de los Consumidores y Usuarios*. Regula la potestad sancionadora de la Administración.

e) Ley 2/1991, de 29 de noviembre, de *Comercio interior*.

f) Ley 24/1991, de 29 de noviembre, sobre *Vivienda*.

g) Ley 3/1993, de 5 de marzo, sobre el *Estatuto del Consumidor* (DOGC, 12 de marzo de 1993). Conforme a su art. 1, la ley tiene por objeto “la defensa de los consumidores y usuarios y el establecimiento, en el ámbito de Cataluña, de los principios y normas que regirán para mejorar la calidad de vida de las personas en su condición de consumidores y usuarios”. Considerándose consumidores “las personas físicas o jurídicas de cualquier nacionalidad o residencia que, como destinatarios finales, adquieren, utilizan o disfrutan, dentro del territorio de Cataluña, bienes y servicios para su consumo o uso particular, familiar o colectivo, siempre que el proveedor tenga carácter empresarial o profesional o sea la misma Administración pública” (art. 2).

347

C) Galicia:

a) Ley 12/1984, de 28 de diciembre, del *Estatuto gallego del Consumidor y Usuario*. Parte de la noción de consumidor y usuario como “todas las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten de bienes, muebles, inmuebles o semovientes, medios, productos o servicios y actividades, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quien lo produce o interviene, directa o indirectamente, en su comercialización, siempre que su destino final sea para su uso personal, familiar o colectivo.” (art. 2), así bien con medidas especiales de protección para niños, mujeres gestantes, ancianos y minusválidos. Y consagra como derechos de los consumidores tanto los sustanti-

vos: salud, seguridad física, protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, protección jurídica, administrativa y técnica y adecuada reparación de daños y perjuicios: como los de carácter instrumental, como son el derecho a la información, a la educación como consumidores y usuarios, el de representación a través de Asociaciones y Organizaciones de consumidores y usuarios, y el de consulta en las materias que les afecten.

b) Ley 10/1988, de 20 de julio, de *ordenación del comercio interior de Galicia*.

D) *Andalucía:*

348 Ley 5/1985, de 8 de julio, de los consumidores y usuarios en Andalucía. “Es pilar central de las concepciones que conforman esta Ley, la autodefensa de los consumidores, a través de la autoorganización de la sociedad civil en torno al tema”; “son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, productos, bienes o servicios, actividades o funciones independientemente del carácter individual o social, público o privado, de quienes lo produzcan, suministren o los emanen”.

E) *Comunidad Valenciana:*

a) Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de *ordenación del comercio y superficies comerciales*.

b) Ley 2/1987, de 9 de abril, del *Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana*. Parte de la noción de consumidor y usuario como “toda persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, bienes, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de quienes lo produzcan, vendan, presten o distribuyan” (art. 3.1.). Y consagra como derechos básicos de los consumidores y usuarios, el de protec-

ción contra los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad, el de protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, el derecho de información, la audiencia en consulta, la protección jurídica, administrativa y técnica, y el derecho a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios sufridos (art. 4).

F) Aragón:

Ley 9/1989, de 5 de octubre, de *ordenación de la actividad comercial* en Aragón. Entiende por tal la “llevada a cabo por cuenta propia o ajena con la finalidad de poner a disposición de consumidores y usuarios bienes y servicios susceptibles de tráfico comercial”.

349

SEGUNDA PARTE

EL CONTRATO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR

I. Concepto de consumidor

En el Derecho español, dada la pluralidad de legisladores con competencia en materia de defensa de los consumidores y usuarios, y la limitación que las propias normas establecen —a los efectos de esta Ley— no cabe hablar de un concepto legal unitario del consumidor de productos y usuario de servicios, si bien sustancialmente las diferencias no son grandes.

La noción abstracta equipara consumidor y ciudadano y se utiliza cuando se reconoce a los consumidores el derecho

a la educación o a la información, ya que la educación y la información se dirigen a la ciudadanía en general, de la que surgirán quienes realmente lleguen a adquirir y usar los productos y servicios.

Existe una noción concreta “para atribuir a los consumidores derechos que pueden ejercitar individualmente en su interés particular”. Cabe, en tal caso, hablar de consumidor entendido como cliente, y de “consumidor final”.

El art. 1.2. de la LGDCU da un concepto positivo de los consumidores o usuarios al decir: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

350 Y completa dicha noción positiva destacando su aspecto negativo en el propio art. 1.3. LGDCU: “No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

A) A los efectos de la Ley.

Todos los textos legales, tanto la LGDCU, como las leyes autonómicas, al definir a los consumidores y usuarios aclaran que el concepto que formulan lo es “a los efectos” de dicha Ley. Por ello conviene precisar que junto al concepto que vamos a analizar, caben otros distintos, según las disposiciones legales de que se trate, o lo que es lo mismo, que no contienen dichas disposiciones un concepto general aplicable a cualesquiera disposiciones que protejan a los consumidores y usuarios.

B) El consumidor persona física o jurídica.

El art. 1.2. LGDCU, el art. 2, del Estatuto del Consumidor del País Vasco, el art. 2 del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, el art. 3.1. de la Ley de Consumidores y usuarios de Andalucía, el art. 3.1. del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y el art. 2 del Estatuto del Consumidor de Cataluña, consideran que el consumidor puede ser tanto una persona física, como una persona jurídica. La Ley catalana añade “de cualquier nacionalidad o residencia” (art. 2). Para que una persona jurídica pueda considerarse consumidor deberá carecer —como dice BERCOVITZ [BERCOVITZ, RODRIGO: En *Comentarios a la Ley General para la reforma de los Consumidores y Usuarios*. Civitas, pág. 41]— de finalidad de lucro y transmitir a título gratuito los bienes o servicios adquiridos: asociaciones, fundaciones, etc. “Lo relevante —añade— no debe ser, por tanto, si la adquisición concreta se hace desinteresadamente o sin ánimo de lucro, sino la finalidad no lucrativa de la entidad”. (Véase la crítica que efectúa al art. 3.3. b) y c) de la Ley de Consumidores y usuarios en Andalucía).

351

C) El consumidor adquirente, y el que utiliza o disfruta los bienes adquiridos.

El consumidor lo es tanto el adquirente como el usuario del producto o servicio: piénsese en el ama de casa adquirente de bienes para el consumo de la familia y los restantes miembros de ella. El consumidor adquirente, es el que compra, o arrienda el bien, que puede ser, o no, quien lo utiliza o disfruta. Cada uno de ellos tendrá los derechos que la ley le atribuye. Puede una persona adquirir un producto alimenticio que consume otra distinta que resulta intoxicada: las acciones derivadas del hecho de la intoxicación deberán ejercitarse por quien utilizó el producto y no por quien lo adquirió (art. 25 LGDCU).

D) El consumidor como “destinatario final”.

La expresión —ha dicho BERCOVITZ [*Ob. cit.*, pág. 29]— tomada del ámbito del transporte, trata de manifestar gráficamente que el consumidor adquiere los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos él mismo y, en consecuencia, esos bienes o servicios quedan detenidos dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado de los mismos. Por ello el art. 2 del Estatuto gallego del Consumidor y usuario se refiere a que “su destino final sea para su uso personal, familiar o colectivo”; el art. 3.3. de la Ley de Consumidores y usuarios de Andalucía habla de que su “finalidad exclusiva sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico”; y en fin, el art. 2 de la Ley catalana expresa “para su consumo o uso particular, familiar o colectivo”. [*Vide igualmente LOIS CABALLE: Ob. cit.*, pág. 51].

352

E) Empresarios y profesionales.

No basta para ser consumidor con ser el “destinatario final” del producto, hace falta además que no los adquiera, almacene, utilice o consuma con el fin de “integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Por dicha razón quedan excluidos del concepto de consumidores quienes utilizan los bienes para su actividad empresarial (industrial, comercial, agrícola o ganadera), o para el ejercicio de su profesión o prestación de servicio. Por ello el Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, art. 3, excluye expresamente a quienes los adquieren, almacenan, utilizan o disfrutan, con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios incluidos los públicos. Ahora bien, si se duda si la adquisición se realizó o no como “destinatario final” corresponderá la prueba —como afirma BERCOVITZ [*Ob. cit.*, pág. 36]—

a quien transmitió esos bienes o servicios, dado que la protección de los consumidores o usuarios constituye un principio general de nuestro ordenamiento jurídico.

F) El objeto de la adquisición por el consumidor.

Son según el art. 1.2. “bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones”; la Ley del País Vasco (art. 1) se refiere a “bienes, medios o servicios”; el art. 2 de la Ley gallega a “bienes, muebles, inmuebles o semovientes, medios, productos o servicios y actividades”; el art. 3.1. de la Ley andaluza, “productos, bienes o servicios, actividades o funciones”; el art. 3.1. de la Ley de la Comunidad Valenciana, “bienes, servicios, actividades o funciones”; y el art. 2 de la Ley catalana, “bienes y servicios”. En definitiva, bienes muebles o inmuebles y semovientes, y servicios, ya se presten estos últimos o no por funcionarios públicos (funciones).

353

G) Procedencia del bien objeto de la adquisición, uso o disfrute.

La LGDCU expresa: “cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”; la Ley gallega (art. 2) dice: “cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de quien lo produce o interviene, directa o indirectamente, en su comercialización”; el art. 3.1. de la Ley andaluza habla de “independientemente del carácter individual o social, público o privado, de quienes lo produzcan, suministren o los emanen”; y más escuetamente la Ley valenciana afirma “cualquiera que sea la naturaleza jurídica de quienes lo produzcan, vendan, presten o distribuyan”. Sin embargo como dice BERCOVITZ [*Ob. cit.*, pág. 39], y así resulta igualmente de la Sentencia el Tribunal Constitucional de 30 de diciembre de 1982, “la protec-

ción de los consumidores no tiene sentido referida a relaciones entre particulares, ninguno de los cuales actúa empresarial o profesionalmente”. Por ello, la más reciente ley sobre la materia, el Estatuto del Consumidor de la Generalitat de Cataluña exige: “siempre que el proveedor tenga carácter empresarial o profesional o sea la misma Administración pública”. Por lo tanto el que produzca, facilite, suministre o expida, debe ser un empresario, profesional o la Administración pública.

II. Derechos del consumidor

354

Si tiene sentido la determinación del concepto legal de consumidores y usuarios es porque el ordenamiento jurídico atribuye a éstos unos derechos específicos, de que no gozan los restantes adquirentes de bienes y servicios, los cuales tendrán tan sólo los derechos —que corresponden también a los consumidores y usuarios (art. 7 LGDCU)— que otorga la legislación general civil, mercantil, administrativa y penal. A los consumidores y usuarios van destinadas las normas del derecho consumerista que como dice el Estatuto del Consumidor de Cataluña “regirán para mejorar la calidad de vida de las personas en su condición de consumidores y usuarios” (art. 1). Entre los consumidores gozan de una especial protección los niños, las mujeres en estado de gestación, los ancianos y los disminuidos en general (arts. 28 a 32 del Estatuto del Consumidor del País Vasco, 32 a 34 del Estatuto gallego del Consumidor y usuario, y arts. 21 a 25 del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

1. Derechos básicos.

El artículo 2.º LGDCU consagra los “derechos básicos de los consumidores y usuarios”. La defensa de dichos derechos constituye el objeto de la Ley y de acuerdo con el

art. 53.3. de la Constitución española de 1978, “tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico” (art. 1.1. LGDCU). Junto a estos derechos básicos, que pueden ser sustantivos o instrumentales (v. gr. derecho a la educación y formación en materia de consumo —arts. 18 y 19 LGDCU—, y el derecho de información —art. 23.a) LGDCU—) en cuanto posibilitan o coadyuvan al ejercicio de los restantes), existen derechos específicos que la Ley contempla a lo largo de su articulado: tanto de unos como de otros se ha cuestionado la doctrina si constituyen o no auténticos derechos subjetivos.

GÓMEZ CALERO [GÓMEZ CALERO, JUAN: *Los Derechos de los consumidores y usuarios*, Dykinson 1994] ha sostenido que constituyen derechos subjetivos “sui generis” por las siguientes características: “a) Aunque participan de los caracteres de los “derechos personales” y de los “derechos absolutos”, no son propiamente “derechos de crédito” ni “derechos reales”; pues ni nacen siempre de una relación jurídica privada en la que figure un “deudor” previamente individualizado ni recaen directamente sobre una cosa; b) En ocasiones, el “sujeto pasivo” no es sino una de las Administraciones públicas, a la que los consumidores y usuarios podrán reclamar bien la realización de una actividad impuesta por la ley, bien la indemnización que corresponda si aquella actividad no se efectúa; c) Se trata de derechos que pertenecen a una clase determinada de personas, los consumidores y usuarios, y solamente a ellas; lo que dificulta en ciertos supuestos la identificación del titular del derecho; d) Los derechos de los consumidores y usuarios pueden ser “privados” o “públicos”; bien entendido que estos últimos son los que ostentan los ciudadanos frente a las Administraciones públicas, entre los que figura el derecho a utilizar las instituciones y los servicios públicos; e) Los “derechos básicos” de los consumidores y usuarios pueden ser calificados de “polivalentes”, en el sentido de que no se circunscriben a una materia, sino que inciden y pueden desarrollar

su eficacia sobre cualquier sector de la actividad económica; f) En estos “derechos”, finalmente, el “interés jurídicamente protegido” puede ser tanto individual (o personal) como colectivo (o “difuso”); lo que aproxima esta especial categoría de “derechos subjetivos” a la noción de “intereses legítimos”, que encontramos en el artículo 51.1. de la Constitución y en el artículo 2.1. de la LGDCU”; así resulta además de la posibilidad de la renuncia no previa a dichos derechos.

El artículo 2 del Estatuto del Consumidor de Cataluña, los conceptúa como derechos subjetivos, entendiendo que constituyen, conforme al concepto de JHERING, “intereses jurídicos legítimamente protegidos”. Así se deduce de su inicial declaración al decir: “Los derechos e intereses de los consumidores protegidos por la presente Ley son los siguientes...”

356 Son derechos básicos de los consumidores y usuarios, protegidos especialmente por la Ley los siguientes:

A) *La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.*

Este derecho básico aparece consagrado como tal en todas las legislaciones españolas sobre defensa de consumidores y usuarios: art. 2.1.a) LGDCU, art. 3.a) de las Leyes vasca y gallega, 4.1 de la Ley andaluza, 4.a) del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y 2.a) del Estatuto del Consumidor de Cataluña.

La LGDCU le dedica el capítulo II de la Ley (arts. 3 a 6 LGDCU): El art. 3.1. LGDCU establece al respecto que “los productos actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización”.

El art. 4 de la *Ley del País Vasco* dice: “Los bienes y servicios destinados a los consumidores o usuarios deben ser

suministrados de forma que, en condiciones previsibles, no presenten peligro alguno para la salud o la seguridad física. En caso contrario, deberán ser retirados del mercado por procedimientos eficaces". Por ello presta especial cuidado al derecho a la información, al establecer seguidamente que "cualquier riesgo que pudiere derivarse de la normal utilización de bienes y servicios, en consideración a su naturaleza y a presuntas circunstancias personales del destinatario, deberá ser puesto en conocimiento de los consumidores o usuarios por los medios apropiados y en forma clara y visible".

En parecidos términos se pronuncian los artículos 5 y 6 del *Estatuto gallego* del consumidor y usuario, y los arts. 6 y 7 de la Ley andaluza.

El art. 6 del *Estatuto de Consumidores y Usuarios valenciano* determina que: "La Generalitat en el ámbito de su competencia velará por la aplicación de la legislación general que tenga por objeto evitar que los productos y servicios destinados al consumo y uso puedan provocar, previsiblemente, peligro para la salud y la seguridad física de quienes los consuman o usen. Del mismo modo en el ámbito de su competencia ejercerá la adecuada vigilancia y control al objeto de prevenir y sancionar cualquier infracción que pueda cometerse en la prestación de servicios en la elaboración, utilización o circulación de bienes que no cumplan las condiciones reglamentariamente exigidas para garantizar la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, así como también la protección contra los perjuicios causados por los servicios insuficientes o defectuosos del producto".

Más ambicioso es el *Estatuto del Consumidor de Cataluña*, ya que al regular el Derecho a la protección de la salud y la seguridad, después de declarar que "Los bienes, productos y servicios destinados a los consumidores no pueden suponer riesgos para su salud ni su seguridad, salvo aquellos que sean usuales o reglamentariamente admisibles en condiciones de utilización normales o previsibles" (art. 3.1.),

se refiere entre otras disposiciones comunes a las demás legislaciones nacionales, incluso a la obligación de las administraciones públicas de adoptar medidas eficaces para preservar el *medio ambiente*.

B) *La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores.*

Se halla consagrado por los arts. 2.1.b) LGDCU, art. 3.b) de las Leyes vasca y gallega, 4.2 de la Ley andaluza, 4.b) del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y 2.b) del Estatuto del Consumidor de Cataluña.

Considerado igualmente como derecho esencial o fundamental, constituye sin duda el campo donde el Notariado está llamado a una especial actuación. Esta protección se logra mediante diferentes medidas, entre las que cabe destacar las siguientes:

358

a) *La preferente aplicación a los contratos de consumo de la normativa sobre consumidores y usuarios*: “Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio” (art. 7 LGDCU).

Como ha destacado MARTÍNEZ DE AGUIRRE [MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS: En *Comentarios a la ley General... cit.*, pág. 125-126], la LGDCU “no contiene una regulación sustantiva completa de las operaciones a que puede afectar, sino que la supone, y se dirige a corregir y evitar los abusos que podría provocar la aplicación de la regulación preexistente a quien —como el consumidor— aparece como la parte estructuralmente más débil en las relaciones de consumo”.

En definitiva los contratos a los que se aplica la legislación de protección de los consumidores, será la sustantiva

civil o mercantil, de comercio exterior e interior, y régimen de autorización de cada producto, pero tal normativa deberá ser interpretada en todo caso a la luz de la defensa de los consumidores, principio general informador del ordenamiento jurídico, como determina el art. 1.1. LGDCU, y de los propios principios que de la Ley se inducen, como son el de que siempre será preferente o prevalente aquella norma (contractual o legal) que beneficie al consumidor (arg. ex art. 8.2. y art. 27.1. LGDCU).

La Audiencia Provincial de Vitoria, en su Sentencia de 2.03.1993, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el valor normativo de la LGDCU, declarando que “desde el punto de vista de la jerarquía normativa la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios se superpone a la propia legislación civil o mercantil, sin ser ella misma, y esto es relevante, ley propiamente encuadrable en el ámbito específico de lo civil o de lo mercantil. No en vano se trata de una Ley que desarrolla un mandato constitucional (artículo 51.1. y 2 de la Constitución española en relación con el 1.1. de la misma) consagrando un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico (artículo 53.3. de la Constitución Española) y así se desprende, insistimos, del artículo 7 anteriormente citado, de tal forma que su aplicación se refiere en todo caso a las relaciones entre comerciantes y consumidores y usuarios, que desde este punto de vista se *desmercantilizan* debiendo aplicarse preferentemente las normas de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, mientras que cuando no se trata de un acto de consumo, actos realizados entre comerciantes, se aplica la legislación mercantil hoy vigente”. En realidad, las relaciones no se “desmercantilizan”, sino que las relaciones mercantiles se “consumerizan”, si se permite la expresión, es decir, se aplican condicionadas e interpretadas por legislación de defensa de los consumidores y usuarios.

b) *Actitud positiva por parte de los Gobiernos competentes en la defensa de los intereses económicos y sociales.*

Sin perjuicio de los mecanismos de defensa que conceden las leyes a los consumidores y usuarios, la Administración debe adoptar una posición especialmente activa al respecto, como ha resaltado el Estatuto del Consumidor de Cataluña, en su art. 6, al declarar que “el Gobierno velará por la aplicación de la legislación vigente con la finalidad de que los consumidores estén protegidos contra la práctica abusiva de la contratación...”.

Especialmente activa debe ser la actitud de los Gobiernos en relación a:

1. Los contratos-tipo establecidos de forma unilateral (art. 10 LGDCU, art. 11. a) del Estatuto del Consumidor del País Vasco, art. 18 del Estatuto gallego del Consumidor y Usuario, y 6. a) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

360 2. Las prácticas que conllevan la exclusión en los contratos de los derechos irrenunciables (art. 10 LGDCU, art. 11. b) del Estatuto del Consumidor del País Vasco, y 6.b) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

3. La demanda de pago de las mercancías o los servicios no solicitados (art. 10 LGDCU, art. 11. d) del Estatuto del Consumidor del País Vasco, y 6.c) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

4. Las condiciones abusivas en las operaciones de crédito y otros servicios de carácter financiero (art. 10 LGDCU, art. 11. c) del Estatuto del Consumidor del País Vasco, y 6.c) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

5. Los métodos de venta que limiten la libertad de elección (art. 11. e) del Estatuto del Consumidor del País Vasco, art. 17 del Estatuto gallego del Consumidor y Usuario, y 6.d) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

6. Las cláusulas contractuales que resulten lesivas o abusivas para el consumidor (art. 10 LGDCU, art. 11. f) del Estatuto del Consumidor del país Vasco, y 6.e) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

7. Las prácticas comerciales que conlleven gastos no autorizados previa y expresamente por el consumidor (art. 10

LGDCU, art. 6.f) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

8. Defensa de la calidad de los bienes y servicios, corrección en el peso y medida, transparencia de los precios, garantía de los productos, aseguramiento de los repuestos y facilitamiento de facturas y documentación, y corrección en la publicidad evitando la publicidad engañosa (art. 11 LGDCU, arts. 19 y 20 Estatuto gallego del Consumidor y Usuario, arts. 12 y 13 Estatuto del Consumidor del País Vasco, 11 y 12 de la Ley de Consumidores y Usuarios en Andalucía y 9 y 11 del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana).

c) *Activa participación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios*. Dichas Asociaciones están llamadas a realizar una importantísima función, y de hecho la están realizando, en la defensa de dichos derechos (art. 20.1 LGDCU).

C) *La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.*

361

Reconocido en el art. 2.1.c) LGDCU, art. 3. e) de las Leyes vasca y gallega, 4.3 de la Ley andaluza, 4.f) del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y 2.e) del Estatuto del Consumidor de Cataluña.

“El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente” (art. 25 LGDCU). Nos referiremos posteriormente al régimen de responsabilidad.

D) *La información correcta sobre los diferentes productos o servicios.*

Consta en el art. 2.1.d) LGDCU, art. 3. c) de las Leyes vasca y gallega, 4.5. de la Ley andaluza, 4.c) del Estatuto

de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y 2.c) del Estatuto del Consumidor de Cataluña.

A dicho derecho se refiere el artículo 13 LGDCU al ordenar que “los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales”.

362 El derecho a la información se hace realidad no sólo mediante los datos consignados en el propio producto, sino por medio de las “oficinas y servicios de información al consumidor o usuario” (art. 14 LGDCU), de las Asociaciones de consumidores y usuarios (art. 20.1 LGDCU) y de los medios de comunicación social de titularidad pública los cuales “dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores o usuarios” (art. 17 LGDCU). En el mismo sentido, contienen normas las leyes de las comunidades autónomas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de mayo de 1993, al referirse al art. 13 LGDCU ha señalado acertadamente que ese deber de información “no significa, sin embargo que el fabricante o vendedor deban advertir de los riesgos generalmente conocidos o reconocibles fácilmente, «ad exemplum», cortarse con un cuchillo muy afilado; así en la legislación o jurisprudencia comparada puede contarse cómo Estados Unidos viene formulando la «patent danger rule», con arreglo a la cual el productor no está obligado a advertir al consumidor o usuario de los peligros o riesgos «open and obvious»”.

E) *La educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*

A él se refiere el art. 2.1. d) LGDCU, art. 3. c) de las Leyes vasca y gallega, 4.6. de la Ley andaluza, 4.c) del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Va-

lenciana, y 2.c) del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

Sin duda alguna es para nosotros un derecho extraordinariamente importante, para el consumidor ya que le permite en palabras del art. 13 del Estatuto del Consumidor de Cataluña “poder conocer y ejercer sus derechos con responsabilidad y satisfacer racionalmente sus necesidades”.

Tiene por objeto (art. 18 LGDCU):

a) Promover la mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios.

b) Facilitar la comprensión y utilización de la información a la que tiene derecho en virtud del derecho de información antes aludido.

c) Difundir el conocimiento de los derechos y deberes del consumidor o usuario y las formas más adecuadas para ejercerlas.

d) Fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios.

363

e) Adecuar las pautas del consumo a una utilización racional en los recursos naturales.

f) Iniciar y potenciar la formación de los educadores en este campo.

Para la consecución de los objetivos previstos el sistema educativo incorporará los contenidos en materia de consumo adecuados a la formación de los alumnos.

El art. 20 del *Estatuto del Consumidor del País Vasco* considera medidas conducentes a la educación en materia de consumo las siguientes:

“a) La formación de educadores en la citada materia.

b) La inclusión de la educación consumerista desde la EGB hasta la Universidad.

c) La elaboración de medios y métodos pedagógicos, así como su publicación.

d) La creación y difusión de programas educativos en los medios de comunicación públicos”.

Para el *Estatuto gallego del Consumidor y Usuario*, las

medidas adecuadas son las relativas al sistema educativo, la utilización de los medios de comunicación social de titularidad pública, y las campañas informativas (art. 26).

El art. 21 de la *Ley de Consumidores y Usuarios de Andalucía*, se refiere a programas de educación y formación, educación en todos los ciclos educativos, formación de educadores y utilización de los medios de comunicación social de titularidad de la Junta de Andalucía (arts. 21 a 24).

Los arts. 17 y 18 del *Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana*, contempla como medios adecuados: la enseñanza de materias relacionadas con el consumo y el ejercicio de los derechos del consumidor, educación y formación de consumidores y usuarios, formación especializada de educadores, y formación de técnicos.

El *Estatuto del Consumidor de Cataluña* se refiere a este derecho en los arts. 13 y 14, considerando como medidas a adoptar por el Gobierno las siguientes (art. 14):

“a) Incluir la formación para el consumo en los grados y niveles de enseñanza en que sea más eficaz.

b) Poner a disposición de los adultos los medios educativos adecuados para su formación permanente como consumidores.

c) Asegurar la formación permanente en materia de consumo del personal docente y del personal que deba ejercer funciones de información y orientación a los consumidores.

d) Fomentar que los medios de comunicación social se ocupen de la información y orientación al consumidor y, en cuanto a los medios de titularidad pública que dependen de la Generalidad, velar para que dediquen programas y campañas a los mencionados fines, contando con la presencia de las asociaciones de consumidores”.

F) *La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confe-*

deraciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (art. 2.1. e) LGDCU, art. 3. d) de las Leyes vasca y gallega, 4.4. de la Ley andaluza, 4.d) del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y 2.d) del Estatuto del Consumidor de Cataluña.

Resulta evidente que es *a través de* las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, como se ejercita el derecho de representación, consulta y participación; en la cima de este movimiento asociativo se halla el Consejo constituido a nivel nacional (art. 22.5 LGDCU). Hemos hecho referencia con anterioridad al Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, en cuyo Capítulo II, arts. 5 a 15, trata del Consejo de Consumidores y Usuarios, “órgano de representación y consulta de ámbito nacional de los consumidores y usuarios”.

365

Los Gobiernos autonómicos deben fomentar el asociacionismo de consumidores y usuarios, como cauce más efectivo de los derechos de éstos, en el ámbito de su respectiva competencia territorial (arts. 21 a 24 Estatuto del Consumidor del País Vasco, arts. 27 a 29 del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, arts. 19 a 25 del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y arts. 15 a 18 del Estatuto del Consumidor de Cataluña).

G) *La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.*

Lo reconocen los arts. 2.1.f) LGDCU, art. 3. e) de las Leyes vasca y gallega, 4.7. de la Ley andaluza, 4.e) del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana.

Desarrolla su reglamentación el capítulo VII de la LGDCU. El art. 23 de la misma establece que “los poderes públicos y, concretamente los órganos y servicios de las Ad-

ministraciones públicas competentes en materia de consumo, adoptarán o promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario". Y el art. 24: "En los supuestos más graves de ignorancia, negligencia o fraude que determinen una agresión indiscriminada a los consumidores o usuarios, el Gobierno podrá constituir un órgano excepcional que, con participación de representantes de las Comunidades Autónomas afectadas, asumirá, con carácter temporal, los poderes administrativos que se le encomienden para garantizar la salud y seguridad de las personas, sus intereses económicos, sociales y humanos, la reparación de los daños sufridos, la exigencia de responsabilidad y la publicación de los resultados".

366 **H)** *La defensa del medio ambiente y de la calidad de vida.*

Aparece recogido este derecho básico de los consumidores y usuarios en el art. 2. f) del Estatuto del Consumidor de Cataluña. Aun cuando en dicho precepto se diferencia claramente del derecho a la protección de la salud y la seguridad, sin embargo el derecho a la protección de la salud y la seguridad, engloba, en la sección Primera del capítulo II, tanto la protección de la salud y la seguridad, como la seguridad viaria —conservación y señalización adecuada de las vías públicas y campañas para promover el respeto de las normas que regulan el tráfico (art. 4)— como la "preservación del medio ambiente": "Las administraciones públicas de Cataluña en el ámbito de sus respectivas competencias, a fin de proteger la salud y la calidad de vida de los ciudadanos, adoptarán medidas eficaces para preservar el medio ambiente".

D) Los derechos lingüísticos de los consumidores y usuarios.

Son consagrados por algunas —no todas las que deberían— de las leyes autonómicas.

a) País Vasco.

El Estatuto del Consumidor del País Vasco, al regular el Derecho de información, establece en su art. 17: “Se propiciarán normas bilingües —euskera y castellano— a todos estos efectos”.

b) Galicia.

El Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, en el art. 23 último párrafo con referencia igualmente al derecho de información determina en su art. 23 último párrafo: “A estos efectos, y en el ámbito de la Comunidad Autónoma Gallega, se propiciará el empleo del gallego”.

c) Cataluña.

Mayor amplitud a los derechos lingüísticos de los consumidores dedica el Estatuto del Consumidor de Cataluña, que contiene al respecto el siguiente régimen, derivado de su loable deseo de conservar y acrecentar uno de sus bienes culturales nacionales más apreciados y diferenciadores: su lengua:

“Artículo 26. Uso del catalán en la información y en la contratación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.3. del Estatuto de autonomía de Cataluña:

a) Los consumidores tienen derecho a recibir en catalán las informaciones pertinentes para el consumo y el uso de los bienes, productos y servicios, y especialmente los datos obligatorios relacionados directamente con la salvaguarda de su salud y seguridad.

b) Cualquier parte interesada tiene derecho a recibir en catalán los contratos de adhesión, los contratos con cláusulas-

tipo, los contratos normados, las condiciones generales y la documentación que se refiera a los mismos o que se desprenda de la realización de alguno de los citados contratos”.

“Artículo 27. Derecho a ser atendido de quien se expresa en cualquiera de las lenguas oficiales.

Las empresas y establecimientos dedicados a la venta de productos o a la prestación de servicios que desarrollen su actividad en Cataluña deberán estar en condiciones de poder atender a los consumidores cuando se expresen en cualquiera de las lenguas oficiales de Cataluña”.

“Artículo 28. Protección y fomento del uso del aranés.

La Generalidad tomará medidas para proteger y fomentar el uso del aranés, en el correspondiente ámbito territorial, en relación a los derechos de información al consumidor reconocidos por la presente Ley”.

El art. 29, apartado f) de la Ley considera *infracción en materia de defensa de los consumidores* “vulnerar los derechos lingüísticos reconocidos por la presente Ley a los consumidores o impedir su ejercicio”.

368

2. La protección prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios.

El art. 2.2. LGDCU establece que “Los derechos de los consumidores y usuarios será protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”.

En parecidos términos se manifiesta el art. 4 del *Estatuto gallego del Consumidor y Usuario*: “Se otorgará una protección prioritaria y rigurosa a los derechos de los consumidores y usuarios, en relación con la adquisición y disfrute de aquellos productos y servicios de consumo y uso común ordinario o generalizado, y especialmente a los de rápido consumo y perecederos”.

El art. 8 de la *Ley de Consumidores y Usuarios de Andalucía* dice: “Serán objeto de una especial vigilancia y con-

trol los bienes y productos de primera necesidad y los servicios esenciales para la comunidad, entendiéndose por tales aquellos que por sus singulares características resulten básicos para los consumidores”.

El art. 7 del *Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana* ordena: “Serán objeto de especial vigilancia y control los bienes, productos o servicios que se califiquen como productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.”

Es una norma claramente dirigida a los poderes públicos a quienes compete dictar las medidas necesarias para que dicha protección sea una realidad.

Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE [MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS: En *Comentarios a la Ley... cit.*, pág. 61] son manifestaciones de tal protección prioritaria en la propia LGDCU las siguientes: art. 6 que prevé la organización de campañas de control de calidad en relación con los productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado; art. 20.1. cuando concede el beneficio de justicia gratuita a las Asociaciones de Consumidores “en los casos a que se refiere el artículo 2.2.”; art. 28.2. que somete a un régimen particular de responsabilidad a los productos y servicios que enumera, fácilmente identificables como de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

La prioritaria protección corresponde a los poderes públicos; e implica que los bienes y servicios a que se refiere, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE [*Ob. cit.*, pág. 63], deben ser protegidos *antes* (prioridad temporal), *más* (prioridad cuantitativa) y *mejor* (prioridad cualitativa).

Por Real Decreto 287/1991 de 8 de marzo, se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; por Orden de 13 de octubre de 1993 (BOE del 2-12-1993) se da cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre nulidad del artículo 1.2. de este Real Decreto.

El Anexo I, clasifica dichos productos en dos grandes grupos: El primero de ellos el integrado por los bienes y servicios a que se refieren los arts. 2.2. (protección prioritaria) y 6 (campanas o actuaciones programadas de control de calidad), distinguiendo: A) Productos alimenticios, B) Productos no alimenticios, entre los que incluye la Vivienda destinada a residencia habitual, C) Servicios, entre los que figura el “arrendamiento de vivienda destinada a residencia habitual” y los “servicios bancarios”. El segundo de los grandes grupos está constituido por los bienes de naturaleza duradera a los efectos del art. 11.2 (garantía) y 5 (servicio técnico y repuestos), entre los que incluye “la vivienda”.

3. La renuncia previa a los derechos.

370

El art. 2.3. LGDCU ordena que “la renuncia previa a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula”.

El artículo 5 de la *Ley de Consumidores y Usuarios en Andalucía* declara que “la exclusión voluntaria de la presente Ley, la renuncia previa a los derechos e intereses en ella reconocidos... serán nulos de pleno derecho”.

El art. 5 del *Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana* dispone: “Se prohíbe la renuncia previa al ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley, así como todo pacto que tenga por objeto la exclusión de su aplicación.”

Es previa la renuncia cuando el derecho no ha sido incorporado al patrimonio del consumidor. Como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE [*Ob. cit.*, pág. 71] los derechos cuya renuncia contempla no son los básicos del propio precepto, sino los derechos subjetivos concretos que se plasman a lo largo de su articulado; a ellos se refiere la renuncia, de manera que los no incluidos en la Ley, se rigen por las

normas generales del Código civil; la renuncia es nula con nulidad absoluta.

4. Los actos realizados en fraude de Ley.

“Asimismo, son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6.º del Código Civil” (art. 2.3. segundo párrafo LGDCU). También declara la nulidad de los actos en fraude de Ley el art. 5 de la Ley de Consumidores y Usuarios en Andalucía.

La doctrina ha destacado con razón que el precepto es difícil de entender porque —dice MARTÍNEZ AGUIRRE [*Ob. cit.*, pág. 76]— si los actos en fraude de ley “son nulos”, no son “de conformidad con el artículo 6 del C.c.”; y si son “de conformidad con el artículo 6 del C.c.” no “son nulos”.

Quizá pueda pensarse que la conformidad con el art. 6 del Código civil, implica una simple referencia al concepto del fraude de ley, es decir, acto realizado al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, o contrario a ella; tal acto se considerará en fraude de ley, pero la consecuencia no es la del art. 6 C.c., sino la del art. 2.3. LGDCU: la nulidad del acto. En términos semejantes se manifiesta GÓMEZ CALERO [*Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, págs. 30-31].

371

III. El contrato de adhesión: la contratación bajo condiciones generales

La LGDCU se preocupa de la defensa de los consumidores y usuarios, de tal manera que sus normas protectoras son de aplicación a los contratos que celebre el consumidor y cuyas condiciones pueda negociar, pero especialmente protege a consumidores y usuarios cuando contratan bajo con-

diciones generales de contratación, mediante contratos de adhesión, cuyo régimen jurídico fija.

Como ya hemos tenido ocasión de examinar al referirnos al derecho de los consumidores y usuarios a la protección de sus intereses económicos, la legislación mira con disfavor y protege especialmente al consumidor frente a:

— los “contratos-tipo establecidos de modo unilateral” y “las cláusulas contractuales que resulten lesivas o simplemente abusivas para el consumidor” (art. 11 a) y f) del Estatuto del Consumidor del País Vasco).

— las “eventuales cláusulas abusivas contenidas en los contratos tipo o de adhesión establecidas de una forma unilateral por quien ofrece en el mercado bienes o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y empresas de ellas dependientes” (art. 18 Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario).

372 — los “contratos-tipo establecidos de forma unilateral” y “las condiciones abusivas en las operaciones de crédito y otros servicios de carácter financiero”

1. Concepto del contrato de adhesión.

Se denominan contratos de adhesión aquellos “en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen” DIEZ PICAZO [DIEZ PICAZO, LUIS: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. V. I. Madrid 1993, pág. 323].

Se caracterizan dichos contratos porque sus condiciones aparecen redactadas con carácter previo y unilateralmente por el empresario mercantil, consiguiendo de esta manera una homogeneidad en la contratación que desde el punto de vista económico impide que puedan ser rechazadas de plano; sin embargo sí deben ser controlados los abusos que de

la prerredacción unilateral se puedan derivar para el adherente, e impedirse que la interpretación de las cláusulas del contrato de adhesión beneficie a quien las impuso.

VICENT CHULIÁ [VICENT CHULIÁ, FRANCISCO: *Derecho mercantil*. 3.^a ed. T. II, pág. 56] señala que las empresas persiguen tres fines: “1.º simplificar la contratación; 2.º Operar sobre la base de un régimen contractual seguro, que uniformice las prestaciones que se obligan a realizar a su clientela, de acuerdo con una interpretación que es de prever sea uniforme en todos los lugares donde se contrate con aquel formulario, lo que se refuerza con el sometimiento a los Tribunales del domicilio social del predisponente y a veces mediante la cláusula de arbitraje; 3.º fortalecer su posición económica reduciendo al máximo el valor global de su prestación, dado que les será más difícil competir si intenta aumentar el precio”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de febrero de 1991, se refirió a ellos y su peculiar régimen al decir que “dentro del ámbito de los nuevos contratos que genera la vida moderna, aparecen con carácter prevalente los llamados contratos de adhesión, consecuencia de que la organización económica de los países más avanzados gira en torno a la producción en masa y a su distribución entre una masa amorfa e indiscriminada de consumidores, trátase de productos industriales, comerciales o de derechos. Originados en los países del ámbito anglosajón en los llamados contratos “Standard”, se apartan del modelo inicial y su característica más esencial es que el contrato no es la consecuencia de una discusión previa, sino que lo que ocurre es que el cliente no puede discutir las condiciones del contrato y viene obligado a adherirse al redactado en su integridad por la otra parte contratante lo que plantea el problema de la admisión de las condiciones generales del contrato, de forma que desaparece el principio de igualdad entre contratantes, ya que el contrato se presenta redactado por quien tiene un superior poder de negociación, estando

normalmente las condiciones generales en letra impresa, que raras veces se lee, por lo que con esta forma de contratar pueden desaparecer dos de las libertades en que se funda el derecho contractual: libertad de elección y libertad de contenido, con lo cual pueden alterarse los requisitos del artículo 1.261 del Código civil, y no parece que la adhesión a una oferta “standard” pueda equipararse a la aceptación tradicional de la oferta, en el sentido del artículo 1.262 del Código civil, y de esta forma el Derecho supletorio del Estado se desplaza por otra regulación de carácter general, que es el de las condiciones generales de la contratación”.

374

Es clara la licitud en nuestro Derecho de los contratos de adhesión. Baste de muestra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 11 de marzo de 1993, por citar una de las más recientes, cuando declara que “la suscripción de los mismos no atenta ni menoscaba la libertad de contratación pues quienes los suscriben son libres para aceptar o no la oferta y sus condiciones que han podido examinar previamente sin que ninguna razón de orden técnica y jurídica se oponga a la validez en sí de aquellos siempre que se den los requisitos necesarios para que exista contrato y sus estipulaciones no sean contrarias a las leyes a la moral ni al orden público conforme a los artículos 1.261 y 1.255 del Código civil”.

2. Las condiciones generales de la contratación.

A) *Concepto.*

Como dice COCA PAYERAS [COCA PAYERAS, MIGUEL: *En Comentarios a la Ley general...* citada, pág. 315], contrato de adhesión y condiciones generales de la contratación se ofrecen como dos instrumentos unidos, si bien, las condiciones generales son una realidad previa al contrato de adhesión, ya que —dice— pueden ser definidas como “un conjunto

homogéneo de reglas predispuestas formalmente por un sujeto, relativas a los contenidos contractuales de ciertos contratos a celebrar”.

B) *Carácteres.*

Siguiendo a COCA PAYERAS [*Ob. cit.*, págs. 315-316], podemos afirmar como carácteres de las condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Son contenidos contractuales fuera de un marco contractual, aunque su función sea justamente la de acabar siendo lo expresamente pactado ex artículo 1.258 C.c.

b) Nacen para integrarse en una serie o grupos de contratos con lo que aportan un factor de tipicidad a los futuros contratos, aunque de carácter extralegal.

c) Su creación nunca es el resultado de un acuerdo entre aquellos que van a celebrar el contrato sobre la base de ellas, sino fruto exclusivo de una de las partes o de un tercero, generalmente, un empresario o grupo de ellos.

d) Son previas al contrato al que van destinadas y suponen frecuentemente la regulación de la totalidad de los derechos y obligaciones.

e) Siempre se exige que sean escritas.

C) *Naturaleza jurídica.*

La doctrina civilista y mercantilista han debatido acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación; y mientras los estudiosos del Derecho Mercantil eran favorables a la consideración de las mismas como usos mercantiles, y por lo tanto como fuentes del Derecho (art. 2 Código de Comercio), los civilistas han considerado con carácter general el carácter contractual de las condiciones generales, de tal manera que como dice DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 348], “o son contenidos contractuales o jurídicamente no son nada”. En el mismo sentido VICENT CHU-

LIÁ [*Ob. cit.*, pág. 56] reitera que “en ningún caso tales condiciones generales podrán calificarse como Derecho objetivo, puesto que no han sido promulgadas como leyes u otras disposiciones legales, ni pueden constituir Derecho consuetudinario”.

D) Reconocimiento legal.

Las condiciones generales de la contratación fueron legalmente mencionadas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro:

376 “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición del seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado, y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración pública en los términos previstos por la ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

Ha sido, no obstante la existencia de una “Propuesta de Anteproyecto de la Ley de condiciones generales de la contratación”, de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, quien en su art. 10.2, ha definido las condiciones generales al decir:

“A los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto

de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”.

Son en consecuencia notas definitorias de las condiciones generales las siguientes:

a) *Autoría.*

“Una Empresa o grupo de Empresas”. DIEZ PICAZO considera esencial para la Ley el carácter de empresario del predisponente [*Ob. cit.*, pág. 346], ya que como afirma COCA [*Ob. cit.*, pág. 319], con razón, es más importante que determinar quien las crea, saber quien las impone. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 11 de marzo de 1993: se trataba de un contrato entre particulares, donde una de las partes alegaba su situación de debilidad frente a la otra, y pretendía en consecuencia la aplicación del régimen jurídico de los contratos de adhesión; la sentencia declara que no cabe “argüir como lo hace la recurrente, la existencia de una parte débil en tal contrato y cuyo carácter se atribuye; pues si bien la doctrina habla del recelo que puedan suscitar los contratos de adhesión, ello ha sido al considerar cuando en los mismos de un lado están las grandes compañías que explotan actividades de excepcional importancia y necesidad para todos, que en muchos casos disfrutan de un monopolio legal o al menos de hecho, y de otro el público que se ve obligado a dar, sin más, su conformidad o desistir del servicio que le es ofrecido y del que se precisa”. Por ello lo importante es quien impone las condiciones y no quien las redacta materialmente, pues ello supondría en palabras de VICENT CHULIÀ [*Ob. cit.*, pág. 64] abrir vías fáciles para eludir la Ley; por ello —afirma— el régimen del art. 10 LGDCU será aplicable aunque la “prerredacción se haya confiado a un tercero (asesor jurídico, notario, o el “grupo de empresas”

contratando éstas y no el grupo". Como dice DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág.] "aunque la utilización en la ley del vocablo "redacción" sugiere la autoría intelectual, ésta no es necesaria. Existen también condiciones generales si un empresario se sirve de las anteriormente establecidas por otro".

b) Unilateralidad.

Quiere decir tanto como falta de tratos previos, y tendencia a la aceptación o rechazo de la otra parte contratante. Por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 12.12.1992, excluye la calificación de contrato de adhesión cuando las cláusulas del contrato fueron libremente pactadas por las partes y no consta que fueran unilateralmente impuestas.

378

c) Escritura.

Se deriva de la exigencia de que estén "redactadas".

d) Naturaleza contractual.

Derivada, como dice COCA [*Ob. cit.*, pág. 318], de la trílogía "cláusulas, condiciones y estipulaciones". Y es que como afirma la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 2 de junio de 1993, "las declaraciones de voluntad de cada una de las partes (en los contratos de adhesión) coinciden aunque una de ellas (una parte contractual) quede limitada a la aceptación o no de la voluntad declarada por la otra".

e) Generalidad.

Ya que se redactan para "aplicarlas a "todos" los contratos" que los predisponentes celebren: "que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios". Como dice DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, págs. 346-347] no es necesario que sea genuina generalidad (todos los contratos). Puede referirse a todos los contratos de un

determinado tipo cuando en la contratación de una empresa exista diversidad de tipos.

f) Inevitabilidad de la aplicación.

“Cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”. La inevitabilidad, según DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 347] se puede presumir, pero parece legítimo, en cambio el criterio del párrafo primero de la ley alemana, que excluye la existencia de condiciones generales cuando de facto se hayan discutido todas o algunas de ellas.

3. Requisitos legales exigidos a las condiciones generales de la contratación.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 71/1982, declaró que la regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal. Y en el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del mismo Tribunal 88/1986, de 1 de julio, y la 62/1991, que declaró la nulidad de parte del art. 18 del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario.

El art. 10.1 LGDCU, establece como requisitos legales exigidos a las condiciones generales de la contratación los que se consignan a continuación, no sin antes advertir que su redacción no goza del favor de la doctrina y jurisprudencia; valga de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 1993 que declaraba que por su excesiva generalización e imprecisión tal normativa ha sido denunciada como auténtica inseguridad jurídica.

Estas condiciones generales —sigue diciendo la Sentencia— aunque efectivamente ya redactadas de antemano, para aplicar a todos los contratos que se celebren de determinado tipo, y a cuya imposición no puede resistir el usuario que desea obtener determinado servicio (para poder con-

tratarlo), sin embargo, por sí mismas, no puede calificarse como ilícitas ni atentatorias a la libertad contractual; antes al contrario —proclama— “la licitud básica o general de la contratación, sobre la base de las condiciones generales a que se refiere el artículo 10 de la Ley 26/1984 de 10 de julio, es necesario garantizarla siempre para salvaguardar en todo caso la buena fe y proteger intereses legítimos de los usuarios, evitando posibles abusos de la contraparte capaces de romper el equilibrio contractual y la libertad mínima de la contratación con una declaración general “ex lege” al respecto, en el sentido de ser nulas de pleno derecho aquellas cláusulas, condiciones o estipulaciones que no cumplan los requisitos establecidos por la propia Ley, salvo que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en las posiciones de las partes en la relación contractual, en cuyo caso será ineficaz el contrato mismo (artículo 10.4)”.

Consignemos, pues, los requisitos exigidos a las condiciones generales de la contratación por la LGDCU:

A) *Cognoscibilidad de las condiciones generales.*

El art. 10.1.a) exige como requisito: “a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”.

No se exige, por tanto, ni la incorporación al contrato (condiciones generales del contrato), ni siquiera su conocimiento, sino tan sólo la posibilidad de ser conocidas. Para que sea cognoscible se exige el requisito de su concreción, claridad y sencillez en la redacción. Igualmente se refiere a la claridad el art. 10.1.c), 5.º) LGDCU.

B) *La entrega de documentos.*

Entendiendo por documento lo que enseña, el art. 10.1.b) LGDCU, se debe exigir a quien contrata bajo condiciones generales de contratación: “Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado”.

Realmente no puede considerarse un requisito determinante de la licitud o ilicitud de las condiciones generales, sino una exigencia a quien contrata bajo régimen de condiciones generales. Así lo ha destacado igualmente GÓMEZ CALERO [*Ob. cit.*, pág. 91], cuando afirma que “estamos ante obligaciones o deberes, postcontractuales o precontractuales, que están a cargo del empresario predisponente y que se traducen, en su caso, en los correlativos derechos —renunciabiles— del consumidor o usuario”.

381

C) *La buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones.*

El art. 10.1.c) excluye que se dé este requisito que él mismo exige en los casos que enumeramos a continuación, no sin antes advertir, que como afirma DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 353] la enumeración no tiene carácter exhaustivo, no constituyen un *numerus clausus* y el proceso de concreción, a partir de los mismos principios, habrá de ser continuamente hecho por los Tribunales.

a) *Aplicables a todos los contratos.* Cabe incluir los supuestos que se indican a continuación.

—“Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario” (apart. 2.º).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 1993, con razón estima que “es incuestiona-

ble, según el artículo 1.256 del Código civil, la ilicitud de aquellas cláusulas de resolución discrecional, unilateral y anticipadas del contrato respecto a un concreto vencimiento que se hubiese estipulado como determinante de la operación y que vinculaba a ambas partes, no sólo a una de ellas, ahora bien sin embargo no podrá extenderse a la facultad concedida de resolución que no fuera dependiente de la pura y discrecional voluntad de una de las partes, sino derivada de la concurrencia de una justa y objetiva causa adecuada a la naturaleza jurídica del negocio en cuestión. Así, la previsión del incumplimiento de obligaciones específicas o predeterminadas (no pago de mensualidad, resolución unilateral) están reñidas con la discrecionalidad y vinculadas, por contra, a un verdadero incumplimiento del contrato imputable a la contraparte o una quiebra de la confianza base en la formación del negocio; y lo cierto es, en definitiva, que la protección legal de los usuarios y consumidores lo es en relación a los legítimos intereses económicos y sociales de los mismos y no, en cambio, a conductas ilícitas o antijurídicas”.

La Sentencia del TS de 4.02.1991, declaró que la normativa del art. 10-1. ap. c) ord. 2.º y 3.º, no deroga las prescripciones de los arts. 1.124 y 1.504 del Código civil sobre resolución de la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio. En el mismo sentido la Sentencia de 22 de octubre de 1991 de la Audiencia Provincial de Almería que declara válido al amparo del art. 1.255 del C.c. la posibilidad de declarar vencido el préstamo a instancia de la entidad de crédito en el caso de incumplimiento por el prestatario del pago de un plazo (art. 1.124 C.c.).

— *Las cláusulas abusivas*, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios” (apart. 3.º).

Como recuerda la Sentencia del TS de 23 de julio de

1993, se requiere además, de conformidad con la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, que no se hayan negociado individualmente, han sido redactadas previamente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión. La Audiencia Provincial de Málaga consideró cláusula abusiva la de sumisión jurisdiccional a Tribunales distantes del domicilio del consumidor, en su Sentencia de 5.09.1991.

— *Los incrementos de precio* por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación (apart. 5.º).

— *Las limitaciones absolutas de responsabilidad* frente al consumidor o usuario y las *relativas* a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio (apart. 6.º).

— *La repercusión* sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el *coste de los servicios* que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente (apart. 7.º).

— *La inversión de la carga de la prueba* en perjuicio del consumidor o usuario (apart. 8.º).

— *La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones* o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación (apart. 9.º).

— *La imposición de renunciias* a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta Ley (apart. 10.º).

— *Obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados* (apart. 12.º).

b) *Aplicables a la compraventa.* Contiene dos referencias expresas. Una general, a saber: “La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compra-venta, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, facul-

ten al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato” (apart. 1.º). Otra específica para la compraventa de inmuebles: “En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)” (apart. 11.º).

c) *Relativos al crédito*. “Condiciones abusivas de crédito” (apart. 4.º).

d) *Arbitraje*. “Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal” (art. 10.2. último párrafo).

384

Desde otro punto de vista, GÓMEZ CALERO [*Ob. cit.*, pág. 94), clasifica los supuestos en tres grupos: “cláusulas abusivas” (aparta. 3.º y 4.º), “cláusulas contrarias a la buena fe”, dentro de las que cabe distinguir entre: las que consienten una modificación improcedente del contenido y cumplimiento del contrato (inciso 1.º *in fine* e inciso 2.º), las que propician la quiebra del equilibrio contractual (apart. 6.º y 10.º), las que inducen una distribución no equitativa de las obligaciones y cargas propias del contrato (apart. 7.º, 8.º y 11.º), y las que permiten que el predisponente obtenga un beneficio o provecho injustificado, explotando su posición dominante (apart. 5.º y 12.º); por último las “cláusulas prohibidas” (inciso 1.º primera parte e inciso 9.º).

D) Aprobación de condiciones generales y vigilancia.

El art. 10.3. LGDCU determina: “Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, utilicen las

Empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, estarán sometidas a la aprobación y a la vigilancia y control de las Administraciones públicas competentes, con independencia de la consulta prevista en el art. 22 de esta Ley. Todo ello, sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley”.

4. Nulidad de las cláusulas abusivas.

El art. 10.4 LGDCU prescribe:

“Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.

No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato”.

La nulidad que determina el precepto, es, como dice CLAVERÍA [CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: En *Comentarios a la Ley...* citada, pág. 347], nulidad radical, que —afirma DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 356]— no requiere por consiguiente el ejercicio de una especial acción, y puede ser propuesta tanto por vía de acción como por vía de excepción; viene impuesta tanto en el supuesto de cláusulas abusivas, como ininteligibles u oscuras, cuya eficacia no pueda salvarse mediante una interpretación, provista de sentido, favorable al adherente; en cuanto a la ineficacia a que se refiere el párrafo segundo, según CLAVERÍA, no es aplicable sino en los casos en que la ineficacia total no perjudique al adquirente, debiendo reconstruirse la regla negocial (manteniéndose, por tanto, la eficacia del contrato) en los demás casos (que constituyen la mayoría), ya que en caso contrario el empresario predisponente, como expresa GÓMEZ CALERO [*Ob. cit.*, pág. 102], podría introducir a sabiendas una cláusula ilegal para conseguir finalmente un contrato que le beneficie, con detrimento del consumidor o usuario.

5. Reglas de interpretación de las condiciones generales.

El art. 10.2. párrafo segundo LGDCU determina que “las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas”.

Recoge así el precepto las reglas de:

— la prevalencia de la cláusula particular sobre la general.

— la de la condición más beneficiosa.

— la de interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, igualmente establecida en el art. 1.288 del C.c., conforme al cual “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. Cualquier duda que pueda ofrecerse ha de ser resuelta en contra de quien dicte las condiciones del contrato de adhesión (Sentencias del TS de 18.05.1954, 31.01.1985 y 15.11.1989), si bien la interpretación *contra proferentem*, sólo será viable, si la cláusula del contrato “fuera oscura, de difícil comprensión o de equívoco sentido” (Sentencia TS 15.12.1992).

— junto a ellas DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 387), considera debe añadirse la regla de la condición más importante para resolver las controversias que puedan producirse por el conflicto dentro de las condiciones generales.

6. Eficacia de las condiciones generales lícitas.

Las condiciones generales que cumplen los requisitos antes vistos, integran los contratos celebrados por el empresario que las impone y en consecuencia regulan las relaciones entre él mismo y el adherente. No son aplicables, por el contrario a la fase precontractual (DIEZ PICAZO). [*Ob. cit.*, pág. 351].

En ocasiones la ley considera que en condiciones ade-

cuadas la contratación bajo régimen de condiciones generales puede ser instrumento de política social y económica, y de especial interés para los consumidores.

Así el *Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana* contiene al respecto dos preceptos que consideramos importante destacar:

“Artículo 9. La Generalitat velará por la adecuada protección de los consumidores y usuarios, desarrollando una política social y económica en cuya ejecución se elaborarán las normas y se realizarán las actuaciones necesarias para la protección de los consumidores, y en especial para:

...2) Propiciar con la colaboración de las Cámaras de Comercio, las Asociaciones de Consumidores y las de Empresarios, la *generalizada utilización en el tráfico de condiciones generales de contratación* ajustadas a la legalidad vigente, suprimiendo toda cláusula que atente a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones...”

“Artículo 10. Por la Generalitat se propiciarán acuerdos y convenios entre Asociaciones de Consumidores y Grupos o Asociaciones de Empresarios para la utilización de condiciones contractuales que favorezcan los intereses de los consumidores y usuarios.

A tales efectos se procurará la difusión de tales acuerdos en los medios de comunicación, en especial los de titularidad pública, resaltando las ventajas incorporadas en las condiciones generales pactadas.

La existencia de tales pactos podrá hacerse pública por los empresarios concertados mediante el uso de distintivos autorizados al efecto.”

TERCERA PARTE

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

I. La responsabilidad precontractual en relación a la contratación de consumo

La protección de los consumidores y usuarios tiene su campo objetivo de incidencia en las obligaciones civiles y especialmente en las obligaciones mercantiles.

Cuando la prestación objeto de la obligación consiste en la obtención de determinados bienes o servicios de la otra parte contratante, nos hallamos ante una obligación a la que puede ser, en principio, aplicable la legislación sobre protección y defensa de los consumidores.

388

Pero es preciso dar un paso más, pues el acreedor de dichos bienes o servicios, debe ser como hemos tenido ocasión de examinar (art. 1, ap. 2.3. de la LGDCU) un consumidor final, y el deudor, un empresario o grupo de empresas.

El empresario mercantil intenta la colocación de sus productos o servicios acudiendo a la difusión de los mismos, de sus características y ventajas, con el fin de convencer al mayor número posible de consumidores o usuarios para que los adquieran o consuman; dicha actividad, denominada promoción, es objeto de regulación por las normas relativas a la publicidad, la competencia, y la defensa de los consumidores y usuarios.

1. La promoción y publicidad de los productos destinados al consumo.

El art. 8.1 de la LGDCU ordena que “la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, uti-

lidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad”.

Con el fin de trasponer al Derecho español, la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, se promulgó la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE, del 15-11-1988) (en adelante LGP).

A) Normativa.

Dicha norma no tiene la pretensión de la regulación exhaustiva y exclusiva de la materia, razón por la que el art. 1 LGP aclara que “la publicidad se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”.

Contienen normas sobre publicidad de productos, además de la LGDCU, la totalidad de las leyes de consumidores y usuarios de las Comunidades Autónomas, el RD 1122/1988, de 23 de septiembre sobre etiquetado, presentación y publicidad de los productos envasados (BOE, 4-10-1988), el RD 1468/1988 de 2 de diciembre, que aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a venta directa a los consumidores y usuarios (BOE de 8-12-1988), modificado por RD 1182/1989, de 29 de septiembre (BOE, 3-10-1989), el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE de 17-5-1989), la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (BOE de 19-12-1989), desarrollada en lo que afecta a Préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda por la Orden de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, etc.

B) *Concepto de publicidad.*

Por publicidad entiende la ley “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” (art. 2 LGP).

C) *Clasificación.*

Puede la publicidad ser:

a) *Publicidad lícita:*

390

La publicidad lícita es procedimiento adecuado de comunicación y promoción de los bienes ofertados, y vincula a quien la efectúa. La publicidad para ser lícita debe “garantizar siempre el derecho de los consumidores a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva” (art. 13.2 LGDCU).

El *Estatuto del Consumidor del País Vasco* se refiere a publicidad exigiendo que no induzca a error y que quien la realice pueda “justificar la veracidad de lo que afirma, mediante las pruebas pertinentes” (art. 19.d).

El art. 16 del *Estatuto gallego del Consumidor y Usuario*, exige que la publicidad se ajuste a la “verdadera naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad” de los productos, exigiendo que la publicidad sea veraz.

La *Ley de Consumidores y Usuarios de Andalucía*, manda que la publicidad se sujete “a los principios de legalidad, veracidad y autenticidad” (art. 11.4).

El *Estatuto del Consumidor de la Comunidad Valenciana*, ordena que la publicidad responda a los principios de “veracidad, objetividad y autenticidad” (art. 9.4).

El *Estatuto del Consumidor de Cataluña*, demanda, igualmente la conformidad de la publicidad con los principios de “veracidad, objetividad y autenticidad” (art. 7.f).

La veracidad, objetividad, y autenticidad de la publicidad es:

— consecuencia ineludible del derecho básico de los consumidores y usuarios a una “información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute” (art. 2.1.d) LGDCU).

— imprescindible para una correcta protección de sus intereses económicos y sociales, permitiéndole efectuar una “libre y racional elección entre las ofertas concurrentes en el mercado” —como expresan el art. 13.b) de la Ley andaluza y 19 del Estatuto del Consumidor del País Vasco—; de ahí que la LGDCU refiera la prohibición de publicidad falsa o engañosa al regular la protección de los intereses económicos y sociales (art. 8 LGDCU).

— necesaria para la protección de la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios, especialmente de los grupos necesitados de protección especial —niños, gestantes, personas mayores y disminuidos de cualquier clase— y por tal razón el art. 4.1.e) LGDCU ordena que los reglamentos reguladores de los diferentes productos, actividades y servicios determinarán al menos: “...el etiquetado, presentación y publicidad”.

391

b) Publicidad ilícita:

Está prohibida la publicidad ilícita, es decir, la que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer, la engañosa, la desleal, la subliminal y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios (art. 3 LGP).

Esa especial defensa de la dignidad de los niños y de las mujeres, se amplía en la Ley de Consumidores y Usuarios de Andalucía a los “grupos étnicos, culturales o sociales” (art. 13 e), y en el Estatuto de los Consumidores y Usuarios

de la Comunidad Valenciana a los “grupos o colectividades económicamente deprimidas y análogos” (art. 12. e).

1) La “*publicidad engañosa*” es aquella que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o puede perjudicar a un competidor o silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios que induzca a error a los destinatarios (art. 4 LGP).

El art. 8.3. LGDCU declara que “la oferta, promoción o publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar”.

392

2) La “*publicidad desleal*” es la que provoca descrédito, denigración o menosprecio de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades, inducen a confusión entre empresas y productos, y la publicidad comparativa, no demostrable, o referida a otros productos inexistentes en el mercado o de limitada participación en el mismo (art. 6 LGP).

Se trata de proteger no sólo a los consumidores, sino también a los competidores (defensa de la competencia). En esta materia es de aplicación la Ley 2/1991, de 10 de enero (BOE del 11-1-1991), sobre Competencia desleal, conforme a la cual “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (art. 5), y considera como actos de competencia desleal: los *actos de confusión* con la actividad, prestaciones o establecimiento ajeno (art. 6); los *actos de engaño* cuando sean susceptibles de inducir a error sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud de empleo, calidad, cantidad de los productos y en general ventajas

ofrecidas (art. 7); los *obsequios, primas y supuestos análogos* cuando por las circunstancias en que se realicen pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal (art. 8); los *actos de denigración* que sean aptos para menoscabar el crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes (art. 9); los *actos de comparación*, cuando se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables (art. 10); los *actos de imitación* que comporten un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno (art. 11); la *explotación de la reputación ajena* (art. 11); la *violación de secretos* (art. 12), la *inducción a la infracción contractual* cuando se induce a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores (art. 14); la *violación de normas* para obtener venjatas significativas (art. 15); la *discriminación* o trato discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, salvo causa justificada (art. 16); y en fin, la *venta a pérdida* en determinados casos (art. 17). [Sobre la defensa de la competencia es de aplicación la Ley 16/1989, de 17 de julio de defensa de la competencia (BOE, 18 de julio de 1989)].

393

3) La “*publicidad subliminal*” es la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida (art. 7 LGP).

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la Ley en materia de publicidad de determinados productos y servicios —en cuya elaboración deben ser oídas las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 8.6. LGP)— deben respetar los límites que la propia ley determina.

D) Efectos del incumplimiento de las normas sobre publicidad, acción de cesación y rectificación y procedimientos.

a) Infracción y sanciones.

“El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios, tendrán la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad” (art. 8.6 LGP).

El art. 32 LGDCU establece que “Las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir”; “En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes” (art. 33 LGDCU); el art. 34. 6. LGDCU considera infracción el incumplimiento de las normas relativas a publicidad de bienes y servicios y la sanción consiste en multa, cuya cuantía depende de la calificación de leve, grave o muy grave (art. 36 LGDCU) atendiendo a los criterios de riesgos para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia (art. 35 LGDCU).

El art. 19 d) del *Estatuto del Consumidor del País Vasco*, prevé incluso medidas del Gobierno Vasco consistentes en “el ejercicio de acciones contra quienes para la venta de productos o servicios utilicen una información inexacta, realicen una publicación gráfica, visual o auditiva que induzca a error, o que no pueda justificar la veracidad de lo que afirma, mediante las pruebas pertinentes”.

El art. 16 de la *Ley gallega* dice: “La publicidad en ge-

neral de los productos, servicios o actividades ofrecidas en el mercado se ajustará a su verdadera naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad. Cualquier manifestación publicitaria engañosa que atente contra los legítimos intereses de los consumidores o usuarios será considerada como fraude y podrá ser objeto de sanción administrativa. Las asociaciones de consumidores y usuarios estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los oportunos procedimientos administrativos”.

El art. 11.4 de la *Ley andaluza* prevé como misión de la Junta de Andalucía, “solicitar de los órganos y autoridades competentes, encargados de controlar y sancionar la actividad publicitaria, el efectivo ejercicio de sus funciones conforme a la legislación vigente, de modo que los consumidores y usuarios sean destinatarios de una publicidad sujeta a los principios de legalidad, veracidad y autenticidad”.

b) *Solicitud del cese de la publicidad.*

Los afectados por la publicidad ilícita podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita, por escrito y de forma que permita tener constancia fehaciente de su fecha, recepción y contenido (art. 25 LGP). El vehículo idóneo lo constituye el acta notarial de requerimiento; dentro de los tres días siguientes a la recepción de la solicitud el anunciante comunicará al requirente en forma fehaciente su voluntad de cesar en la actividad publicitaria y procederá efectivamente a dicha cesación.

c) *El procedimiento especial de la Ley General de Publicidad.*

En caso de no contestación o no cesación de la publicidad el denunciante podrá ejercitar las acciones y derechos que le corresponden (art. 26 LGP), que se tramitan ante los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 28 LGP), mediante el proceso que regulan los arts. 29 y 30 de la LGP.

La sentencia estimatoria de la demanda deberá contener alguno o algunos de los siguientes pronunciamientos:

— Conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad ilícita.

— Ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad.

— Ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante.

— Exigir la difusión de publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinado el contenido de aquélla y las modalidades y plazo de difusión (art. 31 LGP).

d) *Las acciones generales.*

396

El art. 32 de la LGP, determina que “lo dispuesto en los artículos precedentes será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios”. Recuérdese, que conforme al art. 8.3. LGDCU “Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar”.

2. Efectos negociales de la publicidad.

La finalidad de la publicidad es promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones (art. 2 LGP).

Por ello la doctrina ha planteado la cuestión de los efectos que la publicidad tiene sobre la contratación del producto anunciado, y en definitiva la naturaleza del propio contenido publicitario. En otras palabras: a la vista de la

publicidad de un producto o servicio, un consumidor o usuario decide su contratación. El producto no se ajusta a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad anunciados. ¿Qué responsabilidad alcanza al anunciante, cuál al contratante o suministrador del producto que suscribe el negocio jurídico de consumo con el consumidor o usuario? ¿Tiene derecho el consumidor o usuario a que se le satisfaga su interés contractual cumpliendo la obligación en los términos resultantes de la publicidad efectuada, háyanse o no consignado en el contrato?

Las principales teorías formuladas al respecto son las siguientes:

A) Publicidad y oferta de contrato.

Se ha dicho que la publicidad implica una oferta de contrato o una invitación a su oferta.

397

a) La "oferta publicitaria".

Al efectuar la publicidad el anunciante está formulando una oferta de contrato *ad incertam personam*, siempre que reúna todos los requisitos que le son propios, particularmente los elementos esenciales del contrato y efectiva intención de obligarse por parte del anunciante. Basta en consecuencia la aceptación para la perfección del contrato; y en consecuencia, el anunciante estará obligado al cumplimiento del contrato en los términos ofertados. Se ha admitido, así, en alguna ocasión, por el Tribunal Supremo: la Sentencia de 14 de junio de 1976 obligó a la sustitución de una maquinaria por no corresponder la entregada con los folletos publicitarios; la de 27 de enero de 1977, condenó a una inmobiliaria a colocar en la vivienda los elementos que figuraban en el folleto publicitario; y la de 9 de febrero de 1981, obligó a realizar determinadas obras de urbanización previstas en la campaña publicitaria. En los tres casos se basó en el principio de la buena fe.

Sin embargo como dice PASQUAU LIAÑO [*Comentarios a la Ley General*, cit., pág. 156] esta concepción ofrece graves dificultades para proteger, por sí sola, a los consumidores, porque de ordinario el anunciante no es la misma persona que realiza efectivamente el contrato con el consumidor, quedarían fuera los casos en que el mensaje publicitario es incompleto por omitir elementos esenciales para el contrato a celebrar, premiándose así al anunciante que omitiera el deber de información, y en fin porque bastaría para evitar las consecuencias de la oferta que expresamente se hiciera constar que no puede considerarse como “documento” o “declaración contractual” lo cual constituye práctica usual.

b) Invitación a la oferta.

398

Al efectuar la publicidad el anunciante no está efectuando ninguna oferta, antes bien está efectuando una *invitatio ad offerendum*, para que sea el cliente quien formule la oferta de contrato, que deberá aceptar de nuevo el anunciante. Esta opinión parece más correcta, a menos que en la publicidad concurren los requisitos necesarios para considerar que existe una auténtica oferta de contrato; en definitiva serán los Tribunales quienes deberán declararlo en cada caso.

B) Publicidad y responsabilidad precontractual.

Si la publicidad es engañosa, y es la causa que ha inducido al consumidor a contratar crea en el consumidor una confianza, que de verse defraudada haría incurrir al anunciante en responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

Ha sido criticada, porque en nuestro Derecho positivo no se conoce la responsabilidad precontractual, razón por la que el problema se reconduce generalmente a un supuesto de responsabilidad extracontractual: frecuentemente el anunciante no será parte en el contrato, y la responsabilidad no obliga al cumplimiento de lo anunciado, sino a la reparación

del daño [PASQUAU LIAÑO. *Ob. cit.*, pág. 158]. Pero para que haya daño del que se derive dicha responsabilidad extracontractual contra el anunciante se requiere que el consumidor haya adquirido el producto o contratado el servicio, y lo haya sufrido, existiendo nexo de causalidad. De lo contrario cualquier ciudadano haya adquirido o no el producto o contratado el servicio podría dirigir su acción contra el anunciante, bajo pretexto de que es potencial consumidor o usuario del mismo. Si el anunciante es además contrante, la responsabilidad es contractual: El TS, en Sentencia de 7 de noviembre de 1988, declaró que la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, y origina responsabilidad en el oferente. Y la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia de 3 de octubre de 1991, señaló con acierto que “no basta la concurrencia de una defectuosa publicidad e información, violadora de preceptos reglamentarios, para que el consumidor o usuario pueda exigir indemnización de daños y perjuicios, sino que será preciso que verdaderamente los haya sufrido por causa de falta de información o de defectuosa publicidad”.

399

C) Publicidad y responsabilidad extracontractual del anunciante.

Si el anunciante no cumpliera con lo prometido en la publicidad engañosa —se afirma— incurrirá en responsabilidad extracontractual.

Ha puesto de relieve PASQUAU LIAÑO [*Ob. cit.*, pág. 159] que “la responsabilidad extracontractual es la apropiada para la protección de la —seguridad— del consumidor; sin embargo, no será suficiente para proteger el “interés contractual” del consumidor-adquirente o usuario del servicio. Una cosa es indemnizar el daño ocasionado por el defecto del producto, y otra, responder de la utilidad o idoneidad del propio producto, lo cual es un problema típicamente con-

tractual... Una cosa es indemnizar por el daño que supone la celebración de un contrato que no satisface las expectativas creadas, y otra diferente es asegurar el cumplimiento de esas expectativas”.

Y es que en ocasiones, además, la responsabilidad es claramente contractual, como en el supuesto contemplado por la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 27 de marzo de 1992: Matriculado el consumidor en un Centro privado de Estudios cinematográficos, a la vista de la publicidad efectuada que resultó probadamente engañosa, demandada a dicho Centro. La Audiencia considera que la publicidad cuanto menos induce a error al usuario por lo que el consumidor que así lo exija debe ser protegido en la forma establecido por la LGDCU (art. 11.1. LGDCU) con la devolución del precio satisfecho. La responsabilidad era contractual pues existía contrato entre el Centro y el alumno defraudado por la publicidad engañosa realizada por el propio Centro contratante. Mayor complejidad tienen los supuestos en que el contratante es distinto del anunciante.

400

D) Publicidad y vicios del consentimiento.

En ocasiones la publicidad engañosa puede ser constitutiva de dolo por parte del anunciante, o del contratante que se aprovecha de la publicidad engañosa, o como causante de un error en el consumidor, si reúne éste los requisitos del art. 1.266 del C.c., conforme al cual “para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. La consecuencia sería la anulación del contrato, la recuperación del precio y la indemnización en su caso de los daños y perjuicios causados.

E) Publicidad y buena fe.

Conforme al art. 1.258 del C.c. "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Por tanto es conforme a la buena fe que el contrato se ajuste a las condiciones proclamadas por el anuncio publicitario o lo que es lo mismo, que se integren los contenidos del anuncio en el contrato.

El Tribunal Supremo, tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la cuestión, entre otras, en la Sentencia de 27 de enero de 1977, declarando que "siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1.258 del C.c., al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa".

Destaca PASQUAU LIAÑO [*Ob. cit.*, pág. 162] que en el caso resuelto, se había celebrado efectivamente un contrato, había tenido lugar entre el anunciante y un particular, y existía laguna contractual; mas se formula al respecto tres preguntas, que consideramos igualmente esenciales:

Primera: ¿Está vinculado el anunciante a celebrar el contrato en los términos publicitarios, o puede rehusar la celebración del contrato? Del art. 1.258 del C.c. se deduce que las consecuencias lo son del contrato que obliga "desde que se celebra". Cosa distinta es que pueda calificarse de oferta a la publicidad.

Segunda: ¿Es obstáculo para que se produzca la integración la circunstancia de que el anunciante no sea parte en el contrato cuya integración se pretende? PASQUAU, acertadamente [*Ob., cit.*, págs. 162-163] expresa su posición afirmativa porque "no es conforme a la buena fe aprovecharse

de una propaganda o publicidad engañosa para lograr la celebración de un contrato, y desresponsabilizarse de sus contenidos; por ello la publicidad integrará el contenido, a menos que el carácter engañoso de la misma no hubiera sido advertido por el vendedor o suministrador del servicio, presumiéndose vehementemente que sí conocía tal circunstancia debido a su carácter profesional”.

Tercera: ¿Se requiere la existencia de una laguna contractual para que pueda operar la integración, o se produce aun cuando no existan dichas lagunas? La respuesta no es fácil pues la buena fe, no habiendo lagunas contractuales, también cabe exigirla al consumidor.

F) *Los efectos negociales de la publicidad en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

402

El art. 8. LGDCU establece al respecto:

“1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

Regula este precepto, lo que se ha denominado la “integración publicitaria del contrato” (GÓMEZ CALERO [*Los Derechos de los consumidores y usuarios*, págs. 77 y sgs.]) que consiste en esencia “en la incorporación del contenido obligacional del mensaje publicitario al contrato que en virtud del mismo se celebre; de tal modo que aquel contenido

se erija en norma convencional reguladora del contrato y venga a completar el conjunto de las obligaciones exigibles por el consumidor o usuario contratante”.

PASQUAU LIAÑO [*Ob. cit.*, pág. 164] ha dicho con relación a este precepto que caben distintas interpretaciones: los contenidos publicitarios sólo serán exigibles en caso de laguna del contrato; la medida establecida en el artículo 8 es una “sanción civil” para la publicidad engañosa: sólo será aplicable, por lo tanto, cuando el engaño se deba a dolo o negligencia; la medida va referida sólo a la publicidad objetivamente falsa, pero no a todo supuesto de publicidad que induzca a error; la exigibilidad de los contenidos publicitarios tiene como condición la existencia de un contrato celebrado por el consumidor inducido por la publicidad engañosa; por último, la exigibilidad del contenido publicitario sólo tiene como límites los propios de todo derecho subjetivo: actos propios, buena fe, y abuso de derecho, solución esta última la más acertada.

403

Más recientemente GÓMEZ CALERO [*Los derechos... cit.*, pág. 80] sostiene que “la exigibilidad a que el artículo 8.1. (segundo inciso) se refiere y los consiguientes derechos civiles de los consumidores y usuarios dimanen del hecho de que el empresario no cumpla lo que, mediante la oferta, promoción y publicidad, prometió y se obligó a cumplir; en razón de ello, los derechos y acciones de los consumidores y usuarios no se generan por publicidad engañosa sino por incumplimiento de contrato”.

Para que pueda aplicarse el art. 8 es necesario la existencia del contrato; así resulta de las expresiones “aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en documento recibido”, “si el contrato celebrado”, por ello dice GÓMEZ CALERO [*Los derechos... cit.*, pág. 82] “si no hay contrato no estamos en el caso previsto en la ley”; es indiferente que las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías, figuren o no en el contrato para que sean exigibles si han sido objeto de

publicidad; en cualquier caso prevalecerán las cláusulas contractuales más beneficiosas para el usuario sobre los contenidos publicitarios.

Los contenidos publicitarios, integrados en el contrato, forman con él un todo inescindible de tal manera que si no se prestan en la realidad podrá el consumidor exigir responsabilidad contractual y en consecuencia su cumplimiento específico o sustitutorio, o ejercitar la acción resolutoria ex art. 1.124 del C.c., conforme al cual “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”. Además de las normas específicas aplicables al contrato de compraventa por razón de los vicios o defectos.

Es evidente que conforme al art. 8 LGDCU quien puede exigir es el consumidor o usuario que suscribió el contrato o recibió el documento, pero, ¿contra quién se dirige la acción?, ¿contra el anunciante o contra el comerciante-contratante que puede no ser el mismo?

PASQUAU LIAÑO [*Ob. cit.*, pág. 173] ha resumido con acierto la cuestión, destacando cómo la doctrina alemana insistió en juridificar la relación anunciante-destinatario, otorgándose carácter negocial basado en la confianza, que justificara el ejercicio de las acciones contractuales de cumplimiento de las prestaciones publicitarias.

La jurisprudencia y doctrina francesas, parten de la base de que aún cuando anunciante y consumidor no estén ligados entre sí con un contrato, no obsta a que no existan “lazos contractuales” que integran una *acción directa* porque ambos son los auténticos interesados en el proceso de distribución de bienes y servicios, ya que el comerciante vendedor es un mero intermediario sin autonomía propia; por

ello contra él podrá ejercer todas las acciones excepto la de anulabilidad y la resolutoria.

Sin embargo, la legitimación pasiva corresponde al comerciante vendedor, que se aprovecha de la publicidad engañosa, y conociendo o debiendo conocer el carácter engañoso de la misma en atención a su profesionalidad, contrata con el consumidor; se facilita así el ejercicio del derecho del consumidor que puede dirigirse a una persona por él conocida, la cual podrá actuar mediante las acciones de regreso contra los responsables. Claro está —como dice PASQUAU [*Ob. cit.*, pág. 173]— sin perjuicio de que el comerciante pueda, al descubrir el carácter engañoso de la publicidad, negarse a celebrar el contrato, en cuyo caso sólo le cabrá al consumidor, ahora sí, reclamar directamente contra el anunciante.

Existen aplicaciones concretas de este principio de integración publicitaria del contrato, en materia de seguros, la Ley 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro (BOE 17-10-1980), fue desarrollada por el Real Decreto 1.348/1985, de 1 de agosto, en cuyo art. 46.3. expresa: “Los términos de la oferta publicitaria serán vinculantes para la entidad aseguradora, a tenor del artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; no obstante, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta o publicidad”.

Igualmente el art. 3.2. del Real Decreto 515/1989 establece en materia de vivienda que “los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado”.

3. El deber de información en la fase precontractual de la contratación de consumo.

A) *Deber de información como correlativo al derecho a ser informado.*

Hemos tenido ocasión de examinar, cómo la LGDCU consagra en su art. 2.1.d) como derecho básico de los consumidores y usuarios: “La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado consumo y disfrute”.

406

Tal derecho básico, proclamado en el Mensaje del Presidente J. F. Kennedy al Congreso el 15 de marzo de 1962, en el informe de la OCDE de 1972, sobre política de protección de los consumidores, en la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973, en la Resolución 30/248, de 16 de abril de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en el Programa Preliminar de 1975, ya aludido, ha sido objeto de normas comunitarias, en especial la Directiva de 25 de julio de 1985 que establece como fuente de responsabilidad por los daños que un producto cause al consumidor, el defecto de información. (Véase también la Decisión del Consejo CEE de 21 de diciembre de 1988, DOCE núm. 17 de 21 de enero de 1989, sobre intercambio de informaciones rápidas sobre peligros derivados de utilización de bienes de consumo).

El art. 13 LGDCU determina con carácter general:

“Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...”.

B) *Información precontractual y contractual.*

La primera cuestión que suscita este precepto es determinar a qué información se refiere.

PÉREZ GARCÍA [*La información en la contratación privada*. Instituto Nacional de Consumo. Madrid 1990, pág. 248] mantiene que la información a que se refiere el art. 13.1. de la Ley es información en la ejecución del contrato ya que tiene lugar mediante la entrega de la cosa; mientras que la información precontractual es la regulada en el art. 8 LGDCU a que nos hemos referido con anterioridad.

Por el contrario, ORTÍ VALLEJO [ORTÍ VALLEJO, ANTONIO: *En Comentarios a la Ley General...* citada, pág. 405] sostiene que la mayoría de las informaciones del art. 13.1 son de carácter precontractual, opinión que compartimos, de ahí que en la discusión existente en nuestra doctrina sobre si existe o no un deber de informar por parte de quien ofrece los bienes o servicios, consideramos que en materia de consumo la obligación existe, pues, la Ley concede como derecho básico al consumidor el de ser informado (art. 2 y 13 LGDCU).

Un tercer enfoque de la cuestión se debe a GÓMEZ CALERO [*Los derechos...* cit., pág. 140], que considera que “hay que distinguir entre «el derecho a la información» (que es el derecho a que los bienes y productos incorporen o lleven consigo la información legalmente prescrita al ser puestos a disposición del público) y el hecho de que la información llegue realmente a conocimiento de los consumidores y usuarios (lo que puede tener lugar en cualquier otro momento: antes de la adquisición, al tiempo de realizarse ésta o durante la utilización o disfrute del bien o producto adquirido)”.

El derecho a la información es un derecho instrumental para que pueda el consumidor decidir con conocimiento y libertad, y preservar así su salud y seguridad y defender sus restantes derechos básicos. Por ello, el art. 3.2. LGDCU, al

regular el derecho a la protección de la salud y seguridad determina que “con carácter general, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza y de las personas a las que van destinados, *deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores o usuarios por medios apropiados*.”

Como todo derecho implica la existencia de un deber correlativo de informar, tanto con carácter previo o en la fase precontractual, bien se haga mediante publicidad o no, como en la ejecución del contrato con el fin de explicar el modo de empleo, utilización del producto o servicio, e instrucciones para su manejo o uso con el fin de impedir riesgos.

408

El Estatuto del Consumidor del País Vasco establece que “cualquier riesgo que pudiera derivarse de la normal utilización de bienes y servicios, en consideración a su naturaleza y a presuntas circunstancias personales del destinatario, deberá ser puesto en conocimiento de los consumidores o usuarios por los medios apropiados y en forma clara y visible” (art. 4, segundo párrafo); refiriéndose especialmente a la información tratándose de productos alimenticios y bebidas, productos farmacéuticos, textiles y sustancias tóxicas, cáusticas, corrosivas o abrasivas (art. 5). Claramente se refiere a la información precontractual en el art. 17 para “lograr que el consumidor conozca las características de los bienes y servicios ofrecidos”, y en el art. 18.

Con mayor rotundidad si cabe, el art. 6 del Estatuto gallego del Consumidor dice: “Cualquier riesgo previsible que pudiese provenir de la normal utilización de bienes y servicios, en atención a su naturaleza y a las eventuales circunstancias personales que puedan concurrir en su destinatario, habrá de ser puesto en *conocimiento previo* de los consumidores y usuarios por los medios apropiados y en forma clara y visible”. El art. 8 hace referencia a la información relativa a los productos peligrosos.

La Ley andaluza ordena en su art. 14.1. que “en la

defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, y de acuerdo con la normativa vigente, los sujetos responsables de la producción, comercialización, distribución y venta de bienes y productos o prestación de servicios están obligados a ofrecer una información veraz, suficiente y comprensible sobre las características de los mismos en lo que afecte a su uso y consumo". Repárese en que se habla de la defensa de los "intereses colectivos", no del interés solamente del consumidor y usuario contratante.

El Estatuto del Consumidor de Cataluña hace referencia a la información precontractual y contractual en el art. 9 b) al referirse a la "información legalmente establecida que deberá permitirles conocer y utilizar con seguridad y satisfactoriamente los bienes, productos y servicios".

C) *Información precontractual y publicidad.*

La información puede hacerse o no mediante publicidad, ya que no se puede confundir la obligación precontractual de información con la publicidad, puesto que el consumidor tiene derecho a la información, pero no a la publicidad que es procedimiento de seducción al consumo del producto y que el anunciante decide libremente si efectúa o no.

ORTÍ VALLEJO [*Ob. cit.*, págs. 409-410], acertadamente indica que la publicidad, al igual que la obligación precontractual de información, es información, es precontractual y además recae sobre bienes y servicios, pero ahí terminan las analogías, el resto son sólo diferencias: la publicidad tiene como fin promover la contratación, mientras que la información transmitir al consumidor el conocimiento necesario para poder prestar un consentimiento reflexivo y claro; la publicidad no es necesariamente objetiva, pues la finalidad es atraer al consumidor, mientras que la objetividad es requisito exigido por el art. 13.1. LGDCU; la información es un derecho del consumidor y un deber del empresario, mientras que la publicidad no es un deber del empresario,

por lo que tampoco constituye un derecho del consumidor; el destinatario de la publicidad es el público en general, mientras que el de la información el consumidor interesado en la adquisición de los productos; el de información es un derecho del consumidor, mientras que la publicidad tutela no sólo al consumidor sino también al competidor.

D) *Sujeto del deber de informar.*

410

Aun cuando el art. 13 omite cuestión tan importante, cabe afirmar que el principal obligado a informar es el fabricante; en cuanto al distribuidor, creemos con ORTÍ VALLEJO [Ob. cit., pág. 420] que parece excesivo imponerle el deber de controlar la información obligatoria de los productos, pues no sería sólo la que previene la ley sino la que establecen cada reglamentación para cada caso y producto; pero sí cabría imponerle un control de la información mínima y esencial que debe conocer el consumidor para poder determinar el consentimiento.

E) *Objeto de la información.*

El art. 13.1. determina los datos sobre los que debe versar la información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales del producto:

- “a) Origen, naturaleza, composición y finalidad.
- b) Aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen.
- d) Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos, en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares.

e) Fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

f) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles”.

Ni que decir tiene, que estas especificaciones son las que pueden considerarse mínimas, ya que además habrán de ser objeto de información todos aquellos aspectos o características del producto o servicio que determinen las normas especiales y de desarrollo.

F) *Consecuencias de los defectos de información precontractual.*

Como hemos indicado, la finalidad de la información precontractual del consumidor es permitir a éste la formación de su consentimiento consciente. Por tanto, si la información es defectuosa y dicha información es la determinante de su consentimiento, éste adolece de vicio que permitirá la anulación del contrato: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

411

Si el consumidor ha contratado directamente con el fabricante, contra él ejercerá su acción, pero si lo hubiere hecho con el distribuidor deberá dirigirse contra él; en tal caso consideramos que puede exigir, en su caso, responsabilidad extracontractual al fabricante.

II. La responsabilidad contractual en el negocio jurídico de consumo

A) El interés contractual protegible.

En sede del Derecho llamado consumerista, se ha planteado la cuestión de cual es el interés contractual protegible.

CARRASCO PERERA [*Ob. cit.*, págs. 387-388] considera que con motivo de la contratación, el acreedor expone a los riesgos de la contravención del deudor bienes e intereses que no se reducen sólo al *interés propio de la prestación*, sino que existe un *interés de indemnidad*. Es decir, un interés en verse libre del riesgo de sufrir un daño, pues en ello consiste la indemnidad.

“Con el contrato, de hecho —dice CARRASCO—, el acreedor abre a la acción del deudor la posibilidad de incidir en otros bienes como la salud o la integridad, o acaso el resto del patrimonio del acreedor. Respecto de estos otros intereses, que no son el interés de la prestación, ciertamente el acreedor no ostenta una posición diversa de la que ostentaría de enfrentarse a su deudor de una manera “extracontractual”. Podemos hablar entonces de un interés de indemnidad en bienes del acreedor diversos del propio de la prestación.

412

Caso especialmente significativo de este interés de indemnidad es el de los daños consiguientes a una defectuosa prestación por el deudor en los contratos de venta o arrendamiento. Con motivo del defecto oculto del bien pueden resultar dañado, la salud e integridad física del comprador o, acaso, otros bienes (*v. gr.* el animal vendido que contagia al ganado). De hecho, en las ventas a consumidores el comprador no tiene casi nunca un interés diverso de este interés de indemnidad, dado que en el destino de la cosa adquirida no está el reintroducirla en el mercado. De ahí que una defensa de este tipo de interés de indemnidad pueda plantearse tanto desde una perspectiva contractual como extracontractual.

Igualmente ocurre con los daños a la persona en los contratos de asistencia médica. La frecuencia con la que en nuestros Tribunales este tipo de daño se liquida por vía extracontractual pone de manifiesto la natural fungibilidad de un interés de esta clase. De un lado, como interés de prestación (obligación de tratamiento médico correcto) y, de

otro, como interés de indemnidad absoluto que no resulta cualificado especialmente por el hecho de que el dañante sea a la vez deudor”.

B) Responsabilidad por incumplimiento.

Se habla de incumplimiento en el negocio jurídico de consumo, como en cualquier otro, en aquellos supuestos en que —como dice DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 567]— “el deudor no ajusta su comportamiento efectivo a las previsiones establecidas en el acto o negocio jurídico de constitución de la obligación”.

Un claro supuesto de responsabilidad contractual en materia de consumo es el contemplado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 2 de marzo de 1993: Un consumidor reclamó contra una agencia de viajes con quien contrató el viaje y hospedaje en un determinado hotel, lo que después no se cumplió; la agencia de viajes alegaba la culpa del mayorista, pero la Audiencia estimó que la agencia había contratado en nombre propio, pues no se mencionó en ningún momento que actuase para el mayorista, y que la responsabilidad era contractual, si bien ésta debía ser moderada atendido que se prestó el servicio pero en hotel distinto del que figuraba en la publicidad y en el contrato.

Otro lo constituye el resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en Su Sentencia de 27 de marzo de 1992: Matriculado el consumidor en un Centro privado de Estudios cinematográficos, a la vista de la publicidad efectuada que resultó probadamente engañosa, demanda a dicho Centro. La Audiencia considera que la publicidad cuanto menos induce a error al usuario por lo que el consumidor que así lo exija debe ser protegido en la forma establecido por la LGDCU (art. 11.1. LGDCU) con la devolución del precio satisfecho.

Ambos casos son ejemplo de prestación defectuosa en materia de consumo, habiendo quedado defraudado el inte-

rés del consumidor a la prestación constitutiva del objeto de la obligación, y por lo tanto su derecho subjetivo.

Son formas básicas de lesión la mora y el incumplimiento definitivo, cuyos contornos no siempre son precisos, y junto a ellas, la prestación defectuosa.

En los supuestos de mora, cumplimiento defectuoso e incumplimiento definitivo, es donde se plantea la cuestión de en qué casos tiene el deudor que resarcir los daños y perjuicios que se le irroguen al acreedor: se habla entonces de responsabilidad contractual.

Se observa en la doctrina la existencia de dos tendencias o modos de contemplar el responsabilidad contractual: la de quienes lo hacen desde un punto de vista subjetivo, considerando que es necesario valorar la conducta del deudor para determinar su responsabilidad en el daño; y la de quienes, desde una posición objetiva consideran que lo decisivo es ver “en qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho”, independientemente de la valoración del comportamiento del deudor (DIEZ PICAZO) [*Ob. cit.*, págs. 568-569].

414

a) *Las teorías subjetivas.*

Tradicionalmente, al estudiar el régimen del Código civil y especialmente el art. 1.101 C.c., que como dice CARRASCO PERERA [CARRASCO PERERA, ANGEL: *En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por MANUEL ALBALADEJO. EDRP, T. XV. Vol. 1, pág. 377] no es la norma que disciplina la responsabilidad contractual, sino la genérica responsabilidad obligacional, ha sido mayoritaria la posición de la doctrina y jurisprudencia española que exigen no sólo el incumplimiento de la obligación, sino la culpabilidad del deudor para que pueda hablarse de responsabilidad del mismo. Es lo que se denomina teoría subjetivista, que se completa con ciertas presunciones como la de que el incumplimiento se presume culpable, salvo que el deudor demuestre lo contrario (arg. ex art. 1.183 C.c.),

y que el deudor responde de los actos de sus auxiliares.

Sin embargo, DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 578], ha criticado con razón esta línea subjetivista tradicional porque una cosa es que la responsabilidad del deudor pueda fundarse en la culpa y en el dolo y otra bien distinta es que el deudor quede liberado de la obligación mediante la prueba de haber empleado la diligencia necesaria. Si así fuera, la obligación tendría que quedar reducida, a un puro “deber de esfuerzo”. Por otro lado, el subjetivismo tradicional se ve obligado a sostener una concepción del caso fortuito que lo haga idéntico a “no-culpa”, de manera que la exención por caso fortuito sea igual al empleo de diligencia; mientras que para que exista caso fortuito es preciso que se produzca un hecho impeditivo del recto cumplimiento de la prestación, de manera que se rompa la relación de causalidad entre el comportamiento del deudor y el daño; es decir, que por muy diligente que el deudor haya sido, si no se ha producido la imposibilidad o el impedimento de prestación, no tiene por qué existir liberación.

415

b) *La responsabilidad contractual como responsabilidad objetiva.*

Por ello, afirma DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, pág. 580] “ha existido siempre una tendencia que ha buscado superar las limitaciones que ello determina, para obtener una responsabilidad contractual en cierto modo objetiva u objetivada y, también en cierto modo, fundada en la idea de una distribución entre las partes de los riesgos que la ejecución del contrato debe acarrear”, todo lo cual explica “que al producirse la Codificación aparezcan superpuestos varios estratos que son históricamente diferentes: de un lado los regímenes particulares de responsabilidad de los deudores de acuerdo con cada tipo contractual y por otro el intento de sistematización unitaria, sin que entre uno y otro estrato se haya producido siempre la necesaria armonía”.

Así, se afirma que en las *obligaciones pecuniarias*, la responsabilidad del deudor es en la práctica una responsabilidad objetiva, por tratarse de una obligación genérica; cabe que la imposibilidad provenga de una imposibilidad transitoria, o se trate de una simple mora. En las *obligaciones genéricas*, rige el principio *genus numquam perit*, por lo que sólo puede darse la mora y sólo el *factum principis* puede ser un impedimento que excluya la responsabilidad por daños. Tratándose de *obligaciones de resultado* el deudor responde del mismo, salvo hecho impeditivo del acreedor; y en las *obligaciones de medios*, como dice DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, págs. 586-587] “la violación de la regla de diligencia o de la *lex artis*, como también se la llama en relación con la diligencia profesional, no es en puridad un criterio de imputación de responsabilidad, sino un hecho determinante del incumplimiento en sí mismo. La culpa juega evidentemente en este tipo de obligaciones, pero juega porque culpa es igual a incumplimiento”.

c) *Medidas de reacción frente al posible incumplimiento contractual.*

Frente al incumplimiento podrá el deudor ejercitar las acciones tendentes al cumplimiento forzoso de la obligación (arts. 1.094-1.096 del C.c.), el cumplimiento por equivalencia, ante la imposibilidad sobrevenida de la obligación, y complementariamente la indemnización de los daños contractuales (art. 1.101 C.c.); con especial consideración del régimen especial de las obligaciones sinalagmáticas (*exceptio non adimpleti contractus*, opción entre resolución y cumplimiento, y *ius variandi*) (art. 1.124 C.c.).

En el negocio jurídico de consumo cabe distinguir en sede de responsabilidad contractual del distribuidor-vendedor, el doble interés del consumidor o usuario, como decíamos al principio: el interés propio de la prestación y el interés de indemnidad.

En cuanto al interés propio de la prestación, sólo se satisface con el cumplimiento voluntario, forzoso o por equivalente, y tal y como hemos dicho la responsabilidad del deudor sólo puede ser objetiva para que el consumidor quede plenamente protegido.

C) Responsabilidad contractual por daños.

Pero además de ese interés propio de la prestación, el consumidor o usuario tiene un interés de indemnidad, o de ausencia de daño como consecuencia del cumplimiento de la obligación; quiere que el objeto de la prestación no le cause daños, entendiendo por tales los que afectan a los derechos que le corresponden como tal consumidor o usuario, bien directamente o por inobservancia de los derechos instrumentales del consumidor.

Tratándose de supuestos de responsabilidad contractual, es decir la del empresario que contrata con el consumidor y usuario, la responsabilidad del deudor por daños, como antes apuntábamos, puede estimarse que es subjetiva, es decir, requiere la concurrencia de culpa, o por el contrario que debe ser objetiva, sin determinación de culpabilidad. En el primer caso, es decir, de tener que valorarse el grado de culpabilidad del deudor, quedaría debilitada la defensa del consumidor o usuario. Quizá por esa razón la LGDCU parte en su artículo 25, de una declaración inicial de responsabilidad objetiva por los daños causados, solamente atenuada por la conducta negligente del propio acreedor o de las personas por quienes deba responder.

Debe tenerse presente que tras la publicación de la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, no promulgada en la fecha de las Jornadas, su Disposición final primera establece que los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no será de aplicación a la responsabilidad civil por daños

causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de dicha Ley.

La Exposición de Motivos de dicha disposición señala que “la Ley establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran”. Se refiere a los del artículo 6, que más que subjetivar su responsabilidad en dichos casos debe considerarse recoge supuestos de ruptura del nexo causal o de caso fortuito. Hechas estas precisiones veamos el régimen de la LGDCU. El art. 25 de la LGDCU establece: “*Artículo 25.* El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente”.

418

Debe advertirse con carácter previo que de aprobarse el Proyecto de Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 20 de diciembre de 1993), “los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley”. Ello implicaría un recorte importantísimo en la aplicación de estos preceptos de la LGDCU, si se tiene en cuenta que para el Proyecto indicado son productos, todos los bienes muebles, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza que no hayan sufrido transformación inicial (art. 2).

Como dice DIEZ PICAZO [DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLES-TEROS: *Sistema de Derecho Civil*. V. II, 6.^a ed.] se enuncia un principio rígido de responsabilidad objetiva, salvo cuando se den las circunstancias que se enumeran. Sin embargo, deben considerarse tanto la fuerza mayor como el hecho

de tercero, pues entonces el daño no está producido por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios”.

Por tanto, el derecho subjetivo del consumidor y usuario a la indemnización de los daños y perjuicios, reclamable al empresario con quien contrató, queda condicionado a la concurrencia de los siguientes requisitos:

A) Existencia y demostración de los daños y perjuicios.

B) Nexos de causalidad entre el consumo de bienes o utilización de productos o servicios y el daño.

C) Inexistencia de culpabilidad del consumidor y de las personas de las que deba responder civilmente.

Claro supuesto de responsabilidad contractual por daños es el contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 29/5/1992: Se trataba del robo de un aparato de radio de dentro de un vehículo, previa rotura del cristal, que se hallaba estacionado en un área superficial habilitada para ello en contraprestación de un pago dinerario establecido en función del tiempo de utilización. Tras discutir la naturaleza jurídica del mismo, que considera que no es ni depósito, ni arrendamiento de cosa, lo califica de contrato innominado y atípico en que si bien la finalidad estricta de custodia constituye el elemento esencial del contrato de depósito, dicha obligación de guarda es compatible con otros contratos distintos, en los que entonces aparece como obligación —no exclusiva y principal— sino accesoria o secundaria, pero no deja por ello de ser exigible su cumplimiento o la responsabilidad derivada de su incumplimiento. El conductor o propietario del vehículo estacionado es usuario en los términos que define el artículo 1.2. de la LGDCU y por ello tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados que la utilización de servicios les irroguen salvo que se derive de su culpa exclusiva, surgiendo, por tanto la responsabilidad de los que facilitan tales servicios a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamenta-

riamente establecidos y los demás cuidados y diligencia que exige la naturaleza del servicio o actividad. En el contrato de parking la obligación de vigilancia del vehículo es consecuencia coherente con el uso y la buena fe.

Sin embargo cabe observar que la Audiencia introduce un elemento subjetivo, el de la culpa del deudor: “a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencia que exige la naturaleza del servicio o actividad”, es decir, utiliza como criterio dulcificador del radical principio de la responsabilidad objetiva el del artículo 26 LGDCU.

Dicho precepto dice así:

“*Artículo 26.* Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad”.

DIEZ PICAZO [*Ob. cit.*, págs. 644-645], afirma con razón que el principio de responsabilidad objetiva queda enormemente oscurecido en el art. 26 de la Ley al señalar las personas responsables, ya que en él se parte del principio de responsabilidad por culpa, si bien con una inversión de la carga de la prueba para favorecer al consumidor o usuario. Por ello, considerando BERCOVITZ que no tiene en sede de responsabilidad contractual sentido una responsabilidad por culpa, sostiene, y compartimos su criterio, que el artículo 26 LGDCU debe ser interpretado de otra forma: los productores, importadores y suministradores responden siempre que se haya producido el daño y el mismo haya sido causado por el defecto del producto o servicio suministrado, de acuerdo con el artículo 25. Sólo cuando el nexo causal no exista (esté interrumpido) o cuando nos encontremos ante

una de las excepciones a la imputación objetiva, recogidas expresamente en el artículo 25 o aplicables al mismo a partir de la Directiva 85/374 (arts. 7 y 8), sólo entonces podrán aquellos eximirse de responsabilidad. La prueba de que han actuado reglamentariamente y con los cuidados debidos no es sino una prueba de que el producto salió de sus manos sin defecto alguno o de que el defecto fue ajeno a la actuación profesional o empresarial que resulta exigible (excepciones al criterio de imputación objetiva). [*Ob. cit.*, pág. 698].

Conviene, de nuevo, recordar en este momento que nos estamos refiriendo a la responsabilidad de quien contrató directamente con el consumidor o usuario y le suministró el producto o le prestó el servicio del que causalmente se ha derivado el daño; en definitiva la cuestión es de qué manera responde al interés de indemnidad del consumidor.

La responsabilidad es *objetiva* por declaración legal cuando se trata de bienes comprendidos en el artículo 28 de la LGDCU que dice: “*Artículo 28.* 1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se considerarán sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas.

Esta cantidad deberá ser revisada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.”

¿Y qué ocurre cuando se trata de bienes no comprendidos en el artículo 28 LGDCU? Se regirá por las normas de los arts. 25, 26 y 27 que establecen el régimen general de responsabilidad. Nos hemos referido con anterioridad a los dos primeros preceptos.

El art. 27 LGDCU dice así: “*Artículo 27. 1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad:*

a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

2. Si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.”

De dicho precepto cabe extraer, a nuestro juicio, las siguientes consecuencias:

En principio, y partiendo de lo expresado al comentar los artículos 25 y 26 LGDCU, la responsabilidad contractual

del vendedor por daños inferidos al consumidor por el producto o servicio debe ser objetiva en los supuestos de los apartados a) y b) del artículo 27 LGDCU, porque los sujetos responsables o produjeron el bien o debieron poner la diligencia profesional exigible para comprobar su estado correcto.

Mas, en el caso de que se trate de “productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro” (art. 27.c) si el que los vende no es la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad o siéndolo pruebe la falsificación o incorrecta manipulación por terceros, parece razonable afirmar que de los daños causados por el producto no debe responder el vendedor, sino aquéllos. Pero no porque sea o no culpable, sino porque no hay nexo de causalidad posible entre la actividad que con relación a ellos se le permite realizar (piénsese que están envasados, etiquetados o con cierres íntegros) y el daño causado.

423

a) Sujetos responsables.

Son según el art. 26, y 27.1 LGDCU los fabricantes, importadores, y suministradores de productos o servicios siempre que contraten directamente con el consumidor o usuario. En definitiva, los empresarios, profesionales e incluso la Administración pública cuando participen en la producción, comercialización o suministro de cualquier producto o servicio, ya lo hagan a título oneroso o lucrativo si ello ha tenido lugar dentro del ámbito de actividad propia de la empresa o del profesional (BERCOVITZ) [*Ob. cit.*, pág. 683].

Conforme al art. 27. 2. LGDCU: “Si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.”

b) Sujetos protegidos.

Los consumidores y usuarios perjudicados que sean contratantes, adquirentes del bien o servicio.

c) Objeto de la responsabilidad.

Lo constituye el origen, identidad e idoneidad de los productos o servicios.

d) Daños.

Cubre todos los daños y perjuicios, incluso los propios del bien o servicio consumido o utilizado (BERCOVITZ) [*Ob. cit.*, pág. 685].

424

e) Alcance de la responsabilidad.

Además de los daños y perjuicios demostrados a que se refieren los arts. 25 y 26 LGDCU, el art. 29 de la misma establece: “*Artículo 29.* 1. El consumidor o usuario tendrá derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños contractuales y extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo.

2. Dicha compensación se determinará según lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Con el fin de garantizar la percepción de las indemnizaciones procedentes en casos graves de intoxicación lesión o muerte, a que se refiere el art. 28, establece el art. 30 LGDCU lo siguiente: “El Gobierno, previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, adoptará las medidas o iniciativas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado

de los productos, servicios o actividades a que se refiere el artículo 28”.

La disposición adicional segunda del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos (Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 20 de diciembre de 1993) consigna nueva redacción de este artículo 30, en los siguientes términos: “El Gobierno, previa audiencia de los interesados y de las Asociaciones de Consumidores y usuarios, podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales”.

f) Prescripción de la acción.

425

Tratándose de responsabilidad contractual, el plazo para el ejercicio de la acción es el de quince años (art. 1.964 C.c.) desde el día en que pudieran ejercitarse (art. 1.969 C.c.), o desde que lo supo el agraviado (art. 1.968 C.c.). Sin embargo, como con razón apunta BERCOVITZ [*Ob. cit.*, pág. 688] hay contratos que prevén los plazos especiales para determinadas reclamaciones. Tal es el caso del plazo de seis meses del artículo 1.490 C.c. para los llamados vicios ocultos.

D) La responsabilidad por garantía.

La LGDCU se refiere a la responsabilidad por garantía en el artículo 11: “1. El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezcan en los contratos deberá permitir al consumidor o usuario que se asegure la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de

prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento. 2. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada, por escrito, expresará necesariamente:

- a) El objeto sobre el que recaiga la garantía.
- b) El garante.
- c) El titular de la garantía.
- d) Los derechos del titular de la garantía.
- e) El plazo de duración de la garantía.

3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

426

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado.

4. Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en la reparación y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público.

5. En los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico, y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado”.

La redacción del precepto no es excesivamente afortunada como ha puesto de manifiesto la doctrina [GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *Comentarios a la Ley General...* cit., págs. 355 y sgs.), que se ha manifestado muy crítica con relación no sólo a su redacción sino a su propia sistemática.

Cabe, en primer lugar, señalar que el precepto ofrece la duda de si el régimen de comprobación, reclamación garantía y posibilidad de renuncia o devolución consignado en el art. 11.1. LGDCU se aplica cualquiera que sea la naturaleza, duradera o no de los bienes, y por otra parte si únicamente es de observar cuando se haya establecido en los contratos.

El art. 11.1. LGDCU contiene a nuestro juicio, un régimen general, aplicable cualquiera que sea la naturaleza de los bienes —a diferencia de lo que sucede con el número 2 y 5 LGDCU, tal como resulta del Real Decreto 287/1991 de 8 de marzo—, y ya se hubiere o no establecido en los contratos, los cuales no podrán modificar dicho régimen legal en perjuicio del consumidor o usuario: así se deduce de las expresiones “deberá permitir”, “pueda reclamar”, “pueda hacer efectivas”, “pueda obtener la devolución”.

Constituye por tanto el régimen legal de garantía que contractualmente no puede ser modificado, con el fin de proteger los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, entre cuyas normas de protección se incluyen; estas normas se aplican además de lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior, y el régimen de autorización de cada producto o servicio (art. 7 LGDCU), y no son renunciables (art. 2.3. LGDCU), por lo que aun cuando no fueren expresamente pactados no se pueden entender renunciados los derechos consignados en el art. 11.1. LGDCU que quedan integrados en el contrato junto a las condiciones pactadas. Con el fin de impedir conductas obstaculizadoras en la exigencia de sus derechos, el art. 12 LGDCU ordena que “no se podrá hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor o usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares”. En la misma línea se enmarca el art. 10.5 LGDCU, conforme al cual “los poderes públicos velarán por la exactitud en el peso y medidas de los bienes y productos, la transparecencia de los precios y las condiciones de los servicios postventa de los bienes duraderos”.

a) *El régimen de comprobación.*

Conforme al art. 11.1. LGDCU el contrato de consumo “deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio”. Este régimen —y ello es prueba de que el art. 11.1. se aplica a todos los contratos de consumo, páctese o no el régimen de comprobación, y cualquiera que sea la naturaleza de los bienes— no es sino consecuencia ineludible conforme a la ley (art. 1.258 C.c.), del derecho a la información (art. 2.1.d) LGDCU). Con tal finalidad el art. 13 LGDCU, como ya vimos en su momento, exige que los bienes, productos y servicios “deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y al menos sobre las que determina el art. 13.1. LGDCU.

428

Este régimen de comprobación es presupuesto para que el consumidor —a la vista de su resultado— pueda reclamar, exigir las garantías u obtener la devolución equitativa del precio, según los casos.

b) *El régimen de reclamación.*

El régimen de reclamación pactado —o no— deberá permitir al consumidor o usuario reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro. RODRIGO BERCOVITZ [RODRIGO BERCOVITZ: “La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores”, en *Estudios Jurídicos*, pág. 215] entiende que el art. 11.1. no pretende introducir cambios en los conceptos en él aludidos, siendo un recordatorio de la norma del art. 7 LGDCU; y en el mismo sentido se manifiesta GARCÍA CANTERO [*Ob. cit.*, pág. 370. En contra DUQUE, citado por este último].

c) *El régimen de garantía.*

El consumidor o usuario puede “hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación” (art. 11.1 LGDCU), conforme a las normas civiles o mercantiles (art. 7 LGDCU), que serán íntegramente aplicables, respetándose además los intereses económicos y sociales de los consumidores que les reconoce la LGDCU. Entre sus normas destaca la prohibición contenida en el art. 11.4 LGDCU, conforme al cual: “4. Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público”.

Además de dicho régimen general, los arts. 11.3 y 5, contienen un régimen especial para los *bienes de naturaleza duradera*, entendiéndose por tales conforme al art. 2 y Anexo II del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios los siguientes:

“Instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música.

Herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes.

Muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos.

Aparatos eléctricos, electrotécnicos y electrónicos.

Vehículos automóviles, motociclos, velocípedos, sus piezas de recambio y accesorios.

Juguetes, artículos para recreo y deportes.

Vivienda.”

Tratándose de tales bienes el art. 11.3 LGCU exige que el productor o suministrador entregue una *garantía formalizada por escrito* que expresará necesariamente:

- a) El objeto sobre el que recaiga la garantía.
- b) El garante.
- c) El titular de la garantía.
- d) Los derechos del titular de la garantía.
- e) El plazo de duración de la garantía.

Los apartados 3 y 5 del art. 11 determinan cuales son los derechos “mínimos” del consumidor, derivados de la garantía:

“3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado”.

“5. En los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado”.

d) *El régimen de garantía y el cumplimiento defectuoso o incumplimiento contractual.*

Sin perjuicio de las normas civiles o mercantiles sobre el cumplimiento defectuoso o sobre el incumplimiento contractual, que se declaran vigentes por el art. 7 LGDCU en sede de consumo, el art. 11.1 LGDCU se refiere, en general, al incumplimiento ordenando que si se pactare contractualmente la responsabilidad por él debe consignarse la posibilidad de renuncia o devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente.

Específicamente tratándose de bienes de naturaleza duradera especialmente garantizados conforme al art. 11.2., el

art. 11.3. como hemos visto determina que “el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado”.

E) El régimen de garantía en las legislaciones autonómicas.

a) *País Vasco.*

Para la defensa de la calidad de los bienes y servicios el art. 12 a) establece que se desarrollarán las medidas conducentes al logro de: “a) Unas plenas garantías del estado del bien o servicio al ser adquirido o utilizado y una concreción de las que se ofrecen en relación con su posterior uso”. El Gobierno vasco fomentará la oportuna información sobre el modo de utilización de los productos, las contraindicaciones y sus garantías” (art. 17, segundo párrafo).

431

b) *Galicia.*

Su ley contiene precepto específico sobre garantías, ya que dedica a las mismas su artículo 20:

“Artículo 20. Respecto de los bienes de naturaleza duradera, se adoptarán dentro de la normativa vigente las medidas que conduzcan a lograr los siguientes objetivos:

a) Entrega por el fabricante o vendedor, de una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente:

1) El garante.

2) El beneficiario de la garantía.

3) El objeto o contenido de la garantía.

4) El plazo o duración de la garantía, durante la cual el beneficiario de la misma tendrá derecho, como mínimo, a la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados, así como la sustitución del objeto adquirido por otro de

idénticas características o a la devolución del precio pagado en los supuestos en que la reparación efectuada no hubiese sido satisfactoria y el bien no tuviese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado.

5) Una información precisa que le permita diferenciar con claridad los servicios postventa debidos por el vendedor o fabricante en concepto de garantía contractual de los que tienen que ser costeados a su cargo.

b) Un adecuado servicio técnico y existencia de repuestos durante el período ordinario de duración según los casos. En todo caso, los poderes públicos velarán por las condiciones de los servicios postventa”.

c) *Cataluña.*

432

El art. 7 ordena que para la justa protección y adecuada satisfacción de los legítimos intereses de los consumidores, la Administración de la Generalidad adoptará las medidas necesarias para conseguir:

“d) Que, de conformidad con la legislación aplicable, el consumidor disponga de la garantía y del correspondiente servicio de postventa para los bienes de consumo duradero”.

III. La responsabilidad extracontractual en sede de derecho de consumo

A) Teoría general.

Hemos expuesto el régimen de la responsabilidad contractual en el negocio jurídico de consumo, y especialmente en los arts. 25 a 29 de la LGDCU, preceptos que son igualmente aplicables a la responsabilidad extracontractual en sede de Derecho de consumo, ya que como dicen DIEZ PICAZO y GULLÓN [*Sistema, cit.*, págs. 596-597) “cuando entre dos personas media una relación jurídica contractual, produ-

cido un daño por una parte a la otra interviniendo culpa o negligencia, puede suceder que ese mismo resultado dañoso sea susceptible de considerarse como una infracción contractual, que generaría responsabilidad de este tipo, o como un supuesto de responsabilidad extracontractual, en tanto hubiera producido la obligación de reparar como consecuencia del incumplimiento del *neminem laedere*".

Pero es más, cabe que un incumplimiento contractual produzca una responsabilidad extracontractual a persona no interviniente en el contrato, puesto que tan consumidor es el contratante como quien realmente consume el producto o utiliza el servicio, como tuvimos ocasión de examinar.

El Tribunal Supremo trató precisamente de un supuesto de estas características, por citar una sentencia reciente, en la de 1 de febrero de 1994: La parte actora era legítima poseedora, en virtud de un contrato de leasing, de un automóvil Mercedes Benz, utilizado por el Director general de la sociedad actora, el cual lo había dejado aparcado en el estacionamiento cerrado y vigilado de un hotel en el que estaba hospedado, y del que le fue sustraído. La sociedad arrendataria en virtud del contrato de leasing, demandó al Hotel y a la Compañía aseguradora que cubría los riesgos del aparcamiento vigilado del hotel en reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida del coche, con base en el art. 1.902 del Código civil que referido a la culpa extracontractual establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", en relación con ciertas disposiciones administrativas que establecen que uno de los servicios u obligaciones del hospedaje es la prestación del servicio de garaje para la guarda de los vehículos de los clientes. El Juez de 1.ª Instancia, dio la razón a la entidad demandante, pero la Audiencia Provincial de Málaga la revocó por entender que la entidad actora carece de acción ya que la obligación de prestar el servicio de garaje deriva de un contrato, el de hospedaje, que fue suscrito

entre el Director general usuario del vehículo y el Hotel, pero no por la arrendataria financiera del Mercedes Benz, no obstante lo cual dicha sociedad debía haber fundado su demanda en el art. 1.101 del Código civil relativo a la responsabilidad contractual, basándose en que el origen del hecho se sitúa en la celebración de un contrato de hospedaje, y de que aún no habiendo sido parte contractual la reclamante, “en nombre propio puede hacer valer derechos ajenos”, sólo contra el hotel o de manera conjunta contra el establecimiento y el usuario del vehículo.

434

El Tribunal Supremo casó la Sentencia de la Audiencia y confirmó la del Juzgado por entender que nos hallamos ante unos hechos que pueden calificarse como constitutivos de culpa extracontractual, ya que a partir de “un origen lícito, cual es la utilización por el usuario del vehículo de los servicios de aparcamiento del hotel en que se hospeda se produce, por un acto ilícito, el descuido o la omisión en el deber de vigilancia de los empleados del aparcamiento, personas dependientes del hotel, la acción antijurídica de la sustracción con el daño consiguiente al tercero, propietario del vehículo que formula la reclamación. Concurren como elementos de la responsabilidad extracontractual el comportamiento ilícito de los que omitieron el deber de vigilancia, el daño patrimonial, y el nexo causal proporcionado al evento (la falta de vigilancia favorece eficazmente la sustracción); el perjudicado no incurrió en ninguna conducta culposa pues cedió el uso del vehículo depositado en un aparcamiento vigilado y, finalmente, la culpa aunque es directamente atribuible a los empleados de la vigilancia, también es transferible a la empresa hotelera puesto que la obligación que impone el artículo 1.902, es exigible por hechos ajenos de los que otro deba responder, según el artículo 1.903, concretamente de acuerdo con el supuesto que contempla el párrafo 4.º (ambos artículos del Código civil)”.

El supuesto contemplado por la Sentencia se daría igualmente en otros negocios jurídicos de consumo, en que el

consumidor del bien o usuario del servicio causante del daño, fuere persona distinta de quien lo adquirió o contrató: piénsese en la intoxicación producida en una familia por un producto alimenticio en condiciones inadecuadas que afecta a todos los miembros de aquélla e incluso a todos excepto a aquél que precisamente lo adquirió.

En el supuesto de que se produzca un acto ilícito extracontractual y a la vez acciones de resarcimiento originadas en contrato, se ha discutido quien elige entre la exigencia de una u otra responsabilidad, cuando el perjudicado sea el mismo contratante.

El Tribunal Supremo ha consagrado como principio inspirador de su jurisprudencia la que denomina “unidad de culpa civil” (Sentencias de 24.3. y 22.12.1952 y 1.2.1994).

Conforme a la Sentencia de 1 de febrero de 1994, “en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual” es “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”. Por lo tanto, “no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente en exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (Sentencia de 9 de marzo de 1983 entre otras muchas), criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida “unidad” conceptual (Sentencia de 20 de diciembre de 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993)” o “yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los

hechos al Juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ello, todo el favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible (Sentencia de 15 de febrero de 1993).

Y es que como declaró el propio Tribunal en su Sentencia de 24 de marzo de 1952, los arts. 1.101 y 1.902 del Código civil responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el art. 1.106 del Código civil, como recordaba SANTOS BRIZ [*Comentarios al Código Civil...*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XXIV, pág. 102].

B) Responsabilidad subjetiva u objetiva.

436

Hemos expuesto cómo para la existencia de la responsabilidad extracontractual se requiere, un comportamiento, positivo (acción) o negativo (omisión), la producción de un daño, nexo causal entre el comportamiento y el daño, y como dicen DIEZ PICAZO y GULLÓN [*Ob. cit.*, pág. 598] “todavía cabe señalar que, junto a las tres exigencias legales apuntadas... para que se produzca responsabilidad civil es preciso que exista un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado. El criterio normal de imputación es la culpabilidad, si bien la ley admite otros posibles criterios de imputación”.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 29.05.1993, ha reconocido que “al lado de la regulación de la culpa extracontractual como fuente de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados contenida en los arts. 1.902 y sgs. C.c., han aparecido modernamente nuevas disposiciones legales dirigidas a obtener la reparación de los daños y perjuicios causados en el ejercicio de determinadas y específicas actividades a través de las cuales se pretende una mayor protección de los perjudicados, atenuándose o abandonándose los criterios culpabilísticos que imperaban, si bien con

excepciones (arts. 1.905, 1.906, 1.908 y 1.910), en el C.c., bien acogiendo el principio de la inversión en la carga de la prueba, bien estableciendo una responsabilidad puramente objetiva.

La pregunta que cabe en consecuencia formularse es la de saber que criterio sigue en este punto la LGDCU.

La Sentencia de 24-5-1993 de la Audiencia Provincial de Valencia reiteró la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero y 20 de octubre de 1990 y 23 de mayo de 1991, que estudian el Derecho comunitario, y en concreto la Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985. Declaró el Tribunal que en el ámbito del ordenamiento jurídico español la LGDCU prevé el problema de la responsabilidad civil que divide en dos áreas diferenciadas: a) La objetiva —como excepcional— (artículo 28) en cuanto dispone que en todo caso se someten a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios (y otros) con un límite cuantitativo revisable de 500.000.000 de pesetas y b) La subjetiva (artículos 25, 26 y 27) que tiene carácter general basada en la culpa del sujeto responsable que se presume pero que puede exonerarse de su deber indemnizatorio probando bien que el consumidor o las personas que deben responder civilmente han hecho uso indebido negligente o temerario del producto o bien que se han cumplido todas las exigencias o requisitos reglamentarios establecidos y se han adoptado aquellas diligencias y previsiones acordes con la naturaleza y especialidad de las mercaderías que han incorporado al tráfico comercial y ofertado a los posibles usuarios. En el mismo sentido la STS de 29/5/1993 dice que el productor, importador, suministrador o quien facilita los productos y servicios “viene obligado, para exonerarse de responsabilidad, a la prueba de una conducta diligente por su parte”.

Sin embargo, no es tan claro que el art. 25 adopte una concepción subjetiva de la culpa como hemos visto, sino todo lo contrario, e incluso hay autores como BERCOVITZ [*Ob. cit.*, págs. 703-704], que consideran que la responsabili-

dad extracontractual es igualmente objetiva, y por idénticas razones a las anteriormente expuestas al hablar de la responsabilidad contractual, también en los arts. 25, 26 y 27 LGDCU, pues nadie discute los supuestos del art. 28 LGDCU.

C) La responsabilidad objetiva en los supuestos del art. 28 de la LGDCU.

El art. 28 recoge como supuestos de responsabilidad objetiva indiscutible e indiscutida la del fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores por “los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. 2. En todo caso, se considerarán sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños”. 3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993, referida a este precepto considera que la responsabilidad es objetiva siempre que el daño se haya originado en el correcto uso y consumo de los bienes. Además:

a) No corresponde a la víctima la prueba de que el su-

jeto responsable no ha cumplido con las precauciones y medidas apropiadas, ni tampoco que ella ha obrado con toda corrección en el uso y consumo.

b) El sujeto responsable no puede liberarse probando que sí ha cumplido con dichas precauciones y medidas, sino que debe probar además la culpa de la víctima, cuya corrección en el obrar al igual que la buena fe se presumen. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 27-01-1993, en un supuesto de explosión de botella de butano por manipulación determinó la responsabilidad solidaria del productor, distribuidor y compañía de seguros por aplicación de la responsabilidad objetiva consagrada en este caso por el art. 28.1 LGDCU por no haber probado: a) Uso incorrecto del producto; b) estado normal del producto; c) información al consumidor sobre peligros del producto y forma de evitarlos.

c) Debe haber nexo de causalidad entre el daño y el uso y consumo del producto.

439

Si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. En ocasiones, unos responderán contractualmente y otros extracontractualmente (STS 20-10-1990 y AP de Valencia de 24-5-1993). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 7 de mayo de 1992: adquirido un vehículo de un concesionario, se produce al siguiente día un accidente por falta de frenado del vehículo del consumidor, comprobándose se trata de un defecto del vehículo; se reclama contra el distribuidor y contra el fabricante, siendo condenados ambos solidariamente, en virtud de la responsabilidad objetiva consagrada en el art. 28 y en que no queda suficientemente acreditado cual de ellos es el causante del mismo.

D) La responsabilidad extracontractual en los supuestos no comprendidos en el artículo 28 LGDCU.

¿Qué ocurre en los demás supuestos no comprendidos en el art. 28 LGDCU. Consideramos que es necesario un exa-

men diferenciado de la posible responsabilidad de las distintas personas hipotéticamente responsables contempladas por la Ley.

Consideramos que cabe distinguir entre:

a) *El fabricante e importador*, cuya responsabilidad asimila la ley (arts. 26 y 27): Como veíamos al principio el consumidor tiene en el negocio jurídico de consumo un doble interés: el interés por la prestación, y el interés de indemnidad.

En cuanto al primero, consideramos que el fabricante e importador responderán frente al consumidor de los daños y perjuicios causados, en aquellos casos en que los productos adquiridos hayan sido negligentemente fabricados, no respondan a las características y especificaciones resultantes de la publicidad, o hayan sido objeto de una deficiente información. El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de noviembre de 1984, cuya doctrina ha sido reiterada por las de 25.03.1991, y 29 de mayo de 1993, ha considerado que la responsabilidad del fabricante habrá de basarse en:

— negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa.

— faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o preparación. (Recuérdese la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10/5/1993).

“La responsabilidad del fabricante en ambos supuestos, —dice nuestro más alto Tribunal— que normalmente habrá de discurrir por cauce extracontractual, descansa en la inexcusable presencia de un acto culposo o negligente, es decir, de un comportamiento del que se deriva responsabilidad por defectos de fabricación o por incumplimiento del deber de orientar al usuario”. Pero no cabe confundir el fundamento de la responsabilidad en la presumible existencia de culpa del fabricante, con la necesidad de que haya que demostrar su culpabilidad o no en la frustración del interés del consumidor porque la prestación se realice en las condiciones

esperadas; exigirlo sería dejar inoperantes los derechos de los consumidores.

En cuanto al interés de indemnidad, responden al consumidor o usuario, con responsabilidad objetiva, de los daños y perjuicios causados porque el art. 25 así lo determina con carácter general, porque el art. 26 sólo le exime de responsabilidad si demuestra la falta de nexo causal entre el producto fabricado en el que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad, y el daño producido, y finalmente porque el art. 27 establece su responsabilidad con relación al “origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan”. En efecto, si el fabricante ha actuado diligentemente, en la forma dicha, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1984, consideró que si se hace constar que es veneno y que “debe utilizarse bajo control directo del distribuidor” “la pérdida sufrida por la cosecha de remolacha de los agricultores ha de ser resarcida parcialmente no por el fabricante del producto, al que no es reprochable negligencia alguna, sino por la empresa distribuidora, que incumpliendo las instrucciones del primero desatendió el deber de cuidado en cuanto a que la aplicación del producto se realizara bajo su inmediata dirección”. Pero, insistimos, no es que no haya culpa del fabricante, lo que no hay es responsabilidad, porque no hay nexo causal entre su actuación que además se considera correcta y el daño producido.

441

b) *El tenedor de los productos a granel*, responde igualmente con responsabilidad objetiva (art. 27 1.b). El fundamento de dicha disposición se halla, a nuestro juicio, en el desconocimiento de quién es el fabricante, y en que el tenedor debe cumplir con su obligación profesional de velar por la calidad de los productos que ofrece al mercado.

c) *El suministrador o vendedor*: Nos hemos referido ya a su responsabilidad contractual. Pero además de la obligación del mismo de procurar satisfacer el interés del consumidor por la prestación, debe igualmente responder de la indemnidad del consumidor por razón de los bienes vendidos o servicios prestados; la responsabilidad puede ser en tal caso extracontractual, pero cabe cuestionarse si es necesaria o no la concurrencia de culpa. A nuestro juicio, la responsabilidad del vendedor es igualmente objetiva, salvo que los bienes vendidos fueren “productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro”, y no hubiesen sido alterados los cierres, pues la ley la desplaza a la “firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad”, salvo que pruebe “su falsificación o incorrecta manipulación por terceros” (art. 27.1.c LGDCU). En caso contrario debe indemnizar los daños y perjuicios demostrados por el consumo de bienes o la utilización de productos por él vendidos, salvo que pruebe que los daños y perjuicios, están causados por culpa exclusiva del perjudicado o por las personas de las que deba responder civilmente (art. 25 LGDCU), y que no existe nexo de causalidad entre su actuación escrupulosamente observante de las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad (art. 26 LGDCU).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de mayo de 1993, declaró que la forma de proceder no exenta de cierto descuido o negligencia del consumidor conlleva la compensación, reiteradamente reconocida por la jurisprudencia que se traduce en el efecto principal de reducir la cuantía de la indemnización solicitada y es que la coexistencia y compensación de culpas opera a efectos de aminorar, por imperativos de equidad la indemnización debida.

Si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros res-

ponsables, según la participación en la causación de los daños.

Recuérdense al respecto las Sentencias de la Audiencia Provincial de Bilbao de 27 de enero de 1993, relativa a la explosión de una botella de butano, que condenó solidariamente al productor, al distribuidor y a las compañías de seguros; o la de la Audiencia Provincial de Cádiz de 7 de mayo de 1992, que contempló la responsabilidad por el accidente del vehículo por falta de frenado, condenando solidariamente al distribuidor y al fabricante.

d) Los terceros. Responden en caso de falsificación o incorrecta manipulación de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro (art. 27.1.c. LGDCU). Dichos terceros no habrán de ser dependientes o auxiliares de los fabricantes, importadores, suministradores o vendedores de bienes o servicios (art. 1.903 C.c.).

443

e) Responsabilidad del Estado. Al referirnos a la responsabilidad extracontractual del Estado, lo hacemos desde un doble punto de vista: Si el Estado produce, importa, suministra, o facilita productos o servicios, como veíamos al hablar de la responsabilidad contractual, puede incurrir en responsabilidad extracontractual en los mismos casos que las restantes personas. Y por otra parte la responsabilidad que tiene por los daños causados por sus funcionarios o por los bienes de uso y servicio público.

E) La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

Merece tratamiento diferenciado el tema relativo a los daños causados por productos defectuosos, por cuanto existe publicado ya en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de Diputados), con fecha 20 de diciembre de 1993, el ya citado "Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos".

Y decimos merece tratamiento diferenciado por cuanto que la normativa sobre tal tema aparece regulada por una Directiva de la CEE, la 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, a la que se pretende adaptar nuestra legislación; y el Proyecto de Ley referido contiene dos declaraciones de extraordinaria importancia, la primera que “los sujetos protegidos —por ella— son, en general, los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores en sentido estricto”, y la segunda, que, como ya hemos referido su disposición final primera expresa que “los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el art. 2 de la presente Ley”, entendiendo por tal “todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial”. Recuerdese que el art. 335 del C.c. reputa bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior (que se refiere a los inmuebles), y en general todos los que se puedan transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos; e incluso estos últimos se consideran como bienes muebles a efectos de la Ley que comentamos.

a) *La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985*, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE de 7 de agosto de 1985). Dicha Directiva “no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual” (art. 13).

1) *La Directiva se decanta por la responsabilidad objetiva del fabricante*, al establecer en su art. 1 que “el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos” ya que “únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna” (Exposición de Motivos). Y proteger así al consumidor reparando “los daños causados por muertes y lesiones corporales así como la de los daños causados” a ciertos bienes que se destinen a uso o consumo privados y el perjudicado lo haya utilizado principalmente para ello (art. 9). Y todo ello aun en el supuesto de que el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero (art. 8). La responsabilidad del fabricante no podrá quedar limitada o excluida, en relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad (art. 12).

445

2) *Clases de fabricantes*: Distingue la Directiva tres clases de fabricantes, lo que efectúa a los solos efectos de establecer para las tres clases idéntico régimen de responsabilidad.

El fabricante propiamente dicho, está contemplado en el art. 3.1. conforme al cual: “Se entiende por «productor» la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto”.

El fabricante por extensión: “toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial”. Facilitará enormemente las reclamaciones de los consumidores perjudicados.

El fabricante por defecto de información: “si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del producto o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor”.

446

3) *Productos originadores de los daños.* El art. 2 de la Directiva entiende por “producto” cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aún cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por “materias primas agrícolas” los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por “producto” se entiende también la “electricidad”. “Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación”.

4) *Requisitos para la existencia de responsabilidad.* Son estos que el perjudicado pruebe el daño, el defecto del producto y la relación causal entre el defecto y el daño (art. 4), y que no concurra causa de exención de responsabilidad del fabricante (que son recogidas en el art. 7 de la Directiva, y cuyo fundamento parece ser la inexistencia de nexo causal y el caso fortuito), o haya habido culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable (art. 8.2.). Si los responsables fueren varios “su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir” (art. 5).

5) Extinción de la responsabilidad. La responsabilidad se extingue a los diez años a partir de la fecha en que el fabricante hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el mismo (art. 11).

6) Prescripción de la acción de responsabilidad. Prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor (art. 10.1).

b) La Ley 22/1994 de 6 de julio (BOE del 7.07.1994) (En el trabajo presentado a las Jornadas hice referencia al Proyecto de Ley de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de Diputados), de 20 de diciembre de 1993.)

La Ley entró en vigor el día 8 de julio de 1994 (Disposición final cuarta) No tiene la Ley, lógicamente, carácter retroactivo, por lo que sólo será de aplicación a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación tras su entrada en vigor. Si se hubieren puesto en circulación antes de la entrada en vigor, la responsabilidad de los fabricantes e importadores se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento (Disposición transitoria única). Si hubieren sido puestos en circulación con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, aun cuando hubieren sido fabricados o importados con anterioridad, les será de aplicación el régimen de responsabilidad establecido por la misma. De gran importancia es la Disposición final primera, conforme a la cual: "Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no será de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley".

1) *La Ley impone la responsabilidad objetiva del fabricante y de los importadores*, al establecer en su art. 1 que “los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”, y reducir los supuestos de exoneración de responsabilidad a los determinados en el art. 6 de la propia Ley. Dichos daños pueden ser “la muerte y las lesiones personales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el dañado” (art. 10). “Los daños y perjuicios, incluidos los daños morales podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general” (art. 10.2). Quedan excluidos los daños causados por accidentes nucleares, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea (art. 10.3). Y todo ello aun en el supuesto de que el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño (art. 8). Son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en la Ley (art. 14).

El art. 7 de la Ley determina la solidaridad de todas las personas responsables del mismo daño por aplicación de la Ley. Los sujetos protegidos “son, en general, los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores en sentido estricto” (Exposición de Motivos).

2) *Concepto de fabricante e importador.* La Ley establece un idéntico régimen de responsabilidad para el fabricante y el importador.

Se entiende por fabricante, a los efectos de esta Ley: “a) El de un producto terminado; b) El de cualquier elemento integrado en un producto terminado; c) El que produce una materia prima; d) cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación” (art. 4.1).

Es considerado como fabricante por falta de identificación del fabricante del producto, al suministrador o quien hubiera facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante (art. 4.3.). El suministrador, además, responde como si fuera el fabricante, o el importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el suministrador podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o importador (Disposición adicional única).

Se entiende por importador, a los efectos de la Ley, quien en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución (art. 4.2).

Sin embargo el concepto así enunciado no es completo, pues la propia Ley exige un requisito de extraordinaria importancia, a saber que la actividad del fabricante, importador o suministrador constituyan una actividad profesional o empresarial (art. 6.1.c).

3) *Productos originadores de los daños.* El art. 2 de la Ley formula el concepto legal de producto, como “todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y la pesca que no hayan sufrido transformación inicial”; “se consideran productos el gas y la electricidad”.

Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que se ponga posteriormente en circulación otro más perfeccionado (art. 3).

450

4) *Relación de causalidad entre el defecto y el daño.* “El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos” (art. 5).

El artículo 6 recoge las causas de exoneración de la responsabilidad:

“1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban:

- a) Que no habían puesto en circulación el producto.
- b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
- c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
- d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”.

2. El fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado no serán responsables si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de la exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo”.

El art. 9 consigna igualmente como causa para reducir o suprimir la responsabilidad del fabricante o importador, que el daño causado sea debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del dañado, o de una persona de la que éste deba responder civilmente. Por el contrario la responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con la ley que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño (art. 8).

451

5) Límite total de la responsabilidad. El art. 11 de la Ley determina que “En el régimen de responsabilidad previsto en esta Ley, la responsabilidad civil global del fabricante o importador por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas”.

6) Extinción de la responsabilidad. “Los derechos reconocidos al perjudicado en esta Ley se extinguirán transcurridos diez años, a contar desde la fecha en que se hubiera

puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial" (art. 13).

7) *Prescripción de la acción de responsabilidad.* La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en esta Ley prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción de que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año a contar desde el día del pago de la indemnización. La interrupción de la prescripción se rige por lo establecido en el Código civil (art. 12).

BIBLIOGRAFIA

- ABELLÁN TOLOSA, L.: "Las Juntas Arbitrales, un reto para el mundo del consumo". *Boletín de Consumo de la Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana*, número 5, 1988. "Las Juntas arbitrales de consumo, un cauce útil para solucionar los conflictos entre comerciantes y consumidores", *Revista del Departamento de Comercio Interior de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia*, número 29, 1989.
- ACOSTA ESTEVE, J.: *Perfiles de la Ley general de Publicidad*, Barcelona 1990. "El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988", en *Revista española de Seguros*, 1990. *Los consumidores y el arbitraje. Contribución al estudio del arbitraje: Ley de 5 de diciembre de 1988*, Barcelona 1991.
- ALBA ESTEVE, J.: "Primacía de una Directiva de la CEE sobre el Código Civil. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de

1990. Asunto C-106/89", en *Revista General de Derecho*, números 565-566, octubre-noviembre de 1991.
- ALBIEZ DOHRMANN: "Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales de los contratos", *ADC*, 1989.
- ALBORCH BATALLER, CARMEN: "La defensa del consumidor en la Comunidad Económica Europea". *Boletín de Consumo*, extra 1.º semestre 1988. "La protección del consumidor en el artículo 51 de la Constitución: consideraciones generales y desarrollo legislativo". *Estudios en homenaje al prof. Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*. T. I. Universidad de Valencia, 1984.
- ALCOVER GARAU: *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Madrid 1990. "Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de turismo", en *Estudios sobre Consumo*, 18/1990.
- ALFARO AGUILA-REAL: "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", *RDM*, 1987. *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid 1991.
- ALMAGRO NOSETE: "Estudio sobre una proposición de Directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo y de los consumidores", en *Justicia* 90, III/1990, y *Estudios sobre Consumo*, 18/1990.
- ANGEL YÁGÜEZ, R. DE: "La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos", en *Estudios sobre el Derecho de Consumo*. Bilbao 1991.
- AURIOLES MARTÍN: "La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones", *La Ley*, 3/1991.
- BANDO CASADO: *La protección pública de los usuarios de viviendas*. Madrid 1991.
- AZORÍN RONCERO: "La Ley General de protección de los derechos de usuarios y consumidores. Operaciones bancarias", *RGD*, 1985.
- BANDO CASADO, H. C.: "Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor". *A.I.D.A.* Madrid 1982.
- BARBA VEGA: "El derecho a la educación y formación en materia de consumo", en *Estudios sobre Consumo*, 3/1984.
- BARRACHINA, JUAN: "La Administración pública y las asociaciones de consumidores y usuarios", *Directiva* 1, 1990.

BELLO JANEIRO: "Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la ley general de consumidores y usuarios", *Revista General de Derecho*, 585/1993.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, A.: "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil" en *Lecturas sobre la Constitución Española*; coordinación de Fernández Rodríguez. Madrid 1978. "Procedimientos y sanciones en materia de publicidad desleal", en *Jornadas de Derecho de la Publicidad*, de varios autores. INP. Madrid 1980. "La protección de los consumidores en el Derecho español", *Estudios sobre Consumo*, 1/1984. "Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios sobre Consumo* 3/1984. "Modalidades especiales de ventas y protección de los consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, 4/1985. "Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español", "La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores", "La protección jurídica del inversor en valores mobiliarios", en *Estudios jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, por A. y R. BERCOVITZ. Madrid 1987. *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: "La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", en *Estudios sobre Consumo*, 3/1984. "La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". En *Estudios sobre Consumo*, 1987, extra. "La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU", en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987. "La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional". En *Estudios sobre Consumo*, extra-1987. "La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", en *Estudios sobre Consumo*, 12/1987. "Dos casos judiciales de responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos", *Poder Judicial*, 1990. En colaboración con CARRASCO PERERA: "Borrador de Anteproyecto de ventas por correo", en *Estudios sobre Consumo*, 21/1991. Co-

mentarios a la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992. "Comentario a la sentencia de 20 de octubre de 1990", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, septiembre-diciembre 1990. "Comentario a la sentencia de 10 de diciembre de 1990", en *Cuadernos Civitas*, enero-marzo 1991. "Comentario a la sentencia de 23 de mayo de 1991", *Cuadernos Civitas*, número 694.

BERMEJO VERA: "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor", en *Revista de Administración Pública*, 87/1977. "El derecho a la información de los consumidores y usuarios", en *Estudios sobre Consumo*, 3/1984. "La responsabilidad del empresario público en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", en *Estudios sobre Consumo*, extra-1987.

BONET NAVARRO: "Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, 16/1989.

BOTANA GARCÍA: "Noción de consumidor en el Derecho comparado". *Estudios sobre Consumo*, 18/1990.

BRAÑA PINO: *Europa y los consumidores*. Madrid 1989.

BROSETA PONT, MANUEL: "Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los Consumidores". En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*. Madrid 1981.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA: "El acceso a la justicia de los consumidores", en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*. Madrid 1990.

BUSTOS PUECHE: "Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del consumo", *La Ley*, 24 de agosto 1990.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La recepción de la obra", *ADC*, 1978. "Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.- Responsabilidad del promotor.- Legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal.- Legitimación del Presidente de la Comunidad de propietarios (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979)", *ADC*, 1980. "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981)", *ADC*, 1981. "La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales". *Anuario de Derecho Civil*,

1982. "Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor", en *ADC*, 1983. "La evolución de las responsabilidades en la construcción", *Centenario del Código civil*, Madrid 1990.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.^a: *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*. 2.^a ed. Madrid 1993. *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, 1994.
- CADARSO PALAU, J.: "El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970)", *ADC*, 1970.
- CALAIS-AULOY, J.: "Publicidad comercial y condiciones generales de los contratos", *Estudios sobre Consumo*, número 16/1989.
- CALVO VIDAL: "La protección de los consumidores; algunos tipos de ventas especiales". *Actualidad Civil*, 10/1993.
- CALZADA CONDE, MARÍA ANGELES: "Responsabilidad y seguro en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Estudios sobre Consumo*, extra-1987. *Comentarios a la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- CANDELA SÁNCHEZ, MARÍA: "Cláusula de rescisión unilateral en los contratos bancarios. Aplicación general de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 48/1992.
- CASADO CEVIÑO, A.: "El crédito al consumo y la protección de los consumidores", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 11-19983.
- CASAS VALLES, RAMÓN: "La ejecución de obras sobre vehículos", *Estudios sobre Consumo*, 10/1987. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- CASTRO Y BRAVO, DON FEDERICO DE: "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", en *ADC*, 1961. *Las condiciones generales y la eficacia de las leyes*, Madrid 1975. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1982.
- CAVANILLAS MÚGICA: *Responsabilidad civil y protección del consumidor*. Palma de Mallorca 1985. "La protección del subcon-

midor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, en *Estudios sobre Consumo*, 18/1990.

CEPAS PALANCA, RAFAEL: “Comentarios sobre la adaptación del Derecho español a la normativa de la CEE en materia de protección de los consumidores”, en *Gaceta Jurídica de la CEE*, 38/1987.

CID LUQUE, A.: “La vivienda y los consumidores”. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*. Madrid 1990.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS-HUMBERTO: “La predisposición del contenido contractual”, en *Revista de Derecho Privado*, 1979. “Las condiciones generales de los contratos: hacia un nuevo Derecho del contrato”, *Academia Sevillana del Notariado*, 1988. “El control de las condiciones generales del contrato”, *La Ley*, 1989, y en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor. Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

CLIMENT GONZÁLEZ, C.: “Defensor del cliente: qué es y para qué sirve”, ponencia expuesta en el *Curso de Perfeccionament en Consum*. Instituto Nacional de Consumo, noviembre 1991.

COCA PAYERAS, MIGUEL: *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

CORCES PANDO, ANA: “El sistema arbitral de consumo en España”, en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Madrid 1990.

CORDÓN MORENO: “El acceso a la justicia civil de los derechos de los Consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, 16/1989.

CORRIENTE CÓRDOBA, J. A.: “La protección de los Consumidores en la Comunidad Europea”, en *Estudios sobre el derecho de consumo*. Bilbao 1991.

CUCHILLO-FOIX, MONSERRAT: *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

CURTIDO MORA, D.: “La Educación del Consumidor y Usuario”, en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*.

CUESTA RUTE, JOSÉ MARÍA DE LA: “La Directiva de la CEE sobre publicidad engañosa”, en *Estudios sobre Consumo*, 7/1986.

- “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1989.
- CUÑAT EDO, V.: “Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada”. *Las fuentes efectivas del derecho español tras la Constitución de 1978*. Madrid 1992.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario a la sentencia de 27 de marzo de 1989”, *Cuadernos Civitas*, abril-agosto 1989, núm. 20.
- DÍAZ ALABART, SILVIA: “Comentario a la Disposición Adicional Segunda”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (dirigida por R. Bercovitz), 1991. *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- DÍAZ JIMÉNEZ, M.^a DEL CARMEN: “*Interpretatio contra stipulatorem* y principio de interpretación más favorable al consumidor”, en *Actualidad Civil*, 18-1994.
- DÍAZ RUIZ: “Usuarios y pólizas bancarias de crédito”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, II/1991.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La responsabilidad civil hoy”, *ADC*, 1979. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 4.^a ed., 1993. Con Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho Civil*.
- DOMÍNGUEZ ROMERO: “La defensa del consumidor y la cláusula penal en la Ley de ventas a plazos”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 1178/1979.
- DUQUE: “La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. *Estudios sobre Consumo*, 3/1984. *Anteproyecto de ley de condiciones generales de la contratación*, Valladolid 1987 (con RODRÍGUEZ ARTIGAS).
- ESCRIBANO COLLADO: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de consumo. La posición de las Corporaciones Locales”. En *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*. Madrid 1990.
- FERNÁNDEZ NOVOA: “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”. *Revista de Derecho Mercantil*, 107/1968. “La venta con regalo desde la perspectiva del Mercado Común”, *Actas de Derecho Industrial*, 1983.
- FERNÁNDEZ-PACHECO, MARÍA TERESA: “Los derechos básicos de los consumidores y usuarios y el Derecho urbanístico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 615/1993. “La venta de vivien-

das a consumidores: gastos que deben abonar los contratantes". *Actualidad Civil*, 19/1993.

FONT GALÁN: "¿Hacia un sistema jurídico mercantil de «faz completamente nueva»? La Ley, 26/1984, de 19 de julio para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social", en *Revista de Derecho Mercantil*, 1985. "La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 4/1988. "La protección de los consumidores en el Derecho privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores". "El Derecho del Consumidor entre Códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho Civil y el Derecho Mercantil". "El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". En *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*. Coordinación de FONT GALÁN y LÓPEZ MENUDO. Madrid 1990. FONT I LLOVET TOMÁS: *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

459

GARCÍA AMIGO, M.: "Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos", en *RDP*, 1965. *Condiciones generales de los contratos*, Madrid 1969. "Ley alemana occidental sobre condiciones generales", *RDP*, 1978. "Integración del negocio jurídico", en *AAMN*, 23, 1983. "La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado", *Revista de Derecho Privado*, 69/1985.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL: "La responsabilidad por ruina de los edificios", *ADC*, 1963. "Influjo de la Ley 29/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el Derecho de Obligaciones" *Addenda a Castán Tobeñas, Derecho Civil español, Común y Foral*, t. III, 15.^a ed. "Un aspecto de la tutela civil del consumidor: responsabilidad de constructores y promotores de viviendas", *Directiva*, número 1, 1990. "Venturas y desventuras del artículo 10 de la LCU", *Actualidad Civil*, 22-1991. *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A: "Contratación bancaria y consu-

- mo", en *RDBB*, 1988. "Derecho comunitario y Derecho del consumo", *RDM*, 1989.
- GERLACH, J.: "La protección de los consumidores en el derecho alemán", en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*. Madrid 1990.
- GHESTIN: *La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Dalloz, 1986, XXIII. *Securité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, París 1987.
- GÓMEZ CALERO, JUAN: *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Dykinson, 1990.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción (Estudio del artículo 1.591 del Código civil y su problemática actual)*, Barcelona 1990.
- GÓMEZ SEGADÉ: "Notas sobre el derecho de información del consumidor", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3/1980.
- GONDRA, J. M.: "Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional", en *Estudios en Homenaje a R. Uría*, Madrid 1978.
- GONZÁLEZ VAQUÉ: "El Derecho del Consumo, ¿una disciplina jurídica autónoma", *Estudios sobre Consumo*, 22/1991.
- GONZÁLEZ RUS: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*. Instituto Nacional de Consumo. Madrid 1986.
- GUTIÉRREZ SANZ, MARÍA ROSA: "Eficacia de las acciones ejercitadas por las asociaciones de consumidores y de la reconvencción", en *La Ley*, 3/1990.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: "El Acta única europea, la creación del mercado interior y la protección de los consumidores: algunos problemas fundamentales", *La Ley*, 31-3-1988.
- HERAS, LORENZO DE LAS: "Situaciones de inferioridad, subordinario o indefensión", en *Estudios sobre Consumo*, 3/1984.
- HERRERA CATENA, J.: *Responsabilidad en la construcción. I. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, Vol. II. Granada 1985.
- ILLESCAS ORTIZ: "Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios", en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Madrid 1990.
- JIMÉNEZ BELTRÁN, D.: "Desarrollo de la política de seguridad de productos en el marco del mercado interior", *Estudios sobre Consumo*, 17/1990.

- JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987.
- LACRUZ BERDEJO: "El acceso de los consumidores a la justicia en la Ley General para su defensa", en *Estudios sobre Consumo*, extra-1987.
- LASARTE: "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la STS de 27 de enero de 1977)", en *Revista de Derecho Privado*, 1980.
- LEMA DEVESA, C.: "La protección del consumidor en la Ley General de Publicidad". En *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*. Madrid 1990.
- LOIS CABALLE, A.: *Introducción al Derecho del Consumo*, Valencia 1991.
- LÓPEZ RANDO: "La responsabilidad civil del fabricante en la Ley General de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Algunos problemas que plantea y perspectivas de una reforma", *La Ley*, 4/1990.
- LÓPEZ MENUÑO: "Consumidores y usuarios de servicios públicos y responsabilidad de la Administración", en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid 1990.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, MANUEL ANGEL: "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español". *RGLJ*, 4-1987. "Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor". *Estudios sobre Consumo*, 16/1989.
- LÓPEZ SANTOS: "La defensa de los intereses generales de los consumidores y el artículo 18 del real decreto 825/1990 de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones", en *Estudios sobre Consumo*, 22/1991.
- LUZÓN CÁNOVAS: "Publicidad y técnicas de venta en la multipropiedad. La protección del adquirente", *Poder Judicial*, 30/1993.
- MADRENAS I BOADAS, CARMEN: "Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia". *Cuadernos Civitas*. Madrid 1990.
- MALARET I GARCÍA, ELISENDA: "Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales", en *Revista de Administración Pública*, 116/1988. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ: *Comentarios a la Ley General para la*

Defensa de los Consumidores y Usuarios. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

MARKOVITS, Y.: *La Directive CEE du 25 du juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris 1990.

MARTÍN MATEO, R.: "La calidad de vida como valor jurídico", en *Revista de Administración Pública*, 1988.

MARTÍN-BALLESTERO, L.: "La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". *RCDI*, 1987.

MARTÍN PÉREZ, PEDRO ANTONIO: *La protección de los consumidores* (colección Manual del Alcalde del Banco de Crédito Local), Madrid, 1990.

MARTÍN-REBOLLO: "Las sanciones administrativas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, extra-1987.

MARTÍN-RETORTILLO: "Las sanciones administrativas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, extra-1987. "Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores, con especial referencia a la publicidad de las mismas", en *Revista de la Administración pública*, 126/1991. "Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho administrativo", en *Estudios sobre el Derecho de Consumo*. Iberdrola. Bilbao 1991.

MARTÍNEZ BARGUENO, MANUEL: *Teoría y práctica de la información administrativa al ciudadano*, Alcalá de Henares 1987.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS: "Las condiciones de protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía", en *Estudios sobre Consumo*, 16/1989. *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid 1989. *Derecho Comunitario y protección de los consumidores*, Madrid 1990. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

MATEU ISTURIZ, J. F.: CON CEPAS PALANCA, R, y PEDERNAL PECES, M.^a JESÚS: *La protección de los consumidores y el Medio Ambiente*, 1986.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ: "La defensa del consumidor: Un principio general del derecho". *Estudios homenaje a García de Enterría*. II. Madrid 1991.

- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: "El derecho de consumidores y usuarios a la elección de Notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios". *Revista General del Derecho*, núms. 574-575, julio-agosto 1992.
- MONTÓN REDONDO: "El proceso de la Ley General de Publicidad", en *La Ley*, 1989.
- MONTORO CHINER, MARÍA JESÚS: "Consideraciones sobre la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 y la responsabilidad patrimonial de la Administración". *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3-1985.
- MORALES MORENO: "El alcance protector de las acciones edilicias", *ADC*, 1980. "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *ADC*, 1982.
- MORENO LUQUE, CARMEN: "El Derecho de información al consumidor y la Ley 33/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad", *La Ley*, 4/1991.
- MOROS DORTA: "La directiva 87/102/CEE. Protección del consumidor y crédito al consumo", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2/1987.
- MOTOS GUIRAO: "La Administración pública, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las condiciones generales del contrato de seguro", en *Comentario a la Ley del Contrato de Seguro*, ed. E. Verdura. Madrid 1984.
- MUÑOZ DE DIOS, G.: "Artículo 1.591 del Código Civil: ruina en la construcción. Responsabilidad y legitimación activa para exigirla", *La Ley*, febrero 1990.
- MUÑOZ MACHADO y JIMÉNEZ BLANCO: "La protección de la salud de los consumidores", *Estudios sobre Consumo*, 3/1984.
- MUÑOZ PLANAS: "La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo" en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*. Madrid 1981.
- NAVARRO MUNUERA, ANDRÉS: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- NIETO CAROL: "Contratos de adhesión y derechos de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales de los contratos crediticios", *Actualidad Civil*, 2/1993.
- NIETO GARCÍA: "Los principios de tipicidad y culpabilidad en las infracciones en materia de consumo", en *Estudios sobre Consumo*, 3/1987.

- OLIVA, SANTOS DE LA: "Sobre la protección jurisdiccional a los consumidores y usuarios", en *Estudios sobre Consumo*, 16/1989.
- ORTELLS RAMOS: "Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a los consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, 16/1989.
- ORTÍ VALLEJO ANTONIO: *La protección del comprador por los defectos de la cosa vendida*. Granada 1987. "Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación sobre protección al consumidor, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Competencia en materia Civil de las Comunidades Autónomas* (dir. por B. Moreno Quesada), 1989. *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- OTERO LASTRES: "La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita". *Actas de Derecho Industrial*. 4/1977. "La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación", en *RJC*, 1977.
- PANTALEÓN PRIETO: "Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje", *La Ley*, 1989.
- PARRA LUCÁN, MARÍA ANGELES: "Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la legislación civil para la protección del consumidor", en *Revista Jurídica de Navarra*, 4/1987. "Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *ADC*, 1988. "La responsabilidad por los servicios defectuosos: hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE", en *Estudios sobre Consumo*, 17/1990. *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona 1990. *Responsabilidad del fabricante y daños por productos*, 1990. "La propuesta de directiva de 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios", en *Estudios sobre Consumo*, 21/1991.
- PASQUAU LIAÑO, MIGUEL: "Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores", en *Directiva*, núm. 1. *La acción directa en el Derecho español*, Madrid 1989. "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", *Actualidad Civil*, 1990. "Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de créditos de consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamien-

- to", en *Estudios de Consumo*, 18/1990. "Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores", *Directiva*, 1-1990. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- PELLEGRINI: "Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores", en *RDProc*, 1988.
- PERDIGO I SOLA, JOAN: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- PÉREZ ALVAREZ: *Protección penal del consumidor; salud pública y alimentación*. Barcelona 1991.
- PÉREZ GARCÍA: *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid 1990.
- PÉREZ-SERRANOBA: *El contrato de seguro; interpretación de las condiciones generales*, Granada 1993.
- POLO DíEZ: "Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil". En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid 1978.
- POLO SÁNCHEZ: *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid 1980. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid 1990.
- PULIDO QUECEDO, MANUEL: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- QUINTANA CARLO: "La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Estudios sobre Consumo*, extra-1987. "La protección del consumidor en España (aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea)", *Actualidad Civil*, 13-1987. "La obligación general de seguridad de los productos: Examen del derecho español a la luz de la propuesta de Directiva sobre la materia", *Estudios sobre Consumo*, 17/1990.
- QUINTELA GONÇALVES, M.: *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo e Instituto Nacional del Consumo, 1986. "El principio de defensa de los consumidores y usuarios

en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios sobre Consumo*, 8/1986.

QUIÑONERO CERVANTES: “El dolo omisivo”, *RDP*, 1979.

RAGEL SÁNCHEZ, F.: “Comentario a la sentencia de 7 de diciembre de 1990”, *Cuadernos Civitas*, 658-1991.

REBOLLO PUIG, MANUEL: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid 1989. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.

REICH, NORBERT: *Mercado y Derecho* (traducción de A. FONT), 1985. “L’évolution du droit communautaire des services financiers et la promotion des intérêts des consommateurs”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2/1991.

REYES, MARÍA JOSÉ: “Algunas reflexiones sobre el Derecho del Consumo y la Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos defectuosos”, en *Revista general del Derecho*, 556-557/1991. “A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las condiciones generales de la contratación...”, *RGD*, 1991. “Derechos básicos de los consumidores y usuarios en la legislación vigente, en especial el derecho a la protección de la salud y seguridad, el derecho a la información y a la educación y el derecho a la representación y audiencia en consulta”. *Revista General de Derecho*, 564/1991. *Derecho de Consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y Jurisprudencia*, EDG S.L. “Breves notas sobre las condiciones generales de la contratación”, en *Las fuentes efectivas del derecho español tras la Constitución de 1978*. Valencia 1992. “Los consumidores y la contratación”, en *Noticias/CEE*, 93-1992.

RIVERO YSERE, LUIS: “Los derechos de representación, consulta y participación de consumidores y usuarios”, en *Estudios sobre Consumo*, 1984. “La protección del usuario de los servicios públicos”, *Revista de Administración pública*, número 87/1989. Con FONT GALÁN, IGNACIO: “Materiales normativos para una Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Andalucía”, en *Estudios sobre Consumo*, 6/1985.

RODRÍGUEZ MORATA, F.: “Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 1991”, *Cuadernos Civitas*, 690-1991.

- ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, ANGEL: "La responsabilidad del fabricante en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Estudios sobre Consumo*, extra-1987. "La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y la Directiva 85/374 CEE", en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid 1990.
- ROSK JENSEN, HANS: "Proyecto Piloto para la educación del consumidor en la escuela", en *Estudios sobre Consumo*, núm. 4/1985.
- RUBIO GARRIDO: "La garantía del artículo 11 LCU". *Anuario de Derecho Civil*, 43/1990.
- RUBIO SAN ROMÁN, J. I.: *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid 1987.
- RUIZ MUÑOZ: *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid 1992.
- SALAS HERNÁNDEZ, JAVIER: "Defensa del consumidor y competencias de los distintos entes territoriales". En *Estudios sobre Consumo*, 15/1989, y *RAP*, 119-1989. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- SAMANES, CARMEN: "El problema de la llamada del productor al proceso en los supuestos de daños causados por productos a granel", *La Ley*, 4/1990.
- SÁNCHEZ, ANDRÉS: "El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo", en *Revista de Derecho Mercantil*, 1980.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Calificación de los «servicios bancarios» como servicios de uso común, ordinario y generalizado, a los efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *RDBB*, enero-marzo 1991.
- SÁNCHEZ MIGUEL, C.: "La protección del usuario bancario a través del servicio de reclamaciones del Banco de España", *Estudios sobre Consumo*, 10/1987.
- SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: "Modificación de las normas sobre condiciones de crédito y defensa del cliente en derecho español", *RDBB*, abril-junio 1989.
- SÁNCHEZ DE MIGUEL, M.: "Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de los clientes", en *RDBB*, 41-1991.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL: "Los Ayuntamientos y la defensa de

- los usuarios y consumidores ante las compañías de servicios", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 246-1989.
- SANROMÁ ALDEA: "El debate parlamentario del proyecto de Ley. Texto comparado con la Ley", en *Estudios sobre Consumo*, 3/1984.
- SANTAELLA: *Introducción al Derecho de la Publicidad*. Madrid 1982. *El nuevo Derecho de la Publicidad*, Madrid 1989.
- SANTOS BRIZ, J.: "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", *RDP*, 1972.
- SANTAMARÍA: "La regulación normativa de la distribución competencial". En *Estudios sobre Consumo*, 3/1984.
- SEQUEIRA MARTÍN: "Defensa del consumidor y Derecho constitucional económico", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10/1984.
- SOLA TEYSSIERE: "Comentarios a la ley de los Consumidores y Usuarios de Andalucía", *Estudios sobre Consumo*, 11/1987.
- SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA: "Una nota sobre la jurisprudencia constitucional en materia de protección al consumidor". En *Estudios sobre Consumo*, 19/1990.
- SOTO NIETO: "El seguro de responsabilidad civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *La Ley*, 1/1993.
- TAMARIT Y SUMALLA, JOSEP M.: "Problemas fundamentales de la tutela de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria", en *Directiva 2*.
- TAPIA HERMIDA, A. L.: "La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito" (Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985), *RDBB*, 7-1987.
- TATO PLAZA: "Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el Derecho comparado", en *Revista de Derecho Mercantil*, 206/1992.
- TORNOS MÁS, JOAQUÍN: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- TORRALBA SORIANO, V.: "Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil", *ADC*, 1970.
- TORRENS BARTOMEUS, CARME: "El fundamento de la creación de un sistema arbitral de consumo en el marco de la Administración". Instituto Nacional de Consumo, *Directiva*, 1, 1990.

- TORRES LANA: "Derecho civil y protección de los consumidores" en *Directiva*, 1. Con CAVANILLAS MÚGICA: *Código de Derecho del Consumo*, Madrid 1989.
- ULMER: "Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas", *ADC*, 1988.
- VÁZQUEZ GARCÍA, R.: "El consumidor y los bancos: tensiones y relaciones contractuales", *Curso sobre el nuevo Derecho del consumo*. Madrid 1990.
- VATTIER FUENZALIDA: "La interpretación integradora del contrato en el C.c.", *Anuario de Derecho Civil*, 1987.
- VEGA RUIZ: "Protección penal del consumidor", en *Estudios sobre Consumo*, 15/1989, y *La Ley*, 1989-I.
- VELA GARCÍA, CARMELINA: *La regulación jurídica de las primas y regalos; análisis de la situación española*. Madrid 1987. "La regulación jurídica de las ventas por lotes en el Derecho Francés", en *Estudios sobre Consumo*, 10/1987. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Javier Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992.
- VERGEZ SÁNCHEZ, MERCEDES: "Régimen jurídico de los contratos realizados fuera de establecimiento", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje a José Girón Tena)*, Madrid 1991.
- VICENT CHULÍA, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. II, 1990.
- VILLALBA LAVA: "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito, a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil", *La Ley*, 1/1993.
- YSAS MARÍA: "Algunas consideraciones acerca de la disposición adicional 2.^a-2 de la ley 36/1988, de 5 de diciembre. Arbitraje. Régimen Jurídico", en *La Ley*, 3/1990.

B) Notas bibliográficas

“Medio siglo de legislación agraria en España”, BALLARIN MARCIAL, Alberto. Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de Madrid. Contestación de Emilio Lamo de Espinosa. Madrid, 1994. Un tomo de 296 págs.

471

El Notario y agrarista Alberto Ballarín Marcial ha sido elegido, por indiscutibles méritos propios, Académico de número en la Real de Doctores de Madrid y ha leído su discurso de ingreso el día 25 de mayo de 1994.

Alberto Ballarín no necesita presentación. Notario de Madrid hasta su reciente jubilación, es Vocal de la Comisión General de Codificación. Ha sido también Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Profesor de Derecho Agrario en los cursos del Doctorado de la Universidad Complutense, Presidente del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario y Presidente del Comité Europeo de Droit Rurel; además, y sobre estos títulos, es agricultor por cuna y agrarista por vocación. Es presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario, de la que fue fundador y ha sido siempre alma y vida; desde ese puesto ha impulsado los estudios iusagraristas mediante cursos, congresos y publicaciones que le han hecho alcanzar justo prestigio más allá de las fronteras de España; es una autoridad en este campo tanto en Iberoamérica como en Europa, hasta el punto de sus obras se están traduciendo actualmente al idioma ruso. Ha escrito varios libros: “Derecho Agrario”, con dos ediciones, antes y después de la Constitución; “Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria” en el que recogió sus trabajos de los primeros 25 años; otro libro sobre “China, otra perestroika” y otro titulado “Aragón: Discursos sobre su espíritu y su economía”. Además ha escrito cientos de artículos en varias revistas jurídicas y agraristas, siendo fundador de la Revista de Derecho Agrario y Alimentario.

Con tales antecedentes su discurso no podría versar sobre otra materia que no fuese agrarista. El tema de la legislación agraria en España a lo largo de medio siglo, nos lo expone a partir de la guerra civil hasta la actualidad; comprendiendo desde la agricultura tradicional a la competitiva, actualmente empeñada en conseguir un nuevo mundo rural.

Aparte las palabras preliminares de salutación y agradecimiento por su designación, Ballarín comenzó con su recuerdo infantil de los efectos de la guerra en la zona republicana de Aragón, su tierra, donde se ocuparon las fincas de los huidos y de los fusilados o encarcelados, para formar las llamadas "colectividades", que respondían mejor a la mística anarquista que al tipo de los kholjoses judíos, y que fracasaron rotundamente y además pronto desaparecieron con la derrota.

En la zona nacional, por entonces se liquidaba la reforma agraria republicana y se iniciaba el proteccionismo de los precios agrarios. En el Fuero del Trabajo y después en el de los Españoles se reconocieron la iniciativa privada y el derecho de propiedad, éste moderado por la idea de la función social. En la nueva política de estructuras se promulgaron las leyes de Colonización, la Ley de Explotaciones Agrarias Ejemplares de 1952, la de Concentración Parcelaria también en 1952, aunque con varios textos posteriores hasta el de 1968, la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 y la de Permutas Forzosas, luego todas ellas refundidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1972, todavía vigente, y cuya efectividad práctica en el campo ha sido muy positiva. Ballarín hizo un balance de resultados obtenidos por las actuaciones del IRYDA basadas en esta legislación. Además se dieron normas sobre ordenación de producciones, política de precios y sobre organización corporativa como la creación de la Hermandad Sindical de Labradores y las Cámaras agrarias. La exposición de Ballarín fue completísima en cuanto a las disposiciones dictadas en esta época y que ya enumeró en su día Alejo Leal en su trabajo de 1965 sobre la legislación de aquellos 5 lustros.

En el capítulo II de su discurso, el nuevo Académico estudia el Mercado Común Europeo y la crisis de la agricultura tradicional. Desde su inicio por el Tratado de Roma de 1957 pasa a las conclusiones de la conferencia de Stressa donde se vino a proclamar a la agricultura como parte integrante de la economía y factor esencial de la vida social. España, por entonces sañudamente desairada por los comunitarios, se defendía mediante sus planes de estabilización y desarrollo, que en el sector agrario dieron frutos conocidos como los planes de Badajoz, Jaén y Tierra de Campos, como figuras más salientes del desarrollo regional. Otras disposiciones subsiguientes a la planificación fueron la Ordenación Rural y la industrialización agraria. El informe de la O.C.D.E. de 1965 constató que el plan de desarrollo era un tren que funcionaba, arrastrando a la iniciativa privada tal como se había previsto, por lo que la agricultura española marchaba hacia la modernización.

Como disposiciones concretas de este tramo Ballarín estudia el efecto

beneficioso que supuso la publicación de diversas Compilaciones de Derecho Civil Foral y el establecimiento del régimen espacial agrario de la Seguridad Social. Hace referencia a los informes del Banco de Reconstrucción y de Fomento y de la FAO de 1966, lo que supuso un gran impacto y resalta la publicación del Código alimentario y la creación del FORPPA, para terminar consignando la importante obra legislativa del Ministro Allende.

La transición a la democracia, la nueva Constitución y la aproximación a la Comunidad Económica Europea son objeto del capítulo III, donde Ballarín destaca la Ley de libertad sindical del 1977, que afectó de modo directo a los sindicatos y organizaciones agrarias, y los llamados Pactos de la Moncloa. De modo especial debe señalarse la Constitución de 1978 que ha venido a encarnar nuevos principios, entre ellos la atribución de competencias en materia agraria a las Comunidades Autónomas.

Hace una reseña de la legislación agraria posterior a la Constitución, resumiendo el contenido de la Ley de seguros agrarios combinados, la de Arrendamientos Rústicos, el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, la de contratación de productos agrarios y la de agricultura de montaña.

En 1986 se produce la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea y a este tema dedica el autor el capítulo IV, señalando primero lo que él considera iniciales aproximaciones legislativas y económicas que habían de conducir al acercamiento de Roma. Examina el *iter* hasta llegar a la adhesión y analiza las consecuencias de la firma en el aspecto jurídico constitucional y en la aplicación del Derecho comunitario, lo que impone la necesidad de la armonización legislativa. A continuación estudia cómo se ha manifestado la introducción en España de ese Derecho comunitario que nos afecta, dando una detallada relación.

Ya se ha dicho y todos sabemos que la materia agraria ha pasado a las competencias de las Comunidades Autónomas. Estos organismos regionales no han quedado remisos a la hora de promulgar sus propias normas especiales y ya ha nacido un Derecho Agrario Autonómico al lado del nacional o general. Ballarín estudia en el capítulo V este conjunto de normas, destacando entre las de ámbito estatal la de Cámaras agrarias, que trató, sin conseguirlo, de suprimir las de carácter local de gran utilidad y arraigo en el campo; es también ley estatal importante la General de Cooperación de 1987, a la que le han nacido nada menos que cinco hijuelas en forma de leyes autonómicas de cooperativas, dando muestras de una confusa multiplicidad normativa poco edificante; otras leyes estatales son también la de conservación de los espacios naturales y la de arrendamientos históricos de 1992. Ballarín recoge también el proyecto de ley de modernización de estructuras agrarias, actualmente en las Cortes, en cuyo borrador hemos trabajado ambos, en unión de otros profesionales amigos.

Al Derecho Agrario Autonómico dedica una gran atención en cuanto que, como se ha dicho, será en adelante la fuente más importante de nacimiento de normas. Señala las grandes líneas de este Derecho para lo que

ha tenido como fuente de primera mano los temas estudiados en el último Congreso celebrado en Zaragoza en 1992 y en el que Ballarín mostró su talento de gran conocedor de estos temas, como pudimos ver los que tuvimos la suerte de participar en la reunión.

En el capítulo VI estudia la situación del mundo rural y la agricultura española dentro del ámbito de la Unión Europea, analizando la política agrícola comunitaria, la conocida PAC, y sus nuevos objetivos, tan cambiantes y a veces confusos; lo hace con tanta amplitud como maestría.

Y aprovechando su copioso archivo, enriquecido por los datos que trajeron los agraristas extranjeros al Congreso de Zaragoza, Ballarín cerró su discurso analizando el papel que juega ahora la agricultura española en el marco internacional. Lo recoge ahora todo en el capítulo VII del libro, centrandó su atención en el tratado del GATT, cuyas reglas se resumen en la cláusula de nación más favorecida, la reducción de aranceles y la eliminación de barreras aduaneras, por lo que considera que estos acuerdos del GATT constituyen unos importantes pilares del orden económico mundial.

Terminó el discurso exponiendo siete conclusiones que considera útiles para conseguir una agricultura sostenible y eco-compatible, pero también rentable, tanto como las demás actividades a las que debe equipararse. Si así lo hacemos, dijo, la agricultura será el oficio más digno, más noble y más propio del hombre libre; porque, según la expresión antigua, las ciudades las hacen los hombres, mientras que el campo lo hizo Dios.

Así habló el agrarista Alberto Ballarín. Enhorabuena al nuevo Académico.

Francisco Corral Dueñas
Registrador de la Propiedad

**“Estudios sobre Derecho Hipotecario”, CHICO Y ORTIZ,
José María. 3.^a edición, Editorial Marcial Pons, Madrid,
1994. Dos tomos con 1.851 págs.**

En septiembre de 1982 se publicaba en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario la recensión del tomo I de la 1.^a edición de este libro, debida a la pluma magistral de Tirso Carretero. Por el posterior e inesperado fallecimiento de éste, un año después apareció un modesto comentario mío al tomo II. Desde entonces no han parado de invadirnos leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones en los boletines oficiales, que han venido a alterar de modo importante el otrora tranquilo campo del Derecho privado.

El Registrador de la Propiedad José María Chico Ortiz, unido desde siempre a las oposiciones, no ha podido permanecer impasible ante la riada. Ahora mismo nos obsequia con una nueva edición de su conocida obra “puesta al día”.

La advertencia es tan patente como innecesaria ya que, dadas las circunstancias dichas, no cabría imaginarla de otro modo. Si el libro va dedicado a los opositores, éstos han de recibir los temas totalmente actualizados. Si quien lo usa son los profesionales ya en ejercicio, también quieren los últimos datos. Todo esto se ha hecho tan al pie de la letra que hasta se bucea en el futuro, como veremos.

Del libro y el autor es difícil hablar en mis circunstancias, dada la amistad que a él me une. Creo que en otra ocasión ya he dicho que no es tarea sencilla comentar la obra de un amigo cuando está bien realizada, como en el caso presente. Si se pondera, los suspicaces creen que está uno lanzando el botafumeiro a las alturas; si el comentarista se muestra comedido para evitar esas tachas, los mismos malpensados opinarán, pero en sentido contrario, imaginando que si no se ensalza es que la cosa no lo merece. Pero la personalidad de José María Chico no acoge dudas; su talante trabajador, su prestigio, su bien decir y escribir están por encima de toda quisquillería. Eso me tranquiliza y vamos a la tarea.

Presentar a estas alturas a José María Chico resulta perfectamente ocioso. Desde sus tiempos, algo lejanos ya, de opositor trabajó firme para llegar a ser lo que él llama “listo oficial” en su conocido libro *Oposita que algo queda*, amargo caramelo que todos hemos saboreado. Sus temas, hechos a trallazos, con mezcla de ardor, fe y, a veces, con desesperanzas rabiosas, se convierten después en unos conocidos “Apuntes” que edita en colaboración con varios compañeros y que pronto se van extendiendo entre la grey opositoril, bien aceptados por su claridad y acierto expresivo. Después surge la idea del libro y éste nace ya completo y con autor único. Ya tenemos al “Chico Ortiz”, con apellido materno, como él quería.

No es preciso tampoco, por tanto, presentar el libro. Muchas generaciones de opositores encontraron en él un buen compendio para convertir las normas hipotecarias en temas completos y concretos que se pudieran expo-

ner en el menor tiempo y con la mayor claridad. Por eso, decía Tirso Carretera, la *recensión* de este libro no es necesaria. En efecto, si *recensión*, según la Academia, es la noticia o reseña de una obra literaria, aquí la pretendida noticia llegaría bastante después de que todos ya conocieran lo anunciado. Cuando estos opositores dejan de serlo por haber ascendido a “listos oficiales” o porque se dirigen a otras ramas jurídicas, siguen acudiendo a este libro para consultar los problemas en la seguridad de encontrar la normativa y la doctrina actualizadas.

Aquí está el secreto de que celebremos esta nueva edición, naturalmente “puesta al día”, en la que el autor no se ha limitado a fichar o añadir novedades o datos sueltos, sino que en muchas ocasiones ha llegado a redactar temas completamente nuevos.

En todo caso, se han actualizado todos los puntos estudiados recogiendo las últimas normativas y las resoluciones jurisprudenciales. Tanto en el Boletín Oficial del Estado como en los 17 autonómicos surgen casi a diario tantas cosas nuevas que ya no valen ni los cien ojos de Argos para verlas. Y su consecuencia inmediata ya la dijo el jurista alemán Kirchmann: Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura.

476

Por otra parte, la jurisprudencia de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado también nos aclara con frecuencia, o nos sorprende en algunos casos, dirimiendo cuestiones que surgen en el diario *tránsito de la vida jurídica*.

Pues bien, José María Chico, lápiz en ristre y siempre ojo avizor, recoge todo o casi todo para reflejarlo, en este caso en la presente edición de su libro. Como ejemplo diremos que se reseña la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 1994, que viene a abolir los privilegios que tenía el Banco Hipotecario, haciéndolo con un mes escaso de intervalo, ya que el libro ha aparecido en los primeros días de junio; esto es una muestra de la preocupación y el esmero que ha empleado el autor en su puesta al día.

José María Chico ha trabajado de verdad en esta edición; me consta. No hay más que anotar las novedades para calibrar el esfuerzo:

— El texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, siguiendo a la ley de reforma de 1990, supone una novedosa regulación de la publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas y el autor ha construido de nuevo el tema del urbanismo para lo que se ha basado no sólo en la Ley citada, sino acudiendo al proyecto de un reglamento que quizá salga, pero que de momento duerme un profundo sopor de origen administrativo.

— La legislación sobre medidas urgentes en materia procesal de 1992, se estudia cuidadosamente en sus aspectos registrales.

— La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, también de 1992, ofrece aplicaciones que afectan tanto a la Notaría como al Registro, que también se resumen.

— El Estatuto de Recaudación de 1990 ha introducido novedades en este procedimiento ejecutivo especial, que se han tenido en cuenta.

— Las normas autonómicas de todo tipo, en especial las que afectan al Derecho civil Foral, que han sido numerosas e importantes, merecen igualmente la atención debida.

— Las normas de los impuestos que más de cerca los afectan, como el de Transmisiones Patrimoniales, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados, tan cambiantes y cambiados, se recogen hasta sus últimas novedades.

— Todo el cúmulo de novedades en materia de sociedades mercantiles merece la atención correspondiente.

— Como última novedad normativa se recoge también la Ley de 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, recibiendo la merecida crítica por su impremeditada redacción.

En fin, el autor no se conforma con estar al día, sino que intenta avanzar en el futuro, en cuanto eso es posible en el proceloso campo de los proyectos normativos, sujetos a avatares políticos que los cambian o los condenan al olvido eterno. Aparte el atisbo reglamentario urbanístico que hemos apuntado, José María Chico acude al proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos y a los anteproyectos sobre multipropiedad y conjuntos inmobiliarios y al de ordenación de la edificación que están en los telares respectivos.

Naturalmente, todos estos cambios han supuesto un gran trabajo de adaptación de los temas y algunas veces una nueva redacción de los mismos. Así se nota en el estudio de los principios de prioridad, tracto sucesivo, fe pública y calificación. Son nuevos los estudios del urbanismo, la multipropiedad y el Catastro; hay importantes retoques en el estudio del arrendamiento, de las anotaciones preventivas de embargo y en las notas marginales. En materia de hipotecas las novedades son salientes, en el estudio de las llamadas “flotantes” las que llevan unido un contrato de seguro; hay también modificaciones en los procedimientos de ejecución, tanto en el judicial sumario como en el extrajudicial ante Notario.

Y si de las normas pasamos a la jurisprudencia, las sentencias y resoluciones se han pronunciado, a veces con novedades trascendentes, en materia de anotaciones de embargo, cuestiones de prioridad, problemas de bienes gananciales o “ex-gananciales”, condiciones resolutorias, retractos, quiebras, propiedad horizontal y todo un extenso muestrario que afecta a la calificación y que el autor coloca certeramente en sus lugares respectivos.

Tampoco la doctrina puede olvidarse, pues aunque, Código en mano, no sea verdadera fuente del Derecho, sí influye en su interpretación y aplicación. Y José María Chico, que en sí es un gran doctrinario, no se limita a recoger y constatar las doctas opiniones ajenas, sino que aventura y defiende las propias con encomiable tesón y acierto.

Vuelvo al inicial comentario de Tirso Carretero; perdonen la insistencia, pero la cita es oportuna. Decía que no sería bueno que expresásemos la crítica de aquel libro de Chico con un incondicional y definitivo sobresaliente que le hiciese dormir en los laureles; el Derecho Hipotecario, dijo, le está pidiendo muchas horas de trabajo y él es capaz de triunfar ante el

gran desafío y por ello quienes envidiamos su ingenio y capacidad de trabajo le pedimos y deseamos un éxito total.

Esta nueva edición del libro nos demuestra que el pronóstico era certero y se ha cumplido plenamente. Desde nuestra modesta opinión, sólo decimos amén; decir otra cosa sería estropearlo.

Francisco Corral Dueñas
Registrador de la Propiedad