

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXV • Marzo-Abril 2009 • Núm. 712

REVISTA BIMESTRAL

La Revista no se identifica necesariamente con
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.^a Cabello de los Cobos y
Mancha**
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Juan Luis Iglesias Prada
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Francisco Javier Gómez Gállego
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios del
Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el CUARTO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.

2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2009, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.

3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.

4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como Secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.

5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La contraprestación o precio en el Derecho de superficie», por MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ	619
«El nuevo Derecho de superficie», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	669
«Configuración registral del subsuelo disociado del suelo», por MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ	695

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«La calificación registral y su alcance», por JUAN JOSÉ PRETEL SE- RRANO	721
---	-----

DICTÁMENES Y NOTAS

«Anotaciones sobre la evolución histórica de los intereses», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ	761
«Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho», por MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR	805

DERECHO COMPARADO

«El Reglamento “Roma II”: reglas generales sobre determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», por ALFONSO-LUIS CALVO CARAVA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	835
--	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	911
--	-----

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— La integración española como causa de otorgamiento o denegación de la nacionalidad española por residencia: El supuesto de la poligamia, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	921
---	-----

1.2. Derecho de familia:

— Alteración del régimen de visitas de los progenitores, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	925
---	-----

1.3. Derechos reales:

— La constitución tácita de servidumbres, en virtud del destino del padre de familia, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	931
---	-----

1.4. Sucesiones:

— La partición parcial de la herencia, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	939
--	-----

1.5. Obligaciones y contratos:

— La eficacia de la obligación depende de su término o plazo, por ISABEL MORATILLA GALÁN	943
— Gastos y mejoras como determinantes de la posición jurídica del arrendador y arrendatario en la Ley de Arrendamientos Rústicos, por ROSANA PÉREZ GURREA.	946

1.6. Responsabilidad civil:

— No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de las fundaciones con los administradores de sociedades mercantiles, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ ...	952
---	-----

2. MERCANTIL

- La toma de participación en empresas españolas energéticas a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 959

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- La inscripción registral de obras antiguas, por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTIN 972

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 985

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Derecho Privado Romano», de ANTONIO FERNÁNDEZ BUJÁN, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO 1013

- REVISTA DE REVISTAS** 1017

ESTUDIOS

La contraprestación o precio en el derecho de superficie

por

M.^a TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

PRIMERA PARTE: NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO.
2. ESTADO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN.
3. SIGNIFICACIÓN DE CADA UNA DE LAS POSIBLES TESIS Y SUS CONSECUENCIAS:
 - a) SUJETO FRENTE A QUIEN SE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN.
 - b) SUJETO QUE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN.
4. MARGEN PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
5. ARGUMENTOS A CONSIDERAR:
 - A) LA REFERENCIA AL CANON.
 - B) LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE REGULE LA CONTRAPRESTACIÓN.
 - C) LA LITERALIDAD DEL PRECEPTO: LA REFERENCIA AL *SUPERFICIARIO* COMO DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN.
 - D) LA FUNCIONALIDAD DE LA FIGURA.
 - E) ALGUNAS CONTRAPRESTACIONES PODRÍA ENTENDERSE QUE ORIGINAN OBLIGACIONES *PROPTER REM*: LA REVERSIÓN, LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES, O DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO. REMISIÓN.
 - F) LA POSIBILIDAD DE PACTOS INDEMNIZATORIOS RELATIVOS A LA INCORPORACIÓN DEL EDIFICIO AL SUELO AL EXTINGUIRSE EL DERECHO:
 - a) *La naturaleza de las obligaciones que surgen de dicho pacto.*

- b) *¿Guarda relación la incorporación del edificio al suelo con la contraprestación?:*
 - b.1) Acerca de si la reversión puede ser una especie de contraprestación.
 - b.2) La contraprestación o precio no es la reversión sino el edificio que revierte.
 - c) *Posible aplicación extensiva a otras obligaciones.*
6. CONCLUSIÓN.
7. ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO O ACREEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN SI SE CONSIDERA QUE ES *PROPTER REM*.

SEGUNDA PARTE: ESTUDIO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRAPRESTACIÓN O PRECIO EN EL DERECHO DE SUPERFICIE.

INTRODUCCIÓN:

- A) CUESTIONES VARIAS: LISTA ENUMERATIVA; GRATUIDAD, ONEROSIDAD.
 - B) LA SUMA ALZADA Y EL CANON PERIÓDICO.
1. LA REVERSIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN, *RECTIUS*, EL EDIFICIO REVERTIDO COMO CONTRAPRESTACIÓN:
- A) CASOS EN QUE EL EDIFICIO QUE SE INCORPORA AL SUELO PUEDE SER CONSIDERADO CONTRAPRESTACIÓN. RELACIONES GRATUITAS Y ONEROSAS.
 - B) EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN IMPLICA LA ADQUISICIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL OBJETO EN QUE CONSISTE LA CONTRAPRESTACIÓN.
 - C) FASE ANTERIOR A LA REALIZACIÓN DE LA EDIFICACIÓN O CONSTRUCCIÓN.
 - D) FASE POSTERIOR A LA CONSTRUCCIÓN Y PREVIA A LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE.
2. LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/ O LOCALES:
- IDEAS PRELIMINARES: POSIBLES SIGNIFICADOS Y CASOS EN QUE LA ADJUDICACIÓN CONSTITUYE PRECIO:
- A) *Supuesto prototipo: adjudicación del derecho de propiedad al propietario del suelo:*
 - a) El acreedor adquiere la titularidad de un derecho de propiedad sobre las viviendas y/ o locales.
 - b) Modo de adquisición de la propiedad de las viviendas y/ o locales.
 - c) Cómo afectan posteriores transmisiones a la propiedad de las viviendas o locales.
 - B) *Adjudicación del uso de cierto volumen edificado al propietario del suelo:*
 - a) En particular, el problema de cómo se opera la transmisión del derecho de uso una vez construido el edificio.
 - b) Cómo afecta la posterior transmisión del suelo al derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales.
 - C) *Adjudicación a un tercero de la propiedad o del uso de cierto volumen edificado:*
 - a) Naturaleza del derecho del tercero cuando adquiere la contraprestación.
 - b) Modo de adquisición del derecho de propiedad o de uso por el tercero.

3. LA ADJUDICACIÓN DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO:

- A) CESIÓN DEL DERECHO A ARRENDAR DETERMINADAS VIVIENDAS O LOCALES:
 - a) *Naturaleza del derecho adquirido por el propietario del suelo una vez cumplida la contraprestación: derecho real de arrendar.*
 - b) *Modo de adquisición de la contraprestación y naturaleza del derecho antes de cumplirse la contraprestación (Remisión).*
 - c) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho adquirido.*
- B) CESIÓN DEL USO DE LAS VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ALQUILER:
 - a) *Naturaleza del derecho una vez cumplida la contraprestación y antes de cumplirse la misma.*
 - b) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho constituido en cumplimiento de la contraprestación.*
- C) CESIÓN DEL DERECHO A COBRAR LA RENTA DEL ARRENDAMIENTO QUE REALIZA EL PROPIETARIO DEL EDIFICIO EN PROPIEDAD SUPERFICIARIA.

INTRODUCCIÓN

Debido a las diferentes perspectivas desde las que he afrontado mis trabajos precedentes sobre el derecho de superficie, nunca había tenido ocasión de abordar el estudio de la contraprestación o precio. No obstante, una y mil veces que he leído el artículo que en las sucesivas regulaciones del derecho de superficie se refería a esta cuestión, me quedaba una extraña sensación, me preguntaba acerca del sentido de un precepto que regulaba lo que no era necesario regular, un precepto que, en principio, parecía no aportar nada y que, al menos, a primera vista, era superfluo. Comprometida, como estoy, con el derecho de superficie, debido a mi trabajo científico anterior, la aprobación de la Ley 8/2007 del Suelo y el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, casi me obliga a hacer un trabajo al respecto, siendo ésta la ocasión de enfrentar el estudio de la contraprestación o precio en el derecho de superficie.

Este trabajo se divide en dos partes que abordan las cuestiones, a mi modo de ver, más relevantes que plantea la contraprestación en el derecho de superficie: en la primera parte se estudia la naturaleza de la obligación de pagarla; en la segunda, se procede a un análisis minucioso de los problemas que puede suscitar cada uno de sus diferentes tipos, contemplados en el artículo 40.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

PRIMERA PARTE
NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR
LA CONTRAPRESTACIÓN

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 40.3 del TRLS de 2008 regula la cuestión de la contraprestación debida por el superficiario a cambio de la prestación que, a su favor, efectúa el concedente del derecho y que no es otra que la adjudicación de la propiedad superficiaria de un edificio —construido o pendiente de construir— y la posibilidad de su explotación económica durante un determinado periodo de tiempo.

La cuestión de la contraprestación en el derecho de superficie se ha regulado en cada una de las normas del Suelo que han precedido a la ahora vigente. Por su parte, el artículo 158.3 de la Ley del Suelo de 1956 (1) mencionaba, como posibles contraprestaciones, una suma alzada, un canon periódico y la reversión de lo edificado al dueño del suelo. Las Leyes del Suelo posteriores incorporan, además, la adjudicación de viviendas o locales o de derechos de arrendamiento de unas u otros —cfr. art. 172.3 del TR de 1976 (2) y art. 288.3 del TRLS de 1992 (3)—; modalidades de contraprestación que aparecen también recogidas en el artículo 40.3 del TRLS de 2008 junto al canon o renta periódica y a la suma alzada.

(1) En el artículo 158.3 de la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se dice:

«Cuando se constituye a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez».

(2) En el artículo 172.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril:

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

(3) En el artículo 288.3 del Texto Refundido sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio:

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

Lo más sorprendente de este precepto —y de sus precedentes normativos— es precisamente su existencia. En efecto, llama poderosísimamente la atención el que las sucesivas regulaciones del derecho de superficie contengan un precepto referido a la contraprestación. Y es que el Código Civil no alude a esta cuestión al regular derechos reales en cosa ajena como el usufructo o la servidumbre, ni tan siquiera dice respecto de estos derechos reales que pueden constituirse a título oneroso o a título lucrativo. La contraprestación parece tener sentido referida a los contratos y no a las relaciones jurídico-reales, las cuales articulan jurídicamente las relaciones de los sujetos con respecto a la cosa que es su objeto; no son relaciones jurídicas de naturaleza personal, es decir, no vinculan a dos personas entre sí, por ello no se regula lo que los sujetos que las constituyen deben intercambiarse entre sí por el hecho de haberlas originado. Al establecer su normativa sólo se suelen regular los derechos y obligaciones que puede haber entre dos sujetos en función de las obligaciones o derechos que a uno u otro corresponden en relación a la cosa (por ejemplo, el régimen de gastos del usufructo cuando los adelanta aquél a quien no corresponde abonarlos).

Conforme a estas consideraciones, parece que la contraprestación pactada por la constitución de un derecho real no pertenece a la dimensión jurídico-real, sino que parece que debiera corresponder, más bien, a la dimensión obligacional de dicha relación; se trataría de una cuestión de naturaleza personal entre el concedente del derecho real en cosa ajena y el adquirente del mismo, que, en consecuencia, no afectaría a los terceros.

Esto que, en principio, es así para los derechos reales en cosa ajena como el usufructo o la servidumbre, no lo es para los censos. En la regulación que el Código Civil establece sobre los censos sí se regula la existencia de un canon periódico en los artículos 1.613 y siguientes; ahora bien, el canon periódico forma parte del contenido jurídico-real del derecho real de censo, que consiste, precisamente, en la sujeción de un inmueble al pago de dicho canon o renta periódica.

Al aludir a los censos no quiero decir que la contraprestación, en materia de derecho de superficie, aun en el caso de que debiéramos otorgarle algún alcance jurídico-real, merezca el mismo tratamiento que el canon en el censo. La mención al censo la hago únicamente para mostrar cómo, en el único caso de relación jurídico-real en que se regula la contraprestación, ésta forma parte del contenido del derecho real, de modo que podría plantearse si ocurre lo mismo en lo atinente al derecho de superficie.

Teniendo en cuenta lo dicho, creo que un análisis adecuado de la contraprestación en sede de derecho de superficie pasa obligatoriamente por intentar aclarar la naturaleza de la misma: si debemos entender, como parece a primera vista, que la obligación de pagarla tiene una eficacia meramente personal u obligacional, o si ha de dársele alguna dimensión jurídico-real.

Esta disquisición podría tildarse de baldía en cuanto que, de entrada, la impresión inicial intuitivamente nos lleva a considerar que estamos ante un acuerdo, el relativo a la contraprestación, cuya eficacia queda en el plano jurídico-obligacional, es decir, se trata de una relación personal entre quienes constituyen el derecho de superficie. Y, acaso —aunque no me pronuncio ahora al respecto—, esa debería ser la conclusión final. Sin embargo y como digo, pese a que todo —incluso el tratamiento doctrinal de la cuestión al que haré referencia más adelante— parece indicar que las cosas deban ser así, lo cierto es que hay argumentos, algunos de ellos de Derecho positivo, que indican que acaso al acuerdo sobre la contraprestación deba dársele, en alguna medida, cierta dimensión jurídico-real.

2. ESTADO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN

Los pronunciamientos doctrinales a propósito de esta cuestión, son escasos, optándose generalmente por la configuración personal de la obligación de pagar la contraprestación. Además, casi todos los análisis se refieren al canon o renta periódica. La razón es evidente: esta especie de contraprestación casa mal con la naturaleza meramente personal del acuerdo que a ella se refiere, de manera que suele ser en relación a este caso cuando se plantea la duda al estudioso de si, efectivamente, según parece, la obligación de pagar la contraprestación es personal. Y es que, en efecto, no parece sensato que, en caso de enajenarse el derecho de superficie, el transmitente siga teniendo obligación de pagar la renta periódica, parece que lo normal sería que dicha renta la pagase el nuevo superficiario. Asimismo, tampoco parece acertado que, enajenada la propiedad del suelo, siga cobrando la renta quien concedió el derecho de superficie aunque no sea ya propietario del suelo. Parecería más adecuado que, pactado un canon como precio, la transmisión del edificio implicara la de la obligación de pagarlo, y que la transmisión del suelo conllevara la del derecho a cobrarlo. Lo cual sólo cabe: bien procediendo, al transmitir el suelo o el edificio, a una enajenación simultánea del crédito o a una asunción de deuda (siendo preciso en este caso el consentimiento del acreedor), o bien otorgando a la obligación de pagar la contraprestación una cierta dimensión jurídico-real, en el sentido de entenderla como una obligación *propter rem*.

En relación a la Ley de 1956, esta cuestión sólo se plantea con respecto al canon. Recordemos que dicha Ley sólo contempla como posibles contraprestaciones: una suma alzada, el canon o la reversión gratuita de lo edificado al suelo. En cuanto a la primera, al ser de tracto único, es difícil que plantee problemas al transmitirse el suelo o el edificio, lo más probable es que ya se haya cumplido, de modo que la cuestión sólo se suscita en relación al canon.

No obstante, como veremos más adelante, la regulación que de la contraprestación hace la Ley del 56 presenta una diferencia de matiz, pero sustancial para lo que nos ocupa, que impide entender que las opiniones de los autores que vamos a citar sean predicables de la situación normativa actual.

En esta época, la mayoría de autores se muestra favorable a la configuración de la obligación de pagar la contraprestación como obligación personal. Así ROCA SASTRE, considera que: *Ante el silencio de nuestra legislación, hay que entender que este canon periódico sólo atribuye al dominus soli un derecho personal o de crédito* (4). No obstante, apostilla que: *Es un olvido imperdonable que la Ley del Suelo o el Reglamento Hipotecario no regularan este supuesto, como otros análogos, en el sentido de implicar obligaciones ob rem, o sea, que su titular pasivo no fuese subjetivado, sino determinado por la circunstancia de ser a la sazón titular del derecho de superficie, es decir, que el obligado personalmente fuese el que sea titular del derecho de superficie al surgir cada obligación, y en el caso del canon o pensión, al tiempo de devengarse ésta. Este es un vacío evidente de la legislación española en general* (5). Por su parte, GUILARTE, también considera que: *la obligación de pagar el canon, aunque inscribible, no parece que tenga tal carácter real*. Además, sigue diciendo, que: *Idénticas consideraciones son de tener en cuenta cuando la contraprestación consista en el pago de una cantidad única* (6). También se encuentran, entre los partidarios de esta opinión, DE LOS MOZOS (7) y CAMPOS PORRATA (8).

Por su parte, GULLÓN BALLESTEROS (9) parece sostener una posición intermedia en el sentido de que considera que se trata de una obligación personal, pero que, en caso de que se impongan garantías reales sobre el propio edificio para garantizar su cumplimiento, estaríamos ante una obligación *propter rem*. Sin embargo y como bien le replica DE LOS MOZOS (10), el hecho de que medie una garantía real no altera la naturaleza de la obligación que seguirá siendo personal.

(4) ROCA SASTRE, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, pág. 47.

(5) *Op. cit.*, nota núm. 51 al pie de la pág. 48.

(6) GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *El derecho de superficie*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 268.

(7) DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, edit. Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, págs. 333 y 334.

(8) CAMPOS PORRATA, Alberto, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, pág. 242.

(9) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y Legislación Hipotecaria)*, edit. Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla con colaboración del Ayuntamiento de Sevilla, Sevilla, 1960, pág. 125.

(10) *Op. et loc. cit.*

Por su parte, MEZQUITA DEL CACHO considera que las normas supletorias en lo relativo al pago del canon —para el caso de que se haya pactado— serían las de los censos del Código Civil, porque la propia Ley del Suelo —arts. 160 y 161— remite a las normas del tanteo y retracto enfitéuticos para la regulación supletoria del tanteo y retracto superficarios (11). Acaso esto signifique que concibe, de algún modo, como jurídico-real la obligación de pagar la contraprestación.

Aprobada la Ley del Suelo de 1976, y pese a que se amplía la enumeración de las diferentes especies de contraprestación, incluyendo la adjudicación de viviendas o locales o de derechos de arrendamiento, los autores siguen considerando que la obligación de pago tiene naturaleza personal. No obstante, se sigue realizando esta afirmación a propósito del canon o renta periódica: AMENGUAL PONS (12), PUIG BRUTAU (13). En relación al TRLS de 1992, los autores no suelen abordar esta cuestión (14).

3. SIGNIFICACIÓN DE CADA UNA DE LAS POSIBLES TESIS Y SUS CONSECUENCIAS

La posibilidad de otorgar a la obligación de pagar el precio una *eficacia meramente personal*, entiendo que no plantearía, desde el punto de vista conceptual, ningún problema. Estaríamos ante lo que ALBALADEJO refería como *mezcla de derechos reales y de obligaciones*, es decir, situaciones que dan conjuntamente poderes directos de alguien sobre una cosa y obligaciones a cargo de alguno; alude también este autor a un contenido obligacional conexo con el derecho real o de *derecho real con obligaciones secundarias* (15).

(11) MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, «El derecho de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956», en *Revista de Derecho Privado*, 1957, págs. 759 y 760.

(12) AMENGUAL PONS, Pedro J., «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 642: *Al tener el canon el carácter derecho personal...*

(13) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. 2.º, edit. Bosch, Barcelona, 2.ª ed., 1979, pág. 157: *La obligación de pago del canon no tiene eficacia real.*

(14) Vid. que no plantean esta cuestión: NAVARRO VIÑUALES, José M.ª, *El derecho de suelo. El derecho de superficie urbana. Las Disposiciones Transitorias en la Ley de Censos catalana*, edit. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pág. 67 y sigs.; BLANQUER UBEROS, Roberto, *Acerca del derecho de superficie*, edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pág. 104 y sigs.

(15) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, *Derecho de bienes*, 9.ª ed., edit. JMB, Barcelona, 2002, pág. 19. También Díez Pícazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, edit. Tecnos, 4.ª ed., 1995, pág. 80.

Pero, ¿qué significaría dotar al acuerdo sobre la contraprestación de *eficacia jurídico-real*? Hay que tener en cuenta que esta posibilidad puede ser entendida de diferentes maneras.

Por un lado, podría concebirse que quien tiene derecho a cobrar el precio detentaría un poder similar al que tiene el titular de un derecho real, en el sentido de poder hacerlo efectivo directamente sobre la cosa y *erga omnes*. Nos encontraríamos entonces ante casi —o sin casi— un derecho real sobre el derecho de superficie o, en su caso, sobre la propiedad superficiaria. Sin embargo, estructuralmente sería difícil entender que las cosas son así porque estamos hablando de una contraprestación, es decir, de un precio debido por alguien —concretamente por el superficiario— lo cual es incompatible con el concepto de derecho real, en el que no hay propiamente un sujeto directamente obligado, sino que el titular del derecho real lo puede ejercer directamente sobre el objeto con exclusión de los demás.

Por ello, acaso sea mejor entender que no es ese el sentido que hay que dar a la consideración de que la obligación de pagar la contraprestación tenga eficacia jurídico-real, sino que quizá haya de pensarse en el ámbito conceptual de las figuras intermedias o mixtas entre los derechos de crédito y los derechos reales, concretamente, habría de valorarse la posibilidad de que la obligación de pagar una contraprestación por parte del superficiario fuese una obligación *propter rem*. Este tipo de obligaciones son definidas por Francisco HERNÁNDEZ GIL, como *aquellas relaciones jurídicas obligatorias cuyo sujeto pasivo es cualquier persona que se encuentre en cierta posición jurídica respecto a una cosa, y las cuales se transmiten o extinguen con la transmisión o extinción del derecho real individualizador, pudiendo el deudor liberarse del deber mediante la renuncia o el abandono del derecho sobre la cosa* (16). Para este autor este tipo de obligaciones se caracteriza estructuralmente porque el sujeto pasivo, es decir, quien resulta obligado a pagar la contraprestación, se determina por ser titular de un derecho real, mientras que el sujeto activo, es decir, quien tiene derecho a cobrarla puede concretarse, bien por la titularidad de un bien o derecho real, bien por una relación de carácter personal (17). Por otro lado, dice este autor que, en este tipo de obligaciones: *El acreedor no puede pretender satisfacer su crédito específicamente sobre la cosa* (18).

(16) Vid. HERNÁNDEZ-GIL, Francisco, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 850 y sigs. Más recientemente, sobre este tipo de obligaciones, puede consultarse DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La obligación real en el Derecho de bienes*, edit. por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

(17) *Op. cit.*, pág. 861.

(18) HERNÁNDEZ GIL, Francisco, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 862.

Obsérvese que esta segunda posible alternativa que se plantea a la configuración personal de la obligación de pagar la contraprestación no es la de si el derecho a cobrarla consiste en un derecho real —lo cual permitiría al acreedor del precio hacer valer su derecho directamente sobre el edificio en propiedad superficiaria y no habría un sujeto directamente obligado—; lo que estamos contemplando es si, considerando que nos encontramos ante una relación obligatoria, se debe o no dar a la misma algún componente jurídico-real, el cual se cifraría concretamente en que el sujeto pasivo vendría determinado por la circunstancia de detentar una específica titularidad jurídico-real. Estaríamos en el ámbito de las obligaciones *propter rem* u *ob rem*.

Las diferentes consecuencias que acarrea considerar que la obligación de pagar la contraprestación tiene un tipo u otro de eficacia no se perciben cuando dicha obligación es cumplida, sino cuando habiéndose incumplido, además, se ha operado algún tipo de transmisión, bien del suelo, bien del derecho de superficie. En efecto, incumplida la obligación de pagar el precio, la determinación de quién puede exigir su cumplimiento o la responsabilidad por incumplimiento y ante quién se puede plantear tal pretensión, puede depender de la naturaleza que se otorgue a dicha obligación.

a) SUJETO FRENTE A QUIEN SE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

Si a la obligación de pagar la contraprestación se le dota de una eficacia meramente obligacional o personal, sólo podrá reclamarse su cumplimiento al sujeto a quien se concedió el derecho de superficie, sea superficiario, o no, en el momento de proceder a la reclamación, salvo que haya mediado una transmisión válida de dicha deuda (para lo que es necesario consentimiento del acreedor —cfr. art. 1.205 del Código Civil—), en cuyo caso deberá reclamarse a quien ha asumido dicha deuda.

Si, por el contrario, a la obligación de pagar la contraprestación se le dota de la eficacia propia de una obligación *propter rem*, el sujeto frente a quien se puede reclamar el cumplimiento o la responsabilidad por incumplimiento puede variar, de manera que será uno u otro en función de si se ha producido o no alguna transmisión del derecho de superficie.

Si no ha mediado ninguna transmisión del derecho de superficie el sujeto frente a quien se puede reclamar la responsabilidad por incumplimiento va a ser el mismo que si al acuerdo sobre la contraprestación se le dota de eficacia personal. De manera que tampoco tiene consecuencias —en orden a la determinación del sujeto frente a quien se puede reclamar el cumplimiento o la responsabilidad por incumplimiento— la diferente naturaleza del acuerdo

sobre la contraprestación cuando, incumplida ésta, no ha habido ninguna transmisión del derecho de superficie.

Ahora bien, si el derecho de superficie se ha enajenado, y consideramos la obligación de pagar la contraprestación como una obligación *propter rem*, es seguro que, teniendo en cuenta que la principal característica de este tipo de obligaciones es la forma de determinación del sujeto pasivo o deudor de la misma, el acreedor de dicha obligación debería reclamar la contraprestación incumplida de quien en cada momento fuera titular del derecho de superficie. Es decir, la transmisión del derecho de superficie implicaría necesariamente la transmisión de la obligación de pagar la contraprestación en la medida en que la misma no hubiera sido cumplida.

b) SUJETO QUE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

Si el acuerdo sobre la contraprestación fuera meramente personal u obligacional, sólo podría exigir el cumplimiento de la misma el concedente del derecho, aunque después enajenara la propiedad del suelo, salvo que se hubiera transmitido el crédito o derecho a cobrar dicha contraprestación.

Si se considera, sin embargo, que el acuerdo sobre la contraprestación origina una obligación *propter rem*, habrá que precisar si, ante el supuesto de incumplimiento de la misma, el acreedor que podría exigir el cumplimiento, variaría en los casos en que se produce una transmisión del suelo. Conviene tener en cuenta, en este orden de cosas, lo antes dicho a propósito de la determinación del sujeto activo o acreedor de las obligaciones *propter rem*, en el sentido de que dicho sujeto puede venir dado, bien por la titularidad de un derecho real, bien por una relación de carácter personal. De tal manera que si se entiende que viene determinado por una relación de carácter personal —que sería la que se derivaría del contrato de constitución del derecho de superficie— el sujeto que podría reclamar el cumplimiento sería el concedente del derecho de superficie aunque después hubiera enajenado la propiedad del suelo. Sin embargo, si el acreedor viniera determinado por detentar una concreta titularidad jurídico-real, que, en este caso, sería la propiedad del suelo, el sujeto que podría exigir responsabilidad por el incumplimiento de la obligación variaría si hubiera mediado una transmisión de la propiedad del suelo, puesto que el nuevo adquirente del suelo sería acreedor de la contraprestación.

4. MARGEN PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la configuración de la obligación de pagar la contraprestación como *propter rem* implica que se deroga el principio de relatividad del contrato, plasmado en el artículo 1257.1 del Código Civil, en el sentido de que se reconoce virtualidad al pacto para crear obligaciones que pueden finalmente estar a cargo de un tercero. Por ello hay que valorar la posibilidad que tienen las partes de configurar voluntariamente las obligaciones como *propter rem* (19).

Remitiéndonos al estudio de F. HERNÁNDEZ GIL, cabe decir que, pese a plasmar, este autor, la existencia de tesis que reconocen cierto margen a la autonomía de la voluntad a la hora de crear obligaciones *propter rem*, él no parece proclive a reconocer a las partes esa libertad, considerando que este tipo de obligaciones las establece la ley (20). Por otra parte, los que admiten libertad en orden a la creación de este tipo de obligaciones lo hacen restrictivamente y condicionándolo, por ejemplo, a un buen sistema de publicidad que se encargue de dar a conocer a los terceros que pueden resultar obligados por el pacto, la existencia de dicha obligación (DE LA CÁMARA, citado por HERNÁNDEZ GIL). En este caso conviene precisar que la publicidad de la oponibilidad a terceros de la obligación de pagar la contraprestación estaría, en su caso, asegurada, en cuanto que el derecho de superficie necesariamente tiene que estar inscrito en el Registro de la Propiedad.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dicho y siguiendo lo que parece ser opinión mayoritaria, no parece que deba reconocérseles a los sujetos libertad para configurar la obligación como les parezca oportuno. De lo que se trata, por tanto, es de comprobar si la Ley del Suelo configura esta obligación como *propter rem* o como personal.

5. ARGUMENTOS A CONSIDERAR

Veamos cuáles son los argumentos en torno a los que debe estructurarse la discusión que nos debería llevar a concluir en un sentido o en otro.

(19) Vid., sobre esta cuestión, DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La obligación real en el Derecho de bienes*, edit. por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pág. 795 y sigs.

(20) HERNÁNDEZ GIL, Francisco, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 872 y sigs.

A) LA REFERENCIA AL CANON

Si tuviéramos algún interés en dotar a la obligación de pagar la contraprestación de alguna dimensión jurídico-real, y éste fuera nuestro objetivo, podría resultar tentador, apoyarse en el término *canon* usado por el artículo 40.3 del TRLS de 2008, e, invocando el argumento histórico, poner en relación el derecho de superficie con los censos. No debemos obviar, ni olvidar, que el derecho de superficie, en su origen, era una figura censal. De ahí, la mención del artículo 1.611 del Código Civil, en sede de censos, al derecho de superficie, y que se entendiera que el artículo 1.655 le era aplicable.

No obstante, tras la promulgación de la primera Ley del Suelo de 1956, el derecho de superficie adquirió una nueva identidad, diferenciándose del censo, dejando de significar la existencia de dos derechos de propiedad sobre un solo objeto, y articulando jurídicamente una disociación de la propiedad inmobiliaria en dos objetos susceptibles de titularidades diferenciadas.

B) LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE REGULE LA CONTRAPRESTACIÓN

Acaso podría tenerse en cuenta el hecho de que en la Ley se regule la contraprestación; puede ser éste un argumento favorable a la consideración de que la obligación de pagarla tiene alguna dimensión jurídico-real, ya que lo que se está regulando es el derecho real y su contenido. Y en este caso sí es dable traer a colación la figura de los censos en cuanto que es el otro caso de derecho real en cosa ajena en que se regula esta cuestión y en la que, evidentemente, dicha obligación tiene trascendencia jurídico-real.

C) LA LITERALIDAD DEL PRECEPTO: LA REFERENCIA AL *SUPERFICIARIO* COMO DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN

El artículo 40.3 del TRLS de 2008, se refiere a la contraprestación del *superficiario*, es decir, a cargo del superficiario. De manera que podría valorarse que se está fijando al sujeto pasivo o deudor de la obligación en función de una titularidad jurídico-real, de modo que el acuerdo sobre la contraprestación obligaría a quien fuera superficiario en cada momento cronológico, es decir, con independencia de que quien detentara tal posición jurídica, al reclamarse el pago, fuera el sujeto a favor de quien se constituyó el derecho de superficie o fuera otro sujeto que lo hubiese adquirido posteriormente.

Teniendo en cuenta que las obligaciones *propter rem* lo son porque el sujeto pasivo se determina en base a la titularidad de un concreto derecho real

que, en este caso, sería el derecho de superficie, esta mención podría argumentarse para sostener que el precepto está dando tal configuración a la obligación de pagar la contraprestación.

Por otro lado, podría traerse a colación la siguiente expresión contenida en el precepto: *a favor del propietario del suelo*. Podría pensarse que se está fijando el sujeto activo de la obligación también en función de otra titularidad jurídico-real, concretamente, el acreedor sería el propietario del suelo. No obstante, conviene decir que dicha expresión sólo la refiere el precepto a un tipo o especie de contraprestación: la adjudicación de viviendas y locales o de derechos de arrendamiento de unas u otros. Por otro lado, la consideración de una obligación como *propter rem* no depende de que el acreedor se determine en función de una titularidad jurídico-real.

Sinceramente, creo que apoyarse en este argumento que ofrece la literalidad del precepto para considerar que nos encontramos ante una obligación *propter rem* sería muy pobre. Podría decirse, para refutar este argumento, que el texto se está refiriendo al propietario y al superficiario que constituyen el derecho, sin prejuzgar qué ocurre con el derecho a cobrar la contraprestación, ni con la obligación de pagarla, cuando el suelo o el derecho de superficie se transmiten.

Sin embargo, si la conclusión final se decanta, en base a otros argumentos más sólidos, por la configuración de la obligación como *propter rem*, no deberá desdeñarse la literalidad del precepto en relación a la determinación del sujeto pasivo, habida cuenta de que, precisamente, la característica principal de este tipo de obligaciones es que el deudor viene concretado por el hecho de detentar una concreta titularidad jurídico-real.

D) LA FUNCIONALIDAD DE LA FIGURA

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, funcional *se dice de todo aquello en cuyo diseño u organización se ha atendido, sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo; o bien se dice de una obra o de una técnica eficazmente adecuada a sus fines*. Se trata, en este epígrafe, de comprobar cómo el derecho de superficie atiende mejor las necesidades de articulación jurídica que está llamado a cubrir; es decir, si es mejor, más adecuado, otorgar dimensión de obligación meramente personal al acuerdo sobre contraprestación o considerar que, de dicho convenio, surge una obligación *propter rem*.

Sin embargo, creo que la dificultad para llegar a una conclusión en relación a qué es lo más adecuado desde una perspectiva funcional, radica en que, precisamente, la operatividad de la figura está mejor atendida, en unos casos, otorgando a la obligación de pagar la contraprestación dimensión jurídico-

obligacional, mientras que, en otros casos, le conviene cierto alcance jurídico-real.

Me explico: cuando la contraprestación pactada consiste *en una suma alzada* es evidente que las cosas funcionan mejor si la obligación de pagarla se considera de carácter personal. De este modo los sucesivos adquirentes del suelo o del edificio no se verían afectados por lo pactado acerca de la contraprestación entre quienes constituyeron el derecho de superficie, salvo que haya acuerdo expreso de transmisión de crédito o de asunción de deuda, según el caso. Entiendo que lo contrario obligaría a tomar en consideración, a la hora de pactar sobre la transmisión del suelo gravado o del edificio en propiedad superficiaria, el grado de cumplimiento de la contraprestación.

Sin embargo, como vamos a ver a continuación, no ocurre lo mismo en los otros casos, o, al menos, no necesariamente.

Cuando lo que se pacta es una *renta periódica o canon*, parece que sería más adecuado, desde el punto de vista funcional, darle una dimensión jurídico-real al acuerdo sobre la contraprestación, configurándola como obligación *propter rem*. De este modo, los nuevos adquirentes, bien del edificio, bien del suelo, serían quienes tendrían derecho a pagarla o a cobrarla. En este sentido, conviene traer a colación la opinión de ROCA SASTRE que, en relación a la Ley del Suelo de 1956, consideró un error que no se hubiera otorgado naturaleza de obligación *ob rem* a la de pagar el canon pactado como contraprestación (21).

Veamos qué es más funcional cuando nos encontramos ante casos en que el precio consiste en la *adjudicación de la propiedad de viviendas y/o locales*.

La verdadera naturaleza del acuerdo sobre la contraprestación sólo se pone de manifiesto —como ya hemos dicho—, y, por lo tanto, sólo es relevante, en el caso de que, incumplida la contraprestación, se produzca una transmisión.

En tal caso, si se transmite el derecho de superficie:

- El acuerdo sobre la contraprestación tendrá alcance jurídico-real, en el sentido de generar obligaciones *propter rem*, cuando el nuevo adquirente del edificio en propiedad superficiaria tenga obligación de entregar las viviendas o de responder por el incumplimiento de dicha obligación.
- Por el contrario, tendrá efectos meramente personales si al último adquirente del derecho de superficie no puede serle exigido su cumplimiento por el propietario del suelo, que deberá reclamar por incumplimiento al sujeto a quien él concedió el derecho de superficie y que después lo ha enajenado.

(21) ROCA SASTRE, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, nota núm. 51 al pie de la pág. 48.

Si se tratara de una transmisión del suelo, incumplida la contraprestación, podría exigir responsabilidad por dicho incumplimiento: el nuevo adquirente del suelo, si el acuerdo tiene la eficacia jurídico-real mencionada —siempre y cuando, en tal caso, la determinación del acreedor de la obligación *propter rem* se produjera en virtud de la titularidad del derecho de propiedad sobre el suelo—; o bien el constituyente del derecho —transmitente del suelo—, si tuviera eficacia de obligación meramente personal.

Se trata ahora de averiguar si funcionalmente sería mejor una configuración u otra. De entrada, podría pensarse que lo mejor es ir al nivel más débil de efectos y considerar que se trata de un acuerdo de naturaleza personal que no es oponible ni exigible a los terceros adquirentes. De este modo, si el edificio en propiedad superficiaria cambiara de manos, el propietario del suelo no podría ya exigir la adjudicación de las viviendas o locales a su propietario, y podría reclamar por incumplimiento contractual a su contraparte. Aunque acaso, fuera mejor, otorgarle naturaleza de obligación *propter rem*, y permitir al propietario del suelo reclamar al adquirente del edificio en propiedad superficiaria y que éste reclamara —en su caso— por incumplimiento contractual a quien le transmitió el edificio. Depende de si creemos más adecuado poner en mejor situación al dueño del suelo (en cuyo caso es mejor configurar la obligación como *propter rem*) o al adquirente del edificio en propiedad superficiaria (en cuyo caso será mejor hablar de obligación de naturaleza personal).

Y es que, desde una perspectiva funcional, hemos de tener en cuenta cuál es el interés que queremos primar, el del propietario del suelo o el del constructor-superficiario:

- Si creemos más conveniente primar los intereses del constructor será mejor la configuración de la obligación como una obligación de naturaleza personal. De este modo, si el derecho de superficie cambiara de manos, el propietario del suelo, ante el incumplimiento, podría reclamar únicamente a su contraparte. Por otro lado, la transmisión del derecho de superficie sería más fácil si no llevara acarreada la obligación de adjudicar determinado volumen edificado.
- Si, por el contrario, lo que se quiere es primar los intereses del propietario del suelo, sería mejor configurar como obligación *propter rem* la de pagar la contraprestación. Así las cosas, transmitido el derecho de superficie, el propietario del suelo podría exigir el cumplimiento de esa obligación o la responsabilidad por incumplimiento a quien ostentara la titularidad del derecho de superficie en virtud de esa enajenación.

En este sentido, ha de considerarse que el derecho de superficie, en cuanto que articula la construcción legítima o lícita en finca ajena y que, en la medida en que esto es así, puede plantearse su utilización para atender jurí-

dicamente la misma necesidad —siquiera temporalmente— que el contrato de permuta de solar por edificación futura. Aunque esta posibilidad me parece que teóricamente presenta el inconveniente de la temporalidad del derecho de superficie, que determinaría que finalmente el propietario de suelo se quedara con todo el edificio. De manera que creo que, en la práctica, esta forma de articular la construcción legítima en finca ajena va resultar poco atractiva a los constructores. Sin embargo, existen indicios que demuestran que el derecho de superficie sí se está usando con esta finalidad. Así pueden citarse la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/118231) y la RDGRN de 20 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/3890).

En la medida en que esto es así, desde un punto de vista funcional, creo que es mejor dotar a la obligación de la dimensión real a la que nos venimos refiriendo, al menos cuando la posición predominante en el mercado la ocupen los constructores que vendrían a ser los titulares del derecho de superficie para construir. En tal coyuntura entiendo que sería más adecuado —en orden a equilibrar la posición de las partes de la relación— poner en mejor situación al propietario del suelo. De modo que, desde esta perspectiva, acaso fuera más conveniente entender que, aunque el derecho de superficie se enajene, el adquirente tiene obligación de cumplir la contraprestación que consista en la adjudicación de las viviendas o locales que se pactaron como precio (22). De este modo se conjura uno de los riesgos más graves que suscita, en la práctica, el contrato de permuta de suelo por edificación futura y que no es otro que el de que el transmitente del suelo —que lo permuta por viviendas y/o locales a construir por el constructor—, se vea privado de la contraprestación como consecuencia de un embargo de la finca al constructor, ya que el nuevo adquirente en el remate lo adquiriría sin la obligación de entregar las viviendas o locales al que originariamente era dueño del suelo y lo permutó. Si esa obligación fuera *propter rem*, el adquirente del derecho de superficie —en el caso que nos ocupa— debería cumplir la obligación de pagar el precio y entregar la contraprestación consistente en la adjudicación de viviendas y/o locales.

Desde esta perspectiva, por tanto, cabe plantearse si no es más conveniente —por ser más funcional— dotar de cierta eficacia jurídico-real al acuerdo sobre la contraprestación cuando la misma consiste en la adjudicación de locales y/o viviendas.

En definitiva, desde el punto de vista funcional, puede concluirse que el derecho de superficie cumpliría mejor sus fines otorgando a la contrapresta-

(22) Vid., sobre esta cuestión, aunque en relación a los derechos de sobre y de subedificación, ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 665, mayo-junio de 2001.

ción, en unos casos, carácter obligacional o personal y, en otros casos, configurándola como obligación *propter rem*, dependiendo del tipo de contraprestación pactada.

Lo deseable desde el punto de vista funcional creo que sería que la naturaleza de la obligación de pagar la contraprestación dependiera del tipo de ésta y, en algunos casos, de la coyuntura económica.

Tras el análisis efectuado acerca de cómo se atiende mejor la funcionalidad de la figura, creo que no cabe afirmar que, en base a este argumento, sea mejor una determinada configuración de la obligación de pagar la contraprestación u otra, pero lo que sí creo que puede concluirse es que parece evidente que no siempre su configuración como obligación de carácter personal —que *a priori* parece la solución más razonable— es lo más adecuado desde el punto de vista funcional. Y no lo es, al menos en dos de los cuatro tipos de contraprestaciones citadas por el precepto —dejando al margen la reversión de lo edificado—: concretamente, en el caso del canon y de la adjudicación de la propiedad de viviendas —al menos cuando la coyuntura económica produce un desequilibrio en el mercado favorable a los constructores—.

Ahora bien, una cosa es que, desde el punto de vista funcional, sea deseable una determinada configuración de la obligación de pagar la contraprestación y otra cosa es que dicha obligación tenga efectivamente tal caracterización.

E) ALGUNAS CONTRAPRESTACIONES PODRÍA ENTENDERSE QUE ORIGINAN OBLIGACIONES *PROPTER REM*: LA REVERSIÓN, LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES, O DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO. REMISIÓN

Pese al tratamiento uniforme que la Ley parece hacer de la obligación de pagar la contraprestación con independencia del tipo de precio que se pacte, hay que tener en cuenta que en determinados casos parece que necesariamente nos encontremos ante obligaciones *propter rem*. Me refiero concretamente a la reversión, la adjudicación de viviendas y/o locales al propietario del suelo, o, incluso a los derechos de arrendamiento de unas u otros.

Si entendemos que la reversión es una contraprestación, el que va tener que cumplirla, o mejor dicho, quien va a soportarla, va a ser quien sea superficiario en el momento de la extinción del derecho. De modo que podría colegirse que se trata de una obligación *propter rem*.

Sin embargo, no es este el planteamiento correcto, porque —como veremos más adelante— la contraprestación no es, en sí misma, la reversión, por lo tanto, no se trata de comprobar quién la padece. La visión adecuada para comprobar si el hecho de que el acreedor de la contraprestación la reciba por accesión la configura como obligación *propter rem* o no, es la de comprobar

a quién puede reclamarse cuando, llegado el momento de operarse la reversión, no hay edificio que se incorpore a la propiedad del suelo, porque ha habido un incumplimiento de la verdadera contraprestación que es el edificio que debía construir el superficiario a su costa. La obligación de pagar esa contraprestación será *propter rem* o personal en función de si puede reclamar a quien es superficiario en el momento de extinguirse el derecho —*propter rem*— o al sujeto a quien se concedió el derecho en un primer momento —personal—.

Por lo tanto, el hecho de que pueda sufrir la reversión un sujeto distinto al que pactó que el edificio era la contraprestación, no convierte a la obligación de pagar este tipo de contraprestación en *propter rem*.

Lo mismo cabe decir en todos aquellos casos en que la contraprestación puede adquirirse por accesión, lo cual puede producirse en los siguientes casos: adjudicación de viviendas y/o locales a favor del propietario del suelo, o incluso adjudicación de los derechos de arrendamiento sobre los mismos cuando se interpreta en el sentido de que otorga un derecho real al propietario del suelo que permite arrendar diferentes viviendas y/o locales del edificio construido en virtud del derecho de superficie. Me remito, en relación al modo de adquisición de estas contraprestaciones por el acreedor al estudio pormenorizado de cada uno de los diferentes tipos de contraprestación que se desarrolla en la Segunda Parte de este estudio.

F) LA POSIBILIDAD DE PACTOS INDEMNIZATORIOS RELATIVOS A LA INCORPORACIÓN DEL EDIFICIO AL SUELO AL EXTINGUIRSE EL DERECHO DE SUPERFICIE

En mi opinión, hay un aspecto de la regulación del derecho de superficie contenida en el TRLS de 2008 que es novedoso con respecto a las Leyes anteriores y que debe ser considerado para resolver el problema que estamos abordando. Me estoy refiriendo a la posibilidad de que existan pactos relativos a si el propietario del suelo debe pagar alguna cantidad al superficiario cuando se opera la incorporación del edificio a la propiedad del suelo al extinguirse el derecho, en concepto de liquidación del derecho de superficie.

En los Textos Refundidos de 1976 y 1992 esta posibilidad quedaba descartada expresamente por la Ley. Así el artículo 173.2 del TRLS de 1976 y el artículo 289.3 del TRLS de 1992 se pronunciaban exactamente en los mismos términos, diciendo que:

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

Por su parte, el artículo 161.2 de la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, había regulado esta cuestión de diferente modo:

«Cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión».

Actualmente, el artículo 41.5.2 del TRLS de 2008 dispone que:

«A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie».

En principio, este artículo recoge la dicción de sus precedentes inmediatos —los TR de 1976 y de 1992—, estableciendo que no debe pagarse indemnización; sin embargo, admite la posibilidad de pactos sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie, donde entiendo que se podrán incluir acuerdos relativos a la indemnización del valor de todo o parte del edificio que se incorpora a la propiedad del suelo (23).

a) *La naturaleza de las obligaciones que surgen de dicho pacto*

Según lo expuesto, las únicas normas al amparo de las cuales se ha podido pactar algo sobre la indemnización del valor del edificio al incorporarse al suelo son la Ley del 56 y el vigente TRLS.

Sin embargo, existen diferencias entre ellas. Estas divergencias a las que ahora me referiré impiden —como hemos dicho anteriormente— que las opiniones de los autores, considerando que se trata de obligaciones de naturaleza meramente personal— y que se pronuncian en relación a la Ley del Suelo de 1956 —citados más arriba al referirnos al estado de la cuestión— sirvan de apoyo y sean tomadas en consideración en relación a la situación normativa actual.

(23) BLANQUER UBEROS, Roberto —en *Acerca del derecho de superficie*, edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, vid. pág. 127—, interpreta el inciso en el que se admiten pactos sobre la liquidación del derecho de superficie en el momento de la extinción, en el sentido de que se permite pactar indemnización por el valor del edificio que se incorpora al suelo.

Veamos cuáles son las diferencias entre una Ley y otra: mientras en la de 1956, en defecto de pacto, debe abonarse dicha indemnización; en la vigente, en defecto de pacto, no se debe dicha indemnización. Es decir, en la primera puede pactarse la gratuidad de la incorporación del edificio al suelo; mientras, en la segunda, puede pactarse la onerosidad.

Esto acarrea otra diferencia, a mi modo de ver, sustancial:

- En la Ley de 1956 se establece por ley que, en defecto de pacto en sentido contrario, hay obligación de indemnizar la reversión del edificio. De manera que —salvo que exista pacto de no indemnización— la obligación de indemnizar que establece dicha norma es aplicable al extinguirse el derecho con independencia de que los sujetos de la relación en ese momento sean los que constituyeron el derecho o sean terceros adquirentes: la obligación de indemnizar no se deriva, por tanto, del pacto que pudieron concertar al respecto quienes constituyeron el derecho, sino de la propia ley. Es decir, se consigue que la obligación de pagar esa indemnización sea oponible y exigible a terceros posibles adquirentes del edificio estableciéndola legalmente.
- En el TRLS de 2008 se establece por ley que no hay obligación de indemnizar. Sin embargo, se reconoce a los sujetos que constituyen el derecho de superficie la posibilidad de establecer *normas sobre la liquidación del derecho de superficie*. Entiendo —como he dicho— que, en esos pactos cabe incluir la obligación de pagar una indemnización por el valor del edificio en el momento de extinguirse el derecho de superficie. Evidentemente, la posibilidad de que los constituyentes del derecho de superficie puedan válidamente celebrar un acuerdo con este contenido implica que se les está reconociendo la posibilidad de obligar a un tercero —propietario del suelo al extinguirse el derecho que lo ha adquirido con posterioridad a la constitución del derecho— a indemnizar el valor del edificio. En este caso no es la ley la que obliga al tercero sino el acuerdo válidamente celebrado entre los sujetos que constituyeron el derecho al que, obviamente, se le debe reconocer una dimensión o eficacia jurídico-real, en el sentido de que puede obligar a un tercero ajeno al pacto, es decir, que aparece como obligación *propter rem*.

Abundando en esta idea, tanto la Ley de 1956 como el TRLS de 2008 tienen una semejanza en lo atinente a la regulación de la indemnización del valor del edificio al incorporarse a la propiedad del suelo, ya que en ambos casos cabe pactar en algún sentido: la Ley de 1956 permite pactar que no se indemniza, mejor dicho, permite pactar la extinción de la obligación, mientras la norma vigente permite pactar el nacimiento de la obligación de indemnizar. Por lo tanto, la diferencia es que, mientras en la primera —la Ley de 1956— la eficacia del posible pacto se traduce en extinguir una obligación —la de in-

demnizar—, en la segunda, la eficacia de ese pacto se cifra en hacer nacer esa obligación. Entiendo que cuando alguien extingue una obligación, renuncia a un derecho y, luego, no puede hacer renacer ese derecho únicamente por transmitir a otro la titularidad jurídica que le permitió tenerlo y, en consecuencia, renunciarlo; pues eso afectaría, sin tener posibilidad de consentirlo, al sujeto pasivo, es decir, al deudor obligado a pagar esa indemnización. Si el constituyente del derecho de superficie como superficiario pacta no cobrar indemnización, es decir, renuncia a cobrar esa indemnización que por ley le correspondería, no puede pretenderse que, en aras a la eficacia meramente personal del pacto que la extingue, esa obligación renazca para el propietario del suelo cuando el superficiario transmita el edificio en propiedad superficial, es decir, cuando el superficiario sea otro individuo distinto al que lo era cuando se constituyó el derecho. Razones de seguridad jurídica y de sentido común entiendo que lo imponen así.

En el TRLS de 2008, la eficacia del pacto sobre la obligación de pagar una indemnización por el valor del edificio que se incorpora a la propiedad del suelo consiste en hacer nacer una obligación de pago de una indemnización. Evidentemente a este pacto, en el caso de que se produzca, debe dársele algún tipo de eficacia jurídico-real, puesto que esa indemnización se pacta para el momento de extinguirse el derecho con independencia de quiénes sean los sujetos afectados en ese momento, es decir, con independencia de que lo sean los que constituyeron el derecho o sean otros. Ha de considerarse que la existencia de un pacto de estas características no limita la posibilidad de transmitir las titularidades jurídico-reales afectadas. Menos aún si se tiene en cuenta que el artículo 41.4 permite enajenar el suelo al propietario sin necesidad de que consienta el superficiario; de tal manera que se está reconociendo expresamente en la ley que esa obligación de indemnizar pactada entre los constituyentes del derecho pueda serle exigida al posterior adquirente del suelo.

Por lo tanto, los pactos relativos a la indemnización del valor del edificio en el momento de extinguirse el derecho, ha de reconocerse que determinan el nacimiento de una obligación *propter rem* que deberá cumplirse por quien sea propietario del suelo al extinguirse el derecho de superficie. De modo que, en la propia Ley, se reconoce virtualidad al contrato, al acuerdo entre las partes, para hacer surgir obligaciones *propter rem*.

Ahora bien, ¿guarda la incorporación del edificio al suelo al extinguirse el derecho de superficie alguna relación con la contraprestación?

b) *¿Guarda relación la incorporación del edificio al suelo con la contraprestación?*

El interés que puede tener, a efectos de determinar si el acuerdo sobre la contraprestación hace surgir una obligación *propter rem* o una obligación

meramente personal, la afirmación de la posible dimensión jurídico-real que puede otorgarse a los pactos sobre liquidación del régimen del derecho de superficie, entre los que puede estar un acuerdo que obligue a indemnizar el valor del edificio en el momento de extinguirse el derecho, depende de que la reversión o —mejor dicho— la incorporación de la propiedad al suelo pueda configurarse como contraprestación o no.

b.1) Acerca de si la reversión puede ser una especie de contraprestación

Al igual que las normas estatales que precedentemente habían venido regulando la contraprestación del derecho de superficie, el artículo 40.3 del TRLS de 2008 alude, en su inciso final, a la reversión total de lo edificado.

Es obvio que el propio texto legal parece tener a la reversión en un concepto distinto al del resto de modalidades de contraprestación porque alude a ella con un *sin perjuicio*. E incluso podría plantearse, en base a la expresión literal de la norma, si realmente se la concibe como posible precio a pagar por el superficiario. De ahí que debamos abordar si la reversión o incorporación puede considerarse una especie de contraprestación o no.

Podría decirse, en este orden de cosas, que la reversión no puede configurarse como un precio a entregar, puesto que dicha incorporación de la propiedad del edificio a la del suelo no es una obligación que alguien deba cumplir, nadie puede cumplir con esa pretendida obligación de *reversión* o incorporación. Se trata de un efecto que se produce automáticamente, *ipso iure*, con independencia de la voluntad de los sujetos que se puedan ver afectados. El propietario del suelo podrá pedir ante los Tribunales que se declare que le corresponde la titularidad del derecho de propiedad sobre lo edificado en el solar de su propiedad como consecuencia de la extinción del derecho de superficie y de la operatividad y eficacia del principio de accesión inmobiliaria; pero no podría demandar al titular del derecho de superficie para que cumpla con la obligación de *revertir*. De donde podemos extraer la idea de que la reversión no debe entenderse como una especie de contraprestación.

A esta línea de pensamiento contribuyen las dudas que suscita la lectura del artículo 41.5.2 del TRLS de 2008 cuando dice que, en el momento de la extinción, la propiedad del suelo incorpora la del edificio sin indemnización *cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho*. Teniendo en cuenta que, en este contexto la referencia al *título*, según creo, no puede referirse más que a si el derecho se ha constituido a título oneroso o gratuito, podría entenderse que este precepto concibe que la consideración de la relación como onerosa o gratuita no depende ni de la reversión ni de las circunstancias en que la misma se opera.

Y, sin embargo, alguna relación debe existir entre la reversión y la contraprestación cuando el propio artículo 40.3, al regular la contraprestación, menciona la reversión del edificio. En este orden de cosas, hay que decir que, por otro lado, es indudable que la incorporación de la propiedad del volumen edificado a la propiedad del suelo al extinguirse el derecho va a ser considerada por las partes a la hora de constituir el derecho de superficie, siendo valorada para calibrar el equilibrio de las prestaciones que se intercambian.

Para apoyar la consideración de que la incorporación de lo edificado al suelo sí puede constituir una contraprestación puede traerse a colación la expresión literal del artículo 158.3 que, en la Ley del 56, se refería a la contraprestación que decía que *la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez*. Es evidente que, aquí, la reversión no es tratada de modo diferente a las otras contraprestaciones y se concibe como una especie más.

Por otro lado, la doctrina suele plantearse si realmente cabe la gratuidad del derecho de superficie en cuanto que siempre se produce la reversión, lo que implica que dicha reversión es considerada a efectos de determinar las prestaciones intercambiadas (24).

b.2) La contraprestación o precio no es la reversión sino el edificio que revierte

En mi opinión, creo que la cuestión suscitada acerca de si la reversión debe considerarse una especie de contraprestación, se resuelve si se adopta la perspectiva adecuada. Y es que, desde luego, la reversión, en sí misma considerada, como efecto de la extinción del derecho de superficie, no puede considerarse un tipo de contraprestación. Lo que realmente configura la contraprestación o precio es la *transmisión de la propiedad del volumen edificado* que se produce como consecuencia de la inexorable reversión. Lo que ocurre es que la incorporación de dicha contraprestación al patrimonio del propietario del suelo, incrementándolo —en su caso—, se produce precisamente cuando se extingue el derecho de superficie y el principio de accesión inmobiliaria recupera su eficacia. Por lo tanto, asistimos a una equiparación o confusión entre el precio propiamente dicho —lo edificado— y el efecto que provoca que el acreedor de dicha contraprestación lo incorpore a su

(24) NAVARRO VIÑUALES, José M.^a, *El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las Disposiciones Transitorias en la Ley de Censos catalana*, edit. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pág. 773.

patrimonio —la reversión o incorporación—. De manera que, en realidad, cuando el artículo 40.3 habla de la reversión como contraprestación, hay que entender que la verdadera contraprestación que debe considerarse mencionada es la *propiedad de lo edificado sobre el solar*.

Vistas así las cosas, creo que no queda sino afirmar que la reversión, entendiendo que, cuando se alude a ella, se hace referencia a la adquisición de la propiedad de lo edificado que se produce cuando tiene lugar, sí debe concebirse como una contraprestación. Por lo tanto, la calificación de la relación jurídico-real como gratuita u onerosa no puede prescindir ni de la reversión, ni de las circunstancias en que ésta se opera.

Teniendo esto en cuenta habrá que ver si puede procurarse una interpretación diferente a la más arriba apuntada para los dos preceptos tomados en consideración.

En cuanto al primero —art. 40.3—, ya hemos dicho que aunque menciona el fenómeno —reversión— por el cual el acreedor de la verdadera contraprestación —el edificio— la incorpora a su patrimonio, en realidad hay que entender que se refiere a la adquisición de la edificación que se produce al tener lugar la reversión, o mejor dicho, incorporación.

En cuanto al segundo —art. 41.5.2—, teniendo en cuenta que es un precepto dedicado a regular los efectos de la extinción del derecho real de superficie, entiendo que, aquí, más que determinar que la consideración de la relación como onerosa o gratuita debe prescindir de la circunstancia de la reversión, lo que se ha querido es reafirmar, para que no haya lugar a duda, la imperatividad de la reversión al extinguirse el derecho de superficie, con independencia de que la relación se haya pactado a título oneroso o gratuito.

c) Posible aplicación extensiva a otras obligaciones

Por lo tanto, si admitimos que —según lo dicho— la reversión o incorporación del edificio al suelo puede guardar relación con la contraprestación, en cuanto que viabiliza o articula que el propietario del suelo adquiera lo edificado, habrá que entender que cualquier acuerdo relativo a dicha incorporación o reversión, va a formar parte del pacto sobre la contraprestación, en cuanto que las partes, indudablemente, han considerado ese aspecto de la relación para valorar el equilibrio de contraprestaciones intercambiadas.

Habida cuenta de que, al posible acuerdo sobre la indemnización del valor del edificio al extinguirse el derecho —que podría considerarse un aspecto más del pacto sobre la contraprestación—, la ley le otorga —aunque sea de manera probablemente no pretendida— alguna dimensión jurídico-real, en el sentido de que permite que de él surjan obligaciones *propter rem* a cargo del propietario del suelo: ¿No podremos entender que esto también es extensible

al resto de obligaciones que a cargo del superficiario surjan del acuerdo sobre el precio?

Puede replicarse a esta sugerencia que es evidente que el acuerdo sobre la indemnización va a desplegar su eficacia en el momento en el que se extingue el derecho y que, evidentemente, eso dota al acuerdo de cierta dimensión real, configurando la obligación de pagar dicha indemnización como *propter rem*. Circunstancia que no concurre en el resto del contenido del acuerdo relativo a la contraprestación, referido a si existe o no contraprestación y de qué tipo. Aunque, esa misma característica tiene el precio cuando se fija una renta periódica o canon, en cuanto que se sabe que se va a tener que abonar durante toda la vida del derecho de superficie.

Por otro lado, podría decirse, para refutar este argumento que, en realidad, el artículo 41.5.2 del TRLS de 2008, no se refiere a una indemnización por el valor del edificio, sino que habla de liquidación del derecho de superficie, es decir, parece aludir a la liquidación de un estado posesorio, por lo tanto, el acuerdo que adopten las partes al respecto está dotado *per se* de un contenido jurídico-real, en cuanto que se refiere a la posesión.

Sin embargo, el resto del contenido del acuerdo sobre la contraprestación va a estar condicionado por el pacto sobre indemnización del edificio; en definitiva, creo que el precio y, en consecuencia, el carácter oneroso o gratuito de la relación, va a depender de si hay o no obligación de indemnizar el valor del edificio. Con lo cual podría sostenerse que la naturaleza de esta obligación, que sería *propter rem*, debería extenderse a todo el contenido del pacto sobre el precio. Si quien es superficiario al extinguirse el derecho de superficie no es a favor de quien se constituyó originariamente el derecho y, al extinguirse éste, puede llegar a recibir una indemnización por el valor del edificio, puede parecer adecuado, sensato, justo, exigirle que pague la contraprestación pactada al propietario del suelo si quien a él le transmitió el derecho de superficie no la pagó.

6. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto parece que hay argumentos —no sé si suficientes— que no sé si sirven para convencernos de que, con carácter general, la obligación de pagar la contraprestación a cargo del superficiario es configurada por el legislador como obligación *propter rem*; pero lo que sí permiten —cuando menos— es poner en duda la intuición inicial de que a la misma haya de dársele, con carácter general, eficacia personal u obligacional.

Por su parte, el análisis de qué configuración de la obligación de pagar la contraprestación hace más funcional al derecho de superficie no sé tampoco si permite afirmar, con carácter general, que una opción sea preferi-

ble a la otra desde esta perspectiva. Lo que sí nos permite percibir es: por un lado, que no siempre lo más adecuado en este sentido será configurarla como obligación de carácter personal y, por otro, que acaso su conformación como *propter rem* sería útil en más casos de los que a primera vista pueda parecer. De manera clara, sería preferible cuando el precio pactado es un canon o renta periódica, o consiste en la adjudicación de viviendas y/o locales y se quiere primar el interés del propietario del suelo.

Teniendo estas ideas en cuenta, creo que la regulación de la posible indemnización del valor del edificio construido en régimen de propiedad superficiaria al extinguirse el derecho, podría representar un argumento de Derecho positivo en orden a configurar la obligación de pagar la contraprestación como obligación *propter rem*, siempre y cuando se entienda que dicha normativa otorga al acuerdo *inter partes* virtualidad para generar una obligación *propter rem* a cargo del propietario del suelo —la de pagar una indemnización por el valor del edificio—; de modo que también podría hacerse extensiva esa posibilidad a las obligaciones que, de dicho acuerdo, surgieran para el superficiario.

Sin embargo, creo que existirán muchas reticencias —yo también las tengo— a aceptar esta idea, al menos a entender que esto sea así con carácter general.

Una vía alternativa acaso pudiera consistir en considerar que el acuerdo sobre la contraprestación tendrá, de entrada, la naturaleza que las partes le otorguen si es que le dan expresamente una configuración concreta. Sin embargo, ya hemos expuesto más arriba las reticencias de los especialistas en obligaciones *propter rem* a reconocer la vigencia del dogma de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

En este orden de cosas, podría entenderse que la Ley da una configuración u otra a la obligación de pagar la contraprestación en función de su especie.

Así, si se acordara que se va a satisfacer un canon o renta periódica habría de interpretarse, que la Ley concibe la obligación como *propter rem*. Si se pacta una suma alzada parece de sentido común entender que la configuración debe ser meramente personal u obligacional. Si el precio consistiera en la adjudicación de la propiedad de viviendas y/o locales, también cabría interpretar la Ley en el sentido de que la obligación de pago del precio es obligación *propter rem* cuando se quiere proteger al propietario del suelo porque el mercado le sitúa en posición de inferioridad; aunque, en este caso, esta interpretación de la Ley chocaría con la que probablemente pretendiera el superficiario-constructor a quien beneficiaría la configuración personal de la obligación, como ya se ha explicado más arriba y que podría ser atendida cuando la coyuntura económica le perjudica. En cuanto al resto de especies de contraprestación, entiendo que puede resultar difícil hacer precisiones al respecto.

Sin embargo, esta sugerencia de posible interpretación de la Ley, choca con la circunstancia de que no parece tratarse de modo diferenciado la obligación de pagar la contraprestación en función de su especie. En realidad, todos los tipos de contraprestación parecen tratarse de manera unívoca.

Creo que sería deseable una mayor concreción acerca de la naturaleza de la obligación de pagar la contraprestación. Es importante para la seguridad del tráfico que las consecuencias jurídicas sean claras y precisas y entiendo que, en este caso, no lo son. Una regulación minuciosa de la naturaleza de la obligación de pagar la contraprestación a cargo del superficiario en función de su especie sería lo deseable, más aún, habida cuenta de que no parece fácil reconocer, en este ámbito, libertad a las partes en orden a configurar de un modo u otro la obligación, en cuanto que se trata de que el pacto produzca efectos para terceros que no son parte del mismo.

7. ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO O ACREEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN SI SE CONSIDERA *PROPTER REM*

Hemos dicho que la determinación del sujeto activo o acreedor de la contraprestación no es relevante a efectos de configurar la obligación de pagarla como *propter rem*. Es difícil precisar si, en este caso concreto, si entenderíamos que la obligación de pagar la contraprestación fuera *propter rem*, la determinación debería venir dada, en función de una relación de carácter personal u obligacional (que sería el contrato de constitución del derecho de superficie), o en función de la circunstancia de detentar una concreta titularidad jurídico-real. Las consecuencias serían que:

- En el primer caso (determinación en base a relación personal): el acreedor de la contraprestación sería siempre quien concedió el derecho de superficie aunque, después enajenara la propiedad del suelo.
- En el segundo caso (determinación en función de la propiedad del suelo), sería acreedor quien fuera propietario del suelo en cada momento.

Creo que en este caso sí que podrá reconocerse libertad a las partes para optar por un modo u otro de determinación del acreedor de la contraprestación, porque, en realidad, no se trata de crear obligaciones a cargo de terceros que no las consienten, sino de originar derechos que pueden beneficiar a terceros.

Por otro lado, hay un supuesto en el que claramente el acreedor se determinaría en base a la detentación de una titularidad jurídico-real. Me refiero al caso en el que la contraprestación pactada consista en el edificio construido a costa del superficiario que se incorpora —o revierte, en la terminología de la Ley— a la propiedad del suelo al extinguirse la superficie.

SEGUNDA PARTE

ESTUDIO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRAPRESTACIÓN O PRECIO EN EL DERECHO DE SUPERFICIE

INTRODUCCIÓN

A) CUESTIONES VARIAS: LISTA ENUMERATIVA; GRATUIDAD, ONEROSIDAD

En esta segunda parte del estudio vamos a profundizar en el análisis de los diferentes tipos de contraprestación que se mencionan en el artículo 40.3 del TRLS y de los problemas que cada una de ellas pueden plantear. Conveniremos en que la lista contenida en dicho precepto es enumerativa, siendo posible pactar cualquier otra contraprestación siempre y cuando no se vulnere ninguna norma imperativa.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el derecho de superficie puede ser gratuito, tal y como se desprende del mencionado precepto. Ahora bien, a la hora de calificar la relación como onerosa o gratuita, habrá que tener cuidado con la reversión porque siempre se va a producir y habrá que tener en cuenta las circunstancias que la rodean en orden a concluir si se trata realmente de una relación gratuita, y en caso de que así sea, poder determinar para cuál de los dos sujetos resulta siendo lucrativa. Profundizaremos en dicha cuestión al abordar la reversión como especie de contraprestación.

B) LA SUMA ALZADA Y EL CANON PERIÓDICO

El artículo 40.3 del TRLS de 2008 contempla como posibles tipos de contraprestación a cargo del superficiario, la entrega de una cantidad de dinero de una vez (suma alzada), o periódicamente (canon periódico).

Entiendo que el principal problema que suscitan estos dos tipos de contraprestación es el de la determinación de la naturaleza de la obligación de pagar el precio y del correlativo derecho de su acreedor a cobrarlo. Cuestión, ésta, que ya ha sido analizada en la primera parte de este estudio, de manera que, no van a ser objeto de análisis pormenorizado en esta segunda parte. Nos centramos, por tanto, en el análisis de los otros tipos de contraprestación a cargo del superficiario.

1. LA REVERSIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN, *RECTIUS*, EL EDIFICIO REVERTIDO COMO CONTRAPRESTACIÓN

Al igual que las normas estatales que precedentemente habían venido regulando la contraprestación del derecho de superficie, el artículo 40.3 del TRLS

de 2008 alude, en su inciso final, a la reversión total de lo edificado. Y es que, en efecto, creo que el estudio de la contraprestación a cargo del superficiario no puede obviar ese efecto que imperativamente produce la extinción del derecho de superficie, al recuperar el principio de accesión inmobiliaria la eficacia que había quedado suspendida temporalmente como consecuencia de la constitución del derecho en cuestión. Un análisis adecuado de los diferentes interrogantes que suscita el artículo 40.3, pasa por precisar el significado y alcance que, en materia de contraprestación, hay que dar a la *reversión*, mejor dicho, a la incorporación de la propiedad del edificio a la del suelo.

Ya hemos dicho, en la Primera parte de este estudio, que la reversión en sí misma considerada no podía entenderse como una especie de contraprestación: la incorporación de la propiedad del edificio a la propiedad del suelo es el *vehículo* a través del cual el acreedor cobra la contraprestación propiamente dicha que no es otra que la propiedad del edificio que viene a incrementar su patrimonio en el preciso momento en que se produce la reversión. Nos remitimos a lo dicho anteriormente sobre el particular.

A) CASOS EN QUE EL EDIFICIO QUE SE INCORPORA AL SUELO PUEDE SER CONSIDERADO CONTRAPRESTACIÓN. RELACIONES GRATUITAS Y ONEROSAS

Como digo, entiendo que la consideración del derecho de superficie como oneroso o gratuito no puede prescindir del efecto propio de la extinción del mismo y de las circunstancias en que éste se produce. Ahora bien, dicha afirmación merece ser matizada puesto que la reversión o incorporación de lo edificado al suelo, no va a suponer en todo caso el incremento del patrimonio del propietario del suelo y, por lo tanto, no siempre va a viabilizar el cumplimiento de una contraprestación.

Para determinar en qué casos la reversión es vehículo del pago del precio o no, han de tenerse en cuenta una serie de circunstancias, como son, en primer lugar, el objeto sobre el que se ha constituido el derecho de superficie; en definitiva, si se constituye sobre finca no edificada y en la que, por lo tanto, se va a construir, o si se establece sobre finca ya edificada. Por otro lado, y, tratándose de derechos de superficie para construir o cuya construcción corre a cargo del superficiario, también debe tenerse en cuenta si la reversión se produce con o sin indemnización por el valor del edificio incorporado a la propiedad del suelo (25).

El artículo 40.3 no parece tener en cuenta estas circunstancias y considera *in genere* como contraprestación la reversión de lo edificado, es decir, que pareciera como si en cualquier caso la reversión provocara el cobro del precio

(25) BLANQUER ÜBEROS, Roberto, *Acerca del derecho de superficie*, edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pág. 127.

por parte del acreedor. Esto es debido a que la vigente regulación del derecho de superficie arrastra la concepción del mismo como mecanismo de fomento de la construcción presente en las Leyes de Urbanismo que le preceden. De ahí que se tome como prototipo de supuesto de hecho en base al cual formular dicha normativa el de constitución del derecho para construir y, además, para construir a costa del superficiario, relegando a un segundo plano el supuesto de constitución del derecho en relación a un edificio ya existente o cuya construcción deba realizar a su costa el propietario del suelo, concedente del derecho.

Evidentemente, cuando el objeto del derecho de superficie *es una finca ya edificada o sin edificar pero en que la obligación de construcción la asume el concedente del derecho*, la reversión no puede considerarse que viabilice el cumplimiento de ninguna contraprestación. En este caso la construcción no conformaría ningún precio. Es más, en estos casos, si no se ha pactado ninguna contraprestación a cargo del superficiario, la relación sería gratuita, es decir, lucrativa para el superficiario que va a poder explotar económicamente la titularidad del derecho de propiedad sobre el edificio sin pagar nada a cambio.

Ahora bien, no es que este precepto no tome en consideración los supuestos que acabamos de referir, sino que tampoco tiene en cuenta las circunstancias en que la reversión se produce en el supuesto prototípico —*derecho de superficie para construir a costa del superficiario*—, en el cual, tampoco la reversión de lo edificado servirá para cumplimentar el pago de una contraprestación en todo caso, sino que habrá que tener en cuenta las circunstancias en que se produce la misma. Concretamente debe considerarse, en primer lugar, si la reversión se produce mediando, o no, indemnización por el valor del edificio, y, además, ha de tenerse en cuenta el valor de dicho edificio.

Con respecto a la primera circunstancia —si media o no indemnización por el valor del edificio que accede al suelo— el artículo 41.5.2 dice que la incorporación se operará sin indemnización con independencia de que el negocio sea oneroso o gratuito, para seguidamente admitir la posibilidad de pactos sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie. De donde cabe colegir que las partes pueden adoptar acuerdos en el sentido de obligar al propietario del suelo a indemnizar el valor del edificio cuando lo adquiere por accesión. En caso de que no pacten nada, la incorporación se producirá sin necesidad de que medie indemnización. Si la reversión se produce mediando indemnización, evidentemente no puede considerarse el edificio revertido como una contraprestación. Si, por el contrario, no mediara indemnización, debe entenderse que el edificio constituye precio.

Ahora bien, en el caso de reversión sin indemnización todavía debe harse más fino y atender al valor del edificio que se incorpora a la propiedad del suelo, ya que sólo habrá que entender que la reversión supone o implica

el pago de la contraprestación cuando dicho edificio tenga cierto valor desde el punto de vista económico, porque si lo que revierte es un edificio obsoleto que no es susceptible de uso y requiere ser derribado, no se podrá considerar contraprestación la incorporación del mismo al suelo.

Por lo tanto, convendremos en que la incorporación del edificio a la propiedad del suelo supone el cumplimiento de la obligación de entregar la contraprestación cuando la construcción ha sido realizada a costa del titular del derecho de superficie, siempre y cuando no deba serle entregada una indemnización por el valor total o parcial (si es parcial se tratará de un negocio mixto, en parte oneroso y en parte gratuito) del mismo al extinguirse el derecho de superficie y que el edificio incorporado tenga algún valor económico en ese mismo momento.

B) EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN IMPLICA LA ADQUISICIÓN DE UN DERECHO REAL DE PROPIEDAD SOBRE EL OBJETO EN QUE CONSISTE LA CONTRAPRESTACIÓN

El fenómeno de la incorporación de la propiedad de la construcción al suelo al extinguirse el derecho al que se refiere literalmente el artículo 40.3 con la expresión *reversión* tiene una dimensión jurídico-real indiscutible y va a operarse al margen de quiénes sean el superficiario o el propietario del suelo en el momento de la extinción, es decir, sean los sujetos que constituyeron el derecho o sean otros.

Teniendo esto en cuenta, ha de convenirse en que, extinguido el derecho de superficie y operada, consecuentemente, la incorporación del edificio al suelo, el propietario del suelo es titular del derecho de propiedad sobre el edificio que se ha pactado como contraprestación. Derecho real que, además, puede hacer efectivo directamente sobre la cosa.

Sin embargo, el que esto sea así no significa —como ya hemos dicho precedentemente— que la obligación de pagar la contraprestación en este caso concreto deba considerarse *propter rem*. La naturaleza o eficacia de que hay que dotar a dicho acuerdo no se manifiesta en caso de cumplimiento de la contraprestación sino en los casos de incumplimiento de la misma.

De tal manera que, si llegado el momento de la extinción del derecho, el edificio en que consistía la contraprestación no existe y, por lo tanto, asistimos al incumplimiento de dicha obligación, la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento, deberá dirigirla el acreedor de la contraprestación —en este caso es claramente el propietario del suelo— contra el último titular del derecho de superficie, en el caso en que la obligación de entregar la contraprestación se considere *propter rem*, o, contra el sujeto a favor del cual se constituyó el derecho de superficie si dicha obligación se considera como meramente personal.

C) FASE ANTERIOR A LA REALIZACIÓN DE LA EDIFICACIÓN O CONSTRUCCIÓN

Una vez constituido el derecho de superficie en el que se acuerda que la contraprestación a cargo del superficiario consiste en el edificio que, al extinguirse el derecho, revertirá al propietario del suelo, es evidente que el superficiario tiene obligación de construirlo en los términos pactados.

En ese momento el propietario del suelo —acreedor de la contraprestación— no puede ser titular de un derecho real en cuanto que el objeto sobre el que, en su caso, recaería ese derecho no existe todavía. Sin embargo, en cuanto que debe serle entregada dicha contraprestación habrá que reconocerle algún derecho al respecto, debiendo precisarse aquí su alcance y significado.

A este respecto hay que decir que la construcción a realizar por el superficiario siempre se ha contemplado como un derecho del mismo, sin embargo, hace ya tiempo que intenté destacar —aunque en relación a la misma obligación en los derechos de sobre y de subedificación, siendo trasladable al derecho de superficie— que no sólo es un derecho, o más bien una facultad del superficiario, sino que también había de tenerse en cuenta su dimensión de obligación a cargo del superficiario (26). En la medida en que construir en los términos pactados es una obligación, ha de destacarse que el sujeto activo de la misma, es decir, quien tiene derecho a ella, el acreedor de la obligación de construir en definitiva, es el propietario del suelo, cuando la incorporación de la propiedad del edificio al suelo ha sido configurada como contraprestación.

Por lo tanto, en esta fase previa a la construcción, el propietario del suelo no es titular de un derecho real que pueda hacer efectivo directamente sobre la cosa sino que es acreedor de la obligación de construir por parte del superficiario. Sin embargo, podemos preguntarnos acerca de si esta obligación es una obligación personal o es otra su naturaleza.

En el caso de que no haya sido cumplida la obligación de construir (27), es decir, no se haya procedido a edificar en los términos previstos en el título constitutivo, si se da a este acuerdo eficacia obligacional, nos encontramos con que:

- Si se transmite el derecho de superficie, la obligación de edificar no se transmitirá al nuevo superficiario —salvo que medie una asunción

(26) Vid. esta misma idea en relación a los derechos de sobre y de subedificación en mi trabajo: «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 665, mayo-junio de 2001.

(27) Tener en cuenta lo que digo, en relación al TRLS de 1992, a propósito de la obligación de construir en determinado plazo y la posibilidad de que se extinga el derecho de superficie, en *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, edit. por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pág. 139 y sigs.

de deuda con consentimiento del acreedor —cfr. art. 1.205 del Código Civil—.

- Si se transmite el suelo, el nuevo propietario del solar no podrá exigir al superficiario que proceda a la construcción, ya que sólo estará legitimado para demandar la realización de la construcción quien concedió el derecho de superficie, aunque ahora no sea propietario del suelo. Lo cual no parece tener mucho sentido.

Entiendo que otorgar naturaleza personal a la obligación de construir el edificio —que debe revertir sin mediar indemnización al suelo— no parece ser muy operativo desde el punto de vista funcional, ya que —entre otras cosas— este concreto supuesto de derecho de superficie para construir a cargo del superficiario está ordenado a articular la construcción en finca ajena, de modo que no parece tener sentido que, mediando transmisiones del suelo o del derecho de superficie, dicha finalidad de construcción se pueda ver frustrada. Podría decirse que la obligación de construir forma parte del contenido del derecho real de superficie cuando la implica.

Me inclino más por pensar que nos encontramos —de nuevo— en el ámbito de las obligaciones *propter rem*, cuya dimensión jurídico-real se cifra en que el sujeto pasivo o deudor de la obligación se determina en función de la detentación de una concreta titularidad jurídico-real. Es decir, en este caso, tendría obligación de construir en los términos previstos en el título constitutivo quien fuera titular del derecho de superficie, con independencia de que sea aquel en cuyo favor se constituyó el derecho de superficie o un posterior adquirente del mismo (28).

D) FASE POSTERIOR A LA CONSTRUCCIÓN Y PREVIA A LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

No puede hablarse de que el propietario del suelo sea, en este momento, titular de un derecho real de propiedad sobre el edificio en cuanto que el derecho de superficie no se ha extinguido. Creo que cabe hablar de la titularidad de un derecho de propiedad sobre el edificio que estaría sometida a plazo inicial, marcado por la fecha de extinción del derecho de superficie.

(28) Vid. sobre esta cuestión, aunque en relación a los derechos de sobre y de subedificación mi trabajo: «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2001, núm. 665, pág. 1062 y sigs.

2. LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES

IDEAS PRELIMINARES: POSIBLES SIGNIFICADOS Y CASOS EN QUE LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES CONSTITUYE PRECIO

Antes de abordar todos los problemas que puede plantear este tipo de contraprestación hemos de hacer una serie de precisiones.

El artículo 40.3 habla literalmente de la *adjudicación de viviendas o locales a favor del propietario del suelo*. Deben analizarse todas las posibilidades que esta expresión encierra. Así, entiendo que el precepto quiere referirse a la adjudicación en propiedad de dichas viviendas y/o locales; sin embargo, podrían contemplarse otras posibilidades, como la adjudicación del derecho de uso. Además, hemos de contemplar la posibilidad de que el precio consista en la adjudicación de dichas viviendas o locales a un tercero que no sea el propietario del suelo. En este caso, ha de tenerse en cuenta que la atribución del derecho de propiedad de cierto volumen edificado a un tercero implicaría la constitución de un segundo derecho de superficie.

Por otro lado, pareciera como si la adjudicación de viviendas y/o locales siempre pudiera considerarse una contraprestación a cargo del superficiario y, sin embargo, cuando se trata de la constitución de un derecho de superficie sobre edificio ya construido o cuya construcción se obliga a realizar el propietario del suelo, no puede hablarse de contraprestación o precio a pagar por el superficiario. En tal caso, si no se ha pactado otro precio distinto a éste, habría que entender que la relación es gratuita, concretamente, sería lucrativa para el superficiario. Nos encontraríamos propiamente ante una reserva por parte del propietario de la finca de la propiedad o del uso de un determinado volumen edificado. O, más propiamente, podía decirse que el objeto sobre el que recae el derecho de superficie es el volumen edificado sobre la finca excluyendo esas viviendas o locales que se reserva el propietario del suelo.

De modo que, sólo cabe entender que la adjudicación de viviendas y/o locales constituye precio por la constitución del derecho de superficie cuando la realización de la construcción corre a cargo del superficiario. Pero, aun en ese caso, debe tomarse en consideración la posibilidad de que el propietario del suelo deba abonar al superficiario el valor por el edificio que reierte finalmente al suelo; en tal caso, tampoco cabe entender que estemos ante una contraprestación a cargo del superficiario puesto que, al final, el valor de esas viviendas y/o locales que el superficiario ha adjudicado al propietario del suelo mientras estaba vigente el derecho de superficie va a ser recuperado por el superficiario, si es que dicha indemnización incluye el valor de esas viviendas y/o locales; si no lo incluye evidentemente sí que puede afirmarse que la adjudicación de viviendas y/o locales conforma la contraprestación.

A) *Supuesto prototipo: adjudicación del derecho de propiedad al propietario del suelo*

Cuando la contraprestación pactada consiste en la adjudicación de la *propiedad* de cierto volumen edificado al propietario del suelo debemos diferenciar, en orden a precisar la naturaleza del derecho que detenta el propietario del suelo respecto a esas viviendas y/o locales, entre la fase anterior a la realización de la construcción del edificio por el superficiario y la posterior.

- a) El acreedor adquiere la titularidad de un derecho de propiedad sobre las viviendas y/o locales

Una vez que la construcción ha sido realizada por el superficiario ha de considerarse que el propietario del suelo, acreedor de la contraprestación, es titular de un derecho de propiedad sobre dichas viviendas.

En la medida en que esto es así, ha de tenerse en cuenta que ese derecho de propiedad sobre cierto volumen del edificio del que es titular el propietario del suelo, deberá ser respetado por los terceros y será oponible a los posteriores adquirentes del edificio en propiedad superficiaria, o lo que es lo mismo, del derecho de superficie. Ahora bien, el hecho de que el tercero adquirente del derecho de superficie tenga que respetar esa titularidad adquirida por el propietario del suelo, no se debe a que la obligación de pagar la contraprestación sea *propter rem*, puesto que el que la obligación sea o no de ese tipo sólo se evidencia ante los casos de incumplimiento de la contraprestación. Hay que tener en cuenta que la razón de que el nuevo superficiario deba respetar dichas adjudicaciones es el hecho de que él adquiere la propiedad superficiaria del edificio tal cual está configurada en manos del superficiario transmitente, de modo que, éste último sujeto no puede enajenar más que lo que tiene, y la propiedad superficiaria del edificio la detenta en esas condiciones.

Abundando en esta explicación, es indudable que el cumplimiento de la contraprestación en este caso —adjudicación de propiedad de viviendas y/o locales al propietario del suelo— genera una alteración jurídico-real de la realidad que es oponible a los terceros, incluido el adquirente del edificio en propiedad superficiaria. Y tal alteración jurídico-real que consiste en la adjudicación de ciertas viviendas y/o locales, debe ser respetada por el posterior adquirente. De manera que esto no significa que el acuerdo sobre la contraprestación tenga una dimensión jurídico-real, en el sentido de que la obligación de pagarla sea *propter rem*. Como digo, dicha dimensión no se percibe o manifiesta en caso de cumplimiento de la contraprestación, sino más bien, cuando se incumple.

b) Modo de adquisición del derecho de propiedad sobre las viviendas y/o locales

La adquisición de la propiedad de un volumen edificado —concretado en unas determinadas viviendas y/o locales— por parte del propietario del suelo, se produce mediante la incorporación, en virtud del principio de accesión inmobiliaria, de dicha propiedad a la del suelo. Es decir, el propietario del suelo adquiere por accesión esas viviendas y/o locales en cuanto se cumple la obligación del superficiario de construir el edificio en los términos pactados en el título constitutivo del derecho de superficie.

En dicho título constitutivo lo que están concertando los sujetos que constituyen el derecho de superficie es una adquisición de la propiedad de cierto volumen edificado a favor de la propiedad del suelo, de modo que cuando dicho volumen concretado en unas determinadas viviendas y/o locales se construya, se producirá la incorporación, por accesión, de la propiedad de esas viviendas y/o locales a la del suelo. Es como si las partes modularan, a través del pacto, cuál va a ser la eficacia del principio de accesión inmobiliaria, o sea, su operatividad. Además, apoya aún más esta consideración el hecho de que la escritura pública y su inscripción registral sean requisitos constitutivos de eficacia, ahora ya claramente conforme establece el artículo 40.2 del TRLS de 2008.

c) Cómo afectan posteriores transmisiones a la propiedad de las viviendas o locales

Cumplida la obligación de pagar el precio, las consecuencias de posteriores transmisiones del suelo o del derecho de superficie son las mismas con independencia de que la obligación de construir sea de naturaleza personal o real.

Una vez que el propietario del suelo tiene la titularidad del derecho de propiedad sobre las viviendas o locales que constituyen la contraprestación porque se han construido y las adquiere por accesión, *la transmisión del edificio en propiedad superficiaria* no va a afectar a la titularidad de la propiedad de esas viviendas por lo que se ha dicho más arriba: el adquirente del edificio en propiedad superficiaria lo adquiere con la configuración que tiene; existe una realidad jurídico-real que es fruto del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que tiene que respetar el adquirente en cuanto que le sea oponible.

En cuanto a cómo puede afectar *la transmisión del suelo* gravado con un derecho de superficie a la propiedad de las viviendas. En tal caso, la propiedad de esas viviendas adjudicadas al concedente del derecho de superficie se ha incorporado por accesión a la propiedad del suelo, extinguiéndose

por consolidación el derecho de superficie con respecto a las mismas. De tal manera que, cuando se pacta la enajenación del suelo, habrá de atenderse al contenido del pacto para ver qué ocurre con la propiedad de esas viviendas o locales:

- Si del pacto resulta que el transmitente del suelo quiere reservar para sí la propiedad de esas viviendas, asistimos a la constitución por reserva de un derecho de superficie que afecta a dichas viviendas. Deberá cumplir con los preceptivos requisitos formales de constitución. Además, como el derecho de superficie es necesariamente temporal, el derecho de propiedad superficiario se extinguirá en el momento que proceda y que no tiene por qué coincidir con la extinción del originario derecho de superficie.
- Si el pacto no es claro sobre este extremo, es decir, no es evidente si el transmitente del suelo quiere reservarse la propiedad —que será superficiaria— de las viviendas y/o locales en el edificio, deberá recurrirse, para interpretarlo, al artículo 1.289 del Código Civil, conforme al cual si el pacto es oneroso debe tenderse a la mayor reciprocidad de intereses. No obstante, ha de tenerse en cuenta que si el transmitente del suelo pretende reservarse la propiedad —que será superficiaria— de las viviendas y/o locales deberá hacerlo en escritura pública e inscribir esa reventa de la propiedad superficiaria en el Registro de la Propiedad. Aunque si la venta del suelo se autorizó en documento público y se inscribió registralmente dicha formalización puede darse por cumplida.

B) *Adjudicación del uso de cierto volumen edificado al propietario del suelo*

Hemos dicho al principio que, en cuanto que el artículo 40.3 del TRLS de 2008 no realiza ninguna especificación al respecto, podemos entender que la adjudicación de viviendas y/o locales puede serlo no del derecho de propiedad sino del derecho de uso.

La adjudicación del uso, en este caso, entiendo que debería representar para el acreedor la adquisición de un derecho de uso de naturaleza jurídico-real. Y ello porque la atribución del uso de dichas viviendas y/o locales en función de una relación personal ya estaría contemplada en la posible adjudicación de derechos de arrendamiento, entendidos como derecho a usar las viviendas y/o locales en régimen de alquiler, que más adelante analizaremos.

Nos podemos plantear, en relación a este supuesto, los mismos interrogantes que cuando lo que se adjudica es la propiedad. Así en cuanto a qué casos deberá ser concebida la adjudicación del uso de ciertas viviendas y/o locales como contraprestación o precio, convendremos en que lo será en los mismos casos que lo es cuando el precio consiste en la entrega del derecho

de propiedad sobre las viviendas, es decir, cuando la construcción del edificio corre a cargo del superficiario y no cuando el edificio ya está construido, porque en tal caso estaremos ante una reserva del derecho de uso sobre cierto volumen del inmueble cuya propiedad superficiaria se enajena como consecuencia de la constitución del derecho de superficie.

Al igual que cuando el precio consiste en la adjudicación de la propiedad de ciertas viviendas y/o locales debemos tener en cuenta dos fases de la vida del derecho de superficie: la anterior y la posterior a la realización de la construcción.

En la fase previa a la edificación, creo que puede sostenerse lo mismo que hemos dicho en relación a la adjudicación del derecho de propiedad, en el sentido de que lo relevante es la obligación de construir el edificio que compete al superficiario y que debe ser configurada, a mi entender, como *propter rem*.

Ahora bien, con respecto a la fase posterior a la edificación, hemos dicho que el propietario del suelo, desde el mismo momento en que se construye, adquiere la propiedad de las viviendas y/o locales, por accesión, de manera que es titular de un derecho real de propiedad que puede hacer efectivo directamente sobre la cosa. Cabe formular, al respecto, la siguiente pregunta: ¿puede sostenerse lo mismo cuando el precio consiste en la adjudicación del derecho de uso? En efecto, hay un detalle que puede quebrar el paralelismo entre el supuesto en el que lo que se adjudica es el derecho de propiedad y aquél en el que se adjudica el derecho de uso, y que debemos estudiar antes de proceder al análisis de la naturaleza del derecho del propietario del suelo en la fase posterior a la edificación. Ese detalle es el del modo de adquisición por parte del propietario del suelo del derecho de uso sobre las viviendas y/o locales.

- a) En particular, el problema de cómo se opera la transmisión del derecho de uso

En principio, parece que lo normal sería pensar que la transmisión y adquisición del derecho de uso por parte del propietario del suelo se operaría conforme a la *teoría del título y el modo*, de manera que se produciría mediante la transmisión por parte del superficiario al propietario del suelo del derecho de uso una vez que se han construido las viviendas y/ o locales, a través de la entrega de la posesión, del modo que fuera, mediante, por ejemplo, el otorgamiento de la correspondiente escritura pública que operaría como *traditio*, o mediante la entrega de las llaves, etcétera. El título estaría configurado por la constitución del derecho de superficie en que se pacta esa contraprestación.

Admitir esta consideración plantearía una diferencia radical entre este supuesto y el de adjudicación del derecho de propiedad, puesto que no podría defenderse que el propietario del suelo se convierte en titular, como consecuencia de la mera realización de la construcción, de un derecho real que le permita ejercitar sus facultades de uso directamente sobre las viviendas y/o locales. En tal caso, el propietario del suelo tendría derecho a que le entregaran la posesión para perfeccionar la adquisición de un derecho real de uso sobre las viviendas y/o locales. Si la obligación de proceder a la *traditio* la concibiéramos como *propter rem*, en función de lo dicho en la Primera parte del trabajo, el propietario del suelo podría exigir su cumplimiento a cualquier sujeto que ocupara la posición de superficiario.

No obstante, cabría plantear si la propia escritura pública constitutiva del derecho de superficie no haría las veces de *traditio* instrumental. De modo que, en este caso, no sería preciso un comportamiento del superficiario en orden a que se operara la *traditio* para que se produjera efectivamente la transmisión del derecho de uso. En tal caso, el propietario del suelo, por el mero hecho de haberse procedido a la construcción, habría adquirido un verdadero derecho real de uso, pudiéndolo hacer efectivo directamente sobre su objeto.

Vayamos más allá y planteemos si es posible sostener que la adquisición del derecho de uso por parte del propietario del suelo una vez que se ha realizado el edificio puede operarse *por accesión*. La cuestión no es baladí porque existen diferencias cuando la adjudicación se produce de un modo o de otro:

- Si la adquisición se produce como consecuencia de la concurrencia del *título* —constitución del derecho de superficie— y *del modo* —transmisión de la posesión del propietario superficiario al acreedor de la prestación—, es necesario un comportamiento voluntario del superficiario en orden a entregar la posesión y cumplimentar la *traditio* —salvo que se entienda que la escritura de constitución del derecho de superficie suple la entrega de la posesión—.
- En caso de que la adquisición se operara vía accesión, el propietario del suelo sería titular de un derecho real de uso por el mero hecho de realizarse la construcción que podría hacer efectivo directamente sobre las viviendas y/o locales.

Aunque, en principio, el derecho de accesión está pensado en relación al derecho de propiedad, podría sugerirse o plantearse la idea de que, acaso la *vis atractiva* de la propiedad del suelo debería entenderse que se ejerce, no sólo respecto a otros derechos de propiedad que sobre otros objetos inmuebles situados en la finca —delimitada por la superficie del solar— pueda haber, sino también sobre cualquier facultad del dominio relativa a un inmueble situado sobre el suelo y cuya propiedad está dissociada de la del suelo, como,

por ejemplo, la propiedad superficiaria del edificio. Me explico: Supongamos que la facultad de uso sobre ciertas viviendas y/o locales que forman parte de la propiedad superficiaria es renunciada por el superficiario. Esa facultad, en cuanto forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre esa finca —que está coyuntural y temporalmente en propiedad separada por mor del derecho de superficie— no es que quede suelta sino que podría entenderse que pasaría a engrosar el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo, en virtud de la eficacia propia del principio de accesión inmobiliaria. Es como si este principio determinara la atracción a la propiedad del suelo de toda facultad del dominio que quede libre con respecto a cualquier derecho de propiedad que exista sobre la columna vertical que delimita la superficie en metros cuadrados del solar. Y si cabe entender que las cosas pueden operar así cuando determinadas facultades quedan libres como consecuencia de una renuncia, cuánto más cuando dichas facultades se atribuyen por acuerdo a quien es propietario del suelo. Aunque, acaso, más que de operatividad del principio de accesión inmobiliaria, sea más adecuado hablar de la consolidación del dominio de la propiedad del suelo que incorporaría dicho derecho de uso sobre las viviendas y/o locales pactado como contraprestación.

No obstante, no me pronuncio sobre la viabilidad de esta posibilidad que entiendo que requeriría un estudio particular y profundo, ni sobre si se trata de accesión o consolidación; únicamente la dejo apuntada, y calculo las consecuencias, que, de poderse sostener, se extraerían en relación a la naturaleza del derecho del propietario del suelo a cobrar la contraprestación. De ser viable esta posibilidad, el propietario del suelo, tras la construcción del edificio, sería titular de un derecho real de uso sobre las viviendas y/o locales que podría hacer efectivo directamente sobre las mismas. Si no es viable dicha tesis, tendría derecho a que el deudor de la obligación cumplimentara la entrega de la posesión o *traditio*, con el fin de permitir al acreedor adquirir el derecho real de uso. Aunque, como hemos dicho, la *traditio* podría entenderse cumplida con la escritura de constitución del derecho de superficie y su inscripción registral, no habiendo en tal caso diferencias prácticas entre un modo u otro de transmisión del derecho de uso de esas viviendas.

b) Cómo afecta la posterior transmisión del suelo al derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales

Para finalizar este apartado, podemos plantearnos cómo afecta la transmisión del suelo a la titularidad del derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales. En primer lugar, habría que ver el contenido del acuerdo para saber si dicha titularidad se ve o no afectada. Debiendo tener presente, en caso de duda sobre si la transmisión del suelo engloba la del derecho de uso

sobre ciertas viviendas y/o locales, el artículo 1.289 del Código Civil, ya referido más arriba, que toma en consideración la mayor reciprocidad de intereses.

Si la transmisión del suelo engloba la del derecho de uso, no creo que, desde el punto de vista conceptual se genere ningún problema nuevo, ya que el adquirente pasa a ocupar la posición que con anterioridad tenía el propietario del suelo.

Ahora bien, si del contenido del acuerdo de transmisión del suelo, se deriva que el transmitente del suelo sigue siendo titular de esos derechos, la naturaleza de la relación no varía en cuanto que sigue siendo titular de un derecho de uso sobre la propiedad superficiaria de las viviendas y/o locales concretos que corresponde al superficiario. En cuanto que es un derecho de uso que grava una propiedad superficiaria, en principio, parece que el derecho de uso se tendrá que extinguir al hacerlo el derecho de superficie —si no se pactó expresamente una duración más reducida—. No cabe entender que pueda tener una duración más extensa que la del derecho de superficie en cuanto que, en principio, el propietario del suelo no consiente la constitución de ese derecho de uso, que, por otra parte, tampoco podría consentir, en cuanto que la propiedad del objeto gravado con él corresponde al superficiario.

C) *Adjudicación a un tercero de la propiedad o del uso de cierto volumen edificado*

En principio, el artículo 40.3 del TRLS de 2008 sólo contempla la adjudicación de viviendas y/o locales al propietario del suelo, sin embargo, entendiendo que caben otras posibilidades de contraprestación a las contempladas por dicha lista enumerativa, vamos a analizar el supuesto en el que la propiedad o el uso de cierto volumen edificado se adjudica a un sujeto que no es propietario del suelo. Supuesto que suscita una serie de interesantes interrogantes que pasamos a estudiar.

a) *Naturaleza del derecho del tercero cuando adquiere la contraprestación*

La primera cuestión a que nos enfrenta esta posibilidad es la de analizar la naturaleza del derecho que adquiere el tercero una vez que se le ha entregado la contraprestación.

En el caso de que lo que se le haya adjudicado sea *la propiedad* de cierto volumen edificado, ha de convenirse en que ese tercero es titular de un derecho de superficie y que, por lo tanto, es propietario superficiario de dichas viviendas y/o locales. El derecho se extinguirá cuando lo haga el derecho de

superficie que lo originó, incorporándose la propiedad de ese volumen edificado a la propiedad del suelo.

Por otro lado, hay que precisar que la constitución de este *secundario*, podríamos decir, derecho de superficie cumpliría con las preceptivas formalidades legales que el artículo 40.2 exige para su constitución —escritura pública e inscripción registral— en cuanto que el primer derecho de superficie también cumpliera dichas especificaciones.

Si lo que se le adjudica es el *derecho de uso*, sería titular de un derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales cuya propiedad corresponde al superficiario. La duda que suscita este precepto es si ese derecho de uso se extingue cuando lo haga el derecho de superficie y ello porque el tercer párrafo del artículo 41.5 del TRLS de 2008 dispone que:

«La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario».

La cuestión es que el derecho de uso atribuido al tercero no ha sido impuesto por el superficiario únicamente sino que su constitución ha sido consentida también por el propietario del suelo en el título constitutivo del derecho de superficie. De modo que podría contemplarse la posibilidad de que este derecho de uso atribuido a tercero tuviera una duración superior a la pactada para el derecho de superficie; desde luego que podría ser si se pactara expresamente, pero, si no se dice nada, ¿cuál sería la duración de este derecho? Las soluciones posibles son que se entienda extinguido al hacerlo el derecho de superficie o que se entienda extinguido cuando concorra alguna causa de extinción del derecho de usufructo de las establecidas en el Código Civil. Creo que el hecho de que la constitución de ese derecho haya sido consentida por el propietario del suelo debe llevar a la segunda solución propuesta.

Esta posibilidad de pervivencia del derecho atribuido al tercero con posterioridad a la extinción del derecho de superficie no cabe plantearla cuando lo que se adjudica al tercero es la propiedad de cierto volumen edificado, porque la disociación de la propiedad inmobiliaria sólo cabe por el tiempo máximo fijado en la Ley del Suelo, concretamente en el artículo 40.2 que señala un plazo máximo de noventa y nueve años. De modo que la única posibilidad de pervivencia sería que el derecho de superficie principal tuviera una duración inferior al de noventa y nueve años y para este segundo derecho de superficie se pactara un plazo superior —aunque siempre debería ser inferior al de noventa y nueve años—, o no se pactara nada, en cuyo caso el plazo sería de noventa y nueve años.

b) Modo de adquisición del derecho de propiedad o de uso por el tercero

Evidentemente, debe excluirse la posibilidad de que la adquisición se opere en virtud del principio de accesión —o, en su caso, por consolidación— y debe tenerse en cuenta que necesariamente ha de operarse en virtud de la concurrencia de título y modo. Siendo pertinente destacar que si la escritura pública de constitución del derecho de superficie es firmada por este tercero e inscrita en el Registro puede considerarse la posibilidad de que la misma suponga una *traditio* instrumental, pero no creo que pueda configurarse como tal si dicha escritura no va firmada por el tercero adjudicatario. Si se entiende que concurre la *traditio* con la escritura de constitución del derecho de superficie firmada por el adjudicatario del derecho de uso, éste, una vez construido el edificio, será titular de un derecho real de propiedad o de uso que podrá hacer efectivo directamente sobre su objeto: las viviendas y/ o locales concretos.

3. LA ADJUDICACIÓN DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO

El artículo 40.3 del TRLS de 2008 contempla, como posible contraprestación, la adjudicación de derechos de arrendamiento de viviendas o locales a favor del propietario del suelo. Al igual que hemos hecho en relación a la contraprestación consistente en la adjudicación de viviendas y/o locales hemos de analizar todas las posibilidades que encierra la expresión que ahora nos ocupa, la cual puede ser susceptible de varias interpretaciones. Además, por otro lado, puede plantearse también la posibilidad de que esos derechos de arrendamiento se adjudiquen a un tercero que no sea propietario del suelo.

Como digo podemos hacer diferentes lecturas: puede entenderse que se refiere a la cesión del derecho a arrendar determinadas viviendas y/o locales; puede aludir también a que se concede al propietario del suelo el uso de cierto volumen edificado en régimen de alquiler, es decir, como arrendatario; por último, puede significar que el propietario del suelo tiene derecho a cobrar las rentas que el superficiario obtiene como consecuencia de haber alquilado ciertas viviendas o locales, o sea que el propietario del suelo adquiere el derecho de crédito derivado de los contratos de arrendamiento que, como arrendador, celebre el superficiario.

Analicemos cada una de estas posibilidades.

A) CESIÓN DEL DERECHO A ARRENDAR DETERMINADAS VIVIENDAS Y/O LOCALES

a) *Naturaleza del derecho adquirido por el propietario del suelo una vez cumplida la contraprestación: derecho real a arrendar*

Se puede ceder, en concepto de contraprestación, al concedente-propietario del suelo la posibilidad de arrendar viviendas o locales. Partiendo de esta consideración podemos preguntarnos acerca de la cualidad jurídica de ese derecho a arrendar adjudicado —como contraprestación— al propietario del suelo. Acaso deba descartarse su consideración como derecho de crédito (en cuyo caso podría plantearse que se tratara de cesión del derecho a arrendar con facultad de subarrendar), y deba otorgársele una naturaleza jurídico-real, es decir, el derecho del propietario del suelo se ejercería directamente sobre la vivienda o local. Y ello porque creo que parece sensato pensar que lo que se pretende es que ese derecho a arrendar sea oponible frente a otros posibles adquirentes del edificio objeto del derecho de superficie, con lo cual parece más adecuado otorgarle tal eficacia —salvo que las partes expresamente hayan dicho lo contrario—. De modo que el constituyente del derecho-propietario del suelo adquiere un derecho real sobre las viviendas o locales de que se trate que le permite arrendarlas. En esta línea de pensamiento, conviene tener en cuenta que el derecho de usufructo permite arrendar una cosa ajena. Quizás sea conveniente, en orden a solucionar los posibles conflictos que pueden generarse entre el propietario superficiario de las viviendas y locales en cuestión y el concedente del derecho-propietario del suelo con derecho a arrendarlas, aproximar este tipo de contraprestación a la constitución de un derecho real de usufructo a favor del propietario del suelo-constituyente del derecho, aunque no sé si propiamente cabría hablar de usufructo, en cuanto que parece excluirse la posibilidad de que el adjudicatario use personalmente las viviendas y/o locales. No podría decirse, para negar esta posibilidad de aproximar el derecho al usufructo, que nos encontraríamos ante un derecho real en cosa propia, puesto que la propiedad superficiaria de las viviendas y locales en cuestión corresponde al superficiario y no al propietario del suelo con derecho a arrendarlas.

Si entendemos esta expresión según lo que acabamos de exponer, habría que establecer una distinción entre este supuesto y el que podría albergarse en la expresión del artículo 40.3 ya estudiada, *adjudicación de viviendas y locales*. En relación a ese supuesto hemos dicho que podría considerarse la posibilidad de que el precio consistiera en la adjudicación de la propiedad o de un derecho de uso. No hemos prejuzgado la configuración del contenido de ese derecho de uso, pero podría plantearse si se trataba de un usufructo o de un derecho de uso propiamente dicho. Si admitimos que, en aquella expresión, cabe la concesión de un derecho de usufructo como contrapresta-

ción —lo que permitiría disfrutar del objeto arrendándolo—, convendremos en que es prácticamente la misma situación que la contemplada en la expresión *adjudicación de derechos de arrendamiento*, si entendemos que la misma significa la cesión del derecho a arrendar determinadas viviendas y/o locales. Lo que ocurre es que, en este segundo caso que ahora analizamos, no parece tener cabida la posibilidad de que el adjudicatario use personalmente esas viviendas y/o locales y en aquella sí tendría cabida.

Entendiendo de este modo la expresión, es evidente que el adjudicatario cuando recibe la contraprestación será titular de un derecho real que le permite arrendar ciertas viviendas y/o locales.

b) *Modo de adquisición de la contraprestación y naturaleza del derecho antes de cumplirse la contraprestación (Remisión)*

Estas dos cuestiones merecen el mismo tratamiento que en el caso en el que la contraprestación consiste en la adjudicación de un derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales, en cuanto que, en ambos casos, estamos ante la adjudicación de un derecho real limitado. Por otro lado, también en relación a la cuestión del modo de adquisición habrá de distinguirse aquí —como allí— entre los casos en que se adjudica al propietario del suelo, y los casos en que se adjudica a un tercero.

c) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho adquirido*

Se trata de estudiar ahora qué ocurre cuando, una vez cumplida la contraprestación consistente en adjudicar al propietario del suelo el derecho de arrendar determinadas viviendas o locales, el superficiario enajena su derecho de superficie o el propietario del suelo hace lo propio con el suelo.

La transmisión del derecho de superficie no afecta el derecho real del propietario del suelo que le permite arrendar viviendas y/o locales en cuanto que se trata de una titularidad jurídico-real consolidada oponible al posterior adquirente del derecho de superficie que la debe respetar. En realidad, el nuevo superficiario adquiriría la propiedad superficiaria del edificio mermada por la circunstancia de que ciertas viviendas y/o locales de su propiedad están gravados con un derecho real que permite a su titular —el propietario del suelo— arrendarlas.

Más problemas puede plantear la circunstancia de que *el propietario del suelo decida enajenar el suelo*. Ante esta situación las partes del negocio de transmisión del suelo pueden pactar lo que estimen oportuno acerca de la transmisión o no al propietario del suelo del derecho a arrendar esas viviendas.

Pueden pactar la transmisión de ese derecho real que permite arrendar cierto volumen edificado al nuevo adquirente del suelo, lo cual no plantea ningún problema.

Si la transmisión del suelo no implica la del derecho a arrendar las viviendas y/o locales, ese derecho real en cosa ajena se extinguirá cuando lo haga el derecho de superficie que sirve de sustento a la propiedad superficiaria gravada con él

En caso que del pacto no resulte clara la situación en que queda el derecho real a arrendar, puede invocarse lo dispuesto en el artículo 1.289 del Código Civil que aboga por la mayor reciprocidad de intereses. No obstante, podría considerarse un argumento a favor de la transmisión del derecho a arrendar —que hemos considerado que tenía naturaleza real— al adquirente del derecho de propiedad sobre el suelo: el derecho real que otorga la facultad de explotar —usar y disfrutar— económicamente unas viviendas o locales mediante su arrendamiento a terceros, es, en definitiva, una facultad desmembrada del dominio del edificio, y puede entenderse que forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre el suelo en cuanto que accede al mismo o se consolida con él cuando el propietario del suelo lo adquiere. Tal cuestión la hemos analizado en relación a la adjudicación del uso de viviendas y a lo dicho allí nos remitimos. Si aceptamos que tal incorporación es posible, podríamos concluir que, en cuanto que entendamos que se ha producido esa incorporación, la transmisión del suelo implicaría la de dicha facultad si las partes no dicen lo contrario, o del contenido del pacto no cabe deducir lo contrario.

B) CESIÓN DEL USO DE LAS VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ALQUILER

Como hemos dicho, la mención literal del precepto «adjudicación de derechos de arrendamiento» puede tener otras lecturas. Habida cuenta de que la expresión «derechos de arrendamiento» puede referirse a los derechos que pueden derivarse del contrato de arrendamiento tanto a favor del arrendador como del arrendatario, podría —forzadamente entiendo— entenderse en el sentido de que se ceden al concedente-propietario del suelo los derechos que el arrendamiento otorga al arrendatario. En este caso se estaría cediendo al propietario del suelo el uso de algunas viviendas o locales pero en concepto de arrendatario. Evidentemente, sólo cabría hablar de contraprestación en la medida en que el derecho a usar la vivienda o local como arrendatario fuera gratuito, pues si fuera oneroso estaríamos ante la explotación legítima de la propiedad superficiaria del edificio por su titular —el superficiario—.

a) *Naturaleza del derecho una vez cumplida la contraprestación y antes de cumplirse la misma*

Obsérvese que, mientras en el caso analizado en el epígrafe precedente, al derecho a arrendar adjudicado como contraprestación le hemos otorgado naturaleza jurídico-real, el derecho a usar las viviendas como arrendatario no podría tener tal configuración, sino que necesariamente se trataría de una relación jurídico-obligacional entre el propietario del suelo-concedente del derecho de superficie (que sería arrendatario) y el superficiario (que sería el arrendador).

Ahora bien, creo que ha de diferenciarse aquí el derecho del propietario del suelo una vez cumplida la prestación, y el derecho a que se constituya a su favor esa relación jurídico-obligacional de arrendamiento en la que él aparecerá como arrendatario. El hecho de que, tras cumplirse la prestación, el derecho del acreedor sea jurídico-obligacional, no significa que, antes de cumplirse, el derecho que tiene el acreedor sea meramente obligacional, es decir, vincule personalmente a los sujetos que constituyeron el derecho de superficie. Entiendo que, en relación al derecho del acreedor a que se constituya a su favor la relación arrendaticia, debe tenerse en cuenta lo que se ha dicho en la Primera parte de este trabajo.

b) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho constituido en cumplimiento de la contraprestación*

Si se asiste a una *enajenación del derecho de superficie*, la solución viene dada por las normas que regulan qué ocurre con el arrendamiento cuando la cosa arrendada se enajena:

- a) Si se trata de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, el nuevo adquirente de la propiedad superficiaria debe respetar el alquiler en virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al cual: *El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*. Conviene destacar que no puede ser el adquirente de la propiedad superficiaria tercero hipotecario conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que el derecho de superficie necesariamente está inscrito en el Registro de la Propiedad.
- b) Si el arrendamiento es de vivienda, el nuevo adquirente de la propiedad superficiaria deberá respetarlo durante el tiempo de duración que se fijara en el título constitutivo del derecho de superficie y, si no

hay pactada duración alguna, al menos durante cinco años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y habida cuenta de que, como en el caso anterior, no puede revestir los requisitos para ser tercero hipotecario.

Si lo que se *enajena es el suelo*, no tiene que verse afectada la relación de arrendamiento que pueda tener el transmitente del suelo con el superficiario. Además, no cabe entrar a valorar la posibilidad de que el derecho a ocupar la vivienda como arrendatario se transmitiera con la propiedad del suelo, puesto que la relación del arrendatario con el superficiario es de naturaleza personal y, en consecuencia, no puede valorarse aquí la posibilidad de que la facultad de usar la vivienda como arrendatario se consolidara con el dominio, puesto que no hay facultad dominical desmembrada susceptible de incorporarse a la propiedad del suelo.

C) CESIÓN DEL DERECHO A COBRAR LA RENTA DEL ARRENDAMIENTO QUE REALIZA EL PROPIETARIO DEL EDIFICIO EN PROPIEDAD SUPERFICIARIA

Por último, todavía cabe otra posible interpretación: que cuando el artículo 40.3 del TRLS de 2008 se refiere a la adjudicación de derechos de arrendamiento se esté refiriendo al derecho a cobrar la renta por el alquiler que, de las viviendas y locales, pueda hacer el propietario superficiario del edificio (29).

En este caso, habría que ver si el derecho a cobrar la renta es de naturaleza personal o debe dársele trascendencia jurídico-real. Se trata del problema analizado en la primera parte del trabajo a la que nos remitimos, pudiéndose —entendiendo— establecer un paralelismo entre este supuesto y la contraprestación consistente en el pago de una renta periódica.

RESUMEN

ABSTRACT

DERECHO DE SUPERFICIE

SURFACE RIGHTS

Se realiza, en este trabajo, un análisis de la contraprestación que, a cargo del superficiario, puede establecerse como consecuencia de la constitución de un

This paper conducts an analysis of the consideration that can be established for the lessee to pay as a consequence of the creation of a real right in the surface of

(29) En este sentido parecen entenderla, en relación al artículo 288.3 del TRLS de 1992: AMENGUAL PONS, Pedro J., «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 643; también BLANQUER ÜBEROS, Roberto, *Acerca del derecho de superficie*, edit. Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 108.

derecho real de superficie. En la primera parte, se analiza la naturaleza jurídica de la obligación de pagar la contraprestación. Se aportan argumentos que permiten al menos no tener claro o dudar de la intuición inicial que nos aboca a pensar que nos encontramos ante una obligación meramente personal, sugiriéndose —en base a los argumentos referidos— la posibilidad de valorar si acaso no nos encontramos ante una obligación propter rem. En la segunda parte del trabajo se analizan pormenorizadamente los diferentes tipos de contraprestación enumerados en el artículo 40.3 del TRLS de 2008. Concretamente se estudia la naturaleza jurídica de los derechos que adquiere el acreedor de la contraprestación, así como el modo en que se opera su adquisición.

land. In its first part, the paper analyses the legal nature of the obligation to pay a consideration. Arguments are furnished for at least wondering about or doubting the initial intuition that makes us think the obligation is a merely personal one, and it is suggested —on the basis of the arguments given— that the possibility of the obligation's being a propter rem obligation might be entertained. The second part of the paper analyses in detail the different types of consideration listed in article 40.3 of Act 8/2008. More specifically, the paper focuses on the legal nature of the rights acquired by the person to whom the consideration is owed and the way the rights are acquired.

*(Trabajo recibido el 16-06-08 y aceptado
Para su publicación el 26-01-09)*

El nuevo derecho de superficie

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora.

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho UCM

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE.
- III. NOTAS ESENCIALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE (ARTS. 35 Y 36 LS):
 - A) CONTENIDO.
 - B) INSCRIPCIÓN.
 - C) CONSTITUCIÓN.
 - D) RÉGIMEN.
 - E) TRANSMISIÓN, GRAVAMEN.
 - F) EXTINCIÓN. CAUSAS. EFECTOS.
- IV. ANÁLISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE:
 1. DERECHO DE SUPERFICIE, PROPIEDAD SUPERFICIARIA Y PROPIEDAD SEPARADA.
 2. DERECHO DE SUPERFICIE: CONCESIÓN DEL *IUS AEDIFICANDI* Y DERECHO DE MANTENER LA PROPIEDAD DE LA CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE.
 3. CONSTRUCCIÓN UNITARIA O CONSTRUCCIÓN DUALISTA DEL DERECHO DE SUPERFICIE: MODALIDAD URBANA COMÚN Y MODALIDAD URBANÍSTICA.
- V. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN, LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.

I. INTRODUCCIÓN (1)

El derecho de superficie en su variedad urbana (no rústica) es el derecho real que se constituye sobre suelo o construcción ajena tanto a título oneroso o gratuito de carácter temporal. El derecho real origina dos propiedades separadas diferentes, la propiedad del *dominus soli* (dueño del suelo que es el constituyente del derecho real) y la propiedad del superficiario, la cual, tras la extinción del derecho real que la origina, revierte a manos del dueño del suelo.

Se trata de una institución que no aparece expresamente regulada en el Código Civil, aunque se cita en él, artículo 1611-2.º (2) y en la LH, artículo 107-5.º (3).

Nace por la derogación del principio de accesión. Históricamente se condujo la superficie a la enfiteusis, aunque el propio Código y la doctrina señalan las diferencias.

La evolución y desarrollo del derecho de superficie tuvo lugar en la segunda mitad del siglo xx con la necesidad de expansión de las ciudades y el desarrollo urbanístico que produjo la Ley del Suelo de 1956, y toda la normativa urbanística posterior.

La Ley del Suelo de 1956 instauró el derecho de superficie y le otorgó una utilidad práctica: el fomento de las construcciones, en concreto *viviendas u otras edificaciones* (4). Poco después, apenas tres años más tarde, el Reglamento Hipotecario, en su conocido artículo 16-1.º, desarrolló la inscripción de dicho derecho y su carácter constitutivo, señalando detalladamente cuáles eran los requisitos necesarios para su eficaz constitución (5).

(1) Este trabajo fue objeto de una ponencia en el Seminario de Derecho Registral (Sección Científica 16.ª) de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 14 de febrero de 2008 (Curso Académico 2007-2008).

(2) Artículo 1.611 del Código Civil: «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial».

(3) Artículo 107 RH. «Podrán también hipotecarse: ...5.º *Los derechos de superficie*, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real».

(4) La Ley de 12 de mayo de 1956, del Suelo y Ordenación Urbana, dedicó cinco artículos (157 a 161) a la cesión del derecho de superficie en cumplimiento de lo ya anticipado por su Exposición de Motivos, cuyo fin era «construir viviendas y otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación».

Así pues, el apartado 1.º del artículo 157 señalaba que: «*El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación*».

(5) El apartado 1.º del artículo 16 RH de 1959 señala que: «*Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie...*

Más tarde, con la necesaria reforma de la legislación urbanística, el TRLS de 1976 (6) volvió a hacerse eco de la institución, recogiéndola en los artículos 287 a 290, y, sin apenas variaciones (7), pero ampliando el destino que se le podía dar a la institución, haciendo referencia expresamente a construcción de *viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones* determinadas en los planes de Ordenación. Y en su *Exposición de Motivos* se aludió al interés creciente que despertaba la figura en los países de nuestro entorno (8).

Pero poco se utilizó la institución en esos años. ¿Porqué? Tal vez porque las leyes del suelo de 1956 y 1975 fueron pensadas para establecer una acción dirigida a la *creación del suelo*, cuyo principal efecto se dirigió a desarrollar las técnicas de ejecución del planeamiento —conversión del suelo rústico en urbano— y no precisamente para gestionar *operaciones sobre suelo urbano*.

El cambio en el urbanismo se produjo con la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (9), que motivó la formulación del TRLS de 1992 (10). Y sin embargo en esta ley la

b) Determinación del canon o precio... c) Plazo señalado para realizar la edificación... d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario... e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato... No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso».

(6) Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. *BOE* de 16 de junio.

(7) Los artículos 171 a 174 recogen la institución. Nos interesa el apartado 1.º del artículo 171 que determinó como: «*El Estado, las Entidades Locales y Urbanísticas especiales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, cuyo derecho corresponderá al superficiario...*».

(8) La Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en su *Exposición* (apartado VII) específicamente analizó el derecho de superficie «*como fórmula de disociación de la propiedad y del uso del suelo... como figura que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos, se obtienen a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades de la demanda*».

(9) Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (LA LEY-LEG. 2005/1990).

(10) Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (*BOE* de 30 de junio) en cuyo Capítulo II se regula la figura del derecho de superficie.

Artículo 287. Derecho de Superficie.

1. Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario (*la sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, declaró su inconstitucionalidad y nulidad*).

finalidad del derecho de superficie se generalizó, pues el destino al que se hace referencia es a la *construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social*.

2. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

3. El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho Privado (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

Artículo 288. Procedimiento.

1. El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos (*la Sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, declara su inconstitucionalidad y nulidad*).

2. La constitución del derecho de superficie deberá ser, en todo caso, formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

Artículo 289. Extinción.

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

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

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

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

5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

Artículo 290. Beneficios.

La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos (*la sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, declara su inconstitucionalidad y nulidad*).

La sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo (*BOE* de 25 de abril; corrección de errores de 30 de octubre) declaró la inconstitucionalidad y nulidad del número 3 de la Disposición Final única y, consiguientemente, del artículo 287.1, 288.1 y 290, aprobado por el Estado con eficacia supletoria (11).

Y, ¿qué motivó esta sentencia del Tribunal Constitucional? La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo introdujo importantes novedades en el marco jurídico del urbanismo. Pues aunque afirmaba su intención de atenerse al orden constitucional de competencias, en la práctica establecía un nuevo sistema, por cierto singular en el Derecho comparado, que fue entendido como vulneración del citado orden competencial. Aprobado en 1992 el texto que refundió dicha Ley con el ordenamiento anterior, fue éste el objeto final de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que anuló la mayor parte de sus preceptos.

Y, ¿cómo afectó esta sentencia a la normativa del derecho de superficie? Pues el Fundamento de Derecho número 38 trató extensamente el derecho de

(11) Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 61/1997, de 20 de marzo de 1997, rec. 2477/1990. Ponente: RUIZ VADILLO, Enrique. LA LEY JURIS: 9921/1997.

Sentencia que declara la inconstitucionalidad y nulidad de ciertos preceptos del TRLS de 1992 en base a que la Ley 8/1990 pretende agotar las posibilidades que ofrece el artículo 149.1 CE. Según el artículo 149.1.1: las «técnicas» jurídicas del urbanismo pertenecen a la competencia legislativa autonómica y el Estado carece de competencia para regular el urbanismo, la competencia estatal sobre la base del artículo 149.1.1 habrá de limitarse a fijar las condiciones básicas que las Comunidades Autónomas han de respetar a la hora de incidir con su legislación urbanística en el derecho de propiedad y/o en la libertad de empresa o, en su caso, en otros derechos o deberes constitucionales. Pero ello no legitima al Estado para irrumpir en el ámbito específico, secundario, reservado a la competencia autonómica. Pues bien, la Ley 8/1990 ha venido a establecer una nueva regulación básica del derecho a la propiedad sobre el suelo que modifica sustancialmente la hasta ahora vigente. La Ley, en efecto, lleva a cabo una redefinición de los límites y, por lo mismo, del contenido del derecho a la propiedad sobre el suelo, declarando que no forman parte de éste las facultades urbanísticas, y que éstas pueden adquirirse, en las condiciones legales, de la Administración Pública cuando se ostenta la propiedad sobre terrenos afectados al nuevo servicio público —o función pública— del urbanismo, y que la Administración, también en las condiciones legales, podrá privar de su contenido útil propio a la propiedad sobre el suelo, mediante la decisión de afectarlo al servicio público urbanístico. Con esto y alguna determinación más, también contenida en la Ley, el poder legislativo estatal no se ha excedido de lo que es su competencia para determinar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la propiedad e, implícitamente, de la libertad de empresa. Aunque mediante esta nueva regulación básica del derecho a la propiedad sobre el suelo obligue a modificar algunas Leyes urbanísticas autonómicas.

La cuestión es, sin embargo, que el legislador estatal debería haberse detenido ahí, en orden a establecer una legislación básica sobre los derechos o deberes constitucionales implicados, dejando a las Comunidades Autónomas el modo de regular cómo se articula técnicamente, jurídicamente, la adquisición de las facultades urbanísticas y la incorporación de los particulares al nuevo servicio público urbanístico (municipal, en principio), etc.

superficie (12), y consideró que dicha institución se había convertido en una figura típicamente urbanística, de manera que sobre dicho contenido le correspondería legislar a las Comunidades Autónomas pero, por otro lado, su regulación se conecta con la legislación civil y por lo tanto el *contenido más sustantivo le corresponde establecerlo al Estado*.

El resultado fue la declaración en su fallo que *...son inconstitucionales y nulos el apartado 3 de la Disposición Final única y, consiguientemente, los siguientes preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria: artículo 287, apartado 1; artículo 288, apartado 1; artículo 290...*

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

Con carácter genérico cabe poner de manifiesto la dificultad que entrañó la técnica utilizada por el legislador estatal para conocer los preceptos dero-

(12) Fundamento que expresamente señala: «La Generalidad de Cataluña impugna los artículos 136.2, 287.2 y 3, 288.3 y 289 TRLS por entender que la regulación del derecho de superficie ha sido configurada siempre desde la normativa urbanística. A ello añade que el artículo 136.2 TRLS tiene un contenido manifiestamente urbanístico al referirse a la demolición o desalojo de las obras o usos autorizados con carácter provisional».

La primera cuestión consiste en determinar si los preceptos impugnados encuentran cobijo en el artículo 149.1.8. CE. Importa comenzar por el motivo de impugnación aducido por el Letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, porque pone de manifiesto de forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el TRLS y que consiste en sostener que el «contenido tradicional» —de los últimos decenios— del Derecho Urbanístico constituiría una suerte de «título atributivo de competencias», de modo que al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrían atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía regulando.

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

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

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido estimar parcialmente los recursos contra el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y en su virtud: ...Declarar que son inconstitucionales y nulos el apartado 3 de la Disposición Final única y, consiguientemente, los siguientes preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria: artículo 287, apartado 1; artículo 288, apartado 1; artículo 290...

gados y los que se hallaban en vigor, teniendo que acudir continuamente al TRLS de 1992, o, en determinados casos, al TRLS de 1976, y a la legislación autonómica que se encontraban en una fase de desarrollo incipiente, sin olvidar su dispersión.

Pero aunque nos hemos referido sólo al ámbito urbanístico donde se reguló la figura gracias a la LS de 1956, el ámbito urbano no se quedó atrás pues, aprovechándose la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, el artículo 16 pasó a regular la necesidad de detallar los requisitos de la inscripción (13).

Debemos poner de manifiesto como premisa inicial de nuestro estudio, la competencia exclusiva del Estado, artículo 149-1.º-8 CE («*El Estado tiene competencia exclusiva sobre... la ordenación de los registros e instrumentos públicos...*») de coordinar la publicidad registral inmobiliaria. Las soluciones registrales han de ser uniformes en todo el Estado por afectar a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y ser de orden público.

En este estado de cosas, y como consecuencia de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de nuevas leyes referentes a otras cuestiones, se modifican también determinados artículos del Reglamento Hipotecario de 1959, a través del *Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, entre los que se encontraba el artículo 16-1.º relativo a la inscripción del derecho de superficie, pero la sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, declaró su nulidad radical por entender que tales preceptos eran contrarios a la Ley (entre ellos se encontraba el art. 16 RH).

Pero es que, además, en el citado FJ 13.º se mantiene que «*al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)*». Sobre esta última afirmación profundizaremos más adelante.

II. REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El 1 de julio de 2007 entró en vigor la nueva Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo, cuya intención es resolver los problemas del mercado inmobiliario español. Para ello, se limitan la actividad y la propiedad privadas, y aumenta la intervención pública. Es una ley bastante conceptual, cuya concreción queda en manos de las Comunidades Autónomas, que son las que tienen la mayor parte de las competencias.

(13) Vid. nota a pie de pág. núm. 5.

La nueva Ley de Suelo introduce una nueva regulación del derecho de superficie en los artículos 35 y 36, para aumentar su operatividad en la construcción de viviendas, y lo configura de dos formas:

- Como facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y vuelo o en el subsuelo de una finca ajena manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones.
- Como derecho sobre construcciones o edificaciones ya existentes, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas.

En ambos casos, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

Baste en este momento destacar únicamente que la propia *Exposición de Motivos* señala con respecto a la figura que «*el contenido del Título se cierra con una regulación del régimen del derecho de superficie dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario*».

III. NOTAS ESENCIALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE (ARTS. 35 Y 36 LS)

A) CONTENIDO

Derecho real sobre suelo ajeno que posibilita la separación de dos propiedades distintas separadas:

- *El derecho real de superficie atribuye al superficiario* la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena.
- *También puede constituirse dicho derecho* sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

La propiedad del superficiario es temporal como derecho real que es, aunque origine una propiedad especial: propiedad superficiaria separada. Consecuencia de la temporalidad de la institución se halla la reversión total de lo edificado *al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie*.

B) INSCRIPCIÓN

Se determina de forma tajante que: *Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido, se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.*

C) CONSTITUCIÓN

El derecho de superficie puede constituirse a *título oneroso o gratuito*. Y en el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en:

- el pago de una suma alzada,
- de un canon periódico,
- en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo,
- en varias de estas modalidades a la vez.

D) RÉGIMEN

El derecho de superficie se rige por:

- las disposiciones de este capítulo,
- la legislación civil en lo no previsto por él y
- el título constitutivo del derecho.

E) TRANSMISIÓN, GRAVAMEN

El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho.

El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste.

El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

E) EXTINCIÓN

Causas

Se extingue:

- si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución,
- y por el transcurso del plazo de duración del derecho.

Efectos

Propios del transcurso del plazo (causa segunda):

- el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna, cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie;
- determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

IV. ANÁLISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. DERECHO DE SUPERFICIE, PROPIEDAD SUPERFICIARIA Y PROPIEDAD SEPARADA

Hemos partido del carácter de derecho real a través del cual se origina la propiedad superficiaria que se alza sobre la del concedente. Pero, ¿qué significado tiene esa afirmación?

El objeto básico del derecho de superficie es el derecho real de tener y mantener, temporal o indefinidamente en terreno o inmueble ajeno, una edi-

ficación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar. Hasta ahora siempre se había partido de esa idea, pero ahora es la propia ley la que posibilita que el derecho de superficie recaiga sobre una construcción preexistente.

En un sentido amplio podemos señalar que hay dos fases del derecho de superficie. En la primera, con la concesión del derecho de superficie se otorga el derecho real de edificar al superficiario, o simplemente se constituye sobre edificación preexistente, y en la segunda, el superficiario realiza la construcción (o no si ya está hecha, simplemente rehabilitará) y surge la propiedad superficiaria separada, que es el objeto mismo del derecho de superficie.

En el caso de constitución sobre edificación preexistente, en el acto de concesión del derecho se otorga además de la posesión del suelo del *dominus soli*, la propiedad de la edificación superficiaria preexistente con la finalidad de su mantenimiento el cual lleva implícito no sólo la realización de mejoras sino también la posibilidad de reedificar en caso de destrucción.

Por otro lado, no hay que contraponer derecho de superficie y propiedad superficiaria, pues ésta constituye el objeto del derecho, y lo que es más, sin la existencia del derecho, no estaría el superficiario legitimado para realizar las construcciones convenidas sobre el suelo ajeno.

El concedente dispone de la utilidad del suelo como área edificable desde el momento mismo del acto de otorgamiento, y en el instante de la constitución del derecho transmite el goce sobre el suelo, y, a su vez, el derecho y deber de realizar la propiedad superficiaria que además tendrá el carácter de separada; de ahí que ejecutada la construcción, ésta se apoye sobre el objeto propiedad de otro (suelo del concedente).

En el momento de la concesión del derecho de superficie se sientan las bases para lo que en realidad podemos decir que será una futura separación de dos dominios distintos con contenidos diferentes. Todo ello independientemente de que —por ejemplo— aún no se haya materializado el objeto del derecho de superficie, pues no olvidemos que la propiedad superficiaria separada nacerá a medida que se vaya realizando la edificación.

En el supuesto de que el derecho se constituya sobre una edificación preexistente, el dueño del suelo en el acto de concesión otorga el derecho de superficie pero sobre la propiedad superficiaria, en términos de actualidad no de potencialidad.

En ambos casos, una vez realizada la construcción no nace un nuevo derecho de propiedad sobre la edificación, puesto que es su materialización, es el contenido y el efecto típico del acto dispositivo del derecho de superficie, que impide que la regla de la accesión pueda operar en favor del propietario del fundo.

Dos derechos de propiedad que se hallan en un plano de igualdad, frente a aquellos que mantienen el escaso valor de la propiedad del *dominus soli*. Y

ello porque el propietario del suelo mantiene su derecho sobre el mismo, desde que se concede el derecho de superficie, tanto si éste ha iniciado la construcción superficiaria, como si no lo ha hecho aún. En el primer caso, el concedente podrá seguir usando y disfrutando del suelo. El problema se complica en el segundo supuesto pues parece que la propiedad del concedente resulta un poco borrosa. Sin embargo, la solución la hallamos en los diversos derechos de disfrute de la propiedad: el superficiario únicamente tiene derecho a gozar y a disfrutar del suelo en cuanto que mantiene incorporada su construcción sobre el mismo.

Pero centrarnos en el estudio del nacimiento de la propiedad superficiaria nos lleva a plantearnos dos cuestiones: en primer lugar, si la propiedad superficiaria es siempre un supuesto de propiedad separada, y en segundo lugar, si es posible la propiedad separada de las edificaciones o de las nuevas plantas, sin que ello exija la constitución de un derecho de superficie en el primer caso, o un derecho de sobreedificación o subedificación superficiaria en el segundo. Ambas cuestiones están intimamente relacionadas.

En cuanto a la primera cuestión, debemos señalar que no es lo mismo propiedad separada que propiedad superficiaria, aunque pueden coincidir. Desde el punto de vista de su nacimiento, la propiedad separada nace como una verdadera propiedad que concurre, por su necesaria vinculación al suelo, con la propiedad que otro sujeto tiene sobre él, pero que ni lo limita ni lo presupone, sino que concurre en pie de igualdad. Puede ser objeto de tráfico jurídico independiente y su contenido es una cosa en sí misma considerada, que a su vez es susceptible de constituir objeto de derechos separados.

La propiedad superficiaria nace como un gravamen, como una limitación de la propiedad del fundo en favor del superficiario. Estamos ante un derecho real que originará una propiedad separada de carácter temporal (generalmente sometida a plazo o pactada indefinidamente).

La distinción más llamativa reside en la duración de ambas figuras, ya que la propiedad separada se pacta generalmente por el plazo de vida del objeto. Mientras que la propiedad superficiaria es de carácter temporal (sometida a plazo) o teóricamente indefinida o perpetua (14).

El objeto de la propiedad separada, al igual que el de la propiedad superficiaria, es una edificación jurídicamente independiente del suelo en cuanto propiedad plena y en pie de igualdad a la propiedad que corresponde al *dominus soli*. Ambas coinciden en que cada propietario tiene sobre su propiedad todas las facultades del dominio, siempre respetando la propiedad ajena sobre la que se alza su objeto. El propietario superficiario tiene la titularidad

(14) Como así lo establece en nuestro ordenamiento la Compilación de Navarra; y, fuera del mismo, el ordenamiento italiano, el francés y portugués (en estos sistemas por su especial configuración del derecho de superficie que enfatiza la propiedad separada de la construcción).

del edificio superficiario (o si el edificio superficiario está dividido horizontalmente, cada superficiario tendrá la propiedad separada de su piso superficiario), mientras que el *dominus soli* es únicamente propietario del suelo. Esto significa que hay una atribución de dominio en exclusiva y frente a todos, de lo que resulta que cada superficiario tiene un derecho de dominio pleno (con facultad de goce, de disposición, con obligaciones y limitaciones o prohibiciones), y, a su vez, de exclusión frente a los demás.

Para el nacimiento de la propiedad separada es necesario la existencia de un título jurídico —que puede ser el derecho de superficie, entre otros— en virtud del cual se posibilite y nazca la edificación, mientras que para el nacimiento de la propiedad superficiaria es necesario únicamente crear el derecho real de superficie.

La esencia del derecho de superficie es el otorgamiento del *ius aedificandi*, así como el derecho de mantener la edificación misma sobre el suelo del *dominus soli*. De manera que, incluso tras la destrucción del edificio superficiario y, en base a su derecho de superficie, puede reconstruirlo, dejando de existir durante un lapso de tiempo la propiedad separada superficiaria.

El régimen jurídico de la propiedad superficiaria no es ya el estatuto del derecho de propiedad (porque su contenido difiere del régimen legal del derecho de propiedad) es decir, parece que no es posible entender este tipo de propiedad de forma análoga a cómo está contemplado el dominio en el Código Civil. Y ello porque la propiedad superficiaria (al igual que otro tipo de propiedades que surgen en la actualidad, como la multipropiedad) se encuentra regulada por su título constitutivo, de ahí que, por ejemplo, el concedente pueda haber pactado con el superficiario limitaciones a la capacidad de disponer de la propiedad, y no por ello estaríamos obligados a negar la existencia de una propiedad plena del superficiario sobre su construcción.

En conclusión, creo que podemos hablar de una *propiedad superficiaria separada generalmente de carácter temporal*.

La segunda pregunta que nos planteábamos consistía en determinar la posibilidad de la propiedad separada de las edificaciones sin que se exija la constitución de un derecho de superficie. Parte de la doctrina no admitía la existencia de la propiedad separada si no era en base a un derecho de superficie. Por mi parte, entiendo que puede contestarse afirmativamente, siempre que la propiedad de las mismas formen parte de una propiedad horizontal, de un complejo urbano, se encuentren en régimen de multipropiedad, o formen parte de una comunidad de aprovechamiento por turno.

Por lo que respecta a la propiedad separada de las nuevas plantas, sí es posible en base a los derechos de sobreedificación y subedificación no superficiarios.

2. DERECHO DE SUPERFICIE: CONCESIÓN DEL *IUS AEDIFICANDI* Y DERECHO DE MANTENER LA PROPIEDAD DE LA CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE

Históricamente se vino entendiendo el derecho de superficie únicamente como una concesión *ad aedificandum*. En la actualidad es posible la transmisión de la propiedad superficiaria separada con el derecho real de superficie que la origina. Lo que significa que la propiedad superficiaria, puede ser objeto de tráfico jurídico independiente, por su disociación del suelo —ya que la construcción se considera como una cosa autónoma en sentido jurídico, susceptible de constituir en su independencia una unidad útil— pero siempre unido a su derecho de superficie.

La Ley del Suelo de 1956 introdujo la figura como fomento de la construcción, es decir, con la finalidad de promover y proteger la edificación realizada sobre Suelo Patrimonio de la Administración, el legislador urbanista de 1992 continuaba pensando en la utilización del Suelo Patrimonial Público destinado a la edificación de viviendas o a otros usos de interés social. Hoy, el legislador de 2007, incorpora esta posibilidad como novedad legislativa.

En trabajos anteriores a la actual Ley de 2007 manteníamos que esta cuestión no era dudosa en el supuesto del derecho de superficie pactado entre particulares pues naciendo al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, y al *numerus apertus* de derechos reales, no había duda de que sí se podía constituir sobre una construcción preexistente. Además en base a la derogación del principio de accesión cabían ambos supuestos: el derecho a tener y a mantener la edificación preexistente sobre suelo ajeno. No debemos olvidar que el derecho a construir es meramente instrumental, y en ambos casos, al recaer la máxima importancia del derecho real de superficie, en la facultad de tener y mantener una propiedad separada sobre fundo ajeno, cabe la reconstrucción del mismo en caso de destrucción.

3. CONSTRUCCIÓN UNITARIA O CONSTRUCCIÓN DUALISTA DEL DERECHO DE SUPERFICIE: MODALIDAD URBANA COMÚN Y MODALIDAD URBANÍSTICA

El siguiente problema, al que ya hemos hecho referencia pero que consideramos conveniente detenernos, surge tras la mención de la figura en el Código Civil y su posterior regulación por las leyes urbanísticas. En base a esta posible dualidad, establecida por el Derecho Positivo, la doctrina se ha cuestionado si existe una o dos modalidades de derecho de superficie.

Tras la normativa urbanística se pensaba en la existencia de un derecho de superficie urbanístico cuando se constituía sobre un suelo propiedad de las entidades públicas o integrante del patrimonio municipal del suelo cuyo des-

tino era la construcción de viviendas (1956) o a otros usos de interés social (1992), omitiéndose toda referencia al planeamiento, o un instrumento de intervención en el mercado del suelo en poder de la Administración y no solamente el de fomento de la construcción como se precisaba en la Exposición de Motivos de la reforma de 1976.

Tanto la primitiva Ley del Suelo como las reformas posteriores, siempre mencionaron la posibilidad de que los particulares constituyeran también este derecho.

El problema nacía en relación a si los particulares debían regirse para la constitución del derecho de superficie obligatoriamente por las normas imperativas contenidas en la citada ley urbanística, o no, en base a la inexistencia de regulación expresa en el Código Civil.

Es posible mantener la existencia de una modalidad urbana con una concepción moderna en el Código Civil por su mención en el artículo 1.611 y su constitución como un derecho real, autónomo y típico como consecuencia de la posible derogación del principio de accesión, del *numerus apertus* de derechos reales, y al amparo del principio de libertad civil (art. 1.255 CC).

La doctrina se encontraba escindida en dos grupos: un sector doctrinal que mantiene la existencia de dos formas de derecho de superficie, distinguiendo entre la modalidad urbana común, con base en el Código Civil, y la modalidad urbanística, con base en la Ley del Suelo; frente a otro sector que asume el criterio de una construcción unitaria de la institución.

Nosotros hemos sido siempre partidarios de las dos modalidades del derecho de superficie, en primer lugar por la existencia de unos principios sustantivos contenidos en el Código Civil, y por otro lado, la intención del legislador urbanista fue la de regular la institución dentro de su ámbito de actuación como un derecho de superficie de tipo moderno, semejante al existente en el Derecho Comparado. No obstante, podría pensarse que al mencionar a los particulares se introdujo un punto de confusión. A raíz precisamente de esta referencia en el artículo 157-1 de la Ley del Suelo de 1956, fue cuando la doctrina comenzó a cuestionarse la construcción unitaria o la doble modalidad del derecho de superficie.

No hay duda de que el legislador era consciente de su concesión por los particulares al amparo de las normas del Código Civil, y tal vez por ello simplemente aludía a su posible constitución por los particulares entre sus normas sin detenerse. Además, consideramos que con anterioridad a la ley urbanística, los particulares podían constituir ese derecho de tipo moderno (no equiparable al censo enfiteúutico), en lo que hemos denominado modalidad urbana, y, por tanto, al margen de la citada regulación, en base a la mención de la institución en el artículo 1.611 del Código Civil, a la derogación del principio de accesión y al *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento.

Dentro del espíritu de las leyes urbanísticas —desde la inicial de 1956, hasta la actual 2007— subyace el pensamiento de que el derecho de superficie existe ya en la realidad jurídica, por eso ha de advertirse que la regulación que la normativa urbanística realiza de la figura no tiene un carácter institucional, sino que se realiza de pasada pero con una finalidad concreta (en principio fue la construcción de viviendas y otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación; posteriormente fue el fomento de la construcción, y la utilización de la institución como medio de intervención en el mercado del suelo); de ahí que siempre se haya mantenido el sistema de fuentes de Derecho Civil.

Por último es necesario señalar que la finalidad de las leyes urbanísticas no es instaurar la figura por primera vez, prueba de ello es que se parte de su existencia al admitir la aplicación *subsidiaria de las normas de Derecho Privado*. El régimen señalado en el actual artículo 35 LS sigue manteniendo, como toda la legislación urbanística anterior, que el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, la *legislación civil* en lo no previsto por él, y el título constitutivo del derecho. La cuestión a dilucidar se centra en si realmente el legislador de 2007 ha dejado algo sin regular. Incluso se puede alegar que no.

Además el legislador ha actuado como un legislador civil siguiendo al propio TC en su sentencia de 1997, que recordó como el poder legislativo tenía competencia para determinar las condiciones básicas que garantizaran la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la propiedad. Y siguiendo a la sentencia del TS, de 31 de enero de 2001, en su FJ 13.º que nos recordó también la *reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución (art. 33 CE)* y como se incluyen *entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)*.

En definitiva, el legislador estatal utiliza una ley de ámbito urbanístico, como es la Ley de Suelo, para ejercitar en materia de derecho de superficie su potestad civil.

Pero estas afirmaciones no nos pueden desviar la atención de que seguirán existiendo dos modalidades del derecho, pues las Comunidades Autónomas continúan teniendo capacidad legislativa en el ámbito urbanístico para continuar regulando esta institución. Independientemente de que allí donde exista Derecho Foral, se regule también la modalidad civil de la institución como ocurre en Navarra y en Cataluña.

Otra cuestión objeto de reflexión es si es viable que los particulares pacten la modalidad urbana común sobre suelo urbano. Tanto si es el Estado o las Corporaciones Locales, como si son los particulares los que constituyen el derecho de superficie, lo harán generalmente sobre suelo urbano, el cual está sometido al planeamiento. De este modo es posible la constitución del

derecho por los particulares, aunque se realice sobre suelo urbano sometido a planeamiento.

El legislador estatal de 2007 ha cambiado su actitud en la regulación de la institución. Ya no estamos en presencia de normas imperativas contenidas en Leyes del Suelo anteriores, cuya finalidad era utilizar la figura por la Administración como instrumento de intervención en el mercado del suelo. Aunque no ponemos en duda que sí deben someterse a las reglas imperativas del uso del suelo establecido por el planeamiento. Pero tampoco puede pensarse que el legislador estatal pretenda derogar los principios generales sobre los que hasta ahora hemos asentado y construido la modalidad urbana del derecho de superficie. Ni siquiera utilizando el argumento de que la Ley de Suelo es una ley especial posterior que deroga a una Ley anterior como es el Código Civil. Es cierto que la Ley del Suelo, del mismo rango formal que el Código Civil, dota de contenido a la institución donde antes no existía, y aunque se pretende que sea al margen de la finalidad urbanística, entendemos que para éstos no rige imperativamente. Los particulares pueden constituir el derecho de superficie sin seguir las normas urbanísticas en base a su libertad civil (art. 1.255 CC), pudiendo establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral, ni al orden público.

De todo lo hasta aquí expuesto consideramos conveniente concluir que actualmente en nuestro sistema jurídico hay un derecho de superficie de tipo moderno considerado como derecho real, autónomo, típico y originador de una propiedad superficiaria separada. Y que dentro de esta figura jurídica hay dos modalidades de derecho de superficie. Una de ellas surge de la mención del artículo 1.611 del Código Civil, de la derogación del principio de accesión y al amparo del *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento —y que hemos denominado modalidad urbana común—. La Compilación Foral de Navarra apoya la existencia de esta modalidad. Su regulación sustantiva trata con precisión la institución y detalla determinados aspectos de la figura con una visión de la misma de tipo moderno, y, en conexión con las últimas tendencias de su época, configurándole como un derecho real que origina una propiedad separada.

Por otro lado, la modalidad urbanística dirigida a la creación del derecho de superficie por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyas normas tienen el carácter de imperativas, aplicables no sólo a los supuestos de constitución sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal (a los que se refiere la LS específicamente), sino a todos aquellos en que dicha constitución tenga como objeto bienes de pertenencia pública.

V. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN. LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

El nuevo artículo 35-2.º LS determina de forma tajante:

Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años:

- *Válida constitución*, en términos prácticamente idénticos a los del artículo 145 LH (15), hace que podamos afirmar que el legislador opta por la inscripción constitutiva.
- Hasta ahora, tanto en la legislación del suelo como en la hipotecaria (RH) se empleaba otra categoría: la *eficaz constitución*.
- La constitución del derecho de superficie *debe constar necesariamente en escritura pública* (art. 564-3.2.º del Código Civil catalán) (16). La constitución y modificaciones del derecho de superficie *pueden oponerse a terceras personas de buena fe desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad* en la forma y con los efectos establecidos por la legislación hipotecaria o desde que las terceras personas han tenido conocimiento de las mismas.

Veamos la situación antecedente. Hasta la promulgación de la primera Ley del Suelo en 1956, al nacimiento del derecho de superficie —como derecho real que es— se aplicaba el sistema general del título y el modo, *ex* artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Ha de decirse que las escasas referencias legislativas al mismo y su escasa utilización, hicieron que el tema no fuera objeto de especial atención.

Con la Ley del Suelo de 1956 surge el problema interpretativo en la medida en que su artículo 158.2.º establecía que: «*La constitución del derecho de superficie deberá, en todo caso, formalizarse en escritura pública y como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

Tres años más tarde, en 1959, se reforma el Reglamento Hipotecario, que sobre este punto disponía en su artículo 16.1 RH que: «*Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno...*», detallando a continuación las menciones de la inscripción.

(15) Artículo 145 LH: «*Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:*

Que se hayan constituido en escritura pública.

Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

(16) Artículo 564-3 del Código Civil catalán: «*Constitución. 2.º La constitución del derecho de superficie debe constar necesariamente en escritura pública...*».

Textos, de rango legal y reglamentario, respectivamente, en los cuales se emplea el término y la categoría de la *eficacia constitutiva de la inscripción*.

Vamos a ver la doble vía tomada por el legislador urbanista y por el legislador hipotecario:

En el caso de la Ley del Suelo, el texto citado *se mantiene* en las reformas posteriores (1976 y 1992) e incluso resiste el envite de la STC 61/1997, de 20 de marzo, que declaró inconstitucionales y nulos varios de los artículos del TRLS 1992 y de hecho, el artículo 288.2 —cuyo tenor coincide con el transcrito— es declarado expresamente vigente por la LRSV de 1998 (17).

Incluso el Reglamento Hipotecario reformado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y declarado nulo (por STS de 31 de enero de 2001) tuvo como uno de los propósitos de sus redactores el de configurar la inscripción como constitutiva, de hecho, se hacía depender de la inscripción la válida constitución del derecho.

Sin embargo, siguiendo las indicaciones del *Dictamen del Consejo de Estado*, el Decreto finalmente prescindió de la proyectada referencia a la válida constitución y redactó el texto en los siguientes términos: «Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario...», que eran, ni más ni menos, los del texto de 1959 (18).

(17) Artículo 288.2.º LRSV: «La constitución del derecho de superficie deberá ser, en todo caso, formalizada en escritura pública y, como *requisito constitutivo de su eficacia*, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

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

a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie.

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

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

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

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

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

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

Uno de los puntos en los que el Tribunal Supremo consideró que el Reglamento (en su versión reformada de 1998) excedía las competencias meramente reglamentarias, era el de la introducción de lo que el Tribunal Supremo consideraba como inscripción constitutiva, no prevista en la legislación del suelo vigente. Y ello, pese a haber dejado el texto inicial que condicionaba la eficacia (y no la validez) del derecho a su inscripción.

En el FJ 13.º de la citada sentencia se decía que la previsión del artículo 16.1 en la redacción dada por el Decreto de 1998, era ilegal porque «establece, en contra del principio de libertad contractual, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie al mismo tiempo que invade su regulación sustantiva reservada a la ley». El Tribunal fue claro, el texto reglamentario «invadía su regulación sustantiva reservada a la ley», y además, dicha invasión suponía una vulneración del principio de libertad contractual. Es decir, no sólo habría una extralimitación respecto al texto legal, sino que al margen del rango jerárquico, la inscripción constitutiva supondría la vulneración de uno de los principios inspiradores de nuestro sistema: el de la libertad contractual.

La nueva Ley de 2007 ha introducido una novedad al respecto. Recordemos lo dicho al inicio de este epígrafe: *Para que el derecho quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.*

Podemos ver que el legislador, por un lado, ha rehuido dar un paso significativo y tajante, como sería el de considerar a la inscripción como constitutiva, y, por otro lado, marca intencionadamente dos fases diferentes: la fase previa notarial, donde textualmente el legislador indica que para que quede válidamente constituido el derecho de superficie se requiere su formalización en escritura pública. *Parece que la escritura pública es constitutiva.* Y, además, la fase posterior registral, donde se requiere la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, como si fuera *obligatoria*. La idea existente en legislaciones urbanísticas anteriores *donde se condicionaba la eficacia del derecho a su inscripción, aunque no su validez*, parece desvanecerse por el tenor literal del artículo.

Evidentemente esta novedad elude el problema de otorgar eficacia constitutiva a la inscripción del derecho de superficie. Y de paso supone utilizar una fórmula usada en otras leyes como ocurre en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (19).

(19) Artículo 4. Constitución del régimen... 3. El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

¿De qué sirve que el derecho nazca cuando se hace la escritura y no cuando se inscribe en el Registro? O ¿qué efectos se derivan del título constitutivo y cuales de la inscripción registral?

Los efectos del título o contrato constitutivo del derecho de superficie, aunque no se haya inscrito son los siguientes:

- Desde el momento de su celebración, atribuye al superficiario el derecho a poseer el terreno gravado, para poder proceder a la obra de construcción y el derecho a defender dicha posesión no sólo frente a cualquier perturbador, sino especialmente frente al propietario del terreno.
- El superficiario posee el suelo en concepto de tenedor para disfrutarlo perteneciendo el dominio a su propietario (cfr. art. 432 CC) y a la vez posee el vuelo, o el subsuelo, con la intención de hacerlo como suyo, así como lo construido en su volumen, por el tiempo de vigencia de su derecho de superficie (cfr. art. 430 CC).
- Una vez se haya construido, goza de una protección posesoria de lo construido (y del propio derecho de superficie), como la que tiene el propietario o el usufructuario.

De esta manera otorgar eficacia constitutiva al título supone: la plena eficacia del derecho de superficie (a poseer para construir, y poseer lo construido) frente al constituyente o su sucesor o adquirente. Y como derecho real, con eficacia *erga omnes* también frente al sucesor del constituyente porque de lo contrario sería un derecho meramente obligatorio.

Y, además, otorgar eficacia obligatoria a la inscripción:

- Evita la aparición de un tercero de buena fe que inscriba su derecho y pueda desconocer la existencia de la superficie, conforme a las normas generales de la legislación hipotecaria.

El grado óptimo sería, a mi juicio, el de otorgar el carácter de constitutivo a la inscripción del derecho:

- De manera que los superficiarios se ven abocados a inscribir, y al mismo tiempo están protegidos porque su derecho será oponible *erga omnes* con independencia del conocimiento (prácticamente imposible en el caso de falta de apariencia posesoria) de los terceros.

Tanto la legislación navarra (Ley 428.3 de la Compilación) como la catalana, optan por el carácter declarativo de la inscripción. El texto del Código Civil catalán, como ya hemos señalado, se inclina por la línea general de la oponibilidad a terceros de buena fe, bien desde la inscripción, bien desde el conocimiento de la situación por parte de terceros (art. 564-3-3).

A la vista de todo esto hemos de preguntarnos, si el legislador hubiera querido optar por la inscripción constitutiva, ¿se hubiera producido esa violación de la libertad contractual?

En su día, el Consejo de Estado (cuando informó sobre el Real Decreto de 1998 de reforma del RH de 1959) mantuvo que: «Es, sin embargo, notorio que, fuera del Derecho urbanístico, la libertad contractual (art. 1.255 del Código Civil) permite pactar la constitución del derecho de superficie sin necesidad de previa inscripción. De hecho, el proyecto pretende declaradamente extender a las superficies no urbanísticas la mayor duración del derecho prevista en la legislación urbanística, de suerte que reconoce la doble fuente. Por eso debe eliminarse del proyecto el término “validez” que sugiere el requisito de inscripción constitutiva en todos los derechos de superficie, urbanísticos o no».

El Consejo de Estado entendía que, dado que el Reglamento Hipotecario debía tener alcance general y aplicación a todos los supuestos del derecho, no podía optar por la opción más fuerte, que es la de la eficacia constitutiva. De ahí que en el ámbito no urbanístico —de acuerdo con el sistema general— se pueda optar por la no inscripción. Lo dicho suponía dar por supuesto, por una parte, que había dos modalidades de derecho de superficie, común y urbanística; y además, que los términos de la legislación urbanística debían interpretarse, como de inscripción constitutiva. Sin embargo, no era en absoluto unánime este modo de concebir el derecho.

En cuanto a la *exigencia de escritura*, parece claro que el TRLS la consideraba como un supuesto de forma *ad solemnitatem*, al menos para la modalidad urbanística. Por tanto, tratándose de la superficie constituida con arreglo a la Ley del Suelo, la constitución del derecho real de superficie como tal requería la escritura pública.

En relación con la modalidad civil de derecho de superficie, obviamente no se mantenía tal exigencia, y así lo declaraba la STS de 15 de junio de 1984 (Sala de lo Civil) [RJ 1984/3243] que consideraba la escritura pública como forma *ad solemnitatem* para la modalidad urbanística, pero no para la ordinaria o común.

Consideramos discutible que la modalidad civil requiriera, mediando contrato y por aplicación analógica del artículo 1.628 del Código Civil, la escritura pública. Si se trata de una forma *ad solemnitatem*, su ausencia parece que debería determinar la sanción de nulidad radical, pues la falta de forma en los casos excepcionales en los que viene exigida para la validez del contrato determinaría esta sanción.

Pero también hemos señalado que el supuesto de hecho constitutivo del derecho real de superficie —al igual que sucede con la hipoteca— es complejo, integrado por dos actos jurídicos relacionados entre sí (contrato-título y modo) pero diferenciables.

En torno al valor de la inscripción del derecho de superficie han existido dos posturas:

- La dicción de las sucesivas leyes han sido poco claras, pese a lo cual por la propia naturaleza y esencia del derecho era partidario de la inscripción constitutiva del derecho, aunque sólo se hiciera referencia a la eficacia.
- Los partidarios de la aplicación del sistema general de nacimiento de los derechos reales a consecuencia del cual, la inscripción serviría para dar publicidad de un derecho ya constituido extrarregistralmente.

Teniendo en cuenta que además los partidarios de la tesis dualista del derecho distinguían entre la inscripción constitutiva en el caso de superficie urbanística constituida conforme a la Ley del Suelo, y declarativa, en el caso de la constituida por particulares entre los que me encuentro.

El porqué de sostener el carácter constitutivo de la inscripción se debe a la «no materialidad» o «imperceptibilidad extrarregistral» de la superficie, que hacen que al igual que en la hipoteca, el único modo de hacer efectivo y viable el derecho sea la inscripción registral; esta necesidad de reflejo registral alcanza tal entidad que condiciona la existencia misma del derecho.

Recordemos que en el caso de este derecho hasta la inscripción, la formalización tiene suspendidos todos sus efectos (y no sólo los efectos frente a terceros) sin perjuicio de que las vicisitudes de capacidad, existencia de los otorgantes, vicios del consentimiento, queden ya cristalizados en el momento de la forma.

Por otro lado recordemos cómo el TRLS conectaba la *inscripción* con la *eficaz constitución*, sin hacer mención en ningún caso de «eficacia frente a terceros»; la ausencia de inscripción determinaría, en consecuencia, la ineficacia del negocio no sólo frente a terceros sino *inter partes*. Lo cual, siguiendo la propia letra de la Ley es un supuesto de ineficacia, no de invalidez. De modo que el título de constitución no inscrito, como es válido aunque ineficaz a los efectos de constitución del derecho real, serviría, al menos, como título para la usucapión, y como base para la mutua exigencia de elevación a público del título y su posterior inscripción.

Los partidarios de la inscripción declarativa argumentaban que este derecho seguía el sistema general de constitución y transmisión de los derechos reales del artículo 609 del Código Civil y las excepciones debían de ser justificadas o claras, como la de la hipoteca.

Partamos del supuesto común de un tercero interesado en la adquisición de una finca que acude al Registro a conocer la situación jurídica de la misma. Supongamos que se ha pactado sobre una finca un derecho de superficie que no se ha inscrito y un tercero ha ido al Registro y ha visto que

aparece la finca inscrita a nombre de un propietario, visitando la finca descubre a unos terceros construyendo, u observa que otras personas distintas de quien le consta que es el propietario están ocupando el edificio construido: allí ya existe una situación posesoria, apreciable por el tercero que puede enervar su buena fe, pues con una diligencia media, habría de preguntar por el motivo o título que justifique la situación posesoria de esos poseedores no propietarios según el Registro.

En este caso si el título constitutivo de la superficie es válido, el superficiario le podría oponer su derecho, a él y a todas las terceras personas que hayan tenido conocimiento de la situación de superficie desde ese momento. Dicho de otro modo, aquí sí que habría cierta apariencia posesoria cuyo conocimiento por el tercero determina la oponibilidad del derecho.

El problema se plantea cuando todavía no se ha empezado a construir, en los que no hay apariencia posesoria alguna. En estos supuestos es altamente improbable el conocimiento de la situación con los medios ordinarios y por ende, la oponibilidad derivada de dicho conocimiento. Es ésta una situación transitoria, en la medida en que normalmente se habrá fijado un plazo para construir, pasado el cual, se extingue el derecho de superficie. Pero si la inscripción se concibiera como constitutiva, este problema no surgiría. Recordemos que la publicidad de los derechos reales se obtiene, bien de la apariencia de titularidad que conlleva la posesión de las cosas, bien, en los casos en los que ésta falta, creándola a través del Registro. La inscripción constitutiva se presenta como adecuada para este tipo de casos. La imposición de la inscripción supone la sobreprotección del superficiario a quien le impone una actuación en su propio interés.

Por otro lado, la concesión de cierto margen de libertad, que supone la consideración de la escritura pública como constitutiva y que a su vez implica el ahorrarse la inscripción en aquellos supuestos en los que el interesado (superficiario) considere que puede proteger su posición mediante la prueba del conocimiento por parte de los terceros, que determinaría la oponibilidad del derecho es la solución que adopta la legislación catalana en el artículo 546-3.3 del Código Civil catalán, y ahora también el legislador estatal de la Ley de Suelo. Partiendo de que la constitución del derecho necesariamente ha de constar en escritura pública, presupone que el derecho real existe como tal desde el momento en que se formaliza el título constitutivo y que tal constitución y sus modificaciones «...pueden oponerse a terceros de buena fe desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos establecidos en la Ley hipotecaria o desde que las terceras personas han tenido conocimiento de las mismas».

Nosotros somos partidarios de proceder a la inscripción, pues el sistema registral protege todos los supuestos. Además instaurar la inscripción constitutiva en este derecho y en un sistema socio-económico como el nuestro en

el que incluso la adquisición de la propiedad ordinaria, conlleva en su totalidad la práctica de inscripción registral, no sería muy problemático.

Además la utilización de esta institución por parte de las Administraciones públicas (Ayuntamientos) supone que la inscripción constitutiva aportaría un decisivo elemento de seguridad, control y protección de los intereses comunes.

RESUMEN

DERECHO DE SUPERFICIE

La nueva Ley de Suelo introduce una nueva regulación del derecho de superficie en los artículos 35 y 36, para aumentar su operatividad en la construcción de viviendas, y lo configura de dos formas, como facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y vuelo o en el subsuelo de una finca ajena manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones; y como derecho sobre construcciones o edificaciones ya existentes atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas. Además ha rehuido dar un paso significativo y tajante como sería el de considerar la inscripción del derecho de superficie como constitutiva, al marcar intencionadamente dos fases diferentes: la previa notarial, donde textualmente el legislador indica que para que quede válidamente constituido el derecho de superficie se requiere su formalización en escritura pública. Y, la fase posterior registral, donde se requiere la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, como si fuera obligatoria. Así se desvanece la idea existente en legislaciones urbanísticas anteriores donde se condicionaba la eficacia del derecho a su inscripción, aunque no su validez.

ABSTRACT

SURFACE RIGHTS

The new Land Act introduces new terms on surface rights in articles 35 and 36, to increase the operativeness of surface rights in the construction of housing. Surface rights are configured in two ways: as the power to make constructions or buildings at ground level and above or in the subsoil of another person's property while keeping temporary ownership of the constructions or buildings, and as a right in already-existing constructions or buildings while giving the ground-renter temporary ownership of the constructions or buildings. In addition the new law has refused to take the significant, unreserved step of considering registration of surface rights constitutive. It intentionally establishes two different phases: first the notarial phase, where the law literally says that in order for surface rights to be validly constituted they have got to be formalised in a notarial deed, and then the registration phase, where entry of the deed in the property registry is required, as if that were mandatory. Thus the idea in previous legislation concerning development, which made the efficacy, although not the validity, of the right hinge on registration, is swept away.

(Trabajo recibido el 13-03-08 y aceptado para su publicación el 26-01-09)

Configuración registral del subsuelo disociado del suelo

por

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ
Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. APERTURA DE FOLIO INDEPENDIENTE: RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 1987.
- III. TÉCNICA DEL COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO: RESOLUCIÓN DE 5 DE ABRIL DE 2002:
 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
 2. CONFIGURACIÓN REGISTRAL:
 - A) *Concesión administrativa.*
 - B) *Derecho de superficie y derecho de subedificación:*
 - a) Derecho de superficie.
 - b) Derecho de subedificación.
 - C) *Complejo inmobiliario:*
 - a) Concepto y naturaleza.
 - b) Aplicación al régimen del subsuelo.
- IV. LA SEGREGACIÓN DEL SUBSUELO: RESOLUCIONES DE 24, 26 y 27 DE FEBRERO DE 2007:
 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
 2. CONFIGURACIÓN REGISTRAL:
 1. *Complejo inmobiliario.*
 2. *Segregación.*

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de la configuración de un régimen diferente para el subsuelo respecto del suelo ha venido planteándose en los últimos años en la doctrina y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado como consecuencia de la necesidad de dar una respuesta jurídica práctica a una realidad cotidiana, como es la existencia de aparcamientos subterráneos de carácter privado bajo suelo de titularidad pública.

Aunque el Registro de la Propiedad puede llevarse de dos formas, personal o real, la mayoría de los sistemas jurídicos atienden al sistema que toma por base la finca o entidad registral. Mientras el titular cambia, la finca suele permanecer igual, salvo variantes en su aspecto cuantitativo y cualitativo. En estos sistemas en los que la finca es base física, se abre un folio registral particular a cada finca, donde queda reflejado su historial jurídico. Tal y como dice el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, cada finca tiene, desde que se inscribe por primera vez, un número diferente y correlativo, por tanto, puede decirse que la finca es la unidad básica del sistema y la entidad cuyas vicisitudes son conocidas a través del Registro (CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.^a ed., Madrid, 2000, pág. 458). La cuestión que se plantea en este artículo es si el subsuelo puede constituirse como finca registral con la correspondiente apertura de folio independiente del suelo.

La institución del Registro de la Propiedad no puede permanecer al margen de la realidad social y económica, de manera que ante nuevas técnicas de utilización del suelo y de creación de fincas en sentido material debe adaptarse, utilizando las herramientas que proporciona el marco legal existente, para facilitar el acceso al Registro mediante la creación de la finca en sentido registral, con todas las consecuencias que para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario conlleva, habida consideración, además, de lo imprescindible del Registro para el crédito territorial.

Como figuras jurídicas aplicables a estos casos encontramos el derecho de superficie y el derecho de sobreelevación y subedificación, regulados actualmente en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario. El principal obstáculo que surge es su temporalidad y el mantenimiento de unas relaciones jurídicas de subordinación entre el concedente y el concesionario de estos derechos que conlleva en la práctica su rechazo como solución.

Con esta perspectiva, la posibilidad de una «propiedad volumétrica», es decir, la coexistencia en una misma finca de un régimen de propiedad distinto para volúmenes determinados (suelo, vuelo, subsuelo) llega a materializarse a través de diferentes Resoluciones de la DGRN que han venido a clarificar la situación y a determinar la técnica jurídica aplicable a estas situaciones.

Ya desde un principio, la regulación de la propiedad horizontal y su correspondiente acceso al Registro implicó un cierto avance en el reconoci-

miento de una propiedad volumétrica, pues conlleva la propiedad exclusiva de un espacio cúbico del vuelo en el que la colindancia no es sólo horizontal sino también vertical. De este modo, el clásico aforismo de que la propiedad llega hasta el cielo y hasta el infierno (*usque ad sidera, usque ad inferos*) debe modalizarse, pues hoy ya no resulta aplicable en términos absolutos y son múltiples las limitaciones que sufre el propietario desde el punto de vista del Derecho urbanístico, legislación agraria, relaciones de vecindad o navegación aérea. Así, siguiendo la teoría moderna, el propietario del terreno puede utilizar el vuelo en exclusiva en cuanto interese a la explotación de su fundo, por ejemplo, puede realizar en él obras y plantaciones. Respecto al subsuelo, el propietario del suelo puede utilizarlo en exclusiva en cuanto interese a la explotación de su fundo, ya que en virtud del artículo 350 del Código Civil, el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella. Aparte de las limitaciones que prevé el artículo 350, el propietario de un terreno no puede impedir las intromisiones si su interés no queda menoscabado (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.ª ed., Madrid, 2001, pág. 214).

En definitiva, se entiende que el verdadero contenido de la propiedad del suelo está constituido por el volumen de la construcción edificable y que el volumen edificable es un concepto operante que constituye una atribución patrimonial. Por ello se deduce que el volumen susceptible de ser ocupado por lo edificado constituye una unidad con el suelo del que se considera parte integrante e ideal de prolongación. A veces la unidad del objeto jurídico se rompe, de modo que cabe configurar como dos objetos, sujeto cada uno a un derecho diferente: por un lado al suelo y por otro al espacio o volumen aéreo o subterráneo inmediato al suelo, hasta donde alcance la edificación posible, o por un lado al suelo al que sigue unida una parte de ese espacio y por otro lado el resto del espacio aéreo o subterráneo separado (BLANQUER UBEROS, *Acerca del derecho de superficie*, Madrid, 2007, pág. 10).

II. APERTURA DE FOLIO INDEPENDIENTE: RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 1987

El inicio de la doctrina de la Dirección General en esta materia lo constituye la Resolución de 13 de mayo de 1987 (RA núm. 3855) en la que se planteó la posibilidad de apertura de un nuevo folio registral a una unidad subterránea destinada a local de aparcamiento que se extendía bajo varios edificios. En este caso no se cuestionaba la existencia de un régimen diferente público y privado, sino que la materia del recurso se centró en si en estos casos era indispensable la formación de un complejo inmobiliario. La técnica del complejo inmobiliario será analizada con detalle en el siguiente epígrafe.

En el supuesto de la Resolución de 13 de mayo de 1987, tras la presentación de escrituras complementarias previas al pronunciamiento de la Dirección General, la solución que se alcanzó en la práctica fue la formación de un complejo inmobiliario en el que uno de los elementos del complejo era la unidad subterránea. No obstante, la Dirección General analiza la posibilidad de abrir folio a la unidad subterránea sin necesidad de formar el complejo inmobiliario, es decir, mediante la agrupación de los subsuelos de los edificios, previa segregación de éstos respecto del suelo.

Para ello parte el Centro Directivo de un principio fundamental que apuntábamos al comienzo de este trabajo, como es que los marcos registrales no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas. En otras palabras, que el Registro debe adaptarse a las necesidades sociales del tráfico inmobiliario y no poner trabas, sino aportar soluciones a las nuevas formas de aprovechamiento de las fincas que puedan surgir. No obstante, y como contrapartida, la autonomía de la voluntad no puede ser absoluta y debe respetar las normas que estructuran el régimen inmobiliario.

Tomando estos principios como punto de partida, considera la Dirección General como obstáculo a la segregación del subsuelo para formar una unidad subterránea con el de otras fincas colindantes la extensión del dominio en su proyección vertical que impide realizar dicha segregación para crear una finca totalmente independiente de la de procedencia. Téngase en cuenta que en la segregación la conexión entre finca matriz e hijas es meramente histórica a diferencia de la división horizontal en la que existe una conexión permanente entre la finca matriz y las nuevas fincas resultantes. Por ello, se niega la posibilidad de la segregación y se llega a la conclusión de poder abrir folio a la unidad subterránea, sin segregación ni complejo inmobiliario, constando en las fincas de procedencia el dominio en su natural alcance en profundidad (sin mermas sectoriales), si bien, expresando en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre la unidad subterránea. Para ello se habla de «afectación» de determinados sectores subterráneos de las fincas de procedencia.

Como vemos en esta resolución se llega a una peculiar solución introduciendo un concepto nuevo, el de apertura de folio (sin segregación ni división horizontal) y «afectación» de la finca de procedencia. Dicho concepto no se encuentra en la legislación hipotecaria y no parece encajar bien en las modificaciones hipotecarias diseñadas en los artículos 45 y siguientes del Reglamento Hipotecario. No parece quedar claro bajo qué base legal puede abrirse un folio independiente si no hay segregación ni división horizontal.

Esta «afectación» se asemeja más a una servidumbre que se definen en el artículo 530 del Código Civil como un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. Se trata de participaciones limitadas en el goce o aprovechamiento de la cosa de otro, siendo el límite

necesario para que la propiedad ajena, que las servidumbres comprimen, conserve aquel predominio jurídico que le es esencial (Dusi, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, 2.^a ed., Torino, 1930, pág. 364).

Igualmente se señala en la Resolución que la mencionada afectación es análoga al dominio útil, que es una de las formas de dominio dividido que reconoce el Código Civil. Pero lo realmente relevante de esta resolución es el reconocimiento de la necesidad de adaptarse a la realidad socio-económica y de atribuir un régimen jurídico distinto a una unidad subterránea o volumen.

III. TÉCNICA DEL COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO: RESOLUCIÓN DE 5 DE ABRIL DE 2002 (RA NÚM. 8121)

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Resolución clave en la materia que estudiamos es la de 5 de abril de 2002. En ella se cuestiona la inscribibilidad como finca independiente de una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándola como patrimonial.

De los hechos se desprende que se trató de constituir un complejo inmobiliario, que integraba el suelo de titularidad pública y el subsuelo, y se denegó la inscripción por diversos defectos insubsanables. En primer lugar, se estimó contrario a las normas imperativas reguladoras del derecho de propiedad, en cuanto a su extensión y accesión (arts. 350 y 353 y sigs. del CC). En efecto, el artículo 353 del Código Civil dispone que la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente. Por otra parte se rechaza la aplicación de la figura del complejo inmobiliario privado, por la dificultad de coexistencia del régimen de dominio público y del dominio privado sobre elementos comunes y por no reunir los requisitos establecidos para ser considerado como tal (no haber pluralidad de fincas materiales, edificaciones o parcelas ni un verdadero punto de conexión entre las fincas y titulares, constituidos por elementos comunes); por recaer todas las obligaciones sobre los elementos y servicios comunes sobre una de las fincas, concretamente la destinada a aparcamiento; y porque los complejos inmobiliarios están integrados por fincas, en las que no se da una disociación total entre el suelo y el vuelo o el subsuelo, ya sean parcelas o edificios, siendo el suelo elemento común por naturaleza que pertenece en proindiviso a los propietarios (art. 396 del CC). Finalmente se considera que se estaría estableciendo entre el dominio privado y el público unas relaciones de comunidad que entrañan limitaciones al do-

minio público a favor del privado, lo que supondría una alienabilidad aunque sea parcial de aquél.

La resolución analizada parte, en primer lugar, de una serie de afirmaciones que pretenden sentar definitivamente la doctrina apuntada en la Resolución de 13 de mayo de 1987, ya vista, con la idea subyacente de que los marcos registrales no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas. Así estima que el principio de accesión del dominio (art. 353 del CC) tiene excepciones que pueden tener su origen en la voluntad del propietario (caso de la constitución de un derecho real de superficie, de un derecho real de vuelo o de subedificación) o en la propia Ley (limitaciones derivadas de la Ley de Minas, de Navegación Aérea, de Aguas, del Patrimonio Histórico).

La accesión inmobiliaria se rige en nuestro ordenamiento por el principio *superficies solo cedit*, el cual parte de la fuerza atractiva del suelo, de modo que el núcleo esencial del derecho de dominio que procura la atribución a su propietario de lo que se le une se sitúa en el suelo, de forma que mediante la construcción de edificios o de otras construcciones, siembras o plantaciones ocupa la superficie del vuelo o del subsuelo. En este sentido destaca el artículo 358 del Código Civil al señalar que «*lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos*», y el artículo 359 del Código Civil, que presume que «*todas las obras, siembras y plantaciones son hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario*». Si bien vemos que se presume que todo lo que se encuentra encima o debajo del suelo debe seguir el mismo régimen jurídico del suelo con el que forma un bloque objetivo, único y unitario, cabe destacar que esta presunción puede quedar desvirtuada y entonces no se atribuye lo construido al propietario del suelo en los siguientes supuestos: si resulta aplicable normativa reguladora de la accesión que excluya su aplicación o normas que según una interpretación integradora no atribuyan la construcción al propietario del suelo o existen pactos entre los interesados (BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, pág. 11).

Alude el Centro Directivo al clásico aforismo romano *usque ad sidera usque ad inferos*, que actualmente no puede aplicarse en términos absolutos para interpretar los preceptos del Código Civil relativos a la propiedad y a la accesión. Así, tradicionalmente se han mantenido teorías relativas al alcance vertical de la propiedad del suelo:

1. Romanista o de las escuelas medievales que se basa en el principio *qui dominus est soli, dominus est usque ad caelum et usque ad inferos*. El origen del brocardo no es romano sino medieval. Esta teoría fue recogida por algunos Códigos Civiles modernos como el francés y el italiano; sin embargo, los progresos técnicos han puesto de manifiesto la necesidad de reconocer límites a los derechos del propietario sobre el vuelo y el subsuelo.

2. Moderna. Esta teoría, formulada por IHERING y dominante en la doctrina actual, sostiene que el dominio del suelo tan sólo se extiende en altura y profundidad *a cuanto interese* a la explotación del fundo en las condiciones actuales. Vemos como el parámetro escogido como límite de la propiedad es la utilidad económica que el espacio aéreo y el subsuelo pueden ofrecer al propietario. Consecuencia de esta teoría es la imposibilidad de prohibición por el propietario que un avión atravesase la región aérea que se encuentra sobre su finca o que se abra un túnel en la montaña donde radica su fundo (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo 2, Vol. I, 14.^a ed., Madrid, 1992, págs. 175-177 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 213).

La concepción liberal del dominio que lo considera un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por vía de ley cabe restricciones a su contenido (cfr. art. 348 CC) ha dado paso a un concepto dominado por la función social de la propiedad que delimita intrínsecamente su extensión (así, el art. 33 de la CE dispone que «*la función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*») y en el que las leyes especiales y urbanísticas delimitan también las facultades del propietario.

Actualmente la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo, consagra estas tendencias al disponer en su artículo 8.2 que «*las facultades del derecho de propiedad del suelo alcanzarán al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público*».

Por otra parte, la Dirección General rechaza la aplicación al supuesto de la resolución que comentamos de la doctrina de la Resolución de 26 de junio de 1987 (RA núm. 4841), ya que considera que un determinado volumen edificable del subsuelo puede ser objeto autónomo de relaciones jurídicas, sin que exista edificación alguna a la cual esté inescindiblemente unido. En aquel caso se pretendía segregar de un edificio de dos plantas, no constituido en propiedad horizontal, un local de planta baja con la correspondiente porción de solar, para su agrupación a otro local perteneciente a un edificio colindante; es decir, el local que se pretendía segregar no constituía por sí solo una construcción autónoma, ni era parte del edificio colindante al que se quería agrupar, sino que se hallaba integrado en el edificio matriz formando con él un todo inescindible físicamente. En definitiva, se violentaban las exigencias estructurales del sistema registral y los límites derivados de la trascendencia *erga omnes* del status jurídico de los bienes.

En la resolución analizada se cita también la doctrina sobre la apertura de folio a subsuelo ya establecida en la Resolución de 13 de mayo de 1987 y la jurisprudencia que ha admitido la posibilidad de un uso privativo del subsue-

lo, sin que por ello se perjudique el carácter demanial del suelo (cfr. SSTs de 1 de diciembre de 1987, RA núm. 9268, y 23 de diciembre de 1991, RA núm. 9223).

Como indica el Centro Directivo, ya sea por vía de concesión administrativa, ya sea por vía de desafectación de la unidad subterránea destinada a aparcamiento, no se aprecia ninguna limitación al destino demanial público del suelo, ningún perjuicio o merma al servicio o uso público al que éste estuviera destinado. En definitiva, y apuntando ya dos posibles soluciones registrales a la cuestión (además de la ya citada de los derechos de superficie y subedificación), deja claro la Dirección General que es perfectamente posible disociar el uso del suelo y del subsuelo y compatibilizar suelo público y subsuelo privado.

2. CONFIGURACIÓN REGISTRAL

Podemos distinguir varias configuraciones registrales para los supuestos de aprovechamiento del subsuelo público: la concesión administrativa, los derechos de superficie y subedificación y el complejo inmobiliario (GÓMEZ GÁLIGO, «Los aparcamientos bajo suelo público: análisis de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003, pág. 3847). Pasamos a analizar cada uno de ellos.

A) *Concesión administrativa*

En primer lugar, como apunta la Dirección General, la utilización del subsuelo puede configurarse como concesión administrativa. La concesión administrativa es susceptible de abrir folio registral al tener la consideración de bien inmueble (art. 334.10 CC) y se inscribirá conforme a los artículos 31 y 61 del Reglamento Hipotecario. El problema que presenta esta forma de aprovechamiento es la sujeción al régimen establecido y temporalidad de la concesión, que impide la transmisión en pleno dominio de las eventuales plazas de garaje en las que haya podido dividirse horizontalmente la concesión, e incluso puede tener limitaciones a la transmisión por razón del título concesional.

B) *Derecho de superficie y derecho de subedificación*

Como obstáculos en la práctica para la utilización de estas técnicas jurídicas de utilización del subsuelo encontramos, igual que ocurre con la con-

cesión administrativa, la temporalidad del derecho y la imposibilidad de transmitir eventuales plazas de garaje en pleno dominio. No obstante, haremos una breve referencia a su concepción y naturaleza jurídica.

a) Derecho de superficie

El derecho de superficie es el derecho a construir en suelo (o, para el caso que estudiamos, subsuelo) ajeno que se concede a otra persona, haciendo ésta suyo lo construido durante el periodo de duración del derecho.

Partiendo de que el elemento fundamental del concepto de derecho de superficie no es el de ser un derecho de construir o edificar, sino un derecho de tener o mantener en el suelo o terreno ajeno una edificación en propiedad, ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, págs. 7 y sigs.) define el derecho de superficie como «*el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistente*».

En la Ley 8/2007 del Suelo, se define como el derecho real que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Parece así recogerse la posición de ROCA SASTRE al incidir sobre el hecho de «mantener» y no sólo «construir».

El fundamento de utilidad del derecho de superficie se resiente por su carácter temporal, de modo que este derecho únicamente es útil para construcciones que sustancialmente tengan una duración prefijada por su carácter temporal o transitorio.

Como ventaja que proporciona el derecho de superficie destaca que para el propietario de un terreno es un medio para hacer suyo el incremento del valor del suelo en zonas próximas a poblaciones propicias a una fuerte expansión urbanística. No obstante, el éxito de este derecho colisionará con el obstáculo de la temporalidad, ya que el que adquiere para construir no se contenta con hacer suyo lo construido sólo por cierto número de años.

La función del derecho real de superficie es gozar de un terreno para tener y mantener en él una edificación, encima o debajo del suelo, obtenida por la facultad aneja de su construcción. Por tanto, el derecho de superficie implica la facultad de hacer y de mantener una edificación en suelo ajeno, lo que implica un doble goce: el del suelo en la construcción del edificio y el de ese edificio una vez construido, aunque en este segundo estadio el goce derive directamente de la propiedad de lo edificado, es decir, de la propiedad super-

ficiaria. Lo fundamental es el derecho de mantener la propiedad superficiaria de lo edificado, porque el derecho de construir la edificación es más bien una facultad instrumental o medial para llegar a la existencia de la propiedad separada superficiaria (ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.^a ed., Barcelona, 1997, págs. 483 y 485).

El régimen del derecho de superficie se establece en el Capítulo III del Título V de la Ley 8/2007 del Suelo, así como en el artículo 16.1 RH, si bien la redacción dada por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998 fue anulada por la STS de 31 de enero de 2001 (RA núm. 1083), por establecer por vía reglamentaria la inscripción constitutiva del derecho así como las circunstancias de la inscripción.

En cuanto a la apertura de folio a la unidad subterránea en el caso de constituirse un derecho de superficie, es discutible si debe constar este derecho como finca independiente o bien si ha de constar en el mismo folio registral de la finca. La posición respecto a la naturaleza de este derecho (como derecho real o dominio dividido) será decisiva en este punto.

b) Derecho de subedificación

El derecho de subedificación es el derecho a construir en el subsuelo concedido a otra persona haciendo ésta suyas las edificaciones resultantes y sin constituir derecho de superficie. Se regula en el artículo 16.2 RH, del que igualmente fueron anulados los párrafos b) y c) por la STS de 31 de enero de 2001.

Al igual que en el derecho de superficie, constituye exigencia inicial que la facultad de sobreedificar o subedificar se reserve o atribuya a persona distinta de la que ostenta la titularidad dominical del edificio soporte, sin embargo, contrariamente al derecho de superficie, en el derecho de sobreelevación o subedificación, los derechos de construcción, salvo pacto en contrario, tienden a una apropiación definitiva de lo edificado. Por otra parte, si el derecho a elevar o profundizar la construcción se realiza sobre un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal la sobreedificación o subedificación resulta esencialmente afectada por lo que hace al momento de la reserva o concesión del derecho superficiario como en lo que respecta al régimen de disfrute de los elementos privativos construidos (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de cosas*, Tomo 2, Vol. II, 15.^a ed., Madrid, 1994, págs. 485-486).

Así, la utilización del derecho de subedificación para disociar el régimen de suelo y subsuelo nos remite a la necesaria constitución de una propiedad horizontal (o complejo inmobiliario, en su caso) para abrir el correspondiente folio independiente al volumen subedificado, y para el momento de la con-

cesión de este derecho, se prevé en el artículo 16.2 RH la necesaria fijación de la cuota que ha de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o normas para su determinación.

El derecho de construir plantas de mayor elevación, de sobreelevación sobre edificios ya existentes y de construir plantas bajo el suelo de los mismos corresponde como inherente al dominio de todo propietario, o del común de los copropietarios en régimen de comunidad o en régimen de propiedad horizontal, de tales edificios, siempre que no lo impida alguna servidumbre, especialmente la denominada de *altius non tollendi*, o que no lo permitan los correspondientes planes de ordenación urbanística. El derecho de elevar plantas o construir bajo el suelo en edificios ya construidos de propiedad ajena se caracteriza porque el edificio ya construido pertenece a otra persona distinta de la del titular de dicho derecho (ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, págs. 505 y 506).

Este derecho de sobreelevación o subedificación conlleva el derecho a tener y mantener lo nuevamente edificado, es decir, las nuevas plantas resultantes sobre el edificio ya existente o bajo el suelo del mismo. El artículo 16.2 RH destaca esta nota al disponer que, sin constituir un derecho de superficie, el titular de dicho derecho hará suyas las nuevas edificaciones resultantes.

C) *Complejo inmobiliario*

a) *Concepto y naturaleza*

La realidad social en los países occidentales ha desbordado los modelos en régimen de propiedad horizontal y de la propiedad de casas por pisos se ha pasado a los conjuntos inmobiliarios. Son habituales los casos en los que se parte de la titularidad única sobre varios solares en los que se proyecta construir y el propietario, que prefigura ya en el Registro, trata de inscribir no sólo el régimen de propiedad horizontal de los edificios, sino también las relaciones de interdependencia y servicio permanentes que tales construcciones precisan. Para la regulación del complejo inmobiliario en la práctica en ocasiones se han agrupado arbitrariamente construcciones que podían haber conservado identidad propia y en otras manteniendo la autonomía funcional de los edificios se recurre a la configuración de servidumbres o limitaciones recíprocas (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., 15.^a ed., pág. 157).

El conjunto inmobiliario puede definirse como la construcción conjunta de una serie de edificios y servicios con conexiones entre sí (CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 806). Esta técnica requiere la existencia de una pluralidad de fincas (elemento material) pertenecientes a una pluralidad de propietarios (elemento personal) con un elemento ideal o punto de conexión entre las fincas.

Siguiendo una acepción estricta, el conjunto inmobiliario podría definirse como una forma de organización de la propiedad inmobiliaria en la que coexisten una serie de propiedades individuales sobre fincas o parcelas y una comunidad, inherente a las propiedades individuales, que tiene por objeto las fincas o derechos inmobiliarios independientes o externos. Constituye, por ello, una unidad orgánica cuya perfecta delimitación es requisito imprescindible para que todas sus características puedan tener acceso al Registro de la Propiedad (ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, págs. 135, 136).

La regulación actual de los complejos inmobiliarios se encuentra en el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal, introducido por la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril, que prevé que el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

En el conjunto inmobiliario, por tanto, pueden diferenciarse los siguientes objetos: en primer lugar, las propiedades separadas, exclusivas o independientes, que son las parcelas edificadas o edificables. En segundo lugar, una comunidad sobre los elementos y servicios comunes, de modo que es esencial a la propiedad de los elementos privativos la pertenencia a la comunidad sobre los elementos comunes destinados al servicio y utilidad de aquéllos.

Respecto a las características básicas de los elementos comunes, cuya titularidad compartida inherente a las propiedades individuales sobre las parcelas determina la existencia de la urbanización, cabe señalar la exterioridad, la dependencia funcional y la exclusividad. La exterioridad supone que los elementos comunes son independientes y externos a las parcelas. La dependencia funcional se materializa en que los elementos comunes están destinados por naturaleza o destino al servicio o utilidad de los elementos privativos, de modo que no pueden ser objeto de transmisión separada y la propiedad de los elementos privativos lleva aparejada necesariamente la de los elementos comunes. Por lo que se refiere a la exclusividad, ésta conlleva que sólo son elementos comunes los que se mantienen en el ámbito de la propiedad privada y se destinan al servicio exclusivo de los propietarios de las parcelas o de quienes éstos designen, pudiendo excluir la utilización a personas ajenas al conjunto (ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, págs. 137 y 140).

Llevado al campo registral, el complejo supone la existencia de un triple folio: uno para el total complejo (finca matriz de primer grado), otro para

cada finca o edificio del mismo (finca matriz de segundo grado) y, por último, los folios que se abren a los elementos independientes de la propiedad horizontal en que eventualmente puedan dividirse cada uno de los edificios del complejo. Las posibilidades de aplicación en la praxis registral de esta técnica son extraordinarias, pues su flexibilidad permite adaptarla a supuestos muy distintos empleándose también, por ejemplo, en el derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

b) Aplicación al régimen del subsuelo

La articulación de un complejo inmobiliario se presenta como la técnica que, en principio, resulta más satisfactoria por la atribución del pleno dominio sobre una unidad subterránea independiente (aunque no totalmente) de la superficie.

Como requisito previo a toda posible disociación entre el suelo y subsuelo se encuentra (aparte de que lo prevean las normas urbanísticas y el planeamiento) el que si los terrenos son dotacionales públicos se cumplan los requisitos legales en orden a la desafectación como bien demanial del subsuelo para su configuración como bien patrimonial. Ello se debe a la propia concepción de los bienes de dominio público cuya naturaleza inalienable —art. 132 CE— y destino al uso y servicio público impide su transmisión, lo que no sucede con los bienes patrimoniales.

El siguiente paso será la constitución del complejo inmobiliario en el que uno de los elementos será la unidad subterránea. Se afirma en la Resolución de 5 de abril de 2002 que registralmente deberá abrirse folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo desafectado como bien demanial, sin que se trate en el presente caso de segregar un volumen edificable en el subsuelo, desconectándolo totalmente de la superficie terrestre. Para la DGRN, precisamente porque sigue existiendo vinculación con la superficie, deben quedar claramente reguladas las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial. En el caso analizado, esta regulación se realiza a través de la constitución de un complejo inmobiliario, de modo que registralmente en el folio abierto al suelo público constará la configuración como bien patrimonial de parte del subsuelo, en el folio abierto a éste constará cuál es la finca matriz de procedencia y en ambos las reglas del complejo inmobiliario articulado.

En el caso de la resolución que comentamos, los posibles obstáculos aducidos por el Registrador en su nota para aplicar esta técnica se rechazan de plano. Comenzando con la problemática de la coexistencia de fincas demaniales y privadas y las limitaciones derivadas de la naturaleza de los bienes

de dominio público, se estima que un complejo inmobiliario privado puede integrarse por algunas fincas de carácter demanial, pues no existe ningún precepto que excluya su aplicación, a la par que el principio de *numerus apertus* en la configuración de los derechos reales hace que no se resientan en absoluto las exigencias estructurales del sistema registral. Además, se recuerda la doctrina de la Resolución de 16 de diciembre de 1994 (RA núm. 10392) que le llevó a admitir a la DGRN que un edificio de titularidad estatal pueda resultar en parte demanial y en parte patrimonial, sin necesidad de división horizontal del mismo mientras el Estado siga siendo único titular, lo que supone no sólo la posibilidad de división horizontal de un edificio con elementos diversos (unos demaniales y otros patrimoniales), sino incluso la obligatoriedad de tal división horizontal cuando alguno de los elementos patrimoniales pase a ser propiedad de un tercero.

Respecto a la limitación que para el dominio público puede suponer, se considera que en nada queda mermado el destino público del suelo por el hecho de que el subsuelo sea objeto de aprovechamiento privativo (vg., concesión). Si cabe una desafectación total de los bienes demaniales, siguiendo los trámites legales, también cabrá una desafectación parcial que es la que va implícita en los acuerdos municipales dirigidos a configurar como bien patrimonial el subsuelo (habrá que entender que abarcaría la alienabilidad parcial del suelo a que se refiere el registrador en su nota, derivada de los accesos a la zona pública desde el subsuelo y de la configuración del complejo inmobiliario, y cuantas otras limitaciones pudieran derivarse de la configuración como finca autónoma del subsuelo).

Siguiendo con la aplicación de esta técnica al subsuelo, deberán reunirse los requisitos de todo complejo: pluralidad de fincas (elemento material), pluralidad de titulares (elemento personal) y punto de conexión (elemento ideal).

El elemento material existe desde que se abre folio a una unidad subterránea. Se acude aquí a la distinción entre finca en sentido material y finca en sentido registral. Finca en sentido material es una superficie delimitada que forma una unidad en el tráfico jurídico, se encuentra siempre en el mismo sitio y responde de una determinación geográfica. En el ámbito legislativo podemos encontrar esta definición de finca en sentido material en el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que dispone que: *«tiene la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios pro indiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble»*.

Sigue la misma línea ya establecida en el artículo 6 de la Ley del Catastro Parcelario, de 23 de marzo de 1906, y artículo 4 del Decreto-Ley sobre el Catastro, de 3 de abril de 1925. Además de la horizontalidad (propio de las fincas rústicas), existe la verticalidad que implica un volumen (propio de las fincas urbanas) (CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 463). En este sentido, el artículo 17.1 de la Ley 8/2007, del Suelo, define «finca» como «*la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo*».

La finca, en sentido registral, se determina por la posibilidad de ser considerada de forma autónoma como ente independiente. Técnicamente es finca, en sentido registral, todo lo que abre folio especial. Así, para la Ley 8/2007, del Suelo, la finca *cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral*. La «finca registral» es, por tanto, «*una entidad objetiva registral, determinada por un número propio y un folio particular*» (LA RICA Y ARENAL, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, pág. 56). Pueden existir superficies deslindadas en la realidad física y cerradas en todo su perímetro, pero que en el Registro se hallan inscritas como dos o más fincas y mientras no se verifique agrupación de ellas, no se logrará plena identificación. Y al contrario, existen fincas registrales que en la realidad física constituyen varias parcelas, separadas por caminos, carreteras, vías férreas o por accidentes naturales e incluso discontinuas y alejadas unas de otras, pero unificadas por un destino común.

La Dirección General parte de esta distinción entre finca material y registral para afirmar la posibilidad de formar el complejo en una sola finca (material), pues, aunque no haya pluralidad de fincas materiales o físicas, en cuanto suelo y subsuelo forman parte de la misma finca física, sí existe pluralidad de fincas inmateriales o registrales, desde el momento mismo que se abre folio propio al subsuelo patrimonial.

El punto de conexión entre fincas y titulares sí que se da y precisamente su regulación es lo que determina el otorgamiento del complejo inmobiliario cuya inscripción se pretende. En los estatutos son elemento común los forjados del aparcamiento; y aunque sólo fuera eso, su mantenimiento y utilización conjunta justificaría la articulación del complejo que se pretende. Pero es que además el punto de conexión se da en el hecho de que la segregación de la unidad subterránea no es una segregación total, no hay desconexión total con la finca matriz, como ya puso de manifiesto la citada Resolución de 13 de mayo de 1987: el nuevo folio, a la vez que recoge el historial de los derechos que recaen sobre la total unidad subterránea, sirve para completar el historial de la finca de procedencia, en cuanto desafectación de parte de la misma.

Debe destacarse que la aplicación de esta técnica supone en la práctica registral un instrumento útil al servicio de los interesados y de los registradores, dada la flexibilidad que la técnica del triple folio permite para su aplicación a las muy diversas situaciones que pueden darse en la vida real. Téngase en cuenta que el complejo puede integrar un aparcamiento bajo una plaza pública, pero también esa unidad subterránea podría ocupar terrenos pertenecientes a distintas administraciones y terrenos privados, o podrían existir edificaciones sobre dichos terrenos (siempre que la unidad subterránea no formase con ellas un todo inescindible). Todas estas situaciones pueden tener una inscripción satisfactoria a través del triple folio y el complejo inmobiliario.

Finalmente debe hacerse referencia al artículo 17.4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, que establece que *«cuando, de conformidad con lo previsto en su legislación reguladora, los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público, podrá constituirse complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público»*. Se consagra así en el derecho positivo la doctrina que había mantenido la Dirección General y que hemos venido pormenorizando.

IV. LA SEGREGACIÓN DEL SUBSUELO: RESOLUCIONES DE 24, 26 y 27 DE FEBRERO DE 2007

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Resolución de 5 de abril de 2002 es reconocida por su importancia al solucionar el problema de la coexistencia de suelo público y subsuelo privado a través del complejo inmobiliario. No obstante, en la práctica pueden surgir situaciones en las que el establecimiento de una situación permanente de comunidad derivada del complejo entre titular público y titular o titulares privados puede no contentar a unos y otros. La posibilidad de acudir a una segregación en sentido propio, en la que el suelo y subsuelo queden totalmente escindidos como fincas independientes no se contempla claramente hasta la Resolución de 24 de febrero de 2007 (RA núm. 93792), y las idénticas de 26 (RA núm. 93791) y 27 (RA núm. 93790) del mismo mes y año. Las Resoluciones de febrero de 2007 suponen un avance más y un intento de clarificar las vías de actuación ante estas situaciones cada vez más frecuentes en la práctica.

Se plantea en los hechos de esta resolución la posibilidad de inscribir separadamente el suelo y el subsuelo de un terreno quedando el primero bajo

titularidad pública y el segundo de titularidad patrimonial privada, sin previa constitución de un régimen de propiedad horizontal ni reserva de un derecho de subedificación, ni tan siquiera un acto de modificación hipotecaria que justifique la creación de diversas fincas registrales donde antes había una sola. La cuestión afecta también al principio hipotecario de especialidad, pues en el caso no se había efectuado adecuadamente la delimitación de la unidad subterránea en cuestión.

2. CONFIGURACIÓN REGISTRAL

La Dirección General comienza por recordar su doctrina de la Resolución de 5 de abril de 2002 sobre la inexistencia de obstáculos estructurales en nuestro ordenamiento jurídico para atribuir un régimen distinto al subsuelo respecto del suelo (abarcando también el vuelo). En todo caso se recuerda el carácter causalista de nuestro sistema pues se requiere siempre que concurra una causa justificativa suficiente (la explotación adecuada de los subterráneos existentes en zonas públicas).

Entre las posibilidades de configuración registral del subsuelo con aprovechamiento independiente del suelo, y dejando aparte las ya analizadas anteriormente como la concesión administrativa y los derechos de superficie y subedificación, la Dirección General en esta resolución distingue claramente dos opciones:

1. *Complejo inmobiliario*

Deberá aplicarse cuando lo que se pretende es un desdoblamiento del régimen jurídico de suelo (y su vuelo) y subsuelo, sin que exista una total desvinculación de uno respecto de otro por existir cuando menos un elemento común entre suelo y subsuelo, que puede ser la línea de separación entre uno y otro, normalmente a través de un forjado. Con más razón será necesaria esa articulación si existen otros elementos o servicios comunes a ambos. Debe reiterarse aquí todo lo expuesto en relación con la Resolución de 5 de abril de 2002.

2. *Segregación*

La segregación de fincas se define como la operación registral por la que se separa parte de una finca inmatriculada para formar una finca nueva (ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pág. 97). Cuando en el supuesto

de hecho resulte que lo que se pretende es configurar una finca subterránea, totalmente independiente del suelo, lo que procede es acudir a esta técnica de la segregación.

En estas resoluciones, la Dirección General, sin extenderse en exceso en los argumentos, habla claramente de la posibilidad de desconectar totalmente el subsuelo de la superficie terrestre y acudir a la segregación. A través de ésta, la finca quedará totalmente independiente de la matriz, sin la existencia de elementos comunes ni de comunidad de propietarios que limite el pleno dominio sobre la unidad subterránea. Se trata de una nueva concepción de las modificaciones hipotecarias que pueden producirse no sólo desde la perspectiva de un plano horizontal, sino también verticalmente. Ello es congruente con el nuevo concepto de finca en sentido material que impera en la actualidad y que no se limita a la definición ya expuesta de *«una superficie delimitada que forma una unidad en el tráfico jurídico, se encuentra siempre en el mismo sitio y responde de una determinación geográfica»*. Además, enlaza con el concepto de finca en sentido registral. Así el artículo 17.1 de la Ley 8/2007 del Suelo distingue:

- a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en pro indiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.
- b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente.

Para que pueda efectuarse la segregación sólo se establecen los siguientes requisitos:

1.º La previa obtención de licencia administrativa correspondiente, lo que se deriva del artículo 17.2 de la Ley 8/2007, y el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

2.º La especificación clara del volumen edificable subterráneo que se segrega y se va a configurar como finca totalmente independiente: exigencia básica del principio de especialidad. Una de las características principales del principio de especialidad es el sistema de folio real y la plena identificación de la finca, habida cuenta que supone que el Registro es eficaz si el objeto de la inscripción está plenamente identificado.

En este supuesto de segregación la conexión entre fincas es simplemente hipotecaria y la nueva finca cobra vida propia independizándose de la finca de que formó parte y queda «muerta» a estos efectos respecto de la nueva. Así, la conexión se distingue de los supuestos de propiedades horizontales,

vinculaciones *ob rem*, urbanizaciones privadas, conjuntos inmobiliarios, plazas de garaje o concesiones administrativas en los que la conexión es permanente porque no se extingue la vinculación entre la matriz y la nueva. En estos casos existen elementos comunes a todas las nuevas fincas que quedan en la matriz y normas estatutarias que afectan al régimen de la fincas hijas que sólo figuran en la finca madre. No obstante, la titularidad jurídica y el dominio y sus vicisitudes son independientes en cada finca nueva (CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, págs. 458 y 468).

Algún sector de la doctrina ha rechazado abiertamente la posibilidad de segregación del subsuelo admitida por la Dirección General. Así, LANZAS («Segregación de volúmenes subterráneos», en *RCDI*, año LXXXIII, mayo-junio, núm. 701, pág. 1405) considera que admitir que se pueda segregar de una finca registral preexistente, no una superficie de terreno, sino una parte de su subsuelo o, más concretamente, un determinado volumen subterráneo para crear una nueva finca registral independiente supone una perturbación de los principios rectores de nuestro sistema hipotecario, ya que implica admitir que un mismo terreno pueda constar en el Registro en dos folios diferentes: uno para el suelo-vuelo y otro para el subsuelo, a través de la técnica de la segregación. No considera que pueda deducirse de ello que el Derecho Hipotecario sea insensible ante la evolución del concepto de finca, pues el propio ordenamiento proporciona los cauces para su constatación tabular, a través de una estructura piramidal de folios separados pero interdependientes como es la característica de la propiedad horizontal o la de los conjuntos inmobiliarios, o bien a través de la constitución de un derecho real de superficie o análogo a él, en cuyo caso su inscripción habría de realizarse en el folio abierto a la finca en su conjunto. De esta forma no considera que pueda quedar al arbitrio de los agentes del tráfico jurídico la creación de nuevas entidades hipotecarias o fincas registrales especiales, pues es una tarea que corresponde de manera exclusiva a la ley, como excepción de una norma legal de carácter general.

Plantea además LANZAS (*op. cit.*, pág. 1403) la hipótesis de que si la finca subyacente no hubiera accedido aún al Registro y se vendiera su subsuelo, no cabría la inmatriculación solamente de éste, pues lo contrario llevaría a una situación paradójica: la inmatriculación del subsuelo, pero no del suelo-vuelo. El fundamento de esta imposibilidad, según este autor, es el mismo que impide inscribir un piso o local sin que previamente estén inscritas la declaración de obra nueva del edificio y su constitución en régimen de propiedad horizontal. En consecuencia al no existir esa independencia absoluta entre el suelo y el subsuelo que justifique la apertura de folio registral del segundo sin que esté inmatriculado el primero, quiebra el argumento que constituye la base de la admisibilidad de la segregación contemplada. Frente a esta posición, en relación con la inmatriculación del subsuelo sin el suelo podríamos recordar que

en nuestro ordenamiento se permiten determinados supuestos de inmatriculación como la de la nuda propiedad, del dominio directo o del útil e incluso de participación indivisa de finca, por lo que, en nuestra opinión, nada obstaría la inmatriculación del subsuelo y la del suelo-vuelo de forma separada. Por otra parte, sin dejar de ser cierta la aseveración relativa a la necesidad del régimen de propiedad horizontal, no puede perderse de vista que en los supuestos de división horizontal existen elementos comunes que justifican el establecimiento del peculiar régimen de comunidad que dicha forma especial de propiedad implica y que requieren ser regulados. La ausencia total de elementos comunes da lugar a una independencia absoluta, que genera en realidad una suerte de colindancia entre suelo y subsuelo, si bien en lugar de ser horizontal, la misma se produce desde un plano vertical.

La Dirección General es clara en la resolución analizada respecto a que nuestro sistema permite configurar las fincas no solamente en su concepto clásico de fincas perimetrales terrestres sino como volúmenes edificables —o, mejor dicho, subedificables—, siempre que conforme a las reglas generales estén suficientemente definidos. También señala el autor precitado como dificultad añadida la necesaria identificación de la finca derivada del principio de especialidad al que aluden las resoluciones que comentamos. Para dar pleno cumplimiento a esta exigencia, en su opinión, la única manera de realizar una perfecta identificación de un volumen espacial no construido, bajo el suelo o sobre él, sería la utilización de un sistema de coordenadas tridimensionales, en el que, junto a la longitud y latitud habría de consignarse la altitud, sin que baste una mera referencia al suelo, dados los cambios sustanciales, naturales o industriales, que éste puede sufrir a lo largo del tiempo. Esta identificación del volumen es técnicamente posible y no creemos que conlleve ningún obstáculo a este tipo de operaciones.

Para GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA el subsuelo puede ser finca registral independiente, eso sí, vinculada registralmente a la finca matriz, y siempre que se preestablezcan las relaciones que van a regir el suelo público y subsuelo privado («El subsuelo como finca registral independiente», en *RCDI*, año LXXXIII, julio-agosto, núm. 702, pág. 1833). El subsuelo es más una finca registral independiente que una verdadera configuración de dominio pleno separado, es una «*modificación de la extensión normal del dominio*», como dice el Centro Directivo, es un distinto régimen de utilización o explotación. Por lo tanto, parece que, aunque cada vez con mayor autonomía, la configuración independiente del subsuelo es como un régimen de utilización diferenciado del régimen del suelo, pero no constituye todavía *per se*, un auténtico derecho dominical pleno y autónomo del suelo al que pertenece. Y en consecuencia, esa configuración del subsuelo como un derecho real atípico y con una independencia evidente, queda perfectamente determinada y tiene siempre una causa que la justifique, tal y como exige la tesis de *numerus*

apertus en los derechos reales, aceptada por la Dirección General. En contra de esta postura, la claridad de la resolución analizada permite la total segregación y la existencia de un pleno dominio del subsuelo separado del suelo. Además, la configuración de un derecho real atípico como apunta esta autora no satisface las exigencias del tráfico inmobiliario que demandan una independencia absoluta del dominio del subsuelo, sin las limitaciones propias de los demás derechos reales distintos del dominio, como es por ejemplo, la necesidad de delimitarlo temporalmente.

Cabría igualmente plantear si el artículo 17.4 de la Ley 8/2007, del Suelo, podría ser contrario a la técnica de la segregación, pues no la contempla. No obstante la expresión literal empleada es que «*podrá*» constituirse un complejo inmobiliario, pero no que «*deberá*» emplearse dicha técnica. Por ello, lo que viene es a consagrar la doctrina de la Dirección General en la materia y que recogen las resoluciones analizadas.

Debemos destacar la aplicación registral de esta técnica de la segregación del subsuelo a casos específicos que demandan claramente la escisión definitiva del régimen del suelo y del subsuelo, sin que tengan que mantenerse relaciones de comunidad derivadas de la propiedad horizontal o de un complejo inmobiliario. En este sentido podría pensarse en un supuesto de urbanización de terrenos realizada por el promotor sobre finca de su propiedad en la que se construye un edificio y se debe ceder al Ayuntamiento suelo destinado a zonas verdes y viales, con la peculiaridad de que el subsuelo del edificio, destinado a los garajes de los pisos (no a aparcamiento público), se extiende bajo parte de la parcela que se destinará a zona verde municipal, formando una unidad subterránea, por tanto, el subsuelo del edificio y parte del subsuelo de la futura zona verde (aún de carácter privada, sin necesidad, por tanto, de desafectación). En este caso, no existe elemento común alguno entre el suelo y el subsuelo, pues todos los accesos al subsuelo tienen lugar a través del edificio de que forma parte integrante. No tiene sentido establecer un complejo inmobiliario entre propietarios (promotor, futuros adquirentes de pisos y Ayuntamiento) que no desean mantener unas perpetuas relaciones de comunidad cuando no hay elementos comunes. Lo único que hay es en realidad una colindancia entre fincas, si bien, además de horizontalmente, hay una colindancia vertical.

Si avanzamos un paso más, y en el supuesto anterior se da la circunstancia de que la obra nueva se encuentra ya declarada e inscrita y se pretende la cesión al Ayuntamiento del terreno situado sobre el subsuelo destinado a garajes del edificio, para solucionar la cuestión deberá acudir a una segregación, pero en este caso lo que se segregaría es el suelo-vuelo correspondiente al jardín, y lo que quedaría como finca matriz es el subsuelo junto con el resto del edificio y finca de la que forma parte. En este caso no puede segregarse la parte del garaje correspondiente al subsuelo bajo el futuro jardín

público al formar ya el garaje una unidad inescindible con el edificio declarado e inscrito colindante con dicha futura zona verde.

CONCLUSIONES

I. El Registro de la Propiedad como institución al servicio de los ciudadanos debe seguir la evolución de las necesidades de la sociedad y del tráfico inmobiliario proporcionando respuestas jurídicas adecuadas siempre dentro de lo que permita el marco legal del Derecho Inmobiliario Registral. Así, el Registro debe aportar soluciones a las nuevas formas de aprovechamiento de las fincas que puedan surgir. De ahí que se afirme que los marcos registrales no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas. No obstante, y como contrapartida, la autonomía de la voluntad no puede ser absoluta y debe respetar las normas que estructuran el régimen inmobiliario.

II. Con independencia de que se considere o no una finca desde el punto de vista material (según como se defina ésta), el subsuelo puede constituir una finca en sentido registral, de modo que puede abrirse folio independiente a una unidad subterránea. Cualquiera que sea la técnica jurídica registral que se siga para ello, presupuesto ineludible es que aquélla ha de estar debidamente delimitada, respetando el principio de especialidad.

III. La apertura de folio independiente a una unidad subterránea puede hacerse mediante concesión administrativa cuando se trata de subsuelo de dominio público y conforme a las reglas generales de inscripción de concesiones administrativas. Asimismo para la diferenciación del régimen del subsuelo puede acudir al derecho de superficie o derecho de subedificación, los cuales se inscribirán en la forma ordinaria correspondiente a estos derechos.

IV. Una de las técnicas más apropiadas para la disociación del régimen jurídico del subsuelo es la constitución de un complejo inmobiliario. La utilización del sistema del triple folio permite la perfecta constatación tabular del entramado de relaciones jurídicas que se derivan de esta situación. No es obstáculo para la aplicación de esta figura el que uno de los elementos del complejo tenga carácter demanial.

V. Aunque el complejo inmobiliario se presenta como una solución idónea, no es la única, pues se reconoce clara y explícitamente por la Dirección General la opción de la segregación del subsuelo, cuando la escisión es total respecto del suelo. En estos casos existe una desconexión total de la superficie terrestre y no hay elementos comunes que impongan la necesidad de división horizontal o complejo inmobiliario, evitando de esta forma perpetuas relaciones de comunidad. Las relaciones entre suelo y subsuelo habrán de plantearse entonces en términos de fincas colindantes desde un plano vertical.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANQUER UBEROS, Roberto: *Acerca del derecho de superficie*, Madrid, 2007.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo 2, Vol. I, 14.^a ed., Madrid, 1992.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de cosas*, Tomo 2, Vol. II, 15.^a ed., Madrid, 1994.
- CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.^a ed., Madrid, 2000, pág. 458.
- DUSI, Bartolomeo: *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, 2.^a ed., Torino, 1930.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «Los aparcamientos bajo suelo público: análisis de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El subsuelo como finca registral independiente», en *RCDI*, año LXXXIII, julio-agosto, núm. 702.
- LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, pág. 56.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Segregación de volúmenes subterráneos», en *RCDI*, año LXXXIII, mayo-junio, núm. 701.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.^a ed., Madrid, 2001.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961.
- ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.^a ed., Barcelona, 1997.

RESUMEN

DERECHO DE SUPERFICIE

Las necesidades del tráfico jurídico inmobiliario actual llevan a plantear cuestiones jurídicas a las que el Registro de la Propiedad debe dar una respuesta satisfactoria y eficaz. En la problemática de la atribución de un distinto régimen jurídico al subsuelo y al suelo se ha de observar la evolución de la doctrina de la Dirección General. Inicialmente, en la Resolución de 13 de mayo de 1987, se admite la apertura de folio a una unidad subterránea, existiendo una afectación del dominio por los derechos que algunos ostentan sobre dicha unidad. Es en la Resolución de 5 de abril de 2002 cuan-

ABSTRACT

SURFACE RIGHTS

The needs of the current-day real-estate trade have brought to the table certain legal issues to which the property registration system must give a satisfactory, effective response. The evolution of the Directorate-General's doctrine may be observed in the problem of applying different systems of rules to subsoil and land. Initially, the Directorate-General's Decision of 13 May 1987 accepted that a folio may be opened for a subterranean unit when there is an encumbrance on the owner's domain due to other parties' rights in said subterranean unit. It was in the Decision of 5 April 2002 that the

do se delimita claramente la utilización de la técnica jurídica del complejo inmobiliario y se revela como la más idónea para los supuestos de aparcamientos bajo suelo público. No pueden olvidarse otras posibilidades como la concesión administrativa o los derechos de superficie y subedificación. Finalmente en varias Resoluciones idénticas de febrero de 2007 se admite de forma clara junto con la técnica del complejo, la posibilidad de la segregación del subsuelo cuando existe una desconexión total del mismo con la superficie terrestre. Aunque esta segregación ha sido objeto de críticas doctrinales e interpretaciones conducentes prácticamente a su rechazo, lo cierto es que en la posición del Centro Directivo no parece dejar lugar a dudas.

use of the legal technique of the real-estate complex was clearly delimited; this technique revealed itself as the best for application to parking facilities lying under publicly owned land. There are yet other possibilities not to be neglected, such as administrative concessions and surface and sub-building rights. Lastly, various identical decisions issued in February 2007 clearly accepted, together with the technique of the complex, the possibility of segregating the subsoil when the subsoil is completely disconnected from the surface land. Although this concept of subsoil segregation has been the object of doctrinal criticism and interpretations conducive practically to rejection, the fact is that the Directorate-General's position appears to leave no room for doubt.

*(Trabajo recibido el 12-02-08 y aceptado
para su publicación el 26-01-09)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La calificación registral y su alcance (*)

por

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

*Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

SUMARIO

PRIMERA PARTE: LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ORIGEN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL LLAMADO RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA MISMA:
 1. LEY HIPOTECARIA DE 1861.
 2. REAL ORDEN DE 17 DE MARZO DE 1864.
 3. TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1909.
- III. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN.
- IV. LA PERSPECTIVA DESDE LA ADMINISTRACIÓN. LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE. REALES DECRETOS POSTERIORES:
 1. EL REAL DECRETO 1879/1994, DE 16 DE SEPTIEMBRE, SOBRE NORMAS PROCEDIMENTALES EN MATERIA DE JUSTICIA E INTERIOR.
 2. REFORMA REALIZADA POR EL REAL DECRETO 1867/1998, DE 4 DE SEPTIEMBRE Y SU ANULACIÓN POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE MAYO DE 2000.
- V. REFORMAS REALIZADAS POR SUCESIVAS LEYES DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DE ORDEN SOCIAL (2001, 2002, 2003 Y 2005):
 1. LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.

(*) Ponencia presentada al Curso *El control jurisdiccional de la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 2008.

2. LAS SUCEVAS MODIFICACIONES DE LAS LEYES 53/2002, 62/2003 Y 24/2005. LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.
- VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL RECURSO GUBERNATIVO:
1. LA APARENTE NATURALEZA JURÍDICA.
 2. NUESTRA OPINIÓN.
 3. LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

SEGUNDA PARTE: LA CALIFICACIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA: LA LEY 41/2007

- I. EL ORIGEN Y SENTIDO DE LA REFORMA.
- II. LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL:
 1. POSTURA EXISTENTE ANTES DE LA REFORMA NORMATIVA.
 2. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN. LA INTERPRETACIÓN DADA AL NUEVO ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA.
- III. OBJECIONES DE CARÁCTER GENERAL.
- IV. CONTRA ARGUMENTACIÓN A CADA UNO DE LOS PUNTOS EN LOS QUE SE BASA LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
 1. SEPARACIÓN DE LO PERSONAL DE LO REAL.
 2. EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA NO CONTIENE LA AFIRMACIÓN DE QUE LO QUE SE MENCIONA EN SU PÁRRAFO PRIMERO SEA LO ÚNICO QUE EN EL DERECHO DE HIPOTECA TIENE TRANSCENDENCIA REAL.
 3. LA AFIRMACIÓN DE QUE TODAS LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TIENEN SOLAMENTE ALCANCE OBLIGACIONAL ES ERRÓNEA.
 4. CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO Y DEMÁS CLÁUSULAS FINANCIERAS.
 5. LA PUBLICIDAD NOTICIA NO EXISTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSCRIPCIONES DE HIPOTECA.
 6. CUANDO EL REGISTRADOR CALIFICA LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO NO INCURRE EN NULIDAD POR APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

PRIMERA PARTE: LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de la calificación registral, de su alcance y su significado, no puede hacerse sin tener de la misma una perspectiva histórica ni, tampoco, sin hacer referencia a toda la naturaleza del procedimiento registral. La postura

que se adopte acerca de la naturaleza de dicho procedimiento, inevitablemente nos lleva a determinadas conclusiones en la calificación, y viceversa.

En alguna ocasión anterior me he ocupado de esta materia a propósito del recurso gubernativo contra la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad (1). Desde aquel trabajo hasta el momento actual se han producido interesantes novedades legislativas y abundante material doctrinal y jurisprudencial. Unas y otras intentaré tenerlas en cuenta desde la perspectiva del tema de la calificación.

II. ORIGEN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL LLAMADO RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA MISMA

Como hemos dicho, el origen y la evolución del recurso han estado parejos a la cuestión de la determinación del ámbito y naturaleza de la calificación del Registrador de la Propiedad. A la par que se fue precisando este segundo aspecto, se fue determinando también el del primero.

1. LEY HIPOTECARIA DE 1861

A) *La calificación*

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en su primera redacción del año 1861, establecía: «*Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras*». Dicho precepto necesariamente había que completarlo para su entendimiento con el artículo 65 que establecía la distinción entre faltas subsanables y no subsanables, estableciendo la diferencia entre unas y otras según que el defecto produjera o no la nulidad de la obligación documentada en el título (2).

Como se ha dicho ya (3) el mero hecho de regularse la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, la necesidad de atender al contenido de la

(1) En *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*. Tomo XIV.

(2) «Artículo 65: Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida.

Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad».

(3) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *Análisis histórico de la calificación registral*, conferencia pronunciada en las Jornadas sobre «Registros y Seguridad Jurídica», 9 y 10 de mayo de 1994, publicada en el Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña,

obligación para apreciar cuándo la falta era de una u otra clase y las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley (4), eran pruebas de que la calificación no se limitaba a las formas extrínsecas.

Esta es la opinión que ha prevalecido desde los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria de 1861 (5). Y es la que se recoge en el primer Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861, al establecer que para diferenciar las faltas subsanables de las insubsanables, el Registrador debe atender a la validez de la obligación consignada en el título (art. 57) (6).

La idea de que la calificación del Registrador debería comprender el fondo del asunto (excepto para los documentos judiciales) se declara de forma expresa en la Orden de 24 de noviembre de 1874 (7).

B) *El recurso contra la calificación del Registrador*

No se estableció propiamente un recurso. Se afirma en el artículo 19 de dicha Ley de 1861 que cuando el Registrador apreciare faltas en las escrituras las manifestará a los que pretendan la inscripción «y si no la subsanaren a satisfacción suya, les devolverá las mismas escrituras para que recurran, si quieren, á los tribunales». Es decir, el procedimiento era de remisión directa a la jurisdicción ordinaria. No obstante, esta aparente claridad en la elección del mecanismo de impugnación no lo es tanto cuando se trata de la calificación de la competencia de los jueces que ordenen las cancela-

núm. 55, junio de 1994. Recogida dentro del libro *La calificación registral*, 2.^a ed., 2008, recopilación del mismo autor citado, Tomo I, pág. 27 y sigs.

(4) «El registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva».

(5) La única excepción que se cita es la de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA en su obra *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación. No obstante, como analiza muy bien GÓMEZ GÁLLIGO (*ob. y loc. cit.*), la opinión que este autor parece mantener en sus comentarios iniciales no la mantiene en sus obras inmediatamente posteriores: en *Elementos de Derecho Civil y Penal de España* (1865), al hablar de las faltas subsanables e insubsanables afirma con rotundidad que sólo deben acceder al Registro las obligaciones que tengan eficacia jurídica (punto 707).

(6) «Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no en su consecuencia una anotación preventiva, según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley, atenderá el registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuera nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen u otra causa semejante, independiente de la forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable...». El resaltado en cursiva, lógicamente no está en el original.

(7) Un detallado análisis puede verse en la obra de Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, pág. 35 y sigs. La segunda edición es de 1991. También ha sido recogida en el libro *La calificación registral* antes citado.

ciones, ya que para los casos de duda debería darse cuenta al regente de la Audiencia respectiva, el cual decidiría lo que estimare oportuno; contra la decisión de los regentes, podría recurrirse tanto por los interesados como por los jueces a la Audiencia y contra su fallo, a su vez, procedía recurso de casación (arts. 100 a 103)

2. REAL ORDEN DE 17 DE MARZO DE 1864

Mediante esta Real Orden, se estableció con carácter general el recurso contra la calificación registral. El sistema introducido es de sobra conocido: Presidente del tribunal del partido o directamente al Regente o Presidente de la Audiencia (cuando Registrador y Regente residieran en la misma población) y con posterioridad a la Dirección General de los Registros y del Notariado a la que se atribuye la decisión definitiva del recurso. Este es el sistema que se recogió en la Ley Hipotecaria de 1869, que en su artículo 66 estableció un contenido que ha llegado hasta el momento de la reforma normativa que examinamos: los interesados pueden reclamar gubernativamente contra la calificación del Registrador, sin perjuicio de acudir si quieren a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos.

Pero lo cierto es que en el mismo instante de su nacimiento nos encontramos con una contradicción en la base: Se atribuye a un órgano no independiente una auténtica actividad jurisdiccional.

Con ello, se ha dicho (8) que:

- Se alteraba el sistema coherente que había introducido la Ley Hipotecaria de 1861.
- Sobre tres órganos verdaderamente independientes (Registrador, Presidente del Tribunal de partido y Presidente de la Audiencia) se superpone uno no independiente, la DGRN, por lo que se oscureció la actividad «cuasijurisdiccional» que se quiso que tuviera la actividad registral.

¿Cómo pasó desapercibido todo esto? (9):

- Quizá porque en la época no estaba clara la distinción entre lo administrativo y jurisdicción.

(8) SARMIENTO RAMOS, Juan, «Las relaciones entre la doctrina de la DGRN y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», dentro del *Libro Homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiens Llorca*.

(9) SARMIENTO RAMOS, Juan, *ob. y loc. citados*.

- Tal vez porque se consideró suficiente garantizar la independencia del Subdirector General y de los Oficiales de la restablecida Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Tal vez porque se entendiera suficiente la posibilidad de acudir al llamado recurso judicial del artículo 66.

Lo cierto es que el resultado, con todas estas incoherencias, fue satisfactorio. La prueba es que a pesar de haberse ido perfilando los distintos poderes y competencias, el recurso se ha mantenido a lo largo de más de un siglo.

3. TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1909

En este texto normativo se llega a la redacción del artículo 18 que, en lo fundamental ha llegado hasta nosotros. Según este precepto: «*Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas a los efectos del artículo 65 de esta Ley*», es decir, a los efectos de poder practicarse o no anotación preventiva según que la falta fuera subsanable o insubsanable.

Por lo que se refiere a la impugnación de la calificación, se mantiene el sistema que había sido introducido. El precepto legal que se refiere a la impugnación de la calificación es el artículo 19, pero ya no dice como antes que se devolverán las escrituras para que los particulares «*recurran, si quieren, á los tribunales*», sino que se utiliza la expresión más amplia de «*puedan ejercitarse los recursos correspondientes*», para que tuviera cabida tanto el acudir a los Tribunales como el utilizar el mecanismo de recurrir gubernativamente (art. 66).

En el Texto Refundido de 8 de febrero de 1946, se añadió al artículo 18 que el Registrador para calificar debía tener en cuenta no solamente los títulos presentados, sino también el contenido del Registro.

Así se mantuvo la situación hasta las reformas normativas que pasamos a exponer a continuación.

III. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

Esta situación (que podría decirse que era aceptada social y jurídicamente), necesariamente ha de replantearse bajo la vigencia de la Constitución Española. Los principios de legalidad y de control jurisdiccional de la actividad administrativa hicieron que el tema forzosamente tuviera que revisarse.

No obstante, dentro del esquema del nuevo Ordenamiento se pueden señalar dos serios puntos de apoyo en defensa de la pervivencia del sistema establecido hasta entonces:

- A) Considerar (y aquí recordemos que la idea está tomada del famoso dictamen de LACRUZ acerca de la naturaleza de la figura del Registrador de la Propiedad) (10) que la actividad registral y el recurso gubernativo tienen su anclaje en la Constitución a través del artículo 117.4 (funciones establecidas en garantía de cualquier derecho que no necesariamente tienen que ser funciones encomendadas a órganos judiciales). Desde esta perspectiva, el recurso gubernativo puede encontrar apoyo para ser considerado como una actividad no estrictamente administrativa ni jurisdiccional.
- B) La Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (Disposición Adicional séptima) estableció la intervención en el recurso gubernativo de los Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, ante quienes finalizaban los recursos en materia foral. Implícitamente esta misma norma reconoce la apelación ante la DG en los demás casos. El precepto es importante puesto que se trata, y así se ha destacado, de una norma postconstitucional.

IV. LA PERSPECTIVA DESDE LA ADMINISTRACIÓN. LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE. REALES DECRETOS POSTERIORES

Con la aparición de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la calificación del registrador y el recurso contra la misma, nuevamente entra en discusión, esta vez desde la perspectiva de la propia Administración.

Según los artículos 42, 43 y la Disposición Adicional tercera de la citada Ley 30/1992, cada Administración debía señalar los procedimientos en los cuales la falta de resolución produciría efectos desestimatorios y en el plazo de seis meses (ampliado posteriormente a dieciocho, dada la existencia de un «importante factor de complejidad») (11) deberían adecuarse a la misma todos los procedimientos administrativos cualquiera que fuere su rango.

La expectación sobre este punto puede decirse que (al menos en el Ministerio de Justicia) era grande.

(10) LACRUZ BERDEJO, «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1979, págs. 77-180.

(11) Preámbulo del Real Decreto-ley 14/1993, de 4 de agosto.

1. EL REAL DECRETO 1879/1994, DE 16 DE SEPTIEMBRE, SOBRE NORMAS PROCEDIMENTALES EN MATERIA DE JUSTICIA E INTERIOR

Desde la perspectiva que nos interesa ha de hacerse referencia al *Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, sobre normas procedimentales en materia de Justicia e Interior*.

En un su día en el homenaje a Antonio IPIENS y Manuel PEÑA (12) intenté desentrañar la complejidad de esta norma. Respecto de los recursos que conoce el Centro Directivo, lo que más llama la atención es la falta de correspondencia entre el Preámbulo del Real Decreto y el texto articulado, ya que hace referencia a disposiciones que no existen. Según dicho Preámbulo:

«Por su especificidad, se incluyen en las Disposiciones Adicionales primera y segunda los procedimientos relativos a la nacionalidad, notariales y registrales, materias consideradas de orden público en las cuales los otorgamientos y modificaciones se rigen por las normas procesales y de procedimiento que les sean aplicables y los que conciernen a la legislación notarial, hipotecaria y mercantil, pues en estos procedimientos las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no son actos administrativos y las decisiones del Departamento en relación a las mismas tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, dejando a salvo a los interesados la vía de orden jurisdiccional civil, sin perjuicio, eso sí, de los aspectos puramente administrativos del procedimiento; por otra parte, la singularidad de las funciones justifica el criterio seguido en el presente Real Decreto en orden al régimen de los actos pre-suntos».

La situación era verdaderamente compleja puesto que en las Disposiciones Adicionales primera y segunda se encontraba solamente parte de lo que en el Preámbulo se decía. Dejando a un lado el complejo análisis de la norma (13), lo que en este momento se puede destacar es:

- La propia Administración reconoce la peculiaridad de la actuación registral y del procedimiento nacido de la impugnación de su calificación (14).

(12) PRETEL SERRANO, Juan José, «La legislación administrativa y la Dirección General de los Registros y del Notariado», dentro del *Libro homenaje a Antonio Ipiens y Manuel Peña Bernaldo de Quirós*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

(13) Ver el trabajo citado en nota anterior.

(14) Quedaba superada la afirmación del Decreto de 10 de octubre de 1958 (art. 1.7), que consideraba como procedimientos administrativos especiales a los regulados en las Leyes y Reglamento Hipotecarios, sin hacer ningún tipo de salvedad.

- Es compatible que, dentro del procedimiento, parte del mismo se rija por normas de jurisdicción voluntaria y por normas de procedimiento administrativo. Esta idea es básica respecto de la situación actual como veremos.
- Cuando se apliquen normas de procedimiento administrativo no se tratará de una aplicación supletoria, sino directa, aunque ello no puede hacerse desvirtuando la naturaleza no administrativa del procedimiento (15).

Puede decirse que los esfuerzos para salvar la singularidad del procedimiento fueron notables en este Real Decreto (a pesar de todas las imprecisiones).

2. REFORMA REALIZADA POR EL REAL DECRETO 1867/1998, DE 4 DE SEPTIEMBRE, Y SU ANULACIÓN POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE MAYO DE 2000

Aunque no faltaron voces que avisaron de la fragilidad de los instrumentos utilizados, el Ministerio de Justicia (más exactamente la Dirección General de los Registros y del Notariado) consideró el anclaje legal suficiente (16), por lo que entendió que era posible reformar con carácter general el recurso gubernativo por vía reglamentaria. Señalar en estos momentos las novedades carece de sentido dada su anulación. Solamente diremos que (con independencia de dicha anulación) el resultado que conseguía y las modificaciones que introducía, no justificaban asumir el riesgo que se corrió, máxime cuando las deficiencias que quería corregir se podían salvar mediante la correcta interpretación del cuadro normativo supletorio (v. *supra*).

Conocida de todos es la sentencia de 22 de mayo de 2000, que dejó sin efectos la reforma del recurso gubernativo realizada por el Real Decreto antes citado (17).

Por lo que aquí interesa de momento (en la crónica de la evolución que estamos exponiendo) puede destacarse de la misma que:

(15) Por si interesara, en su día ya señalé que era lo que se regía por las LRJAPYAC y qué no. Algunos de estos puntos son los que se han establecido en la Ley 24/2001, por lo que no puede considerarse novedosa ni tan siquiera en estos entremos: abstención y recusación, posible utilización de lenguas distintas al castellano en los escritos de recurso, utilización de otros Registros o de las oficinas de correos, plazo para subsanar errores, acumulación de procedimientos, etc.

(16) De la Ley Hipotecaria, los artículos 19, 66 y 260.3.º; de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Disposición Adicional 7.ª

(17) La sentencia del Tribunal Supremo es de la Sala Tercera, Sección 6.ª Anuló la redacción de los artículos 112, ordinal 3.º y párrafo penúltimo, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129 y 131. Otras sentencias que también anularon determinados preceptos son las de 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001.

- Anula la reforma, principalmente por el argumento de que el Real Decreto incurre en la vulneración del principio de reserva de ley.
- No es capaz de tomar postura alguna acerca de la naturaleza del procedimiento gubernativo (*FD Tercero: «No vamos a terciar en la vieja polémica de si el procedimiento registral tiene carácter administrativo o naturaleza de jurisdicción voluntaria...»*), aunque lo cierto es que sí se dice algo como veremos.
- Y, remarquemos este punto, no solamente impugna la reforma, sino que arremete contra los escasos preceptos legales en los que se sostenía el recurso, puesto que:
 - Considera que la DA 7.^a de la LOPJ es de muy dudosa constitucionalidad (si bien no entra en el tema).
 - Entiende que cuando interviene el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, el mismo realiza una auténtica actuación judicial, por lo que no es suficiente la parca regulación del artículo 66 de la LH: todo el procedimiento debe estar regulado por ley por exigencias del artículo 117.3 de la CE.

V. REFORMAS REALIZADAS POR SUCESIVAS LEYES DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DE ORDEN SOCIAL (2001, 2002, 2003 Y 2005)

1. LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE

El contenido del Capítulo XI de la Ley 24/2001 (llamado *Acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva*), en lo que se refiere al tema que estamos analizando, se puede sintetizar, en cuanto a sus puntos fundamentales, de la siguiente manera:

- No se modifica la regulación de la calificación en lo que se refiere al alcance de la misma. Solamente se introducen modificaciones relativas al plazo para calificar, a los requisitos formales de la misma y a la posibilidad de solicitar, antes de recurrir, una revisión de la calificación por otro Registrador de conformidad con un cuadro de sustituciones (18).
- Da rango legal al procedimiento registral. No se trata solamente de introducir preceptos legales a la espera de un desarrollo reglamentario, sino que se quiere que sea una norma con la jerarquía suficiente

(18) Artículos 19 bis y 275 bis. Sobre el cuadro de sustituciones, vid. Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto.

la que contenga la regulación. Se convierten, así, estos preceptos en los verdaderos soportes normativos del recurso después de ciento cuarenta años de existencia (19).

- Suprime la intervención de los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia. Ello resulta lógico, ya no tiene sentido cuando, por un lado, el hilo de dependencia del Registrador respecto de tales autoridades es cada vez más débil, y, por otro lado, desde la perspectiva de aplicar en lo posible la normativa del procedimiento administrativo, tales autoridades judiciales no entran en el esquema propuesto. No obstante, se mantiene en materia *foral* (20).
- Realiza remisiones expresas a la Ley 30/1992. Estas remisiones son: *a)* en la notificación a realizar por el Registrador de su calificación (nuevo art. 322 de la Ley Hipotecaria); *b)* en el cómputo de los plazos del procedimiento (nuevo art. 325 de la LH); *c)* en la oficina ante la cual puede presentarse el recurso (nuevo art. 327).
- Somete las Resoluciones de la DGRN a la revisión por la jurisdicción civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal (art. 328 de la LH).

2. LAS SUCESIVAS MODIFICACIONES DE LAS LEYES 53/2002, 62/2003 Y 24/2005. LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Dejando de lado otros aspectos, podemos decir que en los retoques que se han realizado estos años ha sido pieza clave determinar si el Registrador de la Propiedad se encuentra o no legitimado para recurrir ante los Tribuna-

(19) Rango normativo que era ineludible desde la STS de mayo de 2000 y los rotundos términos en los que se manifiesta:

- necesidad de ley formal para regular la jurisdicción voluntaria en la que intervengan órganos judiciales,
- y necesidad de ley (por exigencias del 33 CE —argumento muy discutible—) al tratarse básicamente de cuestiones relacionadas con la propiedad y otros derechos reales.

(20) Dice el artículo 324, párrafo 2: «Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiere interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».

De este precepto conviene destacar dos puntos: el primero es que habla de «órgano jurisdiccional», y el segundo es que parece establecer un doble requisito de competencia: territorial y por razón de materia. Esto último significará que cuando deba aplicarse derecho foral fuera de los territorios de las Comunidades Autónomas donde los Estatutos de Autonomía reconocen competencia a los Tribunales Superiores de Justicia, deberá conocer y resolver la Dirección General.

les las Resoluciones de la Dirección General estimatorias de los recursos, es decir, aquéllas en las que su nota de calificación hubiere sido revocada en todo o en parte. Siempre he mantenido la opinión de que es un tema que debe enfocarse desde la perspectiva de la naturaleza de la función del Registrador. Si se entiende que es un órgano que ejerce una función pública de control de la legalidad a efectos de inscribir, suspender o denegar el asiento, es decir, a efectos de la publicidad registral respecto de terceros, y por ello, no defiende en el recurso su propio interés, ni su prestigio profesional, ni siquiera su responsabilidad, sino que representa el interés público de la legalidad, no debe existir legitimación para acudir a la jurisdicción civil. El Abogado del Estado (o el Ministerio Fiscal, en su caso) es quien sostendrá la validez de una Resolución que hubiere confirmado una nota de calificación y hubiere sido impugnada por los interesados. El Registrador no ha de ser parte en ningún procedimiento de este tipo, ni como demandado ni como demandante.

El enfoque legal no ha sido éste. De no decirse nada en la reforma del año 2001, se pasó a afirmar en el año 2002 que el Registrador está legitimado para impugnar la Resolución cuando la misma haya sido estimatoria (nuevo párrafo cuarto del art. 328) (21). Y en el año 2005 se modifica nuevamente el tema para decir, por un lado, que ni el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ni el Consejo General del Notariado, ni los Colegios Notariales tienen legitimación para recurrir las resoluciones de la Dirección General. Y por otro lado, se reconoce legitimación al Registrador solamente cuando la resolución afecte a un derecho o interés del que sea titular (22).

(21) La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, establece en su Disposición Adicional decimocuarta: Modificación de la Ley Hipotecaria.

Segundo. Se introduce un nuevo párrafo cuarto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria: «Cuando la Resolución sea estimatoria, el Registrador que haya firmado la nota de calificación revocada, así como los titulares de derechos a quienes se les haya notificado la interposición del recurso, estarán también legitimados para recurrirla».

La justificación que se dio en la tramitación parlamentaria es que de otra manera, en aquellos casos en los que la Resolución fuera estimatoria, nadie podría recurrir las Resoluciones de la Dirección General.

(22) La discusión en la actualidad, por lo tanto, no puede estar en si el Registrador puede recurrir o no, sino solamente en cómo se interpreta que la resolución afecta a un derecho o interés del que sea titular.

El interés ha sido interpretado en la mayoría de los casos en sentido amplio. No se trata de un interés particular (en cuyo caso hubiere habido incompatibilidad para calificar —art. 102 del Reglamento Hipotecario—).

VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y DEL RECURSO GUBERNATIVO

1. LA APARENTE NATURALEZA JURÍDICA

Como consecuencia de los cambios normativos anteriormente reseñados, de nuevo se planteó la naturaleza de la función registral en general y del recurso gubernativo en particular. De una manera más o menos mayoritaria, se vino a entender que por fin se había llegado por el legislador a regular un procedimiento de naturaleza administrativa. Como argumentos se destacaban los siguientes:

- La supresión del escalón intermedio de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Las remisiones a la Ley 30/1992 en los tres supuestos antes citados de forma de las notificaciones a realizar por el Registrador, cómputo de los plazos y utilización de Registros y Oficinas públicas para la presentación de escritos relacionados con el recurso.

Si esto, se dice, lo añadimos a los argumentos que existían con anterioridad en la postura que defendía la naturaleza administrativa del procedimiento, se concluye que se trata de un tema zanjado: el Registrador es un funcionario y la impugnación de su decisión se realiza utilizando un procedimiento administrativo, el cual, cuando finaliza mediante una resolución, puede, a su vez, impugnarse ante los Tribunales.

2. NUESTRA OPINIÓN

No es esta la opinión que sostuvimos. Los argumentos a favor de la naturaleza administrativa del procedimiento no son difícilmente rebatibles. En efecto:

- El que se hagan remisiones concretas a la Ley 30/1992, no prueba sino lo contrario: dichas remisiones se realizan porque con ellas lo que se pretende es que se apliquen determinados preceptos del procedimiento administrativo que, en otro caso, no estaría claro que tuvieran aplicación.
- No hay ninguna novedad en aplicar normas del procedimiento administrativo común. Recordemos lo dicho a propósito del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre. En aplicación de dicho Real Decreto se llegaba ya a la misma conclusión para los casos en los que se ha realizado la remisión a la Ley 30/1992.

Pero, incluso, hay otros razonamientos que, desde un punto de vista positivo y no solamente de destrucción de argumentaciones, llevan a concluir que no estamos ante un puro procedimiento administrativo:

- El principal es que se establece la impugnación de las Resoluciones por la jurisdicción ordinaria y no la contencioso-administrativa, que es la competente para los actos claramente administrativos.
- A ello debemos añadir: no puede hablarse de actividad administrativa cuando se realiza una labor de enjuiciamiento en lo que se refiere al acomodo de un negocio, tal y como ha sido plasmado en un documento al Ordenamiento Jurídico. ¿Cómo explicaríamos entonces Resoluciones como las del artículo 35 del Reglamento de Costas (23) o la del artículo 53.b) del Real Decreto de 4 de julio de 1997 sobre inscripción en el Registro de actos de naturaleza urbanística? En estos casos, una Dirección General (por peculiar que se quiera que sea) deja sin efecto Reales Decretos aprobados por un órgano superior como es el Consejo de Ministros. Y lo hace porque recaba para sí una especial facultad: la de depurar las normas emanadas de la Administración en su acomodo a los principios de legalidad y jerarquía normativa (24) (25).

(23) Pueden verse las Resoluciones de 16 de julio de 1998 y la de 14 de enero de 2000. No obstante se ha dado un giro total en esta postura. En Resolución de 6 de octubre de 2008 se dice: *«Es cierto que este Centro Directivo sostuvo un criterio favorable a la no exigencia, con relación a fincas ya inmatriculadas, de la acreditación de no invasión de la zona marítimo-terrestre, exigida por el artículo 31 en relación con el 35 del Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre. Así lo afirmó en sus Resoluciones de 16 de julio de 1998, 14 de enero de 2000 y 21 de febrero de 2002, por entender que iba en contra del criterio sostenido por la Ley de Costas.*

3. *Lo cierto, sin embargo, es que en este punto el Reglamento de Costas ha sido declarado ajustado a la ley por el propio Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencias de 16 de octubre de 1996 y 27 de mayo de 1998, por lo que este Centro Directivo debe acomodar su doctrina a dicha jurisprudencia.*

4. *Debe entenderse, por tanto, plenamente aplicable el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas que extiende a las segundas y ulteriores transmisiones, las mismas exigencias de no acreditación de la invasión de zona de dominio público marítimo-terrestre, que las previstas para las inmatriculaciones».*

(24) Dice la Resolución de 16 de julio de 1998: *«...a) es incuestionable que constituye una garantía para el particular el sometimiento de la Administración a la Ley y a la prevalencia de los mandatos de la Ley sobre las disposiciones emanadas de la Administración, y así lo establece tanto el artículo 6 de la Ley Orgánica del poder Judicial, como la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las Leyes y en su virtud carecen de eficacia en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, 1.2 del Código Civil, 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 51.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».*

(25) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha cambiado este punto de vista. A fin de ser coherente con la afirmación de que se trata de una actividad de

¿Cuál es la verdadera naturaleza jurídica?

En nuestra opinión (26) se trata de una actividad que se aproxima a la jurisdiccional. No es una afirmación en el vacío. Está recogida en la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2000, en su Fundamento de Derecho Séptimo, cuando refiriéndose a la actuación del Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia y, para diferenciarla de la jurisdicción voluntaria, se nos dice:

«...Si a esta tramitación, análoga a la de cualquier otro proceso jurisdiccional, se une que el objeto del procedimiento es determinar si un título ha de tener o no acceso al Registro de la propiedad con la eficacia que de ello se derive en cada caso, de manera que en él se están dirimiendo auténticos derechos civiles sobre los que un órgano judicial se pronuncia y cuya decisión se ejecuta, salvo que sea recurrida por cualquiera de las partes, incluido el Registrador, siempre que el recurso no se declare admisible o extemporáneo, decisión esta que, a su vez, es susceptible de recurrirse de queja, la conclusión ha de ser que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia está desempeñando (cualquiera que sea la denominación del recurso) funciones jurisdiccionales que únicamente pueden ejercer los jueces y tribunales con arreglo al procedimiento que la ley establezca.

Si ello es predicable de la actuación del Presidente del Tribunal Superior habrá que concluir que también lo es respecto del Registrador de la Propiedad, que es de quien arranca el procedimiento al poner su nota de calificación, con la salvedad de que no puede hablarse en sentido estricto de actividad jurisdiccional al no formar parte el Registrador del poder judicial (art. 117 de la Constitución). Pero en cuanto a lo que se refiere a la actividad que se hace al calificar, nos encontramos ante un auténtico juicio de adecuación al ordenamiento (27). Ahora bien, el mismo no se realiza por un órgano judicial independiente e inamovible, sino por un órgano de la Administración, de donde la posibilidad del recurso gubernativo y la necesidad de que las Re-

naturaleza administrativa en la Resolución de 11 de abril de 2006 afirma que el Registrador no puede enjuiciar la validez de las normas cuya nulidad no haya sido declarada judicialmente, pues ello excede del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

(26) Con anterioridad ya lo había sostenido M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en su obra *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. La argumentación más completa se encuentra en la cuarta edición de esta obra, pág. 484 y sigs. Este autor la define como *función cuasi jurisdiccional*.

(27) También la Dirección General ha salido al paso de esta afirmación. En la Resolución de 14 de diciembre de 2004, expresamente niega que el Registrador pueda actuar como un juez.

soluciones de la Dirección General sean susceptibles de impugnación ante la autoridad judicial.

3. LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La postura tradicional ha sido sostener que nos encontrábamos en el campo de la jurisdicción voluntaria (28). Pero esta postura ha sido objeto de abandono total en los últimos años. Una y otra vez la Dirección General de los Registros y del Notariado nos dice que el Registrador es un funcionario, que la calificación que realiza es un acto administrativo y que el procedimiento registral es un procedimiento administrativo. Pero esta postura, por mucho que se esté insistiendo en ella (29) no encuentra apoyo normativo suficiente. En efecto, una cosa es que determinados aspectos del procedimiento se rijan por normas de Derecho Administrativo (ya lo dijo el Real Decreto 1879/1994) y otra cosa que ello suponga que estemos ante una actividad típica de la Administración del Estado. Por mucho que se quiera imponer a través de las Resoluciones una determinada categoría dogmática, no por eso dejarán de existir argumentos contrarios, entre los que podemos destacar (30):

- Las leyes que regulan la función registral son leyes civiles (Código Civil y Ley Hipotecaria).
- Las cuestiones que se ventilan son civiles y se discuten intereses que no son los de la Administración.
- El control jurisdiccional corresponde al orden jurisdiccional civil (art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 y 3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 40, 66 y 328 de la Ley Hipotecaria).

Desde este planteamiento es desde donde pasamos a analizar la cuestión tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

(28) *Resolución de 26 de junio de 1986*: la actividad registral es de una naturaleza especial, de tal manera que ni tan siquiera supletoriamente se le puede aplicar la legislación sobre procedimiento administrativo.

Resolución de 17 de marzo de 1986: El recurso gubernativo no es un pleito, el Registrador no es parte en él y no tiene más alcance que determinar el acceso o no a los libros registrales de los títulos inscribibles.

(29) Casi todas las Resoluciones de los últimos años hacen una u otra referencia, sea o no sea necesario para resolver el tema que se haya planteado en la calificación. Normalmente se dice con ocasión de cumplimiento de requisitos de notificaciones, cómputo de plazos... Y especialmente con la finalidad de remarcar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General.

(30) Siguiendo a M. PEÑA, *ob. cit.*, págs. 486 y 487.

SEGUNDA PARTE:
LA CALIFICACIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA:
LA LEY 41/2007 (31)

I. EL ORIGEN Y SENTIDO DE LA REFORMA

El origen de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, se encuentra en una Proposición No de Ley del Congreso de los Diputados, de fecha de 3 de febrero de 2005, por la que se instaba al Gobierno a flexibilizar y modernizar el régimen jurídico del mercado hipotecario, con el objeto de favorecer la accesibilidad de dicho mercado a los ciudada-

(31) Sobre este tema, la literatura jurídica es abundante: Sin citar artículos de revistas, puede verse el libro *Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia*. Editado por el Servicio de Estudios Registrales. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008. Dentro del mismo se encuentran los siguientes trabajos: Javier GÓMEZ GÁLIGO, «Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero». Fernando CANALS BRAGE, «La accesibilidad de la hipoteca en la Ley 41/2007». Beatriz SAENZ DE JUBERA HIGUERO, «Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario». Víctor MUÑOZ VILLALÓN, «La hipoteca bajo condición suspensiva». Víctor MUÑOZ VILLALÓN, «La hipoteca inversa». Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable». José Luis VALLE MUÑOZ, «El mercado secundario de refinanciación hipotecaria tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre». Rafael SANZ COMPANY, «Reforma de la normativa hipotecaria. Problemática de la aprobación de la Ley». Ángel CARRASCO PERERA, «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito. A propósito de la reforma operada por la DF 3.ª de la Ley 41/2007».

Igualmente puede verse el libro *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, editado por la Academia Sevillana del Notariado y el Consejo General del Notariado, 2008. Contiene los siguientes trabajos: Rodrigo TENA ARREGUI, «Hacia un nuevo Derecho Hipotecario». Agustín MADRID PARRA, «La reforma del mercado secundario». Francisco José ARANGUREN URRIZA, «Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en préstamos y créditos hipotecarios. Nueva normativa sobre amortización anticipada». Javier MANRIQUE PLAZA, «La hipoteca: constitución y cesión». Ignacio PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)». Íñigo FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «La hipoteca global». Manuel Antonio SEDA HERMOSÍN, «El procedimiento de subrogación hipotecaria». Luis ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, «La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable». Pedro Antonio ROMERO CANDAU, «La hipoteca inversa». Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS, «La prenda de créditos y la reforma de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión» (LHMPSPD).

nos, mejorar la eficiencia de la asignación de recursos, asegurar la protección de los prestatarios y garantizar la estabilidad económica. A tal efecto se creó una Comisión en el Ministerio de Justicia en la que, bajo la coordinación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, estaban representantes de la Asociación Hipotecaria de España, del Consejo General del Notariado, del Colegio de Registradores de la Propiedad y, en un momento posterior, del Ministerio de Economía y Hacienda. El resultado de los trabajos de esta Comisión se plasmó en un Borrador de Anteproyecto de Ley (32) que sufrió numerosas modificaciones.

Por lo que hace referencia al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, dicha historia se puede sintetizar de la siguiente manera: en el Anteproyecto que salió de la Comisión (33) se añadió un segundo párrafo al artículo 12 de la Ley Hipotecaria para que se hicieran constar también en el Registro las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, pero únicamente en cuanto que no fueran contrarias a normas imperativas y prohibitivas (algo obvio y que no habría ni por qué decirlo) (34). El párrafo segundo fue suprimido del Anteproyecto que presentó a información, reapareciendo en el Proyecto de Ley remitido al Congreso de una manera totalmente diferente, ya que se decía que solamente podrían inscribirse en el Registro aquellas cláusulas que expresamente estuvieran previstas en la Ley (35). En la tramitación parlamentaria se

(32) La historia, en cierto modo rocambolesca, de dicho Anteproyecto, del Proyecto que le sucedió, de las enmiendas y del texto definitivo, se encuentra perfectamente contada por José Tomás BERNAL-QUIRÓS en las páginas de Presentación del Libro citado: *Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo...* Servicio de Estudios Registrales. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

(33) A alguna de cuyas reuniones asistí.

(34) Dicho párrafo se añadía por sugerencia de la Asociación Hipotecaria de España, dado que consideraba que el tratamiento que se estaba dando a las escrituras de hipoteca era muy dispar en los Registros de la Propiedad. Dichas escrituras responden a minutas redactadas por las Entidades de Crédito, las cuales desean un tratamiento más o menos uniforme. V. *infra*, a propósito de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007.

(35) No es ningún secreto si se pone de manifiesto que la supresión del párrafo 2 del artículo 12 en el Anteproyecto y la versión restrictiva en el Proyecto, respondía a la nunca negada influencia de la AHE. Pero además dicha redacción venía a ser coincidente con el punto de vista de los notarios (o de cierta corriente de opinión de los notarios) que entiende que en el Registro debe hacerse constar lo mínimo de la escritura de hipoteca (el párrafo primero del art. 12 de la LH) porque para todo lo demás está la escritura pública. Por todos, puede verse, Ignacio PAZ-ARES, «El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)», dentro de la obra colectiva *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, ob. cit. Ya antes había expuesto su opinión en la Revista *El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto. Dicha revista debería cambiar el nombre, puesto que la mayor parte de los artículos no son de Derecho Notarial sino de Derecho Hipotecario. Consecuencia de todo ello es la afirmación de que la inscripción de la hipoteca no es constitutiva, sino la escritura, de ahí el que (en opinión de este autor) se haya modificado

presentaron diversas enmiendas (tanto en el Congreso como en el Senado) dando como resultado el texto siguiente:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

En lo único que está de acuerdo todo aquél que se acerca a la interpretación de este artículo es en que su redacción es lo suficientemente imprecisa como para que tengan que realizarse grandes esfuerzos para averiguar su verdadero significado. Dicho significado no puede alcanzarse mediante una simple interpretación gramatical ni tampoco puede hacerse sin colocar a la norma dentro del contexto del Ordenamiento del que forma parte.

Como elemento a tener en cuenta en esta interpretación se encuentra el correlativo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley. Tampoco es un texto lo suficientemente claro, pero una cosa sí lo está: el artículo 12 tiene por objeto regular el contenido que ha de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, distinguiendo entre un contenido mínimo (importe del principal de la deuda, de los intereses en su caso, o el importe máximo de responsabilidad, identificación de la obligación garantizada y su duración) y otro potestativo (las que llama demás cláusulas financieras y de vencimiento anticipado). Después volveremos sobre este punto (36).

también el artículo 130 de la Ley Hipotecaria. No obstante, hay que recordar que el carácter constitutivo de la inscripción no se encuentra solamente en dicho precepto.

(36) El texto de la Exposición de Motivos es el siguiente:

«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización,

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. POSTURA EXISTENTE ANTES DE LA REFORMA NORMATIVA

Puede decirse que la postura que ha venido siendo mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido una línea constante de evolución. Desde el momento en el que el crédito hipotecario se generalizó como medio de financiación para la adquisición inmobiliaria, las Resoluciones se fueron sucediendo una tras otra. A través de una labor casi de detalle se fueron analizando una larga lista de cláusulas bajo los principios siguientes: necesidad de que las obligaciones garantizadas estuvieren bien delimitadas, por un lado, y, por otro, intentar evitar que mediante la sucesiva acumulación de deberes impuestos al deudor la posición de éste se tornase especialmente gravosa, desnaturalizando la función de garantía esencial de la hipoteca y limitando el estatuto normal de la propiedad inmobiliaria sin especial justificación para ello. En ese detenido análisis de algunas cláusulas se rechazó su acceso al Registro de la Propiedad por entender que no tenían trascendencia real, otras por no reunir los requisitos de validez necesarios para oponerse con esa eficacia real a terceras personas (sin perjuicio de su validez entre las partes) y, en fin, otras eran rechazadas por ir en contra de normas de carácter imperativo o prohibitivo (37).

Las numerosas Resoluciones existentes sobre esta materia encuentran una justificación de partida para entrar en el análisis del clausulado (38): junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante (y correlativas facultades a favor del acreedor) con pretensión de constituir una situación jurídica unitaria de naturaleza real que reclama la inscripción en su totalidad. Esta situación (es decir, la pretensión de que a la mayor parte de las obligaciones se quiera dotar de eficacia real) es la que determina un adecuado examen de las diversas cláusulas para concretar cuáles deben acceder al Registro y dotarles de trascendencia real y cuáles deben quedar relegadas al ámbito obligacional con eficacia meramente personal. Ello supone que las obligaciones que se imponen, aunque puedan estar dentro de los límites de la autonomía privada, para acceder al Registro y tener eficacia real (lo que se logra a través del mecanismo de provocar el vencimiento anticipado de la obligación en caso de

pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real».

(37) La sola enumeración de los trabajos y libros publicados sobre las cláusulas inscribibles y no inscribibles nos revelaría que forman una biblioteca de no pequeño tamaño.

(38) Especialmente Resoluciones de 20 de mayo y 5 de junio de 1987.

incumplimiento) deben estar definidas con claridad, responder a una razón suficiente y no ir en contra del principio de libre circulación de los bienes.

Esta postura ha dado un vuelco total en los términos que veremos a continuación.

2. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN. LA INTERPRETACIÓN DADA AL NUEVO ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA

Todo lo que hasta aquí hemos expuesto ha cambiado como consecuencia de la nueva Ley 41/2007. No puede decirse que la postura de la Dirección General se encuentre condicionada por la modificación de la Ley. Muy al contrario, parece una toma de postura que había sido ya decidida con anterioridad a los nuevos preceptos, como lo demuestra el hecho de que se apoye en algunas afirmaciones e ideas que estaban recogidas en Resoluciones anteriores a los nuevos artículos si bien dándoles una significación distinta; y sobre todo, resulta llamativo que el cambio de postura se haya realizado aplicando la nueva norma a calificaciones que eran anteriores a la misma: tal ocurre con las Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 y 14 de enero de 2008 (39).

Veamos de manera extractada cada uno de los argumentos de la Dirección General de los Registros y del Notariado para sustraer a la calificación registral la mayor parte del contenido de las escrituras de hipoteca. Se pueden exponer de la siguiente manera (40):

1. A la hora de calificar el Registrador ha de hacer una actividad previa (un *prius* le llama), debiendo identificar aquellas cláusulas que tienen un contenido obligacional y cuáles son de trascendencia real. Las de contenido obligacional no acceden al Registro y por lo tanto no hay propiamente calificación de su validez a la hora de rechazarlas; solamente las de trascendencia jurídico real inmobiliaria son verdaderamente calificadas para que accedan al Registro si son conformes con el Ordenamiento Jurídico (41). Esta afirmación

(39) Se trata de dos Resoluciones verdaderamente llamativas. Ponen de manifiesto que desde la Dirección General estaban esperando con ansiedad que se les planteara el caso en el que pudieran dar sus opiniones sobre la nueva Ley 41/2007. Pero parece que se les hizo demasiado larga la espera y la impaciencia les lleva a aplicar la nueva Ley a supuestos que se regían por la normativa anterior.

(40) La propia Dirección General nos hace la cita de las Resoluciones en las que ha ido sentando su doctrina respecto de la nueva Ley: 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008. Nosotros, para mayor claridad expositiva, tomaremos el texto de la Resolución de 24 de julio de 2008 en la que se culmina toda esta opinión.

(41) La Dirección General presenta esta afirmación como si fuera una novedad doctrinal a partir de la Resolución de 19 de abril de 2006. Dice este Centro:

nadie la ha discutido ni nadie ha planteado nunca otra cosa. Lo único que ocurre es que ahora es tomada como premisa para las conclusiones posteriores a las que se quiere llegar.

2. En materia de hipoteca, las cláusulas de contenido real son las que constan en el párrafo primero del nuevo artículo 12. Es decir, solamente tiene trascendencia real el importe principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, junto con la identificación de la obligación garantizada, pero las cláusulas de «vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» tienen contenido obligacional (42). Se trata de una afirmación en el vacío como tendremos ocasión de ver.

Esta Dirección General ya entendió en su Resolución de 19 de abril de 2006, conforme al texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria entonces vigente (según criterio reiterado por otras posteriores que se citan en los «Vistos» de la presente, en especial las de 5 y 6 de mayo de 2008) que, por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como prius lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter obligacional y quedan vedadas a su calificación. En concreto, se afirmaba en dicha Resolución que la calificación que debe efectuar el Registrador, «como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad». Consecuentemente, sobre las estipulaciones que carezcan de trascendencia real no recae, en puridad, verdadera calificación, sino más bien una previa actividad lógica de determinación para excluirlas de la actividad de control en que se ha de traducir (en el ámbito que le es propio) esa calificación en sentido estricto que ha de ejercer el Registrador relativa a las cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria, que son las que únicamente deben inscribirse siempre que sean conformes al ordenamiento jurídico. Así, esas estipulaciones de trascendencia meramente obligacional no sólo es que no se debían expresar, en ningún caso, en la inscripción, según la normativa entonces vigente (art. 51.6.ª del Reglamento Hipotecario), sino que, precisamente por ello, no han de detallarse individualmente en la nota de calificación, pues más que existir algún defecto u obstáculo que impida su constancia registral, lo que ocurre es que no son susceptibles de inscripción».

Nada más lejos de la realidad, es algo que está en los preceptos hipotecarios desde el principio: artículos 2 y 9 de la Ley Hipotecaria y especialmente el artículo 9 del Reglamento. Caso en el que hubieren sido inscritos deberá procederse a su cancelación según los artículos 98 de la Ley y 353, pág. 3 del Reglamento Hipotecario. La última afirmación de que además de no calificarse las cláusulas personales tampoco han de hacerse constar en la nota de calificación (o de que el documento ha quedado inscrito, en su caso) supone, además, un cambio de la doctrina establecida anteriormente con las consecuencias que después se verán.

(42) Dice la Resolución de 27 de julio de 2008, recogiendo lo afirmado en las que le han precedido en este tema: *...Esta Ley, incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del Registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 de la Ley Hipotecaria)—, porque así se deriva del ámbito objetivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad erga omnes de tales derechos*

3. Presupuesto lo anterior, el Registrador solamente ha de calificar aquello a lo que se refiere el párrafo primero del citado artículo 12. Todo lo demás queda fuera de su control y, en principio, no debería inscribirse (43).

4. Ahora bien, por excepción y por resultar aconsejable para el tráfico jurídico, el legislador ha establecido que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado accedan al Registro de la Propiedad cuando se trate de hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a las que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo. La forma de hacerse constar es «*en los términos que resulten de la escritura de formalización*», lo que se interpreta por la Dirección que equivale a simple transcripción (44).

Cuando se realiza transcripción de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, no es posible hacer calificación alguna de las mismas, ni tan siquiera puede el Registrador apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas (45).

reales inmobiliarios—, da nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria y establece que: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. / Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título.

(43) *...lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad (...), respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación...*

(44) *...Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la Ley Hipotecaria— hubieran sido calificadas favorablemente...*

(45) *...En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, de la obligación garantizada por la hipoteca debe proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas. Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede la Registradora apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas...*

5. Aquello que siendo personal se ha transcrito, no goza de los efectos sustantivos derivados de la publicidad registral, sino que solamente se trata de una «publicidad noticia» (46).

6. Y como conclusión de todo ello, si el Registrador no se atuviera a estos límites estaría excediéndose en su función y por aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que se trataría de un acto proveniente de un funcionario material y objetivamente incompetente, sería nulo de pleno derecho (47).

(46) ...y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real...

(47) Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la Ley Hipotecaria), no sólo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida.

No por evidente, debe recordársele a la funcionaria calificadora que, como afirma el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia», de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho como declara el artículo 62.1.b) de la citada LRJPAC cuando sostiene que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ...b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia».

En el caso de la competencia material atribuida a la funcionaria calificadora, como a continuación se expondrá extensamente, la misma viene delimitada por los artículos 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria, de modo que cualquier acto —calificación— que extravase el ámbito de tal competencia conferida es, sin necesidad de mayor análisis, nulo de pleno derecho por dictarse por órgano manifiestamente incompetente —en nuestro supuesto, la registradora titular del Registro que califica el título—. Es más, siguiendo la regla clásica del Derecho Administrativo —vinculación positiva del órgano administrativo a la norma que le dota de competencia— ese ámbito de actuación funcional sólo podrá verse alterado si una norma específica y de rango suficiente atribuye competencia al registrador para extender su actuación a otros ámbitos, lo que no es el caso.

Así, se ha de advertir que, tratándose del negocio jurídico denominado derecho real de hipoteca, esa delimitación de la competencia material atribuida al registrador no sólo proviene del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino esencialmente del artículo 12 de la misma norma, pues en un evidente ánimo de clarificación legislativa —posteriormente, se analizará la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007— y, derivado de la competencia material atribuida genéricamente al registrador —se insiste, arts. 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria—, tal artículo 12 de la Ley Hipotecaria facilita al funcionario calificador la identificación de qué debe calificar y, en su caso, inscribir por tener ese carácter real y qué no debe calificar y, por tanto, sólo transcribir por carecer de ese carácter real. En suma, no sólo es que per se el registrador ha de limitar su actuación al ámbito de la competencia conferida; es que, sin más, en el supuesto del derecho real de hipoteca, esa competencia se encuentra perfectamente delimitada sin posibilidad de extensión a materia que no tenga trascendencia jurídico real inmobiliaria.

Estos son los principios que han sido sentados por la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria. A continuación vamos a someter su argumentación a un análisis crítico (48).

III. OBJECIONES DE CARÁCTER GENERAL

La primera objeción que puede hacerse es que la argumentación que da la Dirección General para llegar a la conclusión a que llega es muy escasa y, además, falta a los elementales criterios hermenéuticos establecidos por el Código Civil en el artículo 3.1 del Código Civil. En efecto, apoyarse en la sola letra (confusa como hemos visto) para sostener que existe un cambio en el ámbito de la calificación del Registrador, que se ha alterado el contenido real y personal del derecho de hipoteca y que se ha cambiado la eficacia del Registro (por lo menos para el derecho de hipoteca), es forzar demasiado dicha letra. Ello se pone de manifiesto con claridad si comparamos el texto del antiguo y del nuevo artículo 12 (49). De los términos del nuevo precepto no sale todo eso que la

En efecto, el ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad está delimitado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; su extensión se limita sólo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. En este sentido, la expresión de este precepto legal relativa a la calificación de «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», no significa la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el Registrador hace cuando califica es analizar uno de los posibles efectos del título —su inscribibilidad— y, por idéntica causa, la calificación del Registrador no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil. Lo expuesto queda corroborado por la misma Ley Hipotecaria que en su artículo 66 remite a los interesados que quieran «ventilar y contender entre sí acerca de la validez o utilidad de los mismos títulos» a los Tribunales de Justicia, ya que sólo a éstos compete la decisión, a todos los efectos, de proclamar dicha validez o nulidad.

En suma, al Registrador le está vedado extender su calificación a extremos que carezcan de trascendencia jurídico real inmobiliaria o que, aun no careciendo de ella, la Ley no le exija expresamente que califique.

Y es que la valoración de tales extremos, por no ser inscribibles, es ajena a la responsabilidad del Registrador.

(48) Para el comentario crítico de dicha Resolución, vid. el trabajo de Fernando CANALS BRAGE, *La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 de la Ley Hipotecaria reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)*. Pendiente de publicación.

(49) Decía el artículo 12 de la Ley Hipotecaria antes de la modificación: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieren estipulado».

Dirección General dice. De una manera más precisa, diremos que caben dos grandes reproches de carácter general:

A) La interpretación de un precepto no puede hacerse en forma tal que se llegue a una conclusión que sea coincidente con una enmienda que haya sido rechazada en el trámite parlamentario. Ello equivale a tomar los *antecedentes legislativos* precisamente en la forma en la que no ha de hacerse. Es decir, si durante la tramitación parlamentaria es rechazada una enmienda que pretendía que en el Registro de la Propiedad se hicieran constar las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado sin calificación registral, lo que no puede hacerse es llegar por vía de interpretación a algo que el legislador ha rechazado. Eso es lo que ocurre en este caso concreto en donde se rechazó una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista que iba en los términos que acabamos de exponer.

B) La segunda objeción general es que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria no ha sido modificado. Por lo tanto, un precepto particular (el art. 12) podrá concretar o precisar una norma general, pero lo que no puede hacer es cambiar un sistema (50).

IV. CONTRA ARGUMENTACIÓN A CADA UNO DE LOS PUNTOS EN LOS QUE SE BASA LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

1. SEPARACIÓN DE LO PERSONAL DE LO REAL

Ya se dicho más arriba que antes de calificar la validez de aquello que ha de acceder al Registro hay que realizar una actividad de separar lo real de lo personal. Ello es una exigencia del sistema hipotecario español, no una novedad introducida por la Dirección General. Pero es que además dicha actividad en sí misma ya es una calificación. No debemos olvidar los fuertes efectos que se consiguen con el acceso al Registro de la Propiedad, por lo que si tenemos en cuenta que en nuestro sistema las partes pueden determinar el contenido de los derechos reales siempre y cuando exista causa justificativa para ello y no se sobrepasen los límites estructurales del aprovechamiento y disposición del dominio (art. 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario), resultará que para los particulares no es indiferente el que determinada cláusula sea calificada como personal o real. En el primer caso no accede al Registro y no puede ser opuesta a terceros.

(50) En este caso nada menos que la voluntad de las partes para dotar de eficacia real o no a ciertas cláusulas, la calificación registral, sus efectos, el contenido de los asientos del Registro y el título para la ejecución (en este último caso acudiendo también al nuevo art. 130 de la Ley Hipotecaria).

Por lo tanto, una cosa es que las cláusulas personales ajenas a la obligación garantizada queden fuera de la calificación y nada haya de decirse respecto de ellas y otra cosa muy distinta es que determinados pactos sean rechazados en contra de la voluntad de las partes por la razón de que no se reúnen los requisitos necesarios para darles transcendencia jurídico-real. En este segundo supuesto sostener como hace la Dirección General que se trata de estipulaciones o pactos que no sólo es que no se califiquen sino que tampoco se dirá cosa alguna en la nota de calificación (o de despacho o inscripción) es incurrir en un gran error. Es privar a los particulares de la posibilidad de recurrir para poder lograr aquello que pretenden (51), es atribuir al Registrador una facultad arbitraria en su actuación (52) y, en definitiva, provocar la más absoluta indefensión.

Afortunadamente frente a tan altisonantes palabras de la Dirección General, la práctica nos demuestra lo contrario. Es verdad que cuando se trata de estipulaciones que son totalmente ajenas a la obligación garantizada (53) no se inscriben por ser puramente obligacionales y, además, nada se hace constar en la nota de despacho. Pero cuando se trata de estipulaciones que aunque sean personales las partes pretenden que determinen el contenido de la obligación y el alcance de la garantía hipotecaria, es necesario calificarlas y en el supuesto en el que no cumplan los requisitos necesarios para ser inscritas habrá que decir que aunque válidas entre las partes (art. 1.255 del Código Civil) no acceden al Registro de la Propiedad.

2. EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA NO CONTIENE LA AFIRMACIÓN DE QUE LO QUE SE MENCIONA EN SU PÁRRAFO PRIMERO SEA LO ÚNICO QUE EN EL DERECHO DE HIPOTECA TIENE TRANSCENDENCIA REAL

Ya hemos visto como la Dirección General de los Registros y del Notariado parte de una postura de principio: de la dicción del artículo 12 y de su estructuración en dos párrafos llega a la conclusión (¿por qué?) de que se distingue entre lo real (el párrafo primero) y lo personal (el párrafo segundo). Hemos dicho que es una afirmación en el vacío. Y lo es porque no se da ni un solo argumento. Pero además es errónea porque:

(51) Cfr. artículos 19 bis, 322, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria. Solamente pueden recurrirse extremos concretos de la nota de calificación en los que se haya hecho constar la causa impeditiva, suspensiva o denegatoria, ordenada en hechos y fundamentos de derecho.

(52) Bastaría sostener que algo es de naturaleza personal para rechazar su inscripción sin necesidad de justificación alguna.

(53) Una estipulación que se refiera al poder que se concediera por una de las partes a otra, por poner un ejemplo de cláusula frecuente.

- Se confunde el significado del párrafo primero: si se compara con el anterior artículo 12 (v. *supra*) no existen grandes diferencias según vimos, de tal manera que la interpretación correcta es la misma que la doctrina mayoritaria ha venido dando al anterior precepto, o sea, la expresión del importe asegurado, los intereses pactados en su caso y la identificación de la obligación garantizada no es sino el mínimo que ha de contener el asiento de inscripción (54). Ello no significa que todas las demás estipulaciones o pactos sean personales. Lo serán o no en la medida en que las partes lo deseen y cumplan los requisitos para ello.
- La propia normativa nos pone numerosos ejemplos de pactos que han de hacerse constar en la inscripción de la hipoteca (además de lo que dice el art. 12) y que no son ni financieros ni de vencimiento anticipado y que no creemos que la Dirección General diga que han de rechazarse o no calificarse por ser personales. Como ejemplo pueden citarse los siguientes (55): *a*) pactos relativos al crédito (limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados —art. 140 LH—, cláusulas de estabilización —art. 219 del RH—, sobre la distribución del crédito o de la responsabilidad hipotecaria —arts. 119 y sigs. de la LH—, la asunción de deuda en caso de venta de la finca hipotecada —art. 118 de la LH—); *b*) pactos relativos a la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 109 a 113 de la LH); *c*) pactos sobre modificación del rango hipotecario (arts. 227 y 241 del RH); *d*) pactos sobre la ejecución del bien hipotecado (art. 129 de la LH, 682 —tasación, domicilio a efectos de notificaciones—, 690 —administración y percepción de rentas—, y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —determinación del saldo deudor—); *e*) cabe añadir en esta enumeración no exhaustiva (56) a los pactos sobre duración de la hipoteca (arts. 82 y nuevo 153 bis de la LH).

(54) Esta idea se refuerza con el argumento que da VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel, en *Comentario a la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 2008*, pendiente de publicación: el artículo 12 de la LH está colocado sistemáticamente en el grupo de artículos relativo a las circunstancias de las inscripciones (núms. 9 a 14), mientras que la calificación se encuentra regulada por los artículos 18 a 20.

(55) Siguiendo la sistemática de Vicente GUILARTE ZAPATERO, «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en *Tratado de garantías en la contratación inmobiliaria*, Tomo II, Garantías Reales, vol. 2, pág. 112 y sigs., Madrid, 1996.

(56) Fernando CANALS BRAGE, *ob. cit.*

3. LA AFIRMACIÓN DE QUE TODAS LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TIENEN SOLAMENTE ALCANCE OBLIGACIONAL ES ERRÓNEA

Las razones que damos para sostener que dicha afirmación es errónea son las siguientes:

A) Supondría (57) que la Ley 41/2007 ha venido a modificar, sin decirlo, el principio de *numerus apertus* en la determinación del contenido de los derechos reales (art. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento). La Dirección General estaría afirmando, en contra de los preceptos legales, que la libertad de los particulares no puede llevar a que las cláusulas financieras ni las de vencimiento anticipado puedan quedar integradas dentro del contenido del derecho real de hipoteca por haberlas excluido el legislador de tal contenido que queda reducido solamente al párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria.

B) La mayor parte de las cláusulas financieras determinan el contenido de la obligación (párrafo primero del art. 12 de la Ley Hipotecaria) y es por ello que tienen trascendencia real. Aunque se trate de derechos personales en la medida en que determinan el alcance de la garantía real se hacen constar en el Registro de la Propiedad. Y en esa medida, es decir, precisamente porque determinan el alcance de la garantía, tienen trascendencia real y han de ser calificadas. Cláusulas financieras serán aquellas que como tales sean configuradas por las partes y aquellas otras que ya han sido catalogadas así por la normativa: las que se mencionan en el Anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (58).

C) Por lo que refiere a las cláusulas de vencimiento anticipado, antes de la reforma realizada por la Ley 41/2007, ya se inscribían cuando reunían el doble requisito de tener trascendencia real y ser calificadas como válidas, es decir, que no se estén introduciendo sin justificación racional suficiente una agravación de la situación del deudor o hipotecante o un detrimento de la propiedad y, consiguientemente, del tráfico o del crédito territorial. Como consecuencia de ello se produjo prolija jurisprudencia, dando lugar a un largo listado de supuestos.

Por encima de dicho listado podemos recordar lo que la propia Dirección General tiene dicho con carácter general: para que el incumplimiento de una obligación accesoria del crédito se pueda vincular a un vencimiento anticipa-

(57) Fernando CANALS BRAGE, *ob. cit.*

(58) Algún autor critica dicha afirmación por no estar suficientemente argumentada. Así lo hace Javier MANRIQUE PLAZA, «La hipoteca: constitución y cesión», dentro de la obra colectiva *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*, *ob. cit.* Pero lo cierto es que el artículo 6 de la citada Orden es lo suficientemente expresivo para que no tengan que darse argumentos adicionales (argumentos que tampoco da este autor).

do con trascendencia respecto a terceros dicha obligación ha de ser objetiva (no depender del arbitrio ni de la voluntad exclusiva de las partes) y equilibrada (que no suponga la ruptura del equilibrio que debe existir entre partes) y, además, debe existir una razón justificativa suficiente para que su incumplimiento provoque el vencimiento anticipado (59).

Por lo tanto debemos plantearnos la siguiente cuestión: si las cláusulas de vencimiento anticipado ya accedían al Registro antes de la nueva normativa y han de seguir siendo objeto de calificación con la nueva, ¿qué ha venido a añadir el nuevo párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria? Pues algo fundamental: es el legislador el que ya toma postura, es decir, queda ya declarado en la Ley que existen razones justificativas para que accedan al Registro; se considera que el solo hecho de que las partes estipulen que el incumplimiento de determinadas obligaciones supondrá el vencimiento anticipado de la obligación, es ya de por sí una causa suficiente para que dicha estipulación tenga trascendencia real, por lo que no puede rechazarse so pretexto de su eficacia entre partes solamente (60). Ello supone que accederán (en los términos que veremos en el apartado siguiente) una serie de cláusulas que no lo hacían antes (por ejemplo, las que hacen referencia a la situación de solvencia del deudor) siempre y cuando cumplan los requisitos de validez necesarios.

4. CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO Y DEMÁS CLÁUSULAS FINANCIERAS. LA LLAMADA TRANSCRIPCIÓN

Según el repetidamente citado artículo 12 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción: «*Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipoteca (...), en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*». La interpretación que se ha hecho desde la Dirección General de los Registros y del Notariado es que ello supone que el Registrador debe proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas y, además, estas cláusulas ni tan siquiera se puede apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas (v. *supra*). Es decir, la Dirección General no interpreta que la norma se esté refiriendo a la forma en la que dichas cláusulas se hacen constar en el Registro (que son las palabras que utiliza la Ley), sino que considera que el precepto se está refiriendo a algo distinto, a la transcripción, como concepto distinto de la inscripción.

(59) Por todas, Resolución de 2 de octubre de 2006.

(60) En este sentido, CANALS BRAGE, Fernando, *ob. cit.*

¿Y qué es la transcripción? Acabamos de ver que para la Dirección General es un vocablo sustantivo, es copiar sin calificar. Ello supone para quienes siguen estas Resoluciones de la Dirección General, nada más y nada menos, que nos encontramos en el inicio de una nueva fase normativa, nos encaminamos hacia un nuevo Derecho Hipotecario (61) «a partir de la publicidad noticia que desde ahora se instaura en nuestro sistema» (62).

Pero, por mucho que se desee, no hay nada de esto en el texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Solamente está la repetida frase de que «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Frase que se encuentra también en la Exposición de Motivos. Extraer de aquí consecuencias sustantivas es excesivo. Y más si lo que se quiere es que el Registrador no realice calificación alguna. El único motivo explicitado por el legislador es «evitar calificaciones discordantes» (63) no suprimir la calificación.

Ya se ha dicho que no es ninguna novedad el que determinadas cláusulas deban hacerse constar en el Registro de una manera literal. Así está previsto ya en el artículo 51, regla 6.^a del Reglamento Hipotecario para las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden. Y nadie ha extraído de este precepto la conclusión de que tales cláusulas no se califican (64). Además, resulta que el término transcripción (que ni tan siquiera está en la Ley actual) no es nuevo sino que ha sido ya utilizado por el legislador (65). En concreto lo utiliza el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 (para la aplicación de la Ley Hipotecaria de 1909), en el modelo IX de «inscripción extensa de hipoteca voluntaria constituida sobre varias fincas situadas en un término municipal en garantía de un préstamo» (66). Ni a la Dirección General de aquella época ni a los comentaristas que se han sucedido durante un siglo se les ha ocurrido llegar a la conclusión de que ello equivalía a no calificación.

(61) Rodrigo TENA ARREGUI, «Hacia un nuevo Derecho Hipotecario», dentro de la obra colectiva citada *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario...*

(62) Javier MANRIQUE PLAZA, *ob. cit.*, pág. 155. Para este autor como uno de los motivos que han llevado al legislador a admitir que en el Registro se hagan constar las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado (lo que no debería haberse hecho) ha sido el hecho de que «ha claudicado ante la presión mediática del argumento exacerbado de la falta de publicidad registral del clausulado de los contratos de hipoteca y para lograr el efecto deseado que, como dice la propia Exposición de Motivos, no es otro que evitar calificaciones discordantes, ha optado por hacer tabla rasa y ordenado su constancia en el Registro de esta forma para evitar precisamente que este clausulado sea calificado y se produzcan discordancias».

(63) V. *supra* el texto de la Exposición de Motivos en nota 36.

(64) Esta redacción proviene nada menos que del Reglamento de 1869.

(65) CANALS BRAGE, *ob. cit.*

(66) En este modelo, después de hacerse referencia a la finca, el préstamo y sus condiciones fundamentales, se dice: «...Este contrato se ha celebrado con las estipulaciones siguientes: (...) añadiendo la condición que se transcribe...».

Por si fuera poco lo anterior, podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional 87/1997, de 24 de abril (67). Se dice en ella (68) que el sistema de inscripción es el que impera en España, lo que significa que el documento, en virtud del cual se practica un asiento registral, agota sus efectos al servir de base para la calificación e inscripción. Y ello es así incluso en los casos en los que el asiento sea simple traslación parcial de los documentos presentados a registrar, pues aún en tales casos se está realizando un acto con vida jurídica propia y producción autónoma de efectos (69).

De lo que llevamos dicho hasta ahora resulta que (en contra de lo que se dice desde la Dirección General) las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado no tienen que ser necesariamente personales (lo que las dejaría fuera de la calificación en sentido estricto), el legislador ordena que accedan al Registro y la forma en que han de reflejarse en la inscripción en los términos en que constaren en el título. La diferencia con la anterior situación se encuentra en lo que se ha dicho antes: el Registrador no puede realizar una calificación que lleve a rechazar el acceso so pretexto de que no formen parte de la obligación garantizada (las financieras) o porque se tratare de obligaciones totalmente ajenas a la obligación principal (las de vencimiento anticipado). A partir de aquí ha de realizarse la calificación y habrán de rechazarse aquellas estipulaciones que, con independencia de lo anterior, vulneren el ordenamiento

(67) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel, *ob. cit.* Sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia, núm. 1.080/90, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con el artículo 36.1 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

(68) A propósito del Registro Mercantil, pero es aplicable con mayor claridad al de la Propiedad.

(69) «En efecto, en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos “en virtud de los que se practican los asientos”, en expresión reiterada del RRM, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.). Es cierto que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación, parcial e incluso íntegra, de los documentos presentados a registro; es más, en algunos relevantes casos —estatutos de sociedades, poderes, capitulaciones matrimoniales, etc.— (...). Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión de que lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados al Registro o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento (...) Y, por fin, lo que es más relevante, aun en los casos en los que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación (art. 9 RRM), no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continuán produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento (arts. 7 a 9 RRM). En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la transcripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos».

jurídico. Puede ponerse un ejemplo de cláusula financiera y otro de vencimiento anticipado que claramente son objeto de calificación (70):

- Los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007 establecen unos límites para las comisiones para los supuestos de cancelación (compensación por desistimiento y por riesgo de tipo de interés se le llama): ¿deben admitirse cláusulas financieras que los vulneren? Claramente que no, si se tiene en cuenta los términos imperativos en los que se manifiestan los artículos citados (71).
- El artículo 107.3.º de la Ley Hipotecaria sigue diciendo que no es válido el pacto de no volver a hipotecar (72). ¿Es que dicho precepto ha sido modificado sin que nos hayamos dado cuenta? No lo parece en absoluto. No hay argumentación suficiente derivada del nuevo artículo 12 de la Ley Hipotecaria para que no siga prevaleciendo lo que decía la Exposición de Motivos de 1861: tal pacto no tiene interés para la seguridad del crédito, es contrario a la constitución de nuevos créditos hipotecarios y carece de toda justificación racional.

5. LA PUBLICIDAD NOTICIA NO EXISTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSCRIPCIONES DE HIPOTECA

Todos los planteamientos que hasta aquí ha venido haciendo la Dirección General, le llevan de manera inevitable a concluir (para no incurrir en contradicción consigo misma) que las cláusulas que no se califican no llevan a un quebranto del sistema porque solamente producen efectos de publicidad noticia. No sabemos qué es, en la inscripción de hipotecas, dicha publicidad noticia, pero imaginamos que se nos quiere decir que no le serán de aplicación los preceptos fundamentales que se refieren a la eficacia de lo inscrito y

(70) Los ejemplos se ponen sin entrar en el tema de la calificación de las condiciones generales de contratación.

(71) De auténtica prohibición de cobro por encima de los porcentajes establecidos lo califica la Exposición de Motivos de la Ley.

(72) La misma Ley 41/2007 ha modificado la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión en su Disposición Final Tercera, que ha pasado a decir: «Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar». Ponemos este ejemplo y no el del supuesto de vencimiento anticipado en caso de enajenación de la finca (arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria) porque en este trabajo sólo defendemos el que existe calificación, pero no se trata de analizar los distintos pactos. En este caso habría que hacer muchas más matizaciones y ver si sería admisible o no el vencimiento anticipado (nunca la prohibición) en el caso en el que la relación de crédito se hubiere establecido en consideración a un deudor concreto.

que parten de la presunción de validez y exactitud (art. 38 de la Ley Hipotecaria) (73). Nada de esto dice el artículo 12 de la Ley.

El único precedente que existe de «publicidad noticia» es el que se contiene en la legislación urbanística (74). Hace ya tiempo que tuve ocasión de ocuparme del tema (75) y sobre el mismo lo que puede afirmarse es lo siguiente:

1. Para que pueda decirse que el Registro publica algo con efectos de «publicidad noticia» (como algo distinto a publicidad con efectos sustantivos) debe tratarse de una materia que no sea la que corresponde al ámbito del Registro de la Propiedad, ya que en otro caso se producirían los efectos normales.
2. Se trata de coadyuvar en el conocimiento de la situación de los inmuebles, posibilitando que se conozcan situaciones o limitaciones que afectarán a los terceros con total independencia de que el Registro lo publicara o no.
3. Los efectos tienen que estar legalmente señalados.

Nada de esto ocurre en el caso que analizamos. Las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado determinan el contenido de la obligación garantizada y por lo tanto determinan el alcance de la garantía, es decir, tienen trascendencia real; si no se hicieran constar en el Registro no podrían ser oponibles a terceros y, por último, no hay ningún precepto que diga que la constancia de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado se inscriben solamente con los limitados efectos de publicidad noticia.

Si se mira la cuestión desde la perspectiva de la ejecución, la conclusión es la misma. Es decir, ¿es que el acreedor hipotecario no podrá pedir nunca el vencimiento anticipado de la obligación en virtud de una cláusula inscrita

(73) Dice Francisco de P. BLASCO GASCÓ en *El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario* (Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, 2008): «¿qué publicidad es ésta que tiene efectos de “mera noticia”? ¿Significa que la inscripción de las cláusulas financieras no tendrá eficacia real y no serán oponibles a terceros? Y si es así, ¿por qué o para qué se inscriben? ¿Se tratará de meras menciones?» Estas preguntas ponen de manifiesto el sin sentido al que lleva la postura de la Dirección General.

(74) Disposición Adicional Décima de la Ley 8/1990, que posteriormente pasaron a ser los artículos 307 a 310 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (declarados vigentes por el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia de 20 de marzo de 1997). A su vez se desarrollan en los artículos 73 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística.

(75) PRETEL SERRANO, Juan José, «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo», dentro del libro *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991. También en «Aspectos notariales y registrales de la reforma de la Ley del Suelo», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, págs. 230 y sigs., 1993.

cuando la finca haya sido vendida porque sus efectos son solamente de «noticia»? ¿O por lo menos porque no gozan de presunción de validez al no haber sido calificadas? En ningún precepto se dice tal. Ni tampoco han sido modificadas las causas de oposición a la ejecución (arts. 695 y 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero recordemos también lo que ha dicho el Tribunal Constitucional (sentencia en recurso de amparo 41/1981, de 18 de diciembre) a la hora de reconocer la constitucionalidad de las especialidades para la ejecución hipotecaria: los procedimientos de ejecución hipotecaria con limitada oposición son válidos, no sólo porque existe la posibilidad de acudir al juicio declarativo ordinario, sino también porque existen garantías derivadas de la escritura y de la inscripción que ha sido realizada (76).

(76) Llegamos a un punto en donde se pone de manifiesto que la postura de la DGRN lleva a consecuencias absurdas. No pasará de ser anecdótica porque entendemos que la realidad será más sensata y antes o después todo volverá a su cauce. Pero lo preocupante es que la línea jurisprudencial seguida responde a unos objetivos que son el reforzamiento de los efectos de la escritura pública a costa de la disminución del control registral.

En efecto: ¿cómo resolver el dilema de provocar el vencimiento anticipado de la obligación e instar la ejecución en virtud de una cláusula que no ha podido ser calificada ni aún en los casos en los que vulnerara normas imperativas? La respuesta necesita de dos argumentos:

- 1. La inscripción de la hipoteca no es constitutiva (lo que se pretende apoyar en la nueva redacción del art. 130 de la LH).
- 2. Se afirma que las cláusulas ya han sido controladas por el Notario (así se opina en el citado libro *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario...* Por todos sirva la cita de Rodrigo TENA, *ob. cit.*, pág. 39 y sigs.: «...no hay más remedio que reconocer que el único mecanismo subsistente para equilibrar mínimamente un escenario tan desequilibrado como el anteriormente descrito es el notarial. (...) únicamente un asesoramiento jurídico imparcial en el momento de contratar, que garantice un consentimiento informado, puede paliar en parte este desequilibrio. Aquí no se trata sólo de lo que es legal o ilegal, sino de informar del alcance y trascendencia inter partes de las cláusulas propuestas. Para cumplir este objetivo, el Registro es simplemente inútil. (...) Por el momento, en materia hipotecaria no hay otro título que el documento público notarial. La responsabilidad que ello implica para el notariado es evidente, por cuanto se convierte en el único controlador efectivo, en beneficio de la parte débil y de los terceros (...) ...el notario asume en exclusiva una función fundamental de control de fondo de un documento al que su intervención va a dotar de carácter ejecutivo».

No podemos desarrollar en extenso estos puntos porque nos llevaría más allá del tema que estudiamos. Solamente cabe decir que tristemente parece que estamos volviendo a una discusión de hace cien años entre Joaquín COSTA y LA RICA, cuando el segundo le precisó al ilustre polígrafo que notarios y registradores tienen un ámbito distinto de actuación, ya que una cosa es recibir y documentar la voluntad de los particulares de acuerdo con la legalidad y otra cosa es dar eficacia frente a terceros a un negocio que sólo tiene efectos *inter partes*. Pero al menos sí debemos decir en contra de los dos anteriores puntos lo siguiente:

- 1. Hay otros artículos además del 130 de la LH y los de la LEC de donde se desprenden el carácter constitutivo de la inscripción (arts. 1.875 del Código Civil y 145 de la LH). Y ¿qué se saca con decir que lo constitutivo es la escritura? Pues nada. Ya sabemos que es en el momento del otorgamiento cuando deben darse los requisitos para la validez del

6. CUANDO EL REGISTRADOR CALIFICA LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS O DE VENCIMIENTO ANTICIPADO NO INCURRE EN NULIDAD POR APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es la conclusión a la que llegamos (contraria a la que llega la Dirección General). Cuando el Registrador está calificando, no está realizando un acto administrativo (v. *supra*). Este argumento ya sería suficiente por sí mismo. Pero además hemos dicho que la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado es competencia del Registrador en los términos que han quedado expuestos. La calificación podrá ser equivocada pero nunca nula.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL-QUIRÓS, José Tomás: Presentación del Libro «Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia». Servicio de Estudios Registrales. Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: *El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario* (Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, 2008).
- CANALS BRAGE, Fernando: *La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 de la LH reformado por Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)*. Pendiente de publicación.

negocio. Pero sin inscripción no se producen los efectos característicos del derecho real (M. PEÑA, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 141).

2. En cuanto al control notarial de las cláusulas que forman parte del contenido de la escritura de hipoteca, del mismo sólo se deriva una presunción de licitud (art. 143 —antiguo 145— del Reglamento Notarial). La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios presupone que lo que debe hacerse es informar y advertir al particular. Y además, recordemos que se trata de documentos cuyas cláusulas han sido redactadas por las entidades de crédito y la minuta se presenta al notario para su autorización. ¿Alguien se imagina que el notario va a negar la autorización porque considere que alguna cláusula no cumple los requisitos legales, es oscura o abusiva? Algún supuesto hay y conozco, pero en la generalidad de los casos no es así, dado que estamos en un sistema en donde las entidades de crédito (y no los particulares, aunque sean ellos los que tienen derecho a elegir al notario) son las que proporcionan gran carga de trabajo a determinados despachos notariales. Así lo tienen que reconocer incluso aquellos que propugnan el exclusivo control notarial de la legalidad, como Ricardo TENA (*ob. cit.*, pág. 42): «...Pero sería ingenuo desconocer que este último control [el notarial] se encuentra también bajo presión... (...) para que el notario esté en condiciones de desempeñar su fundamental misión de asesoramiento y control de legalidad es imprescindible que la configuración institucional de la profesión facilite su tarea».

- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *Análisis histórico de la calificación registral*, conferencia pronunciada en las Jornadas sobre «Registros y Seguridad Jurídica», 9 y 10 de mayo de 1994, publicada en el Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, núm. 55, junio de 1994. Recogida dentro del libro «La calificación registral», 2.ª ed., 2008, recopilación del mismo autor citado, Tomo I.
- *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, 2.ª ed., 1991.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», en *Tratado de garantías en la contratación inmobiliaria*, Tomo II, Garantías Reales, Vol. 2, Madrid, 1996.
- MANRIQUE PLAZA, Javier: «La hipoteca: constitución y cesión», dentro de la obra colectiva: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. Academia Sevillana del Notariado y Consejo General del Notariado.
- PAZ-ARES, Ignacio: «El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)», dentro de la obra colectiva: *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., Madrid, 2001.
- PRETEL SERRANO, Juan José: «La legislación administrativa y la Dirección General de los Registros y del Notariado», dentro del *Libro homenaje a Antonio Ipiens Llorca y Manuel Peña Bernaldo de Quirós*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad.
- «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo», dentro del libro *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991. También en «Aspectos Notariales y Registrales de la reforma de la Ley del Suelo», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXII.
- SARMIENTO RAMOS, Juan: «Las relaciones entre la doctrina de la DGRN y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», dentro del *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiens Llorca*. Colegio de Registradores de la Propiedad.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «Hacia un nuevo Derecho Hipotecario», dentro de la obra colectiva *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. Academia Sevillana del Notariado y Consejo General del Notariado.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel: *Comentario a la Resolución de 24 de julio de 2008*, pendiente de publicación.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL

Desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, la calificación de la legalidad de los documentos sujetos a inscripción se ha entendido por el legislador como requisito imprescindible para que el Registro de la Propiedad produzca sus efectos. Dicha calificación justifica también la existencia de un procedimiento para su impugnación.

Esta calificación, por su peculiaridad, no puede considerarse que sea un acto administrativo. El servicio público que cumple la institución registral y la aplicación en algunos puntos de normas del procedimiento administrativo no son argumentos que desvirtúen la peculiaridad del sistema establecido, que puede ser considerado como una actividad cuasi-jurisdiccional.

La calificación se extiende a todo aquello que va a ser objeto de publicidad, sin que la nueva normativa que ha modificado determinados preceptos de la Ley Hipotecaria en materia de inscripción de hipotecas sea suficiente para alterar el sistema establecido. La interpretación que se ha propugnado desde la Dirección General de los Registros y del Notariado, sosteniendo la no calificación de cláusulas financieras o de vencimiento anticipado, es errónea.

ABSTRACT

DOCUMENT SCRUTINY

Ever since the first Mortgage Act was enacted in 1861, legislators have seen the scrutiny of registrable documents to confirm their legality as a vital requirement in order for the property registration system to have the effects it is supposed to have. Scrutiny is also the reason why there is a procedure for challenging registrars' findings.

Because of its unique features, the kind of scrutiny a registrar subjects documents to cannot be regarded as an administrative act. The public service that registration performs as an institution and the application of rules of administrative procedure at some points of registration do not constitute enough of an argument to override the uniqueness of the system, which may be regarded as a quasi-jurisdictional activity.

Anything that is going to be reported publicly is scrutinised. The new rules amending certain terms of the Mortgage Act in matters of mortgage registration are not sufficient to change the established system. The interpretation that the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has advocated, upholding that financial clauses and clauses on early maturity are not to be subjected to scrutiny, is mistaken.

(Trabajo recibido el 20-11-08 y aceptado para su publicación el 26-01-09)

DICTÁMENES Y NOTAS

Anotaciones sobre la evolución histórica de los intereses (1)

por

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Doctor en Derecho

Profesor Colaborador de Derecho Civil

Departamento de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
 2. LA ANTIGÜEDAD, HASTA ROMA.
 3. EL DERECHO ROMANO.
 4. LA ALTA EDAD MEDIA. LA DOCTRINA DE LA IGLESIA CATÓLICA.
 5. LA BAJA EDAD MEDIA Y LA EDAD MODERNA.
 6. REFERENCIA AL DERECHO ISLÁMICO.
 7. SITUACIÓN EN ESPAÑA DURANTE LA EDAD MEDIA.
 8. DESDE EL SIGLO XIX A LA ACTUALIDAD.
 9. LA AFIRMACIÓN DOCTRINAL DE LA LICITUD DE LOS INTERESES.
- BIBLIOGRAFÍA.

(1) Este estudio forma parte del capítulo inicial de la Tesis Doctoral, con mención europea, intitulada *La deuda de intereses*, dirigida por el Profesor Doctor don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, y defendida por su autor el 26 de junio de 2008, ante un Tribunal compuesto por los Profesores Doctores don Mariano ALONSO PÉREZ, don Enrico QUADRI, don Mariano YZQUIERDO TOLSADA, doña M.ª Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ y doña Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, obteniendo la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución del tratamiento dado a los intereses (2) constituye uno de los fenómenos en que con mayor incidencia se reflejan las diversas fases de la evolución histórica económica, hasta el punto de que, para algún autor (3), la historia de los intereses constituye no sólo un problema de deber y tener, sino una decisión entre derecho e injusticia, de modo que los intereses representarían uno de los índices más fieles y significativos de la evolución del mercado de capitales.

La consideración actual de los intereses como frutos civiles proviene sustancialmente del Derecho Civil nacido a raíz del *Code civil* napoleónico, que encuadra bajo la categoría de los frutos civiles distintas entidades de gran importancia económica (4). Si bien ya era conocida esta concepción en

(2) Vid. una más detallada exposición histórica en ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, «El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto (Notas para una interpretación histórica)», en *RCDI*, núm. 564, septiembre-octubre de 1984, págs. 1183-1194; COVIÁN, Víctor, «Préstamo», en *EJE*, T. XXV, págs. 517-519; GÓMEZ ROYO, Enrique, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992; HERRERA BRAVO, Ramón, «Usurae». *Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1997; MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, «Del simple préstamo», en *Código Civil*, T. XXVII, redac. por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1952, págs. 167-169; OTERO DÍAZ, Carlos, «Perspectiva histórica de la represión de la usura», en *RFDUM*, Vol. VIII, núm. 21, 1964, págs. 423-439; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, *La deuda de intereses*, Ed. EUB, Barcelona, 2002, págs. 32-73; y en la doctrina italiana: ASCARELLI, Tullio, «Comentario a los artículos 1.282 a 1.284», en *Obbligazioni pecuniarie*, del *Commentario del Codice Civile*, de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, *Libro quarto. Delle obbligazioni* (art. 1.277-1.284), Ed. Zanichelli-Il Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1959, págs. 575-582; BONORA, Claudio, *La nuova legge sull'usura*, Ed. CEDAM, Padua, 1998, págs. 1-13; INZITARI, Bruno, «Interessi», en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Vol. IX, Ed. UTET, Turín, 1993, págs. 569-570 (y en *Profili del diritto delle obbligazioni*, Ed. CEDAM, Padua, 2000, págs. 228-232), e «Interessi legali e maggior danno», en *Profili del diritto delle obbligazioni*, Ed. CEDAM, Padua, 2000, págs. 107-113; MAZZONI, Cosimo Marco: *Frutti civili e interessi di capitale*, Ed. Giuffrè, Milán, 1985, págs. 2-48, y «Gli interessi di capitale e la loro classificazione come frutti civili», en *Studi senesi*, núm. XCH (III Serie, núm. XXIX), fasc. 1, 1980, págs. 94-120; SALVIOLI, Giuseppe, «La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei secoli XIII e XIV», en el vol. colectivo *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, Vol. II, Ed. Luigi Pierro, Nápoles, 1906, págs. 259-278; y SPICCIANI, Amleto: *Capitale e interesse tra mercatura e povertà nei teologi e canonisti dei secoli XIII-XV*, Ed. Jouvence, Roma, 1990. Asimismo, para la situación concreta en Castilla en el siglo XVI, cfr. CLAVERO, Bartolomé, «Interesse: traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI», en *AHDE*, T. XLIX, 1979, págs. 39-97 (también en *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 60-100).

(3) En concreto, Achim ROLL (en «Die Höhe der Verzugszinsen», en *DRiZ*, T. 51, 1973, pág. 341).

(4) Artículo 584: «*Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils*».

el Derecho romano (5), la categoría de los frutos civiles adquiere durante el período de formación del *Code* una nueva función, adecuada al Derecho burgués relacionado con el incipiente sistema capitalista, estableciéndose unos «frutos civiles» junto a los frutos naturales a través de una agregación análoga. La concepción de los intereses como frutos civiles permanecerá igual en las codificaciones posteriores al *Code*, tanto en aquellas directamente inspiradas en él como en otras.

Sin embargo, ni los trabajos preparatorios ni los estudios que precedieron al *Code* arrojan luz sobre las razones de la categorización de los frutos en civiles y naturales ni de la inclusión de los intereses en la enumeración de los frutos civiles.

El problema de los intereses era desde el punto de vista legislativo simplemente ignorado o incluso combatido. La legislación civil durante siglos, desde BÁRTOLO y BALDO hasta la segunda mitad del siglo XVIII con DOMAT y POTHIER, obedeció al principio de los canonistas medievales que prohibía formalmente la producción de réditos derivados del uso de capital monetario: el mutuo, el préstamo con intereses, el *prêt à intérêt*, se contemplaba como contrato oneroso sólo a raíz del *Code* de NAPOLEÓN (6). La doctrina de POTHIER sobre el mutuo como *prêt de consommation* y la función del dinero, que influiría decisivamente en la redacción del Título X (*Du prêt*) del *Code* (arts. 1.892 y sigs.), permanecerá en líneas generales siendo la misma en el Derecho civil posterior, alcanzando hasta hoy prácticamente sin variaciones.

2. LA ANTIGÜEDAD, HASTA ROMA

El fenómeno de los intereses era ya conocido y ampliamente practicado desde tiempos muy antiguos (7).

(5) Así, J. A. D'ORS (*Derecho Privado romano*, 7.^a ed., EUNSA, Pamplona, 1989, pág. 183) explica la situación como sigue: «aunque a veces (por ejemplo, D. 22, 1, 49) se llama fruto a cualquier ventaja que se puede obtener de una cosa, no son propiamente frutos los aprovechamientos residuales de una cosa consumida (...). Por eso mismo, tampoco son propiamente frutos los intereses del capital prestado (D. 50, 16, 121), que los griegos consideraban como "partos" (tokoi) devengados por el dinero, pero los romanos como "precio del uso" cedido (usurae)» (los paréntesis aparecen en el original).

(6) Y su licitud no se declaró hasta poco antes (y en cualquier caso en plena Revolución Francesa), con el Decreto del Estado de 3-12 de octubre de 1789, confirmado con las Leyes del 3 de germinal del año I, 14 de frutidor del año III, 6 de floreal del año III y 11 de abril de 1793, y posteriormente por el artículo 1.905 del *Code*.

(7) Cfr., al respecto, PUIG PEÑA, Federico, «Interés del dinero», en *NEJ*, T. XIII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1968, págs. 216-217; y SABATER BAYLE, Isabel, «Ingresos

Así, en la antigua *India* los intereses eran del 1,25 por 100 mensual si existía garantía; y si no la había, del 2 por 100 si el prestatario era de la casta de los brahmanes, y del 4 al 5 por 100 si era de otra casta.

En *Mesopotamia*, donde se realizaban operaciones bancarias como la compensación y el préstamo censal, se operaba con unos tipos de interés del 20 por 100 anual para los préstamos de cebada, 33,3 por 100 para los de plata, y 6 por 100 para los préstamos que los templos realizaban a los agricultores.

En *Egipto*, los intereses se instrumentaban de la siguiente forma: un préstamo de tres medidas de trigo, a pagar en un año con unos intereses de una medida, se hacía constar por el escriba como con un capital de cuatro medidas, y si no se devolvía en el plazo fijado había que pagar por cada mes de retraso dos medidas de trigo, con el límite, fijado por una ley de Bócoris, de que la deuda llegara al doble de la cantidad originaria (8).

En *Grecia*, durante las épocas arcaica y clásica, los filósofos siguen una tendencia contraria a la obtención de ganancias a partir del dinero (9). Sin embargo, la práctica observa la existencia de préstamos de banqueros y particulares a un interés del 12 al 20 por 100 anual, pagándose el primer día de cada luna (*neomenia*), que por ello era considerado día infausto. Entre las clases sociales inferiores se llegaba al 25 por 100, y si el deudor no cumplía con lo convenido y no devolvía el capital o los intereses, se sumaban éstos al capital, produciéndose un fenómeno anatocístico. Finalmente, las necesidades de financiación del creciente desarrollo del comercio marítimo, en el que unas *polis* rivalizaban con las otras, forzaron la aceptación de la licitud del *nautikon dancion* (10), préstamo combinado con un seguro marítimo por el que se anticipaba una cantidad al comerciante marítimo, que, en caso de llegar la mercancía a buen término, habría de devolverla con unos intereses

indebidos y pago de intereses por el Estado: algunas aportaciones de doctrina civil», en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. XXXI, núm. 153, mayo-junio de 1981, págs. 673-674.

(8) Cfr. DIODORO DE SICILIA, *Biblioteca histórica*, Libro I, § 79 (en la trad. coord. por Jesús LENS TUERO, Ediciones Clásicas, Madrid, 1995, pág. 254).

(9) Como ARISTÓTELES, cuya posición veremos posteriormente en el texto. Hemos de advertir que las posiciones negativas hacia los intereses, que iremos viendo a lo largo de este trabajo, existentes desde la antigüedad hasta prácticamente el siglo XIX, se explican principalmente por un contexto sociológico en el que la falta de empresas de envergadura económica hace que los préstamos fueran casi exclusivamente de subsistencia: sólo se solicitaban por los más débiles económicamente, y generalmente en situaciones de (cuasi) indigencia, exigiéndose unas condiciones abusivas (sobre todo en la cuantía de los intereses) por los prestamistas, que se aprovechaban así de esa situación de necesidad de los prestatarios.

(10) Cfr. un ejemplo en DIÓGENES LAERCIO, *Vida de Zenón*, § 11 (en la edición *Vidas de los más ilustres filósofos griegos*, Vol. II, Ed. Orbis, Barcelona, 1985, pág. 47).

del 12 al 30 por 100 anual, según los riesgos, y que terminará desembocando en el *foenus nauticum* romano.

3. EL DERECHO ROMANO

Será en Roma (11) cuando se alcance el tratamiento jurídico de los intereses (*usurae*) más amplio y preciso de la Edad Antigua.

En la *época arcaica*, cuando el negocio crediticio típico era el *nexum*, el pago de las deudas mediante trabajos excluía la idea de intereses, de modo que el préstamo era considerado naturalmente gratuito (de ello quedan restos incluso en nuestro actual Derecho, como veremos), al basarse en relaciones de amistad o parentesco entre las partes. Por ello, con la *actio certae creditae pecuniae* (o *rei* en el caso de préstamos de cosas muebles) el mutuante sólo podía pretender la restitución de lo dado como capital.

Posteriormente se considera el *mutuum* o *mutui datio* como esencialmente gratuito (12), hasta el punto de que se llegó a hablar de una *obligatio*

(11) Para un estudio más detallado del problema de las *usurae* y del *foenus* (o *fenus*) en el Derecho romano, vid.: D'ORS, «Derecho Privado romano», *op. cit.*, págs. 447-450; FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado romano*, ed. del autor, Madrid, 1978, págs. 248-249; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, 2.^a ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1986, voces «*foenus*» y «*foenus nauticum*» (pág. 140), y «*usura*» (pág. 356); IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11.^a ed. (revis. con la colab. de Juan IGLESIAS-REDONDO), 2.^a reimpr., Ed. Ariel, Barcelona, 1997, págs. 362-363; HERRERA, «*Usurae*»..., *op. cit.*, y ROSA DÍAZ, Pelayo de la, «Aspectos del préstamo con interés en Derecho romano», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coords. por Eugenio LLAMAS POMBO, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 501-507; y en la doctrina extranjera: BRASIELLO, Ugo, «*Usura* (diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XX, Ed. UTET, Turín, 1957, págs. 368-371; GIUFFRÈ, Vincenzo, «Il prestito ad "interessi marittimi" nel Tardo Impero», en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XII Convegno Internazionale (in onore di Manlio Sargenti), Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Perugia, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998, págs. 353-365; GRÖSCHLER, Peter, «Banchieri e limite delle *usurae*», en *Atti dell'Accademia*..., *op. cit.*, págs. 345-352; HAYASHI, Nobuo, «Interessi nella tarda antichità», en *Atti dell'Accademia*..., *op. cit.*, págs. 319-344; LONGO, Giannetto, «Mutuo (diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. X, Ed. UTET, Turín, 1968, págs. 1048-1049, y SIRKS, Boudewijn, «The management of public loans of towns (the *cura kalendarii*) and of their finances in general», en *Atti dell'Accademia*..., *op. cit.*, págs. 377-386; así como la detallada bibliografía citada por estos autores. Asimismo, una breve exposición del tratamiento de los intereses en el Derecho romano, sobre todo de los moratorios, puede verse en BONET CORREA, José, *Las deudas de dinero*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, págs. 376-378.

(12) El pacto de intereses se consideraba incompatible con la causa del mutuo, que no admitía una restitución ni superior ni inferior a la medida exacta de lo entregado. Asimismo, con la *condictio*, acción formal por incumplimiento de una obligación *iuris civilis*, no se puede pretender una cantidad superior a aquélla que fue objeto de entrega. Ello obligaba a que los intereses se concertaran en una *stipulatio* aparte, como indicamos en el texto. Cfr. LONGO, «Mutuo (diritto romano)», *op. cit.*, pág. 1049.

naturalis de pagar los intereses convenidos. Sin embargo, ya desde antiguo se generalizó la admisión de los intereses cuando se empleaba una *stipulatio usurarum* o estipulación especial expresa de intereses añadida al préstamo (13), dimanando al efecto la acción de la *stipulatio*, deslignada formalmente del *mutuum* (14), de modo que el *mutuum* con una *stipulatio usurarum* pasó a denominarse *fenus* (o *foenus*). Asimismo, en la práctica, la complicación procesal de la dualidad de acciones hizo que se generalizara la formalización de un negocio único que abarcara tanto la devolución del capital prestado (*sors*, *caput* o *res foeneris*) como sus intereses (*usurae*), la *stipulatio sortis et usurarum*, a través de la cual el capital y los intereses podrían ser exigidos mediante una única acción estipulatoria.

Las *usurae* pagadas y no convenidas se descuentan del capital, mientras que las *usurae ex nudo pacto* (sin la existencia de una *stipulatio* formal) no se descuentan pero tampoco cabe reclamarlas (si bien el pacto otorga al mutuante a quien voluntariamente le hayan sido pagadas una *exceptio* contra la reclamación del pago como indebido) (15), de acuerdo con la regla clásica *ex nudo pacto actio non nascitur* (16), salvo en determinados casos en que llegó a admitirse la eficacia del simple pacto de intereses: *pecunia traiecticia* (17), préstamos hechos por ciudades (18), préstamos en especie (19) y préstamos bancarios (20).

Las *usurae* se utilizaban por una parte como precio o remuneración por el *uso* del capital —y de ahí su denominación— y compensación por el riesgo de insolvencia (*sortis periculum*) que puede correr el mutuante (21), fundamentalmente a través de la figura del *foenus* o préstamo con intereses, y por otra en determinados casos de reconocimiento de unas *usurae* legales (22).

(13) Vid. D., XIX, XXV, 24.

(14) De este modo, mientras el capital era reclamable por medio de una *actio certae creditae pecuniae*, los intereses debían serlo separadamente a través de una *actio ex stipulatu*. Cfr. LONGO, «Mutuo (diritto romano)», *op. cit.*, pág. 1049.

(15) Vid. D., XII, VI, 26 pr., y XLVI, III, 102, 1.

(16) Vid. PAULO, 2, 14, 1.

(17) Vid. D., XXII, II, 7.

(18) Vid. D., XXII, I, 30.

(19) Vid. C., IV, XXXII, 11.

(20) Vid. Nov. CXXXVI, 4.

(21) Vid. D., XVII, II, 67, 1.

(22) En concreto, en los supuestos de *usurae ex mora*, *usurae* a favor del Fisco y otros menos importantes (por uso indebido de dinero, por dejar improductivo el dinero de otro —*usurae pro pecunia otiosa*—, para restablecer un equilibrio económico alterado por un hecho ilícito, por un especial privilegio reconocido al acreedor, o *post litem contestatam e rei iudicatae*). Cfr. HERRERA, «Usurae»..., *op. cit.*, págs. 77-107.

Ello no obstante, los tipos de interés requeridos para determinados préstamos (sobre todo respecto de simientes y especies) llegaron a niveles elevadísimos, lo que motivó que ya desde los primeros tiempos se intentara limitarlos.

Así, desde antiguo el abuso en el cobro de intereses en el mutuo dio lugar a leyes que los limitaran (*leges fenebres*) y se establece una fijación legal del tipo de interés. En la época arcaica aparece en las XII Tablas (23), un tipo de interés de la doceava parte del capital (24), lo que dio origen a la denominación de *foenus unciarum*, por la onza —*uncia*— o doceava parte del *as*. No puede precisarse si los del *foenus unciarum* eran intereses anuales o mensuales, pero, de entenderlos mensuales, estos intereses supondrían un tipo anual elevadísimo (25).

Ante lo exorbitante de ese tipo de interés, un plebiscito del 347 a.C. redujo el mismo a la mitad (*foenus semiunciarum*) (26), y finalmente una *lex Genucia* del 342 a.C. (27) terminó por prohibir todo tipo de intereses, inicialmente sólo para el territorio de Roma y no para el latino, por lo que en los préstamos entre romanos los prestamistas solían transmitir el crédito a un latino, que les pagaba los intereses y luego los exigía, con el crédito, al deudor. Debido a ello, una *lex Sempronia* extendió los efectos de la *lex Genucia* a los latinos y demás pueblos aliados de Roma.

Posteriormente, una *lex Marcia* del 104 a.C. (28) concedió la *manus iniectio* contra los usureros. Se intentó a través de una *lex Iunia* superar la prohibición con el establecimiento de un tipo de interés más en consonancia con las exigencias económicas, pero los comicios la rechazaron por influencia de CATÓN, que identificaba la *usura* con el *furtum*.

No obstante, SILA fijó un tipo del 10 por 100 anual (*lex Cornelia Pompeia* del 88 a.C.), y en tiempos de CICERÓN eran ordinarios en provincias

(23) Vid. *XII Tablas*, 8, 18. Según TÁCITO [en *Anales*, VI, 16, 2; según la edición: *Anales*, introd., trad. y notas de José Luis MORALEJO, T. II, Ed. Gredos, Madrid, 2001, pág. 315, y la nota 573 en esa página], se introdujo por primera vez en las *XII Tablas* (ca. año 450 a.C.). En cambio, para Tito LIVIO [en *Ab urbe condita libri*, VII, 16, 1; según la edición: *Historia de Roma desde su fundación*, trad. y notas de José Antonio VILLAR VIDAL, T. II, Ed. Gredos, Madrid, 2001, pág. 297] la norma se originaría en un plebiscito durante el consulado de Gayo MARCIO y Gneo MANLIO (año 357 a.C.), promovido por los tribunos Marco DUILIO y Lucio MENENIO, siendo añadida después a aquel cuerpo normativo.

(24) Es decir, un tipo de interés del 8,33 por 100 en el primitivo año de diez meses y del 10 por 100 en el posterior de doce meses.

(25) Tanto como que alcanzaría un tipo de interés del 83,33 por 100 en el año de diez meses y del 100 por 100 en el de doce meses.

(26) Cfr. Tito LIVIO, *Ab urbe condita*..., VII, 27, 3 (según la ed.: «Historia...», *op. cit.*, pág. 316).

(27) Impulsada por el tribuno de la plebe Lucio GENUCIO, según Tito LIVIO: *Ab urbe condita*..., VII, 42, 1 (según la ed.: «Historia...», *op. cit.*, pág. 345).

(28) Vid. GAYO, 4, 23.

unos intereses de entre el 34 y el 48 por 100. A fines de la República, se establece por un *Senatus Consultum* del 51 a.C. una tasa legal del interés del 12 por 100 anual o el 1 por 100 mensual (*usura centesima*) (29).

Sin embargo, en el *Derecho romano clásico* ya se llegó a fijar un límite estable al devengo de intereses, fijándolo en cuando lo debido en tal concepto ascendía ya a una cantidad igual al capital (*usurae supra duplum*) —o sea, una cuantía total máxima por intereses del 100 por 100—, no pudiéndose exigir el exceso, y si era pagado voluntariamente cabría repetirlo como indebido (30). Además, según un rescripto de SEVERO ALEJANDRO del 223 (31), los intereses dejan de devengarse respecto a la cantidad que podría compensarse con un crédito inverso.

Excepción a esta limitación de las *usurae ultra duplum* fue el *foenus nauticum* o *pecunia traiecticia*, o préstamo marítimo o a todo riesgo (32), figura negocial de origen griego —proveniente del *nautikon dancion*, al que nos hemos referido anteriormente— en la que el armador de un barco obtenía una suma de dinero para que la transporte por mar, en su propia especie o convertida en mercancías, corriendo a cargo del mutuante el riesgo de la pérdida del dinero o las mercancías (33), y admitiéndose como compensación por ello la posibilidad de *usurae ex nudo pacto* y sin sometimiento en la época clásica a los límites legales de los intereses (*usurae infinitae*) (34), aunque en el Derecho justiniano se limitarán al 12 por 100 anual (35).

En el Derecho de finales del Imperio surgió otra figura innominada (36), equivalente a un préstamo pero sin limitación de intereses, consistente en la

(29) Sin embargo, las normas vigentes en las provincias no necesariamente coincidían con las de la *Urbs*, y así, por ejemplo, el régimen de las *usurae centesimae* se había introducido por primera vez en la provincia de Asia por LÚCULO entre el 72 y el 70 a.C.

(30) «*Supra duplum autem usurae, et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt; et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae*» (D., XII, VI, 26, 1, que recoge a ULPIANO, XXVI *ad Edictum*).

(31) Recogido por ULPIANO, XXXII y XLIV *ad Edictum*, de donde pasó a D., XVI, II, 11 y 12.

(32) Vid. D., XXII, II y C., IV, 33, ambos *de nautico foenore*.

(33) Sólo tendrá derecho a la devolución del dinero si la nave empleada en el viaje regresa felizmente al puerto de origen (*salva eunti nave*). A cambio, tiene un peculiar derecho de prenda sobre las mercancías.

(34) Vid. *Lex Rhodia de iactu*.

(35) Si recordamos, un tipo doble que para el *foenus* ordinario. Cfr. C., IV, XXXII, 26, 1.

(36) Aunque denominada por la doctrina romanista «préstamo de géneros». Es de origen oriental, pero pudo tener cierta aceptación también fuera de las provincias orientales, sobre todo en momentos de inflación, en los que era imprevisible un límite de la devaluación de la moneda.

entrega de una cantidad de cosas distintas de dinero (37), con obligación documentada de devolver una cantidad mucho mayor. Si bien es verdad que no nos hallamos ante verdaderas *usurae* (para los romanos eran siempre en dinero) ni de un *mutuum*, su función es análoga (38).

Ya en *época imperial*, mientras el régimen de las *usurae centesimae* continúa vigente, la legislación se centró en la reafirmación de los límites a la cuantía total y de la prohibición del anatocismo.

CONSTANTINO, en una Constitución del año 325, estableció un máximo del 50 por 100 (total) en los préstamos en especies y del 12 por 100 (anual) en los realizados en dinero. JUSTINIANO redujo los tipos de interés en una Constitución del 528 y una Novela del 535 (39), al 6 por 100 con carácter general, 4 por 100 en los casos en que los mutuantes fueran *illustrae personae* (40), 8 por 100 si fueran *negotiatores* y 12 por 100 en los préstamos a la gruesa, pero rebajó la sanción por exceder el máximo legal en el sentido de establecer la imputación de las *usurae* ilegales al pago del capital y la posibilidad de repetición de las mismas sólo cuando llegaban a exceder del capital más los intereses lícitos; por otra parte, se deroga la necesidad de una específica *stipulatio* para los intereses, de modo que los banqueros podían reclamar intereses sobre préstamos pactados sólo verbalmente. En este período, tan sólo BASILIO MACEDONIO en el 342 llegó a prohibir por Edicto las *usurae*, pero con tan escaso éxito (41) que su hijo LEÓN EL FILÓSOFO se vio obligado a revocar la prohibición, permitiendo unos intereses del 4 por 100.

En la Edad Media, en cambio, la aceptación de la licitud de los intereses se verá muy restringida debido a la prohibición canónica de la usura.

4. LA ALTA EDAD MEDIA. LA DOCTRINA DE LA IGLESIA CATÓLICA

La prohibición canónica medieval de la usura y, por extensión, de los intereses tenía unas bases religioso-morales. El Antiguo Testamento prohibía cualquier forma de préstamo con intereses entre los judíos, si bien lo permitía

(37) Algunos romanistas lo reducen al préstamo de cereales, aceite y frutos, o de algunos de ellos, especialmente los cereales, sin admitirlo en general para todo préstamo de géneros no pecuniarios.

(38) Sobre esta figura, cfr. D'ORS, «El préstamo de géneros y el *vilicus iniquitatis*», en *AHDE*, T. LIV, 1984, págs. 523-534.

(39) Vid. *C.*, IV, XXXII, 26, 1; y *Nov.* XXXII y XXXIV.

(40) Anteriormente, el *C. Th.*, 2, 33, 3, *De Usuris*, del año 397 había prohibido la usura a los senadores.

(41) Se dice que los acreedores llegaron a asesinar al pretor.

respecto a los extranjeros (42), y en el Evangelio de San Lucas se afirmaba el principio de *mutuum date nihil inde sperantes* (43).

Pese a la doctrina construida en contra de la licitud de los intereses, básicamente por los Santos Padres (44), las primeras normas canónicas prohibían el préstamo con intereses sólo a los sacerdotes, y no porque fuera contrario a los principios cristianos, sino porque no era conforme al estado eclesiástico. Así, en el mismo año 325 del Concilio ecuménico de

(42) Éxodo 22, 24: «Yavé dijo a Moisés: (...) “Si prestas dinero a uno de mi pueblo, a un pobre que habita en medio de vosotros, no te portarás con él como acreedor y no le exigirás usura”»; comillas interiores en el original (en ésta y las siguientes citas bíblicas empleamos la traducción de la *Sagrada Biblia* de Eloino NÁCAR FUSTER y Alberto COLUNGA CUETO, 42.^a ed., Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Católica, Madrid, 1981).

Levítico 25, 35-37: «Yavé habló a Moisés en el monte Sinaí, diciendo: (...) “Si empobreciere tu hermano y te tendiere su mano, acógele y viva contigo como peregrino y colono; no le darás tu dinero a usura ni de tus bienes a ganancia. Teme a tu Dios y viva contigo tu hermano. No le prestes tu dinero a usura ni tus bienes a ganancia”»; comillas interiores en el original.

Deuteronomio 23, 19-20: «No exijas de tus hermanos interés alguno, ni por dinero, ni por víveres, ni por nada de lo que con usura suele prestarse. Puedes exigirselo al extranjero, pero no a tu hermano, para que Yavé, tu Dios, te bendiga en todas tus empresas en la tierra en que vas a entrar para poseerla».

Salmo 14, 1. 5: «(...) Yavé, ¿quién es el que puede ser huésped de tu tabernáculo, quién podrá residir en tu monte santo? (...) El que no da a usura su dinero y no admite cohecho para condenar al inocente. Al que tal hace, nadie jamás le hará vacilar».

Ezequiel 18, 5. 8: «El que sea justo y haga juicio y justicia (...) no dé a logro ni reciba a usura, retraiga su mano del mal y haga juicio de verdad entre hombre y hombre».

Ezequiel 18, 1. 13: «Fueme dirigida la palabra de Yavé, diciendo: (...) dé a logro y reciba a usura, ¿vivirá éste? No vivirá. Hizo todas esas abominaciones, de cierto morirá. Recaerá su sangre sobre él».

Ezequiel 22, 12: «Hay en ti quien recibe dones para derramar sangre; exige usura e intereses, despojas con violencia al prójimo, y a mí me olvidas, dice el Señor, Yavé».

Por otra parte, en el Talmud, el Babá Metziá declara nulo el préstamo con intereses («en el caso de préstamo a interés, el crédito es nulo. Están considerados como cómplices el escribano que hace el acta y el fiador»), el Babá Camá establece que «el usurero es parecido al criminal, ya que el mal que uno y otro producen es irreparable» y el Libro del Sanedrín prohíbe a los usureros ser testigos ante la justicia (cfr. PUIG PEÑA, «Interés del dinero», *op. cit.*, pág. 217).

(43) Lucas 6, 34-35: «Si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué gracia tendréis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor. Pero amad a vuestros enemigos, haced bien y prestad sin esperar nada [*mutuum date, nihil inde sperantes*], y será mucha vuestra recompensa, pues seréis hijos del Altísimo, porque Él es bondadoso para con los ingratos y malos».

En cambio, se admiten implícitamente los intereses en la parábola de los talentos, en Mateo 25, 27 («Debías, pues, haber entregado mi denario a los banqueros, para que a mi vuelta recibiese lo mío con los intereses»), e incluso en el propio Lucas en 19, 23 («¿por qué, pues, no diste mi dinero al banquero, y yo, al volver, lo hubiera recibido con los intereses?»).

(44) Destacadamente los Santos CLEMENTE ALEJANDRINO, GREGORIO NACIANCENO, BASILIO, JUAN CRISÓSTOMO, AMBROSIO y JERÓNIMO.

Nicea (45), CONSTANTINO —como vimos— dictaba una Constitución que consideraba lícitas las *usurae centesimae* sobre el dinero y del 50 por 100 sobre las especies.

Sin embargo, en los siglos siguientes se va produciendo un cada vez más restrictivo tratamiento de las *usurae*. Así, en el 440 el Papa LEÓN MAGNO, en una carta a los obispos de Campania, Piceno y Toscana, condenaba a los laicos cristianos que practicaban los préstamos a interés. No obstante, el Concilio de Taragena de 516 se limitó todavía a reiterar la prohibición a los canónigos, precisando que la misma regía también cuando se producía a través de géneros o mercancías, cuyo valor debía ser calculado conforme a los precios de mercado.

La prohibición plena y general a todos de dar préstamos con usura será apuntada en varios concilios parciales (46) y normas particulares (47). Pero finalmente será a partir del siglo XII cuando se instaure, con los Concilios II

(45) Que prohibía a los canónigos prestar a interés y ordenaba que quien lo hiciese fuese depuesto y desposeído de cánones (can. XVII: «*Quoniam multi qui in canone reconfentur, plura habendi studium et turpe lucrum persequentes, divinae scripturae oblii sunt, quae dicit: Argentum suum non dedit ad usuram; et foenerantes, centesimas exigunt; aliquem censuit sancta et magna synodus, ut si quis inventus fuerit post statutum usuras ex mutuo sumere, vel eam rem aliter persequi, vel sesquialteras exigere, vel aliquid aliud excogitare turpis quaestus gratia, e clero deponatur, et sit alienus a canone*»). Anteriormente ya se habían pronunciado en contra de la realización de préstamos con *usurae*, especialmente por parte de los clérigos, los Concilios de Elvira de 305 (can. XX, que ya preveía la posibilidad de excomulgar a clérigos y laicos que practicaran la *usura*) y I de Arlés de 314 (can. XII: «*De ministris qui fenerant, placuit eos juxta formam divinam datam a communione abstineri*»). Con posterioridad al de Nicea, pueden citarse los Concilios I de Cartago de 348 (can. XIII, *Ut non liceat clericis foenerari*: «*Abundantius episcopus Adrumentinus dixit: In nostro concilio statutum est ut non liceat clericis foenerari. Quod si et sanctitati tuae et huic concilio videatur, praesenti placito designetur. Gratus episcopus dixit: Novellae suggestiones, quae vel obscurae sunt, vel sub genere latent, inspectae a nobis, formam accipient. Ceterum, de quibus apertissime divina scriptura sanxit, non differenda sententia est, sed potius exequenda. Proinde quod in laicis reprehenditur, id multo magis in clericis oportet praedamari. Universi dixerunt: Nemo contra prophetas, nemo contra evangelia facit sine periculo*»), Laodicea de 366 (can. V: «*Non licere foenerari ministris altaris, vel in Sacerdotali ordine constitutis, vel usuras vel lucra, quae sexcupla dicuntur, accipere*»), Hipona de 393 (can. XXIV, que reproduce el can. XIII del I Concilio de Cartago), III de Cartago de 397 (can. XVI, *Ut clerici non sint usurarii*: «*Ut nullus clericorum amplius recipiat, quam cuiquam accomodaverit: Si pecuniam accipiat, speciem eamdem, quantam dederit, accipiat: et quidquid aliud, tantum, quantum dederit, accipiat*»), IV de Cartago de 398 (can. LXVII: «*Seditionarios numquam ordinandos clericos, sicut nec usurarius, nec injuriarum suarum ultores*») y II de Arlés de 452 (can. XIV, *Nec clericus usuras accipiat*: «*Si quis clericus pecuniam dederit ad usuram, aut conductor alienae rei voluerit esse, aut turpis lucri gratia aliquod negotiationis exercuerit, depositus a communione alienus fiat*»).

(46) Como los de Constanza de 814, París de 829 y Ticino de 850.

(47) Así, una Capitular de INOCENCIO II (789) establecía que «*omnia omnibus interdictum est ad usuram aliquid dare*».

y III de Letrán de 1139 (48) y 1179 (49), respectivamente, León de 1180 (50), y IV de Letrán de 1215 (51), que terminaron plasmándose en las Decretales de GREGORIO IX (1234) (52), así como los de Viena de 1311 (53) y —bastante después— el propio de Trento (54). Como vemos, primero se prohibió

(48) Que prohíbe el lucro en el préstamo de cosas fungibles infructíferas, sin trabajo, gasto ni peligro para el prestamista, y generaliza la condena, excomulgando a los usureros manifiestos y declarándoles privados de la posibilidad de hacer válido testamento y recibir sepultura eclesiástica (cap. III, *D. de usur.*, V, 19). Asimismo, el can. XIII de este Concilio dispone que: «*Porro detestabilem et probrosam Divinis et humanis legibus per Scripturam in Veteri et in Novo Testamento abdicatam, illam, in quam, insatiabilem foeneratorum rapacitatem damnatus, et ab omni ecclesiastica consolatione sequestramos, praecipientes, ut nullus archiepiscopus, nullus episcopus vel cujuslibet ordinis abbas seu quivis in ordine et clero nisi cum summa cautela, usurarios recipere praesumat, sed in tota vita infames habeantur et, nisi resipuerint, Cristiana sepultura priventur*».

(49) Que en su can. XXV reprodujo la sanción de privación de cristiana sepultura: «*Quia in omnibus fere locis tantum usurarum ita inolevit invaluit, ut multi aliis negotiis praetermissis, quasi licet usuras excerceant, et qualiter utriusque testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant: ideo constituimus, ut usurarii manifesti nec ad communionem admittantur altaris, nec Christianam, si in hoc peccato decesserint, accipiant sepulturam. Sed nec eorum oblationem quisquam accipiat. Qui autem acceperit, aut eos Christianae tradiderit sepulturae; et ea quae acceperit, reddere compellatur; et donec ad arbitrium sui episcopi satisfaciatur, ab officii sui maneat executione suspensus*».

(50) Que amenaza con interdicción a las corporaciones y ciudades que dieran protección y hospitalidad a los usureros.

(51) Que prohíbe a los cristianos andar en comercio con aquellos que les agobiaban con usuras inmoderadas (cap. LXVII).

(52) Que recogen asimismo diecinueve decretos sobre esta materia, de los Papas ALEJANDRO III, URBANO III, INOCENCIO III y GREGORIO IX, en el Libro V, Tít. XIX, *De usuris*.

(53) Que sanciona definitivamente la prohibición de dar dinero a interés, declarando nulos los estatutos municipales que permitieran el préstamo con intereses y amenazando con la excomunión a las autoridades civiles y judiciales que los aplicaran, así como declarando —ante la afirmación por los cártaros de la licitud de la usura— que se castigaran como herejes todos los que mantuvieran que la usura no era pecado («*Si quis in illum errorem inciderit, ut pertinaciter affirmare praesumat, exercere usuras, non esse peccatum, decernimus eum, velut haeticum puniendum, locorum vero ordinarii et haereticae pravitatis inquisitoribus districtius injungentes ut contra eos quos de errore hujusmodi diffamatos invenerint aut suspectos, tanquam contra diffamatos, vel suspectos de haeresi proceder non omittant*»: Clem., *de usur.*, V, 5).

(54) En España, se pronuncian en la misma orientación los Concilios de León de 1267 (tít. *De usuris*: «*Otrosi mandamos que los clérigos e los leigos que resciben algunas cosas en pennos, que los fructos, en los prodes que se ende levantaron, que los cuenten en aquello por que yaz en pennos. Et si lo non fecier, sera tovido por usurero. Et mandamos á los clérigos que esta cosa de los pennores que las digan en la Egleſias é las grandes fiestas*»), Tarragona de 1291 (que ordena la nulidad de la escritura de venta fraudulenta o con usuras, en el can. XVIII: «*Item, statuimus quod si instrumentum venditionis factum fuerit in fraudem vel usuram, tamquam inane et irritum habeatur, et contractus usurarius censeatur*») y Salamanca de 1335 (can. XIV, *De usuris*: «*Quoniam nonnulli avaritiae causa turpia lucra sectantes, obliiti divini praecepti, quo dictum est: “Qui pecuniam suma non dedit ad usuram”, impelli publice in usurarum voraginem non verentur, non attendentes, quoniam usurarum crimen utriusque Testamenti pagina detestatur, statuit hoc Sanctum Concilium, om-*

el préstamo con intereses a los clérigos, bajo pena de suspensión de todo oficio y beneficios eclesiásticos, y después se extendió la prohibición a los laicos, bajo pena de excomunión, declarándose además infames e indignos de la Eucaristía y de sepultura eclesiástica a los usureros manifiestos (si bien habría que leer «prestamistas», en general) y calificando de hereje a quien pertinazmente afirmara no ser pecado el ejercicio de la usura.

En el ámbito civil, después de que la *Lex romana Wisigothorum* y la *Lex romana Burgundiorum* habían admitido el préstamo con intereses, se asiste en el siglo IX a un alineamiento con la doctrina de la Iglesia. Así, es con CARLOMAGNO, en la *Admonitio Generalis* del 789 y el Capitular de Nimega del 806, cuando se observan las primeras prohibiciones civiles del préstamo con intereses también a los laicos, y su nieto LOTARIO, en el Capitular de Olona del 825, confirió a los obispos el poder de investigar y castigar con las penas de reprensión y reclusión a aquéllos que practicaran la usura, e impuso a las autoridades civiles la obligación de ayudar a los obispos en tales actividades.

5. LA BAJA EDAD MEDIA Y LA EDAD MODERNA

A partir del siglo XI, el comercio experimentó un importante desarrollo, y de modo paralelo al regreso a la circulación de productos se volvió también a la circulación de la moneda, cuyo uso había sido abandonado prácticamente a favor del trueque. De este modo, el mercado de préstamos comenzó a asumir una configuración moderna, en el sentido de que junto a un crédito al consumo se fue afianzando progresivamente un verdadero mercado financiero para sostener las necesidades de financiación que requerían las nuevas iniciativas comerciales.

Sin embargo, como vimos, la prohibición canónica de los intereses se mantenía y aun se acentuaba, y en esa línea los escolásticos buscaron poner de manifiesto toda forma de usura indirecta, ocupándose juristas y moralistas sobre el problema del justo precio. Paralelamente, se entiende que, aun siendo la *usura* reprochable y prohibida, no era posible ni aun a menudo conveniente su erradicación total, con lo que se llega a una práctica tolerancia pese a su radical prohibición, lo que viene a expresarse con una muy gráfica comparación del momento: se asimila la *usura* a la prostitución, de modo que «*convenirá, según se dice, que se mantenga la prohibición de principio, aunque ello sea a costa de una cierta tolerancia de hecho*» (55).

nes et cingulos qui de cetero manifeste usuras exercuerint, ipso ipso excommunicationis sententiae subiacere. Ac sub obtestatione divini iudicii praelatos teneri ad faciendum eosdem usurarios manifestos publice nunciari excommunicatos per suas dioceses diebus Dominicis et festis»; las comillas interiores son del original).

(55) Cfr. CLAVERO, «Usura. Del uso económico...», *op. cit.*, pág. 41, y los textos que cita en la pág. 52, nota 16.

La doctrina aristotélica, retomada por las construcciones tomistas, declaraba los intereses contra natura, porque «el dinero es estéril, y no genera dinero» (*pecunia pecuniam non parit, o nummus nummum non parit*) (56), a lo que había que añadir la doctrina del *iustum pretium* de SANTO TOMÁS: dado que el dinero era naturalmente improductivo y, por tanto, así debía serlo también en el tráfico mercantil, percibir intereses en los préstamos y créditos era por principio ilícito y *contra natura*, y por lo tanto contrario al Derecho natural; toda adquisición de dinero sin «verdadero trabajo» es pecaminosa o por lo menos sospechosa; en todas partes debía tenderse a establecer un «justo precio», y hacer lo contrario es pecado (57).

(56) «Muy razonablemente es aborrecida la usura, porque, en ella, la ganancia procede del mismo dinero, y no de aquello para lo que éste se inventó. Pues se hizo para el cambio; y el interés, al contrario, por sí solo produce más dinero. De ahí que haya recibido ese nombre, pues lo engendrado es de la misma naturaleza que sus generadores, y el interés es dinero de dinero; de modo que de todos los negocios éste es el más antinatural» (ARISTÓTELES, *Política*, I, X, 1258 b, 4-5, según la ed. de la Biblioteca Básica Gredos, trad. y notas de Manuela GARCÍA VALDÉS, Madrid, 2000, pág. 32; las redondas son nuestras).

A pesar de su extensión, no podemos dejar de señalar la humorística crítica de Joaquín ESCRICHE («Interés c»), en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. III, ed. de Juan B. GUIM según la de 1874, Ed. Temis, Bogotá, 1977, págs. 152-153] a la posición aristotélica: «(...) aquel gran filósofo pagano que por tantos siglos ha ejercido un imperio despótico en el mundo cristiano [se refiere, claro es, a ARISTÓTELES], a pesar del trabajo que se tomó para aclarar la cuestión de la generación [del dinero] no pudo nunca llegar a descubrir en ninguna de las muchas piezas de moneda que entraron en su bolsillo algún órgano particular que la hiciese propia para engendrar o producir otra moneda, y se aventuró por fin a sentar como resultado de sus observaciones que el dinero no pare dinero, pecunia non parit pecuniam. Al oír el mundo sorprendido tan importante descubrimiento, proclamó con entusiasmo la nueva verdad: el dinero es estéril, gritaron los filósofos; el dinero es estéril, repitió la muchedumbre; pues si el dinero es estéril, concluyeron todos, es una injusticia exigir interés o ganancia por prestarlo. Del mismo modo y con la misma razón podían haber gritado aquellos sabios y aquellos ignorantes que los edificios son estériles, que lo son las naves, y que lo son las mulas y los machos, pues que ni las mulas ni los machos producen otros machos ni otras mulas, ni las naves otras naves, ni los edificios otros edificios; y haber concluido por lo tanto que todas estas cosas y otras semejantes deben prestarse o arrendarse de balde. Motivo hay para dudar si ARISTÓTELES y sus sectarios hablaron de buena fe sobre este asunto, pues que después de haber reconocido que el dinero era estéril, no por eso dejaron de correr y afanarse tras él como tras la cosa más fecunda que había en el mundo; mas si en efecto procedía seriamente en la proclamación de su famosa máxima, es muy de extrañar que no se ofreciese a su talento y penetración que aunque una moneda fuese tan incapaz de engendrar otra moneda como de engendrar un morueco o una oveja, podría un hombre sin embargo con una moneda prestada comprar un morueco y dos ovejas que al cabo de un año le produjesen naturalmente dos o tres corderos, de manera que vendiendo este hombre al fin de dicho término su morueco y sus dos ovejas para devolver la moneda al prestamista, y dándole además uno de los corderos por el uso de la suma, debía encontrarse todavía con dos corderos o a lo menos con uno más de riqueza que no hubiera tenido sin el préstamo» (las redondas se corresponden con cursivas del original; las versales son del original).

(57) En cambio, San ANTONIO DE FLORENCIA (1389-1450) distinguía entre el préstamo y los negocios que permitían al deudor obtener un lucro con el dinero recibido, admitiénd-

Ya que en las cosas consumibles el uso no puede separarse de la propia *res*, SANTO TOMÁS entendía que prestar dinero con intereses es como cobrar dos veces la cosa vendida, y que resulta un contrasentido decir que una cosa consumible (dinero) pueda producir frutos (intereses) (58). Igualmente, afirma que «recibir intereses por un préstamo monetario es injusto en sí mismo, porque implica la venta de lo que no existe [más adelante dirá «el uso propio y principal del dinero es su consumo o inversión, puesto que *se gasta* en las transacciones», de modo que deja de existir], con lo que manifiestamente se produce una desigualdad que es contraria a la justicia» (59), y ello tanto si los intereses son en dinero o en otra especie, pues «también todo el que por pacto tácito o expreso recibiere cualquier beneficio cuyo valor pueda ser estimado en dinero incurre en semejante pecado. (...) En cambio, sí es lícito exigir, en compensación por un préstamo, aquellas cosas que no se miden, como son la benevolencia, la amistad de aquel a quien se prestó u otras semejantes» (60).

No obstante, consideraba lícita la indemnización del *damnum emergens* y del *lucrum cessans*. Así, el prestamista puede pactar la compensación del daño que le cause prestar su dinero (*damnum emergens*), pues nadie está obligado a hacer a otro un beneficio con daño propio (61), y en cuanto al *lucrum cessans* debe resarcirse también al prestamista, según la condición de las personas y de los negocios (62), porque si bien todavía no posee en el acto lo que está camino de adquirir, lo tiene sin embargo virtualmente o en potencia (63). Con ello, se justificaban los intereses moratorios.

Básicamente, la doctrina contraria a la licitud de los intereses se fundamentaba sobre tres argumentos, además de los de base bíblica: la esterilidad del dinero, la igualdad del valor de las prestaciones que debe haber entre las

dose en éstos la licitud de los intereses, por la vía de considerarlos distintos del préstamo propiamente dicho y por tanto fuera de la prohibición canónica. Con ello se dejaba una vía para obtener financiación para las operaciones del cada vez más desarrollado comercio. Vid. ASCARELLI, «Comentario a los artículos 1.282 a 1.284», en *Obbligazioni pecuniarie*, *op. cit.*, pág. 579.

(58) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 78, artículo 1 [según la edición: *Suma de Teología*, T. III —Parte II-II (a)—, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, pág. 601]; y *Espos. Decalogi*, VII, 4.

(59) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 78, artículo 1 (según la ed.: «Suma...», *op. cit.*, pág. 601); las cursivas son nuestras.

(60) «*Summa Theologica*», *loc. cit.* (según la ed.: «Suma...», *op. cit.*, pág. 604).

(61) *Summa Theologica*, II-II, q. 78, artículo 2, ad. 1 (según la ed.: «Suma...», *op. cit.*, pág. 604).

(62) Por ello, cabía entender que en los préstamos a comerciantes o artesanos el prestamista compartía en cierta medida el «riesgo empresarial» y podía legítimamente pedir una parte del beneficio que aquéllos obtuvieran (así, se admitía por contraposición al abuso una *honesta utilitas*).

(63) *Summa Theologica*, II-II, q. 62, artículo 4 (según la ed.: «Suma...», *op. cit.*, pág. 519).

partes en todo contrato y que la propiedad del dinero prestado pasa del prestamista al prestatario (64).

Al argumento de la esterilidad del dinero (*pecunia pecuniam non parit*), que ya hemos visto, se ha opuesto que el préstamo no sería en el fondo más que un alquiler del dinero, y nadie ha señalado una ilicitud del arrendamiento de alhajas o muebles o cualquier otra cosa, cuando son (salvo las propiedades territoriales y animales, y éstos no todos) tan estériles como el dinero; que se acepta el censo, que no sería más que un préstamo con intereses asegurado con una finca; que el dinero es el equivalente a mercaderías y efectos estériles, pero también a tierras, que producen renta; que con la inversión del dinero se obtienen beneficios; y que si el dinero no produce frutos naturales sí los produce civiles.

El segundo argumento es el del equilibrio de prestaciones entre las partes que la equidad exige en todo contrato no gratuito. En el préstamo, se dice, restituyendo el prestatario la cantidad que le dio el prestamista devuelve el equivalente exacto de lo recibido, mientras que si el prestamista exigiera alguna cantidad además de la prestada reclamaría más de lo que ha dado, y no serían iguales los valores recíprocamente entregados por las partes. A esto se ha respondido que si bien ello es cierto en el momento del contrato, posteriormente ha de tenerse en cuenta que el prestamista da dinero a cambio de una promesa de restitución a cierto plazo, y ambas no son equivalentes, pues hay una diferencia de utilidad entre una suma de dinero actual y otra a recibir en el futuro. De esta forma, una parte recibe menos que la otra, y esa diferencia ha de ser compensada mediante un aumento sobre la cantidad prestada proporcional al tiempo que la ha tenido el prestatario, aumento constituido por los intereses.

Finalmente, se aduce en contra de la licitud de los intereses que la propiedad del dinero prestado pasa en el momento del préstamo del prestamista al prestatario. Como sería contrario al Derecho natural el que uno reciba frutos de una cosa ajena, se dice, pues por naturaleza los frutos de una cosa pertenecerían al dueño de la misma, si el prestamista recibiese intereses estaría percibiendo frutos de una cosa ajena, de lo que se concluye que los intereses serían contrarios al Derecho natural. Se ha objetado a este argumento que el prestatario se haría dueño del dinero física y materialmente considerado, pero no de su valor, que no se le ha confiado más que por un tiempo determinado y con la obligación de devolverlo a su transcurso. Por otra parte, es del prestamista de quien el prestatario obtiene la propiedad del dinero, y puede entenderse que esa cesión se hace con el pacto de que el prestatario ha de darle parte de los frutos civiles (intereses) que produzca el dinero prestado,

(64) Para una más amplia exposición de estos argumentos y la crítica a los mismos, vid. ESCRICHE, «Interés c)», *op. cit.*, págs. 158-161.

estando su propiedad sometida a ese pacto. No debe pagarse por el uso de una cosa cuando ya se tiene su propiedad, pero puede haberse determinado su precio tomando en consideración el uso inherente a la misma (65).

No obstante, en esta época se comienza a observar una cierta relajación de la prohibición, debida a la creación de los montes de piedad. Los tipos de interés, ya originariamente elevados, aumentaron aún más en los siglos XIV y XV, debido a la dificultad de realización de las prendas por la depresión económica. Ante esta situación, se intentó establecer unas instituciones de crédito sobre prendas que, si bien no siempre con un fin benéfico, aliviaban la presión crediticia, y en tal sentido los franciscanos crearon los primeros montes de piedad en Italia, a los que se les permitió la percepción de intereses con los límites de la cobertura de los gastos de gestión de la propia entidad, lo que se concretaba en unos tipos variables entre el 4 y el 6 por 100, aunque en algunos casos se llegaba al 10 por 100. El reconocimiento de los montes de piedad se hizo finalmente por la Bula *Inter Multiplices*, por la que LEÓN X — pese a las muchas oposiciones de algunos sectores (destacadamente los dominicos) a legitimar cualquier tipo de préstamo con intereses— aprobó estas instituciones en el V Concilio de Letrán (1515), considerando que, a la vez que reducían la usura, la carga de sus préstamos venía a representar sólo el equivalente de los gastos por la actuación y mantenimiento de la institución (66).

Posteriormente, la doctrina general de la Iglesia sobre los intereses será reafirmada (aunque ya con ciertas atenuaciones) por BENEDICTO XIV en la Encíclica *Vix pervenit*, de 1 de noviembre de 1745, en la que se recogía y aprobaba lo acordado en la junta de cardenales, teólogos y canonistas reunida entre el 18 de julio y el 1 de agosto de aquel año (67). Se afirmaba la ilicitud de la pretensión de intereses sobre el mutuo por ser contraria a la naturaleza

(65) Por otra parte, cabe asimismo hacerle la objeción de la endeblez del fundamento de esta objeción, pues el hecho de que uno perciba frutos de una cosa ajena no sólo no sería contrario al Derecho natural, sino que sería constitutivo de una de las figuras jurídicas de mayor importancia, el usufructo, de honda raigambre ya desde el Derecho romano (e incluso antes). Así, PAULO lo definía como «*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*» (D., VII, I, 1; las redondas son nuestras). Sobre el *usus fructus* en el Derecho romano, vid. por todos FUENTESECA, «Derecho Privado romano», *op. cit.*, págs. 145-149.

(66) Aunque sin dejar de recordar la doctrina canónica de prohibición de la usura: «*Dominus noster, Luca Evangelista attestante, aperto nos praecepto obstrinxit, ne ex dato mutuo quidquam ultra sortem sperare debeamus; ea enim est propria usurarum interpretatio, quando videlicet ex usu rei, quae non germinat, nullo labore, nullo sumptu, nullo periculo, lucrum faenusque conquiri studetur*» (c. sub Leone X, sess. 10).

(67) Las declaraciones de la junta, recogidas en la Encíclica, así como las prevenciones del Papa en su comunicación a los patriarcas, arzobispos, obispos y ordinarios de Italia, se recogen en ESCRICHE, «Interés c)», *op. cit.*, págs. 162-163; y VALLÉS Y PUJALS, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Librería Bosch, Barcelona, 1933, págs. 60-61.

del contrato, con la excepción de la concurrencia de los denominados en la práctica forense del momento «requisitos del Castrense» (68), que podían asimismo invocarse para hacer fructífera una deuda cierta y líquida que llegara a su vencimiento, para aumentar el tipo de interés y para conseguir el resarcimiento del daño producido por la mora del deudor (69).

Así, en esta época se consideró al préstamo como contrato *esencialmente* gratuito, contemplándose el préstamo con intereses como contrato ilícito, de modo que la Rota romana declaró las *usuræ* prohibidas «*de iure naturali, Mosaico, evangelico, canonico et civili*» (70).

En el ámbito del Derecho Civil, los principios canónicos inicialmente no fueron acogidos. Así, la glosa de ACCURSIO, interpretando los textos justinianeos, invoca la autoridad de IMERIO y BULSAN para demostrar la licitud de las *usuræ* contractuales. Sin embargo, ya BÁRTOLO y posteriormente BALDO acogieron las posiciones del Derecho canónico (71), y pronto

(68) Circunstancias especiales con cuya concurrencia se entendían lícitos los intereses, por considerarse extrínsecos a las propias prestaciones del mutuo. La construcción de esta doctrina es obra del jurisconsulto del siglo XV Pablo de CASTRO (conocido por *el Castrense*) sobre la base de la doctrina tomista: la oportunidad efectiva del mutuante de emplear su dinero de otro modo y que por la falta de disponibilidad de la suma prestada el mutuante experimentara un *lucrum cessans*, de modo que perdiera la ocasión de emplearla ventajosamente, o bien un *damnum emergens*, sufriendo un daño que habría podido evitar si la suma hubiera permanecido a su disposición.

(69) Vid. § 1.619 del *Regulamentum Gregorianum*. En el mismo sentido se volverá a pronunciar el propio BENEDICTO XIV en *De Sínodo dioecessana* (cit. por COVIÁN, «Préstamo», *op. cit.*, pág. 518): «*Siempre ha sido, y es aún la doctrina de la Iglesia Católica, establecida en virtud del acuerdo unánime de todos los Concilios, de los Padres y de los teólogos, que todo provecho sacado del préstamo, es decir, según el lenguaje de la Escuela, sin que el prestamista tenga el título de lucro cesante y de daño emergente, ú otro título extrínseco al préstamo, es usurario y prohibido por el Derecho natural, divino ó eclesiástico*».

(70) Así, *Recent.*, párs. III, dec. 660, núm. 3; párs. IV, T. III, dec. 607, núm. 58; párs. XVI, dec. 139, núm. 37, y dec. 401, núm. 31. En especial en párs. V, T. I, dec. 301, núm. 31 y sigs.: «*Toto autem Coelo allucinantur Haebraei, dum putant impiam eorum usurarum exactionem a Christianis posse tueri ex Deuteronom. C. XXIII, ibi, non foenerabis fratri tuo sed alieno: et sic ex lege Moysis Deus sibi ipsis indulgisse foenerari caeteris: nam pro obiecti resolutione praemonendi sunt usuram, et iure divino, et iure canonico, et iure naturali prohibitam est*».

Es más, en este momento aún se siguen contemplando poderes represivos de la usura otorgados a las autoridades eclesiásticas. En tal sentido, el Breve de CLEMENTE XIII sobre las facultades del Nuncio Apostólico en España, de 18 de diciembre de 1766 (recogido en la *Novísima Recopilación*, ley 4.^a, Tít. IV, Libro II) establece como sexta facultad: «*Igualmente, para averiguar y proceder (...) contra los usureros (...) por vía de acusación, denuncia, ó de oficio, aunque sumaria, simplemente y de plano, y sin estrépito y figura de juicio*».

(71) No obstante, todavía Hugo GROCIO hizo intentos para justificar la licitud de los intereses incluso en los casos de préstamo. En tal sentido, vid. ASCARELLI, «Comentario a los artículos 1.282 a 1.284», en *Obbligazioni pecuniarie*, *op. cit.*, pág. 579, nota 1.

En cualquier caso, la situación económica del momento hizo que los Comentaristas, si bien reafirmaban la posición de la doctrina canonista sobre el préstamo con intereses —como no podía ser de otro modo—, intentaran conciliar la prohibición con algunas

también las normas civiles reconocieron la eficacia de la prohibición canónica (72).

De la prohibición canónica quedaban exceptuados los judíos (73) —a los que por otra parte, obviamente, no les afectaba la sanción de excomunión—, que en gran número se dedicaron al préstamo sobre prendas, asumiendo prácticamente un monopolio (74), y recayendo sobre ellos por este motivo un generalizado odio popular, de modo que *judío* llegó a ser sinónimo de usurero. En Francia, el artículo 10 de la Ordenanza Real de 13 de marzo de 1630 permitió a los banqueros judíos percibir cuatro denarios a la semana por una libra o veinte sueldos (75).

No obstante, los primeros pasos normativos en torno a la afirmación de la licitud de los intereses se dieron en el ámbito germánico, quizás por su relativa desvinculación de la vigencia de la prohibición canónica de los intereses —ligada a la Iglesia católica— y en cambio aplicación de las teorías calvinistas (76) sobre la licitud del beneficio económico (77), con el *Reichabschied* de 1654, cuyo § 174 redimensiona la prohibición con la fijación de un límite, de aproximadamente el 6 por 100 (78), por debajo del que los

situaciones en que la capacidad productiva del dinero admitía un cierto interés. De este modo, se intentó limitar el concepto de *usura* al contrato de préstamo, para seguidamente mantener que no todo lo exigido con ocasión del mismo podía considerarse *usura*, sino únicamente el lucro que excediera el legítimo interés.

(72) Así, las *Capitulares* de los carolingios (*Cap. long.*, 813; *L. long. Lothar.*, 15, 19) y los Estatutos municipales de muchas ciudades italianas, como Bolonia y Turín (aunque no faltaban los Estatutos que sí permitían los intereses, como los de Verona o Parma).

(73) Así, cfr. *Constit. Sicil.*, I, 6; *Constit. piem.*, I, 8, 5; *Stat. Justinopolit.*, II, 76. En España se añadió, aunque en menor medida, a los musulmanes. De este modo, junto a una *usura* tolerada, hay una *usura* admitida.

(74) No obstante, desde el siglo XIII ya se observan repetidos intentos por restringir los privilegios de los judíos en tal sentido, que van desde una simple previsión de requisitos especiales (intervención obligatoria de escribano cristiano; registro público de judíos prestamistas, que debían jurar solemnemente con carácter anual el acatamiento de la tasa...) en la Corona de Aragón (Fueros de Aragón de 1247, IV, fuero 1 *de usuris*; *Constitutions de Catalunya*, III, 4, 6; *Confirmatio fororum et libertarum regni Valenciae* de 1283) y en Navarra (*Amejoramiento del Fuero* de 1330, de Felipe III el Atrevido, Cap. XV), hasta, en Castilla, la prohibición de la *usura judía* (Cortes de 1405) e incluso la presunción de que todas las obligaciones entre judíos y cristianos eran usurarias, admitiéndose sólo aquellas con prestaciones simultáneas (Cortes de 1462). Sobre ello, vid. CLAVERO, «Usura. Del uso económico...», *op. cit.*, págs. 42-43 y 52-53.

(75) Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, trad. por Leonel PÉREZ-NIETO CASTRO, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, pág. 105.

(76) Mientras que, en cambio, LUTERO se mostraba contrario a la licitud de los intereses.

(77) Sobre el influjo del protestantismo en el desarrollo del capitalismo moderno, vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «Capitalismo y protestantismo», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 51-71.

(78) En la práctica, no se admitían intereses superiores al 5 por 100, tanto retributivos como moratorios (vid. ROLL, «Die Höhe...», *op. cit.*, pág. 341, en especial nota 17). En el

intereses se consideraban lícitos y por encima del cual la disposición de dinero podía en cambio considerarse de naturaleza usuraria.

Sin embargo, pese a la existencia de la prohibición canónica, se ha dicho que si en la economía occidental ha habido un principio, una regla siempre y en todas las situaciones contradicha por una práctica contraria (79), ésta fue

mismo sentido se pronunciará en Prusia el ALR de 1794, que establece respecto de ambos tipos de intereses un límite del 5 por 100 para particulares (Theil I, Titel XI, §§ 804, 830 y 841), del 6 por 100 para comerciantes (Theil I, Titel XI, §§ 805 y 832) y del 8 por 100 para judíos (Theil I, Titel XI, § 805).

(79) En tal sentido, es particularmente interesante la «Octava carta escrita a un provinciano por uno de sus amigos», de Blaise PASCAL (en *Obras. Pensamientos. Provinciales. Escritos científicos. Opúsculos y cartas*, 2.^a ed., pról. de José Luis ARANGUREN, trad. y notas de Carlos R. de DAMPIERRE, Ediciones Alfaguara, Madrid, 1983, págs. 126-127; todas las cursivas en las citas que siguen son del original), donde se describen los infinitos medios para eludir la prohibición («tenemos donde elegir»), como a través del *contrato de mohatra* (*loc. cit.*, pág. 127), por el que «se recibe cierta suma al contado quedando comprometido por una suma mayor»: «*el contrato Mohatra es aquel por el que se compran telas a precio elevado y a crédito para revenderlas al momento a la misma persona, al contado y baratas*» (citando a ESCOBAR, tr. III, ex. 3, n. 36); así «*cuando un hombre que tiene necesidad de veinte pistolas [la pistola era una moneda de oro española e italiana que en 1690 tenía un valor de once libras y el peso de un Luis; en Francia se empleaba la denominación en lenguaje corriente para designar las monedas de diez francos] compra a un mercader de tejidos por valor de treinta pistolas pagaderas en un año y se lo revende al mismo por veinte pistolas al contado*» (citando la obra *Epilogus Summarum*, pág. 54). Es decir, consiste en dos ventas simuladas: una al contado, hecha por el prestatario al prestamista, y una recompra a crédito de la misma cosa por un precio superior, que el prestatario deberá pagar en el momento del vencimiento y cuya diferencia con el precio de la primera venta constituye los intereses, y cuyo origen puede encontrarse en el Derecho romano postclásico bizantino (vid. *D.*, 12, 1, 11 pr. y *B.*, 23, 1, 11; cfr. GÓMEZ ROYO, «El mutuo...», *op. cit.*, págs. 80-88). Si bien el mohatra se consideraba en principio prohibido (vid. en España, al respecto, la ley 5, Tít. XXII, Libro XII de la *Novísima Recopilación*, que recoge la Nueva instrucción para los Alcaldes mayores de los Adelantamientos, de 3 de marzo de 1543, de CARLOS I y JUANA I), para PASCAL se podía hacer lícito «*a pesar (...) de que aquel que vende y recompra tenga como intención principal el propósito de obtener un beneficio, con tal, solamente, de que al vender no exceda del precio más alto de los tejidos de esa clase, y que al volver a comprar, no pase del más bajo; y que no se convenga antes sobre ello en términos expresos, ni en ninguna otra forma*» (citando a ESCOBAR), y más allá aún, LESSIUS (se le cita en *de Just.*, l. II, c. 21, d. 16) entiende que «*incluso si se hubiese convenido, jamás se está obligado a devolver el beneficio, si no es tal vez por caridad, en el caso de que aquel de quien se exige se hallase en la indigencia; e incluso con tal de que se pueda devolver sin perjudicarse*». Sobre el contrato de mohatra, vid. el extenso estudio de Ernesto SIMONETTO (*Los contratos de crédito*, trad. por Juan MARTÍNEZ VALENCIA y anotado por Juan V. FUENTES LOJO, Ed. J. M.^a Bosch, Barcelona, 1958, págs. 329-336) y la bibliografía que cita, y FUENTES LOJO («Anotaciones a Simonetto», *op. cit.*, págs. 337-338). Sobre una variante moderna del *contractus mohatrae* (según la cual se acuerda que una parte entregará a la otra un objeto con facultad de enajenarlo en nombre propio para convertirlo en dinero, y retener el producto como un mutuo), vid. ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones* (T. II del *Tratado de Derecho Civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 2.^o-1.^o, 11.^a ed., revis. por Heinrich LEHMANN, 2.^a ed. española, al cuidado de José PUIG BRUTAU, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 414; Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José

la relativa al préstamo con intereses; y si hay un principio antiguo como la regla prohibitiva recogida en el Deuteronomio, confirmado como principio de valor universal e integrado en la legislación civil pero siempre rebatido, éste fue la prohibición de tal préstamo (80). El problema en el fondo se limitaba

ALGUER (en sus «Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus», Vol. 2.^o-1.^o, *op. cit.*, pág. 419) consideran aplicable esta construcción también al Derecho español (curiosamente, en un caso tan reciente como el resuelto por la STS de 17 de marzo de 1998 se invoca por una de las partes que el contrato en discusión, de los denominados de *lease-back*, en realidad no encubría más que un contrato de mohatra, calificación en la que el Tribunal no entra).

En la Edad Media tiene su origen también una figura similar al mohatra y que igualmente busca eludir la prohibición de las *usurae*, el *trinus contractus* (también denominado «contrato germánico»), según el cual se entrega a un comerciante un capital en participación, asegurado mediante un premio de la restitución de todo el capital incluso en caso de haber pérdidas, e igualmente se vende a ese mismo comerciante la parte de incierto beneficio parciario por un precio (normalmente, el 5 por 100 de la suma entregada). Así, consiste en realidad en una operación societaria en la que se combinan tres contratos en uno solo (de ahí su nombre): uno de cuentas en participación, uno de seguro y uno de compraventa. El origen de este contrato ha sido atribuido a los canónigos orientales, al navarro del siglo XVI Martín AZPILCUETA (quien lo habría inventado a solicitud del rey de Portugal para que los comerciantes de Lisboa pudieran contraer préstamos sin incurrir en usura) y a los griegos.

Otro sistema empleado, más como garantía que como modo de encubrir el propio préstamo, es el de los *juicios convenidos*, que se acogía a las peculiaridades de la justicia municipal (hasta el punto de que a fines del siglo XIX algunos juzgados municipales se habían convertido de hecho en verdaderas agencias de préstamos): antes de constituirse el préstamo, el prestamista acude al juzgado, y allí el prestatario reconoce la deuda a favor de aquél, allanándose a la demanda, con lo que el prestamista, al entregar el importe del préstamo, dispone ya de una ejecutoria. Se llegó incluso a tener impresos los correspondientes papeles, con los respectivos huecos. Para eludir la dificultad de que el importe del préstamo impidiera la tramitación de la demanda como de juicio verbal (y la excluyera de la justicia municipal), se fraccionaba el importe en tantas deudas (y tantas demandas) como fuera necesario (cfr. COVIAN, «Usura», en *EJE*, T. XXX, Ed. Francisco Seix, Barcelona, s.f. —ca. 1922—, pág. 643; ESTASÉN, Pedro: «La ley sobre préstamos usurarios», en *RGLJ*, T. CXIV, 1909, págs. 270-276, y T. CXVII, 1910, págs. 5-8; PERAY MARCH, José de: «¿Son lícitos los juicios convenidos?», en *RJC*, T. XIV, 1908, págs. 532-534; y VIZCARRO, C. Fernando, *El préstamo usurario*, Col. Nereo, Barcelona, 1963, págs. 22-23).

(80) Vid. CLAVERO, «Usura. Del uso económico...», *op. cit.*, pág. 40; MAZZONI, «Frutti civili...», *op. cit.*, pág. 19, y PLANIOL y RIPERT, «Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 105-106. Asimismo, PERNOD, Regine, *Histoire de la bourgeoisie en France. Des origines aux temps modernes*, T. II, Ed. du Seuil, París, 1960, pág. 330; PIETTRE, Adam, *Le trois âges de l'économie*, Ed. Ouvrières, París, 1955, pág. 242; TARVERNEAUX, R., *Jansenisme et prêt à intérêt*, Ed. Vrin, París, 1977, pág. 118. Debe igualmente tenerse en cuenta la existencia de excepciones a la prohibición para determinadas categorías de personas, como la ya referida de los judíos, los toscanos (vid. *Stat. Paduae*, c. 862), los «lombardos» —restos de ello quedan aún en el mercado financiero alemán, donde se habla de *Lombard-geschäft*, *Lombarddarlehen*, *lombardieren*, etc.— y finalmente los comerciantes en general [en tal sentido, INZITARI, «Interessi», *Digesto...*, *op. cit.*, pág. 570, nota 12 —y en «Profili...», *op. cit.*, pág. 229, nota 12—; «Gli interessi», en *La moneta* (vol. VI del *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dir. por Francesco GALGANO), Ed. CEDAM, Padua, s. f. (1983), pág. 195, nota 17, e «Interessi legali e maggior danno», *op. cit.*, pág. 107, nota 8].

a la búsqueda de un medio de ganar dinero sin pecar (81), y en tal sentido los intereses fueron un fenómeno estrechamente ligado a la formación del capital comercial y al comienzo del desarrollo que experimentó el comercio en la

Especialmente interesante es la exposición de Henri PIRENNE (*Historia económica y social de la Edad Media*, 13.^a reimp. de la 1.^a ed. en español, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1975, págs. 102-103, y notas 64 y 67 en págs. 176-177; las cursivas son nuestras): en los primeros siglos de la Edad Media, los propios establecimientos eclesiásticos habían desempeñado el papel de verdaderos establecimientos de crédito, pero a partir del siglo XIII (recordemos, época de la construcción tomista en torno a los intereses) rara vez intervinieron como prestamistas, pues además de que difícilmente podían competir con los mercaderes (sobre todo los financieros italianos), con quienes incluso frecuentemente estaban endeudados, «no podían, como los laicos, eludir la prohibición del préstamo con intereses [ergo los laicos la eludían], aunque a veces se hayan permitido violarla», y así en 1228 el abad de Saint-Bertin prestaba dinero *ad usuram*. Por otra parte, se generalizó el empleo de figuras alternativas al mutuo con intereses como modo de eludir la prohibición: rentas o «supercensos» sobre casas, que con un interés «mucho más módico que el interés comercial, ofrece la ventaja de no estar sujeto a la prohibición de la usura y fluctúa generalmente entre el 10 y el 8 por 100, a fines del siglo XV»; rentas vitalicias, pagaderas durante «una o dos vidas» (hasta la muerte del prestamista o la de sus herederos) y utilizadas frecuentemente por las villas a partir del siglo XIII como medio de procurarse recursos extraordinarios (aunque también las abadías constituían rentas vitalicias a favor de sus acreedores)...

(81) En tal sentido, se recurrió a contratos alternativos al mutuo con intereses, que quedaran fuera de la prohibición canónica, como la constitución de renta, las ventas con pacto de retro (en las que el prestamista compra la cosa del prestatario reservándose éste el derecho de recomprarla por un precio mayor, y la diferencia entre ese precio y el originario constituirían los intereses encubiertos), la venta con arrendamiento (estipulada una venta con pacto de retro, el comprador «arrenda» la cosa al vendedor por un precio que constituye en realidad unos intereses), el contrato pignoraticio, la *mort-gage* (especie de prenda que recaía sobre cosa fructífera en la que el acreedor percibía como intereses los frutos de la cosa que se le daba en pignoración), el *interusurium*, los censos, las rentas... ESCRICHE [«Interés c»), *op. cit.*, págs. 166-167] señala como contratos admitidos, equivalentes al mutuo con intereses, el contrato trino, el censo consignativo y la compraventa con pacto de redención o retroventa.

Se llegaron a realizar construcciones tan alambicadas como entender que el préstamo a intereses podía entenderse como una participación del prestamista en las pérdidas y ganancias del prestatario, determinada *a forfait* en la cuantía del capital más los intereses. Igualmente, en la mitad del siglo XVII se habían llegado a proponer soluciones tan peregrinas como la que «sólo consiste en el uso de ciertas palabras que hay que pronunciar al prestar el dinero; después de las cuales se puede obtener beneficio sin temor a que sea usurario, como lo habría sido sin duda de otro modo»; «aquel a quien se pide dinero contestará de esta manera: “no tengo dinero que prestar; sí lo tengo para poner a rédito honrado y lícito. Si deseáis la suma que pedís para hacerla fructificar por vuestra industria yendo a medias en ganancias y pérdidas, tal vez me decidiese. Bien es verdad que a causa de lo difícil que es ponerse de acuerdo sobre el beneficio, si me queréis garantizar uno seguro y también el capital de la renta, de suerte que no corra ningún riesgo, nos pondríamos pronto de acuerdo y os entregaría el dinero ahora mismo”» (BAUNY, Etienne, *Suma de los pecados*, prefacio, cit. por PASCAL, «Octava carta...», *op. cit.*, pág. 126; las comillas de la última frase son del original). Ello hace que en esta época PASCAL ironice sobre estos razonamientos: «he aquí unas palabras muy fuertes; os juro que si no supiese que proceden de buena fuente, las tomaría por algunas de esas palabras mágicas que tienen el poder de romper un encantamiento. Sin duda tienen alguna virtud oculta para alejar la usura que yo no comprendo; porque siempre he pensado que ese pecado consistía en obtener más dinero que el que se ha prestado» (*ibid.*).

Baja Edad Media, de modo que finalmente cuando la doctrina canónica terminó por admitir las *usuræ* por exigencias de la economía, las llamó «intereses» (*interesse, id quod interest*), como indemnización justa por la privación temporal de la cantidad prestada (82), en una línea de pensamiento que en fechas tan relativamente recientes como 1880 aún seguía afirmando que «el préstamo es gratuito por su naturaleza (...). Permítese, no obstante, estipular algún interés en el préstamo de cosas que se consumen por el uso, para indemnizar al prestamista de los perjuicios que pueda experimentar por la privación de las cosas que presta, para compensarle del daño emergente ó del lucro cesante ó naciente» (83).

En tal sentido, sobre todo a partir de la citada Encíclica *Vix Pervenit* de 1745 —que, como vimos, relajaba en cierto modo la prohibición canónica—, se aceptaba (aunque no por todos los autores) que sí sería admisible el devengo de intereses de incurrirse en alguna de estas circunstancias o títulos justificativos (los «requisitos del Castrense», a que antes nos referimos): *periculum sortis*, *damnum emergens* y *lucrum cessans*. Con la primera se admitió la generación de intereses en situaciones de especial riesgo para el capital, principalmente en el tráfico comercial marítimo (84), si bien se distinguían un peligro intrínseco o general, que es de temer en todo mutuo y por el que nada podría reclamarse, y un peligro extrínseco o especial, proveniente de la calidad del mutuuario o de la negociación, por el que sí se podría reclamar una compensación proporcionada (85). Con las otras dos,

En el fondo suponía seguir, aunque tal vez de un modo extremo, la doctrina del moralista jesuita Antonio ESCOBAR Y MENDOZA, quien sostenía que la moralidad de las acciones dependía de la intención moral del individuo y no del valor objetivo de las acciones mismas (y que fue rechazada por muchos, entre ellos el propio PASCAL, como una excusa para el relajamiento moral). En tal sentido se entiende que la usura «no consiste más que en la intención de obtener un beneficio como usurero. Y por eso es por lo que nuestro padre Escobar consigue evitar la usura con una simple desviación de intención. Está en el tr. III, ex. 5, n. 4, 33, 44: Sería usura, dice, obtener beneficio de aquellos a quienes se presta, si se exigiese como debido en justicia; pero si se exige como debido por agradecimiento, no es usura. Y en el n. 3: No está permitido tener intención de aprovecharse del dinero prestado directamente, pero pretenderlo por medio de la benevolencia de aquel a quien se ha prestado (...) no es usura» (PASCAL, «Octava carta...», *op. cit.*, pág. 126; las redondas se corresponden con cursivas del original).

(82) Cfr. CLAVERO, «Interesse: traducción...», *op. cit.*, págs. 39-97 (también en «Usura. Del uso económico...», *op. cit.*, págs. 60-100).

(83) Así, ALLENDE SALAZAR, A., «Definición del interés: sus clases», en «Cuestiones de Derecho civil», en *RGLJ*, T. LVI, 1880, págs. 629-630; las redondas se corresponden con cursivas del original.

(84) Al igual que sucedía con el *foenus nauticum* o *pecunia traiectica*, de época romana (vid. *supra* en el texto).

(85) El título justificativo del *periculum sortis* era ya reconocido con anterioridad a la *Vix pervenit*. Así, a consultas de misioneros en China, respondieron el 12 de septiembre de 1645 los calificadores del Santo Oficio y de la Sagrada Congregación para la Propagación de la Fe, con aprobación pontificia: «por razón del mutuo inmediata y precisamente

se justificaron los intereses moratorios en las obligaciones de dinero. Dado que difícilmente habría un mutuo en que el que no concurriera alguna de estas tres circunstancias, la interdicción radical de los intereses quedó privada de virtualidad efectiva.

Todavía en las *Decretales* subsistía nominalmente la prohibición, y es en 1821 cuando la Sacra Congregación del Santo Oficio reconoce que por sí mismo el préstamo con intereses no era pecado. No obstante, no será hasta el siglo xx cuando la legislación canónica admita (si bien indirectamente) la licitud de los intereses. Así, en el Código de Derecho Canónico de BENEDICTO XV, de 27 de mayo de 1917, al tratar del contrato de préstamo (86), se recoge y flexibiliza la doctrina de la *Vix Pervenit*: en el contrato de préstamo, al ser de suyo improductiva la cosa fungible, no es lícito exigir lucro alguno, pero, de existir un título legítimo *extrínseco* (lucro cesante, daño emergente o peligro de perder el capital prestado), podrá percibirse el lucro que a dicho título corresponda (87).

6. REFERENCIA AL DERECHO ISLÁMICO

El Derecho islámico (88) (*shari'a*) ha observado una prohibición similar a la del Derecho canónico medieval, que sin embargo continúa hasta hoy, al

ningunos intereses podían pedir los mutuentes o prestamistas; pero que si exigían algo por el peligro que probablemente había según lo consultado, no se les debía inquietar de modo alguno, con tal que se tuviese cuenta de la calidad y probabilidad del peligro, y se guardase proporción entre el mismo peligro y los intereses exigidos».

(86) Canon 1.543: «I. Si se da a uno alguna cosa fungible de modo que la propiedad pase al mismo y después haya de devolver otro tanto en la misma especie y calidad, no puede percibirse lucro alguno por razón precisamente del mismo contrato de préstamo. II. Sin embargo, al prestar una cosa fungible, no es de suyo ilícito pactar que se paguen los intereses legales, a no ser que conste que son excesivos, o también otro lucro superior, con tal que exista título justo y proporcionado para ello».

(87) El actual Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983, en su canon 1.290 se remite, respecto de los contratos, al Derecho Civil de cada territorio, por lo que cabe entender que acepta plenamente, al menos en el caso de España (y de la mayor parte del mundo), la licitud del préstamo con intereses.

(88) Con base en el *Corán*, sura II, v. 276-279: «Los que tragan el producto de la usura se levantarán el día de la resurrección como aquel a quien Satán ha mancillado con su contacto. Y esto porque dicen: La usura es lo mismo que la venta. Dios ha permitido la venta y prohibido la usura. Aquel a quien llegue esta advertencia del Señor y que ponga término a esta iniquidad, obtendrá el perdón del pasado: su suerte dependerá entonces de Dios. Los que vuelvan a la usura serán entregados al fuego, donde permanecerán eternamente. / Dios aniquila la usura y multiplica con usura el premio de las limosnas. Dios odia al hombre incrédulo y criminal. Los que creen y practican las buenas obras, que hacen la oración y dan limosna, recibirán una recompensa de su Señor y el temor no descenderá sobre ellos y no serán afligidos. / ¡Oh creyentes! Temed a Dios y abandonad lo que os queda todavía de la usura, si sois fieles. / Si no lo hacéis, esperad la guerra de parte de Dios y de su enviado. Si os arrepentís, os queda aún vuestro capital. No lesionéis a nadie

menos nominalmente. Así, en la actualidad no se pacta el devengo de los intereses (*ribā*) por parte de los bancos islámicos, y en ciertos países (como Arabia Saudí, Libia, Irán y Pakistán) la prohibición de la *ribā* es estrictamente respetada (89). La conciliación del imperativo del respeto al Derecho religioso con la necesidad de la configuración de una situación atractiva para las inversiones y la colocación de capitales ha impulsado que se recurra a subterfugios (*hiyal*) (90), cuya licitud es reconocida por el propio Derecho islámico (91), y que son, principalmente, la venta o arrendamiento con condición resolutoria (*Khīar ach chart*), combinada con el pago anticipado del precio; la venta con pacto de retro (*bay' al-wafā'*, *bay' al-'uhda*); la venta doble (92) (*Baya'tani fi bay'ah*), que derivó en el *inah* (93) o *muhātarah* (de donde se tomó el contrato de mohatra) (94); el *bay wa salaf* (95), e incluso el contrato de comisión (96).

Tradicionalmente se ha considerado que en realidad habría dos tipos de *ribā* (97): una en la que el beneficio del acreedor sería el resultado de una obligación pecuniaria (*ribā al-nasī'a*, que determina el campo de la usura en sentido técnico), y otra en la que ese beneficio resulta de un desequilibrio entre las prestaciones relativas al intercambio de bienes o a la prestación de

y no seréis lesionados» (según la edición de *El Corán*, Ed. Azahara, Granada, 1994, págs. 34-35; las cursivas son nuestras).

(89) En cambio, en Túnez sí se admite la plena licitud de los intereses. Por otra parte, en los países en que la legislación no se pronuncia, ha sido la jurisprudencia la que ha oscilado entre considerar que es plenamente vigente la prohibición coránica (Emiratos Árabes Unidos, Kuwait o Marruecos) o que son admisibles los intereses aunque sometidos a un límite cuantitativo (Egipto, Siria o Irak).

(90) Al respecto, vid. CARDAHI, Choucri: «Le prêt a intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique (Analyse et synthèses comparatives)», en *Rev. Int. D. Comp.*, T. VII, núm. 3, julio-septiembre de 1955, págs. 532-534.

(91) En las escuelas jurídicas se llegó a crear una verdadera ciencia de las *hiyal* ('ilm al-hiyal).

(92) A vende a B un objeto por 400 dinares pagables a tres meses, y se lo recompra simultáneamente por 300 dinares pagables al contado o a un corto plazo. B recibe inmediatamente (o en un plazo breve) el precio de 300 dinares, que es en realidad la suma prestada, y al fin del trimestre pagará 400 dinares, el precio del objeto vendido, que en realidad representa la devolución del préstamo aumentado por los intereses.

(93) Se terminó por considerar que había *inah* en todo caso en que entre lo que el vendedor cedía y lo que recibía hubiera una diferencia, sea de cantidad, sea de calidad, como cuando se vendía una cosa de 80 dinares por 100, a pagar en tres meses.

(94) Que ya hemos visto *supra*, en nota 79.

(95) Contrato consistente en dos operaciones distintas: un préstamo gratuito, que es el contrato principal, y un contrato de venta, del prestamista al prestatario, de un objeto de valor mínimo, pagándose como precio de este objeto la cuantía de los intereses.

(96) A encarga a B la adquisición de una mercancía por 10, abonándosela por 12 después de tres meses.

(97) Cfr. PICCINELLI, Gian Maria, «Ribā», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, T. XVII, Ed. UTET, Turín, 1998, págs. 495-496.

servicios (*ribā al-fadl*), ligada a la distinción (98) entre obligaciones *dayn* (de naturaleza pecuniaria, y por ello objeto de mayor atención por su mayor facilidad de recaer en la *ribā*) y obligaciones *‘ayn* (de intercambio de cosas, y por tanto preferidas dada la presencia de una cosa que garantiza la licitud de la relación obligatoria y justifica la ganancia derivada de ella). De este modo, se ven más favorablemente los contratos de intercambio en que las prestaciones se cumplen simultáneamente, sobre todo cuando tienen por objeto bienes que pueden cambiar de calidad y valor en el tiempo, a fin de evitar que una de las partes pueda, con especulaciones ilícitas, obtener un beneficio que no sea proporcionado, equitativo y justificado por la actividad de las partes o la finalidad del contrato. En esta línea, se considerarán *ribā* los excesos de cantidad o diferencias de calidad respecto de lo pactado, los servicios prestados por el deudor más allá de la prestación principal y fuera del acuerdo inicial de las partes, y los retrasos o modificaciones del cumplimiento (incluido su lugar), y en tales casos serán nulas (*fāsid*) las obligaciones en que no haya proporción entre los beneficios y sacrificios de las partes y el bien o servicio objeto del contrato, de modo que todo enriquecimiento injustificado será *ribā*.

No obstante, últimamente han surgido en el ámbito islámico algunos autores (99) que abogan por una interpretación distinta de la *ribā*, similar a la realizada a partir del siglo XVIII en Europa en relación con la doctrina canónica sobre los intereses, con base en que la prohibición coránica se basaría en consideraciones morales y humanitarias, no jurídicas, y que lo prohibido es básicamente la explotación de las necesidades de una persona en dificultades financieras, más que un «incremento» acumulado al acreedor en un préstamo. Un «incremento» que se da al acreedor en una transacción financiera no debería considerarse *ribā* sólo el mero hecho de ser un incremento: no todos los supuestos de intereses son *ribā*, sino que sólo lo serían aquéllos que supongan una falta de equidad para alguna de las partes. De esta forma, serían las circunstancias de cada operación particular, sus partes, el poder relativo de cada parte frente a la otra y el entorno económico y social lo que debe determinar si una operación en concreto debería ser prohibida como *ribā*.

A lo largo de la Edad Media, la literatura *fiqh* fue configurando cada vez más esas consideraciones morales y humanitarias como propiamente

(98) Con base en el Corán, sura II, v. 282: «(...) No desdeñéis poner por escrito una deuda, sea pequeña o grande, indicando el plazo del pago. Este procedimiento es más justo ante Dios, más acomodado al testimonio y más propio para desvanecer toda clase de dudas, a menos que la mercancía no esté allí en vuestra presencia y que no la paséis de mano en mano; entonces no podría haber pecado si no ponéis la transacción por escrito (...)».

(99) Vid., por todos, SAEED, Abdullah, *Islamic banking and interest. A study of the prohibition of Riba and its contemporary interpretation*, Ed. E. J. Brill, Leiden/Nueva York/Colonia, 1996.

jurídicas, y se restringió la institución del préstamo (*qard*) a propósitos humanitarios, por lo que hubo de acudir a los ya referidos *hiyal* o subterfugios para los préstamos con fines distintos de las necesidades básicas de las personas. En la actualidad, los intentos por autores más vanguardistas, como Fazlur RAHMAN, de aproximarse a la *ribā* y a su prohibición en términos más flexibles y enfatizando que la base de la prohibición coránica sería la falta de equidad han chocado con ciertas escuelas jurídico-religiosas islámicas conservadoras, que han establecido la interpretación tradicional como norma inmutable del Derecho islámico, bloqueando cualquier intento de entender la materia de la *ribā* desde una perspectiva estrictamente moral.

Sin embargo, la interpretación tradicional ha entrado en colisión con el enorme desarrollo que desde la década de los setenta han experimentado varios países petroleros árabes, que les ha llevado a fundar bancos islámicos y centros islámicos de estudios bancarios y financieros. Inicialmente, los bancos islámicos intentaron aplicar la interpretación tradicional de la *ribā* utilizando como base, sobre todo en sus operaciones inversoras, conceptos del Derecho islámico como la *mudāraba* y la *musharaka* (reparto de pérdidas y ganancias), pero la experiencia no fue satisfactoria, y pronto encontraron que no podían usar los conceptos tal y como fueron desarrollados en la *shari'a* al tender demasiado al riesgo. Los bancos islámicos se encontraron con que debían ser *islámicos* a los ojos de sus clientes, a la vez que rentables en la inversión en negocios de bajo riesgo o sin riesgo para el beneficio de estos clientes y sus accionistas. Por ello, tuvieron que despojar las dos figuras de la *mudāraba* y la *musharaka* de varias de sus características básicas a fin de convertirlas casi en negocios a corto plazo sin riesgo, en que el banco podía adelantar un capital sobre la base de una devolución más o menos determinada. Sin embargo, lo estrecho del margen que esto les permitía llevó a que los bancos islámicos recurrieran a otros mecanismos sin riesgo del Derecho islámico, desarrollados por sus asesores jurídicos y religiosos, como la *murabaha* (venta con devolución determinada), el *bay' mu'ajjal* (venta con pago aplazado) y la *ijara* (arrendamiento), adaptándolos a fin de hacerlos prácticamente equivalentes a un préstamo con intereses. En cambio, en relación con los depósitos los bancos islámicos sí han seguido una aplicación estricta de la interpretación tradicional en torno a la *ribā*, y niegan la retribución con cualquier tipo de intereses a sus depositantes, incluso como compensación por su pérdida de valor por la inflación: han destacado que los bancos en el Derecho islámico, como *mudarib*, no pueden ser hechos responsables por sus fondos.

Precisamente por la necesidad de disponer también en los países islámicos de instrumentos económicos adecuados a las exigencias de la economía internacional moderna, ya desde inicios del siglo xx ha existido

una importante corriente doctrinal tendente a la admisión de la licitud de los intereses bancarios, incluso dentro de las propias autoridades religiosas (100).

Así, Mohamed 'ABDUH, mufti de Egipto de 1899 a 1905, declaró en una *fatwā* de 1903 (publicada en 1905) la licitud de los intereses pagados por los depósitos en las cajas de ahorro. Al efecto, distingue entre el interés usurario (el más radical, que se producía en la época preislámica) y la «participación en los beneficios de un negocio lícito», y considera lícito el interés bancario siempre que tenga la naturaleza de un «dividendo» o una «ganancia» derivados de los beneficios de la gestión general de la caja de ahorros (con lo que, sin nombrarlo, está haciendo referencia a un sistema de *mudāraba*).

También en esa línea, su discípulo el shayh Mahmūd SHALTŪT introdujo desde 1957 argumentos éticos para defender la licitud de la percepción de intereses por los depósitos bancarios, subrayando los valores de solidaridad (*takāful*) y cooperación social (*ta'āwwun*), que se traducen en los efectos económicos positivos que se derivan del empleo productivo del dinero que reciben los bancos. Así, afirma que quien realiza un depósito sabe que el banco empleará su dinero en operaciones comerciales con un específico valor económico, del que se podrán beneficiar, además de los titulares de los fondos, los empleados del propio banco, el Estado y toda la sociedad. De esta forma, buscando salvaguardar e incrementar su propio capital a través del ahorro, el musulmán podrá conseguir lícitamente un «beneficio» como parte de una utilidad económica y social más amplia, y ese beneficio no será consecuencia ni de los intereses sobre una deuda que puedan considerarse *ribā* ni de los rendimientos de un préstamo que lleguen a estar legalmente prohibidos, sino que es un incentivo al ahorro y a la cooperación respaldada por la *shari'a*.

Finalmente cabe citar en esta corriente al mufti egipcio Mohamed SAYYID TANTAWI que desde 1989 ha afirmado la licitud de los intereses pagados por el Estado por los títulos de deuda pública (*shahadāt al-istihmār*) y los bonos del Tesoro (*udhūn al-hizāna*). Mediante los fondos recibidos con la venta de tales títulos, el Estado puede realizar operaciones de utilidad social que mantienen el desarrollo económico del país, y en este caso los intereses (que normalmente se denominan *fā'ida*) pasan a denominarse utilidad (*'ā'id*), suponiendo tanto la cuota de beneficio derivada de las inversiones públicas que corresponde a cada ahorrador como el incentivo para la movilización de los capitales como instrumento de solidaridad y cooperación social.

Asimismo se ha pronunciado en este sentido un importante sector «laico» de la doctrina, menos ligado a los esquemas religiosos tradicionales y por tanto sobre argumentos más racionales y menos ético-religiosos, en el que

(100) Cfr. PICCINELLI, «Ribā», *op. cit.*, págs. 496-497.

destaca 'Abd al-Razzāq Ahmad AL-SANHŪRĪ (101), que distingue entre la usura preislámica (*ribā al-gāhiliyya*) y la usura (en el sentido de intereses) en los intercambios (*ribā al-fādl*) y en los créditos (*ribā al-nasī'a*); la segunda es un medio para llegar a la tercera, que a su vez es el presupuesto de la primera, que será lícita sólo en caso de extrema necesidad (*darūra*) mientras que las otras serán admisibles por simple necesidad (*haga*). Con esta posición, será el legislador quien establezca la «gravedad» mínima de los intereses por debajo de la cual puedan considerarse aceptables, y así en los Códigos nacidos bajo el influjo de SANHŪRĪ se fija, junto al tipo de interés legal, un tipo máximo de intereses hasta el cual las partes pueden acordarlos libremente, y en otros países es la jurisprudencia la que —con referencias a las obras de SANHŪRĪ— establece un tipo de interés legal como límite de referencia para la reducción de los intereses convencionales.

7. SITUACIÓN EN ESPAÑA DURANTE LA EDAD MEDIA

En España, si bien inicialmente (102) se permitió la existencia de intereses en el préstamo, pronto la influencia del Derecho canónico hizo que comenzara a restringirse su admisión. Sin embargo, frente a la generalizada prohibición, en España durante un largo período se seguirá el simple sistema de tasa de la *usura*, aun en sínodos catalanes y aragoneses posteriores al IV Concilio de Letrán (103).

Sin embargo, desde mediados del siglo XIII, con la recepción general de las Decretales de GREGORIO IX, la cosa cambió, quedando restringida a los judíos la posibilidad de exigir intereses lícitamente y estableciéndose para los cristianos la pena de privación de sepultura eclesiástica (104).

El Ordenamiento de Alcalá de 1348 (105), yendo aún más allá, estableció una prohibición total de los intereses, al disponer que lo prestado con intereses no se pudiera recobrar, imponiendo además al prestamista la pena pecuniaria de la cuantía de lo prestado, la primera vez; la mitad de sus bienes la segunda y todos sus bienes la tercera, y además la revocación de los privilegios de los ju-

(101) Padre del Código Civil egipcio de 1949 y del iraquí de 1951, así como de los que se derivan de ellos.

(102) Vid. las leyes 8 y 9, Tít. VI, Libro V del *Fuero Juzgo*, que establecen para los préstamos de dinero un tipo de interés del 1 por 8 (12,5 por 100) anual, bajo pena de pérdida de todos los intereses de haber exceso; y en caso de préstamo de otras cosas, una tercera parte de lo recibido al año.

(103) Cfr. CLAVERO, «Usura. Del uso económico...», *op. cit.*, pág. 40.

(104) Ley 6 (que permite a los judíos unos intereses de 3 por 4 al año —75 por 100—, declarando la nulidad del exceso), Tít. II, Libro IV del *Fuero Real*; y leyes 9, Tít. XIII de la *Partida I*; 31, Tít. XI, *Partida V*, y 4, Tít. VI, *Partida VII*.

(105) Leyes 1 y 2 del Tít. XXIII, sobre los cristianos y los judíos y moros, respectivamente.

díos (106). Sin embargo, esa prohibición respecto de los judíos fue más teórica que real, pues el propio ALFONSO XI, autor del Ordenamiento, y sus sucesores volvieron a concederles cartas y privilegios para el ejercicio de la usura (107).

No obstante, con posterioridad, si bien sin dejar de observar las *usurae* con cierta desconfianza, se toleró la fijación de intereses para determinados casos, estableciendo el límite en el 10 por 100 (luego reducido al 5 por 100) anual (108).

Entre los Derechos forales (109), en Cataluña el sentido práctico comercial de sus habitantes hizo que, pese a la general preponderancia del Derecho canónico, no se adoptaran las rígidas normas sobre los intereses del *Codex Iuris Canonici* y sí las del Derecho romano. No obstante, las normas reales tendían a la restricción de las usuras para los cristianos (no se decía nada del resto, luego por ejemplo los judíos sí podían prestar a interés) (110).

En Aragón, su régimen legal se identificaba con las normas canónicas, sin especialidades, e incluso se facilitaba extraordinariamente la prueba de la usura. En Navarra, el Fuero General se limitaba a tasar la *usura*, y el posterior Amejoramiento foral de 1330 la prohibirá a los cristianos, y respecto de los judíos se permitirá pero tasada.

8. DESDE EL SIGLO XIX A LA ACTUALIDAD

Finalmente, en el siglo XIX el progresivo influjo de los principios del liberalismo y el desarrollo del tráfico económico, debido a la creciente indus-

(106) En tal sentido, declaraba que «(...) *tenemos por bien, è defendemos, que de aquí en adelante ninguno nin Judio, nin Judía, nin Moro, nin Mora non sea osado de dar à logro por sí, nin por otro. Et todas las Cartas è previlegios è fueros que les fueron dados fasta aquí porque les fue consentido de dar à logro en ciertas maneras, è aver Alcalles, è entregadores en esta raçon, Nos los quitamos è revocamos, è los damos por ningunos con Consejo de nuestra Corte. Et tenemos por bien que non valan de aquí adelante, como aquellos que non pudieron ser dados, nin deven ser mantenidos, porque son contra ley segunt dicho es*» (Tít. XXIII, ley 2.ª).

(107) Entre otros motivos, porque los propios reyes acudían a su financiación para afrontar los gastos del Estado.

(108) Leyes 20-22, Tít. I, Libro X de la *Novísima Recopilación*: la primera, de CARLOS I y JUANA I (Petición 96 de Madrid, de 1534; 87 de Toledo, de 1539; y 78 de Valladolid, de 1548), estableció unos intereses máximos del 10 por 100, recuperando el límite de las antiguas *usurae centesimae*; la segunda, de FELIPE III (Pragmática de Aranjuez de 1608), fijaba restricciones al préstamo con intereses por mercaderes; y la tercera, de FELIPE IV (Pragmática de Madrid de 14 de noviembre de 1652), reducía el máximo al 5 por 100. La ley 1, Tít. XXII, Libro XII (Ley 2, Tít. 23 del Ordenamiento de Alcalá, y Petición 2 de Madrid de 1395, de ENRIQUE III) revoca las cartas, fueros y privilegios que permitían a los judíos y moros el *dar a logro*.

(109) Cfr. VIZCARRO, «El préstamo usurario», *op. cit.*, págs. 26-27.

(110) Así lo dispusieron JAIME I (Tarragona, 1234) y JUAN I (Barcelona, 1395), siguiendo las leyes 20 y 29, Tít. I, Libro XXXII del *Digesto*.

trialización a raíz de la Revolución Industrial, exigían una flexibilización del pacto de intereses que facilitase un desarrollo de la actividad bancaria de préstamo y crédito. Ello, junto a la constatación de que la restricción de los intereses era contraproducente (al hacer que su cuantía se disparara en la práctica, ya que los prestamistas al aumentarse el riesgo aumentaban también el tipo de interés, con lo que la prohibición de los intereses iba en contra de las propias personas que necesitaban dinero) dio por resultado primero la admisión de la «normalidad» de la generación de intereses mercantiles (111), y posteriormente la proclamación general de la libertad de tipos de interés con los Proyectos de Código Civil de 1836 (112) y 1851 (113) y, finalmente, la Ley de 14 de marzo de 1856 (114), lo cual se plasma también en la jurisprudencia (115).

(111) Artículos 397 y 398 del Código de Comercio de 1829, que fijan respectivamente un tipo legal del 6 por 100 anual para los réditos de valores y también como máximo para los préstamos.

(112) Su artículo 1.336 declaraba la licitud del pacto de intereses, si bien debía figurar por escrito. El siguiente artículo se remitía a una ley especial para la fijación del máximo de intereses permitido.

(113) Su artículo 1.649 también aceptaba el pacto escrito de intereses, y el 1.650 fijaba un máximo del doble del tipo legal, siendo el exceso reducido a esa cuantía por los tribunales.

(114) Sobre el contenido de esta importante Ley, cfr. ESCRICHE, «Interés c)», *op. cit.*, pág. 152; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, T. III, 2.^a ed., Establ. Tipogr. «Sucesores de Rivadeyra», Madrid, 1891, pág. 814; y SANTARÉN, Norberto, «Sobre la reclamación de intereses en el contrato civil de préstamo», en *RGLJ*, T. XXVII, 1865, págs. 314-315. La Ley de 14 de marzo de 1856 fue extendida a todas las provincias de Ultramar por Real Decreto de 21 de julio de 1864.

También es expresiva de la nueva situación de reconocimiento de la licitud de los intereses la Exposición de Motivos de la LH de 1861, que señala (respecto a la posibilidad de garantizar los intereses por hipoteca): «¿Debe ser extensiva la hipoteca a garantir los intereses del capital asegurado por ella? Nada dice de esto nuestro Derecho antiguo, ni era de presumir que lo dijera cuando tan severamente reprobaba la usura, entendiendo que era todo aquello que el deudor tenía que dar al acreedor en cuanto excediera de la misma suma prestada, y considerando lícito el interés cuando lo admitían en el fuero de la conciencia los moralistas más rígidos. Pero desde que el Derecho escrito empezó a mitigar el rigor antiguo; desde que prevaleciendo otros principios económicos-políticos, quedó para siempre destruido el error de que el dinero no era productivo; desde que el legislador se convenció de que las graves penas para extinguir el dinero se cometían contra las personas para cuya protección se habían dictado pues tenían que pagar un interés más alto por los capitales que recibían (medio de compensar en cierto modo los peligros que corría el prestamista), no podían dejar de considerarse afectas las fincas hipotecadas al pago de los intereses, como lo estaban al del capital. Así lo viene entendiendo la práctica; así está aceptado por regla general en los demás pueblos de Europa; así creyeron que debían proponerlo los redactores del proyecto de Código Civil».

(115) Así, antes del Código Civil cabe citar las SSTs de 22 de enero de 1863, 7 de abril de 1866, 2 de junio de 1870, 11 de octubre de 1875, 10 de mayo de 1881 y 30 de octubre de 1884.

No faltaron voces en la doctrina española, sobre todo al final de esta evolución, a favor de la licitud de los intereses. Así, ESCRICHE (116) señalaba cuál era la interpretación que había de darse al texto de *Lucas* 6,35, que no se referiría al préstamo con intereses, de modo que ni lo prohibiría ni lo aprobaría. El *mutuum date nihil inde sperantes* no significaría «*prestad sin exigir intereses*», sino «*prestad, aunque no esperéis correspondencia, aunque temáis que aquel a quien prestáis no os hará otro servicio igual, aunque sepáis que aquel a quien prestáis os ha de ser ingrato*», y en cualquier caso no sería más que una expresión del precepto de caridad que manda a todos los hombres socorrerse unos a otros, de modo que convertirlo en un precepto de rigurosa justicia, hasta el punto de calificar de pecado o crimen todo préstamo, es chocar con la razón. Concluye así que «*lo que Jesucristo ordena realmente es que todos los hombres se traten como hermanos, que el bolsillo de uno esté abierto para el otro en sus necesidades, y que no se vendan los socorros que mutuamente se deban*».

9. LA AFIRMACIÓN DOCTRINAL DE LA LICITUD DE LOS INTERESES

El debate sobre la licitud de los intereses será largo y difícil, y su finalización señalará el nacimiento del moderno capitalismo mercantil e industrial: hay un estrecho nexo causal entre el nuevo Derecho del capitalismo moderno, que nace a finales del siglo XVIII, y la definición de los intereses como frutos civiles. Cuando, correlativamente al creciente desarrollo de la economía mercantil, el dinero comienza a representar un instrumento para la inversión más que para el consumo, comenzó a superarse la prohibición canónica de los intereses en todos los países europeos (117).

Como dijimos, los primeros pasos en la Edad Moderna sobre la licitud de los intereses provienen del Imperio Germánico, con el *Reichabschied* de 1654, que fijaba un límite bajo el cual los intereses se consideraban lícitos.

Sin embargo, es con la conceptualización de los intereses como frutos civiles cuando la aceptación de la licitud de los intereses recibe un impulso definitivo. Los motivos del encuadre de los intereses entre los frutos civiles, que se produce y consolida con las codificaciones de finales del siglo XVIII y parti-

(116) ESCRICHE, «Interés c)», *op. cit.*, págs. 154-156. En el mismo sentido de reconocer la licitud de los intereses sobre estos fundamentos, ya se había pronunciado TURGOT (vid. *infra* en el texto). Asimismo, vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, T. IV (Derechos de obligaciones. Derecho de la contratación), 2.ª ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, pág. 841; y VALLÉS, «Del préstamo a interés...», *op. cit.*, págs. 57-59.

(117) Vid. INZITARI, «Gli interessi», en *La moneta*, *op. cit.*, pág. 195, e «Interessi legali e maggior danno», *op. cit.*, pág. 107.

cularmente con el *Code* francés, derivan de la necesidad de afirmar la licitud formal del préstamo con intereses, relacionándola con la consecución de un cierto estadio de la economía mobiliaria comercial e industrial: se considerará que la circulación del capital, el crédito y los intereses encuentran su lugar en una economía mobiliaria, ligada al comercio y a la industria, que coexiste con la estructura económica tradicional ligada a la tierra y a un sistema de relaciones jurídicas de prevalente interés agrícola e inmobiliario. De la compensación derivada de la cesión del uso de cosas infungibles, que tiene como modelo jurídico el contrato de arrendamiento, se pasa sin solución de continuidad al rédito derivado de la cesión del disfrute (que en este caso puede producirse sólo a través de la transmisión de la propiedad) de bienes fungibles, de capitales, equiparándose los intereses sobre capital a la merced arrendaticia inmobiliaria.

La autoridad de la doctrina religiosa en la materia hacía que los juristas afirmasen su propia incompetencia para abordar la materia. Así, sólo los economistas como TURGOT o los moralistas «heréticos» como VOLTAIRE podían rebatir el principio prohibitivo basándose únicamente sobre hechos, la realidad del comercio: «*que el préstamo con intereses sea puramente objeto de la ley civil, porque sólo ella preside el comercio*» (118). Por ello, la afirmación explícita de la licitud de los intereses se produce por primera vez en Francia con los fisiócratas, particularmente con TURGOT.

TURGOT critica a los escolásticos la prohibición de los intereses, entendiendo que el préstamo es un contrato recíproco, libre entre las dos partes, que lo realizan sólo porque les es ventajoso (119). Los intereses no consistirían más que en la estimación del precio que corresponde a la ventaja para el prestatario por disponer del dinero y el correlativo inconveniente al prestamista por estar privado de él, y que por tanto ha de ser mayor en caso de que el prestamista corra un riesgo por la insolvencia del prestatario (120).

Para este autor, el texto *Mutuum date nihil inde sperantes* es mal interpretado por los escolásticos, pues este pasaje ha de ser entendido como un

(118) VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Ed. Garnier-Flammarion, París, 1964, pág. 269: «*Que le prêt à intérêt soit purement un objet de la loi civile, parce qu'elle seule préside au commerce*».

(119) Así, señala que entender «*que el Prestamista toma ventaja de la necesidad de dinero del Prestatario para demandar unos intereses por ello es hablar tan absurdamente como si se dijera que un Panadero que pide dinero por el pan que vende toma ventaja de la necesidad de pan del Adquirente. Si, en el último caso, el dinero es el equivalente del pan que el Adquirente recibe, el dinero que el Prestatario recibe hoy es igualmente el equivalente del capital y de los intereses que promete devolver a la expiración de un cierto tiempo*» [TURGOT, *Reflections on the formation and the distribution of riches* (1770), trad. al inglés de William J. ASHLEY, Augustus M. Kelley Publishers, Nueva York, 1971, págs. 68-69].

(120) *Loc cit.*

precepto de caridad (todos los hombres deben socorrerse entre ellos, sin pedir nada a cambio), y no como un precepto de justicia rigurosa aplicable a todos los casos en que el préstamo es posible (121).

Asimismo, al igual que critica la posición contraria a los intereses, TURGOT defiende su licitud. En ese sentido, entiende que constituyen la compensación del riesgo que el capital puede correr (122); que el préstamo con intereses en realidad no es sino una compraventa del uso del dinero entre prestamista y prestatario, «*exactamente como el Propietario de una finca y su Granjero venden y adquieren respectivamente el uso del trozo de tierra que es arrendado*», y por tanto los intereses no son más que el precio de la misma (123); y que por medio del dinero puede obtenerse una renta, por lo que es justo que se obtenga una compensación (los intereses) por privarse de él (124). Como vemos, se consideran los intereses como correlativos al disfrute del capital (125), noción que será posteriormente desarrollada con la *Nutzungsstheorie* germánica, que estudiaremos más adelante. Así, se entiende que el capital, estructural y funcionalmente, no difiere de cualquier otro bien objeto de una transmisión de propiedad o cesión de uso (126); por otra parte, el dinero entendido como capital, como medio de producción de riqueza, difiere profundamente del dinero entendido como bien destinado al intercambio con fines de consumo a la que la literatura jurídica sobre la prohibición canónica había hecho referencia hasta entonces.

La nueva concepción del dinero como capital supone también el abandono de la concepción medieval dirigida a justificar las remuneraciones sólo en cuanto respondan a servicios considerados dignos de remuneración y en medida proporcional a dicha consideración, en una orientación dirigida así a

(121) TURGOT, «Reflections...», *op. cit.*, págs. 72-73. Como vimos en su momento, este argumento será utilizado posteriormente también por ESCRICHE.

(122) TURGOT, «Reflections...», *op. cit.*, pág. 65.

(123) TURGOT, *op. cit.*, pág. 65.

(124) *Op. cit.*, pág. 69: «*el dinero considerado como una sustancia física, como una masa de metal, no produce nada; pero el dinero empleado en los pagos a cuenta para empresas en Agricultura, Manufactura, y Comercio procura un beneficio cierto. Con el dinero se puede adquirir una finca, y de este modo procurarse una renta. La persona, pues, que presta su dinero no cede meramente la posesión estéril de ese dinero; se priva del beneficio o de la renta que habría podido procurarse con él; y los intereses que lo compensan de esta privación no pueden considerarse injustos*».

(125) Obsérvese que parecidos razonamientos se siguen actualmente en la justificación de los intereses corresponsivos: sería injusto que a quien recibe un beneficio de capitales ajenos no le correspondiese dar una compensación por su uso.

(126) En tal sentido, señala ESCRICHE [«Interés c»], *op. cit.*, págs. 174-175] que, al no ser el dinero sino una mercancía, la tasa del interés habría de determinarse al igual que el precio de todas las cosas comerciables, por la libre convención de los contrayentes y por la relación entre oferta y demanda. No siendo los intereses más que el precio del uso del dinero, debe abandonarse al curso de los acontecimientos y a las convenciones particulares.

imponer un sistema de precios moralmente justificados (127), en correlación con la regla tomista del *iustum pretium*. Con la afirmación de la licitud con carácter general del principio inverso a aquél vigente hasta ese momento, estableciéndose el carácter «naturalmente» fructífero del capital, se afirma también implícitamente la premisa de los intereses como correlativos de un uso, principio que con posterioridad —como veremos— será recogido y desarrollado por MARX.

Para POTHIER, el dinero debe ser clasificado entre las «cosas fungibles» y las «cosas consumibles con el uso», por lo que para él resulta difícil considerar el capital como fuente permanente de riqueza, mientras para TURGOT cualquier suma de dinero es siempre considerable como «capital», como un bien inextinguible e inconsumible, que puede ser incrementado en el proceso de circulación de bienes económicos.

Como antes señalábamos, se siguió en este sentido por el *Code français* —y por su influjo en todos los códigos de su ámbito, entre ellos el nuestro—, la doctrina defendida por POTHIER: el tratamiento del mutuo con intereses (*prêt à intérêt*) (128) deriva del *prêt de consommation* (129), que tiene por objeto una cantidad de cosas que se consumen con el uso y que se contrapone al *prêt à usage* o comodato (130), de modo que el *prêt à intérêt* es un contrato que tiene por objeto bienes fungibles y consumibles, contra el pago de unos intereses (131). De esta forma, el mutuo aparece como un contrato de cambio y no como el comodato, del que derivaría, un contrato de cesión de uso, ya que de hecho sería bastante difícil ceder el uso de cosas que se consumen con el uso y de las cuales el *accipiens* adquiere la propiedad.

En tal sentido se produjo la polémica entre TURGOT y POTHIER, pues, frente a éste, TURGOT perseguía el reconocimiento del dinero como bien productivo de intereses y, por tanto, la inaceptabilidad de la antigua afirmación de su infecundidad (132).

Como ya apuntamos, para TURGOT el dinero resulta perfectamente asimilable a cualquier otro bien productivo, entendiéndose como mercancía (133).

(127) Cfr. ASCARELLI, «Comentario a los artículos 1.282 a 1.284», en *Obbligazioni pecuniarie*, op. cit., págs. 581-582.

(128) Artículo 1.905 del *Code Civil* francés.

(129) Artículo 1.892 del *Code Civil*.

(130) Artículo 1.875 del *Code* francés.

(131) Sin embargo, en la limitación de esos intereses se produjo pronto una variación en el *Code*. Frente al sistema inicial de libertad absoluta en la fijación de los intereses convencionales, enseguida se restauró el anterior sistema de tasa del interés, de modo que por Ley de 3 de septiembre de 1807 se estableció que el tipo de interés no podía exceder del 5 por 100 en lo civil y del 6 por 100 en materia de comercio.

(132) TURGOT, «Reflections...», op. cit., págs. 68-73.

(133) Op. cit., págs. 65, 67 y 74.

Tal concepción fue desarrollada por Karl MARX (134), equiparando el valor de uso de las mercancías y el valor de uso del capital monetario: para MARX, el capital en cuanto capital es una mercancía, y por ello el préstamo se diferencia de la compraventa sólo por la específica naturaleza de esa mercancía —el capital—, del mismo modo que lo que aquí se paga son intereses, en lugar del precio de la mercancía (135). El valor de uso que enajena el capitalista dinerario (prestamista) durante el período de duración del préstamo, cediéndoselo al capitalista productivo (prestatario), es el valor de uso que adquiere el dinero al poder transformarse en capital y que genera en su movimiento una plusvalía, la ganancia media, que se añade a su valor originario. En las restantes mercancías, al llegar a su último poseedor se consume el valor de uso, y desaparece su sustancia y su valor mercantil; en cambio, la mercancía «capital» tiene la peculiaridad de que al consumirse su valor de uso, su valor propio y su valor de uso no sólo se conservan, sino que se incrementan (136). Por otra parte, MARX entiende que sobre la base de la producción capitalista una determinada suma de valor da el poder de extraer una determinada cantidad de trabajo de los obreros, por lo que puede venderse el dinero mismo en cuanto capital como fuente de la ganancia, ya que mediante el dinero se capacita al otro para apropiarse de plusvalía y por tanto es normal que quien lo «vende» reciba una parte de esa plusvalía (137); por tanto, concluye, «el dinero o la mercancía no se venden ya como dinero o mercancía, sino elevados a su segunda potencia, como capital, como dinero o valor de mercancía que se reproduce» (138).

Finalmente, en otro ámbito distinto al francés se mueve la codificación de los países germánicos, fundamentalmente Alemania y Austria, que es expresión directa de los contenidos de la denominada escuela de Pandectas

(134) Sobre la doctrina de MARX al respecto, cfr. ROSDOLSKY, Roman, *Génesis y estructura de «El Capital» de Marx*, trad. de León MAMES, Siglo XXI Editores, México, 1978, en especial las págs. 424-439.

(135) MARX, Karl, *El capital. Crítica de la economía política*, Libro III (El proceso global de la producción capitalista), Sección 5.^a, vol. 7 de la ed. a cargo de Pedro SCARON, trad. de León MAMES, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1977, págs. 451-453: «Si el precio expresa el valor de la mercancía, entonces los intereses expresan la valorización del capital dinerario, por lo cual aparecen como el precio que se le paga al prestamista por el mismo» (*loc. cit.*, pág. 453).

(136) MARX, «El capital...», *op. cit.*, pág. 449.

(137) «Así como la tierra tiene valor porque me capacita para capturar una parte del plusvalor, y por lo tanto sólo pago en la tierra el plusvalor capturado por ésta, así ocurre en el capital con el plusvalor por él creado. Puesto que en el proceso de producción capitalista el valor del capital se perpetúa, se reproduce fuera del plusvalor, así es cosa normal que, cuando se venden dinero o mercancía como capital, después de un período determinado retornen al vendedor y que éste nunca lo enajene como la mercancía, sino que conserve su propiedad» (MARX, *Theorien*, III, págs. 447-448, citado por ROSDOLSKY, «Génesis y estructura...», *op. cit.*, pág. 432).

(138) MARX, *loc. ult. cit.* Las cursivas son del original.

y, por tanto, sufrió con bastante menor intensidad el influjo de la doctrina canónica (139).

El actual Derecho Civil de estos países recoge sobre los intereses la denominada *Nutzungstheorie*, o teoría del disfrute, que comienza a encontrar plasmación normativa desde los códigos de fines del siglo XVIII, como el *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR) de 1794, que podría haber tomado como punto de referencia las teorías económicas imperantes a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, y el *ABGB* austriaco hasta los más recientes, como el *BGB* alemán.

El ALR prusiano sigue una noción, la de los *Nutzungen* («provechos» o «rendimientos»), que permanecerá extraña a toda la codificación posterior de derivación francesa y en cambio será un elemento de continuidad en los códigos de tradición germánica. Los I 2 §§ 109 y 110 (140) definen el concepto de los *Nutzungen* como sinónimo de ventajas (*Vorteile*) que una cosa puede producir a su propietario, introduciendo el concepto de uso de un bien común susceptible de productividad, el uso de un bien como fuente de riqueza; precisada así, la noción sirve para la definición de los frutos, siendo frutos los *Nutzungen* de una cosa o, mejor dicho, «*Los provechos (Nutzungen) de una cosa son aquéllos que en sentido natural (...) son llamados frutos*» (141). De esta forma, se equiparan frutos y *Nutzungen*, con importantes consecuencias:

- a) En materia de usufructo (*Nießbrauch*), corresponden al usufructuario los *Nutzungen* (142), pero no los frutos y *Nutzungen*, «*comprendidos intereses, incrementos [Hebungen] y otras prestaciones*», que se hayan separado al inicio del usufructo (143).

(139) Por otra parte, como ya señalamos más arriba, debe tenerse en cuenta que la influencia de los canonistas en este punto estaba muy atenuada en estos países ya hace tiempo, desde la Reforma, principalmente con el pensamiento calvinista sobre los intereses.

(140) Theil I, Titel II, § 109 ALR: «*Unter dem Nutzen einer Sache wird aller Gebrauch verstanden, welchen jemand von derselben zu ziehen berechtigt ist*» («En el rendimiento de una cosa se comprenderá todo uso que alguien esté autorizado por el mismo a hacer»).

Theil I, Titel II, § 110 ALR: «*Nutzungen heißen die Vortheile, welche eine Sache ihrem Inhaber, unbeschadet ihrer Substanz, gewähren kann*» («Por provechos se entiende las ventajas que una cosa, sin perjuicio de su sustancia, puede proporcionar a su dueño»).

(141) Theil I, Titel IX, § 220 ALR: «*Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur, mit oder ohne hinzukommende Bearbeitung, aus ihr selbst entstehen, werden Früchte genannt*».

(142) Theil I, Titel XI, § 23 ALR: «*Der Nießbraucher ist zwar in der Regel, gleich dem nutzbaren Eigenthümer, alle sowohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen Nutzungen von der Sache zu ziehen berechtigt*» («El usufructuario está legitimado como norma, al igual que el propietario de utilidades, a extraer todos los rendimientos tanto ordinarios como extraordinarios de la cosa»).

(143) Theil I, Titel XI, § 29 ALR: «*Auf Früchte und Nutzungen, die bey dem Anfange des Nießbrauchs von der Sache schon abgesondert, ingleichen auf Zinsen, Hebungen, und*

- b) En la adquisición de los frutos por el poseedor vienen equiparados los «frutos percibidos» (*genossenen Früchte*) y los «rendimientos vencidos» (*gezogene Nutzungen*) (144), y los intereses y *Nutzungen* sobre los capitales y otros derechos de aprovechamiento (*nutzbaren Rechten*) se dividen entre el propietario y el poseedor (145).
- c) En el ámbito del mutuo, se definen los intereses [*«Por intereses se entiende, en el mutuo, todo aquello que el deudor debe pagar al acreedor por el uso (Gebrauch) del dinero prestado»* (146)] con una noción estrechamente ligada al concepto de uso del bien, como resultado de las normas sobre los *Nutzungen*.

Absolutamente nueva resulta la idea, recogida en el I 7 § 192 del *Landrecht* prusiano, del capital como susceptible de utilización y por ello mismo productivo de intereses, análoga a la doctrina de TURGOT y próxima a la afirmación marxiana de «*Zins erscheint als Remuneration des Kapitals*» (147). Igualmente, la *Nutzungstheorie* pone de manifiesto que la idea de la licitud de los intereses proviene de la consideración del dinero como capital, y de los intereses como correspectivos de un disfrute.

El paso final vendrá dado también por primera vez en el ámbito germano. No será hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando un texto legal declare el devengo automático, *de pleno derecho*, de intereses con independencia de la existencia de un pacto específico al respecto o de la constitución del

andre Prästationen, welche damals schon fällig oder vernessen waren, hat der Nießbraucher, als solcher, keinen Anspruch) («A los frutos y provechos que al inicio del usufructo de la cosa ya estuvieran separados, comprendidos los intereses, incrementos y otras prestaciones que entonces ya estuvieran vencidos o percibidos, no tiene derecho el usufructuario como tal»).

(144) Theil I, Titel VII, § 189 ALR: «*Alle während des redlichen Besitzes gezogene Nutzungen und genossenen Früchte sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers*» («Todos los rendimientos vencidos y frutos percibidos durante la justa posesión son y quedan como propiedad de tal poseedor»).

(145) Theil I, Titel VII, § 192 ALR: «*Bey Capitalien und andern nutzbaren Rechten werden die etwa noch rückständigen Zinsen und Nutzungen nach dem Zeitpuncte, wo der redliche Besitz aufgehört hat, zwischen dem Eigenthümer und Besitzer getheilt*» («En los capitales y otros derechos de aprovechamiento, los intereses y provechos más o menos pendientes todavía después de la fecha en que la justa posesión haya terminado se repartirán entre el propietario y el poseedor»).

Theil I, Titel VII, § 197: «*Die Nutzungen des letzten Jahres werden zwischen dem Besitzer und Eigenthümer getheilt*» («Los provechos del último año se repartirán entre el poseedor y el propietario»).

(146) Theil I, Titel XI, § 803: «*Zinsen heißt, bey Darlehenen, alles das, was der Schuldner dem Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten muß*». En el mismo sentido, el Theil I, Titel XI, § 810 señala: «*Jeder Gewinn und Vortheil, den sich der Gläubiger vom dem Schuldner für das Darlehn vorbedingt, hat die Natur der Zinsen*» («Toda ganancia y ventaja que el acreedor obtenga del deudor por el mutuo tiene la naturaleza de intereses»).

(147) Esto es, «el interés se manifiesta como remuneración del capital».

deudor en mora (es decir, una mora automática o *ex re*), con el artículo 289 del primer Código Mercantil alemán, el *ADHGB* de 1861 (148), principio posteriormente acogido por la reforma del Código de Comercio italiano de 1882 (149) y en parte —dado que sólo referido al préstamo— en el nuestro actualmente vigente (150).

BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE SALAZAR, A.: «Definición del interés: sus clases», en *Cuestiones de Derecho Civil*, *RGLJ*, T. LVI, 1880, págs. 631-632.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto (Notas para una interpretación histórica)», en *RCDI*, núm. 564, septiembre-octubre de 1984, págs. 1183-1194.
- «Capitalismo y protestantismo», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 51-71.
- ASCARELLI, Tullio: «Comentario a los artículos 1.282 a 1.284», en *Obbligazioni pecuniarie*, Libro IV, arts. 1.277-1.284, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1959, págs. 575-593.
- BONET CORREA, José: *Las deudas de dinero*. Ed. Civitas. Madrid, 1981.
- BONORA, Claudio: *La nuova legge sull'usura*. Ed. CEDAM. Padua, 1998.
- BRASIELLO, Ugo: «Usura (diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XX (UN-Z), Ed. UTET, Turín, 1957, págs. 368-371.
- CARDAHI, Choucri: «Le prêt a intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique (Analyse et

(148) Que establecía: «*Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern*» («Los comerciantes tienen derecho entre sí a exigir en los actos de comercio bilaterales intereses por todo crédito desde el día en que haya vencido, incluso sin acuerdo o notificación»). Cfr. PUCHELT, Ernst Sigismund: Comentario al artículo 289, *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, 2.^a ed., T. II, Ed. Rossberg, Leipzig, 1876, págs. 75-77.

(149) Artículo 41: «*I debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto*». Este principio fue más tarde acogido en el artículo 1.282.I del *Codice Civile* de 1942: «*I crediti liquidi e esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente*».

(150) Artículo 316: «*Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal (...)*». No obstante, hemos de tener en cuenta que el Código de Comercio sigue con carácter general —no sólo en relación con los intereses moratorios— el principio *dies interpellat pro homine*, al disponer en su artículo 63 que: «*Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1.º En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento*».

- synthèses comparatives)», en *Rev. Int. D. Comp.*, T. VII, núm. 3, julio-septiembre de 1955, págs. 499-541.
- CLAVERO, Bartolomé: «Interesse: traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI», en *AHDE*, T. XLIX, 1979, págs. 39-97.
- *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- COVIÁN, Víctor: «Préstamo», en *EJE*, T. XXV, Ed. Francisco Seix, Barcelona, s. f., págs. 502-549.
- «Usura», en *EJE*, T. XXX, Ed. Francisco Seix, Barcelona, s.f. (ca. 1922), págs. 638-661.
- D'ORS, J. A.: *Derecho privado romano*, 7.^a ed. EUNSA. Pamplona, 1989.
- ENNECERUS, Ludwig: *Derecho de obligaciones* (T. II del *Tratado de Derecho Civil* de Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF). Vol. 2.^o-1.^o. 11.^a ed., revis. por Heinrich LEHMANN, 2.^a ed. española, al cuidado de José PUIG BRUTAU. Ed. Bosch. Barcelona, 1954.
- ESCRICHE, Joaquín: «Interés c)», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. III, ed. de Juan B. GUIM, según la de 1874, Ed. Temis, Bogotá, 1977, págs. 152-153.
- ESTASÉN, Pedro: «La ley sobre préstamos usurarios», en *RGLJ*, T. CXIV, 1909, págs. 270-276, y T. CXVII, 1910, págs. 5-8.
- FUENTESECA, Pablo: *Derecho Privado romano*, ed. del autor. Madrid, 1978.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Diccionario de jurisprudencia romana*, 2.^a ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1986, voces «*foenus*» y «*foenus nauticum*» (pág. 140), y «usura» (pág. 356).
- GIUFFRÉ, Vincenzo: «Il prestito ad “interessi marittimi” nel Tardo Impero», en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XII Convegno Internazionale (in onore di Manlio Sargentini), Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Perugia, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998, págs. 353-365.
- GÓMEZ ROYO, Enrique: *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.
- GRÖSCHLER, Peter: «Banchieri e limite delle *usurae*», en *Atti dell'Accademia...*, *op. cit.*, págs. 345-352.
- HAYASHI, Nobuo: «Interessi nella tarda antichità», en *Atti dell'Accademia...*, *op. cit.*, págs. 319-344.
- HERRERA BRAVO, Ramón: «*Usurae*». *Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*. Ed. Universidad de Jaén. Jaén, 1997.
- IGLESIAS, Juan: *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11.^a ed. (revis. con la colab. de Juan IGLESIAS-REDONDO), 2.^a reimpr. Ed. Ariel. Barcelona, 1997.
- INZITARI, Bruno: «Gli interessi», en *La moneta* (vol. VI del *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dir. por Francesco GALGANO), Ed. CEDAM, Padua, s. f. (1983), págs. 191-219.
- «Interessi», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, T. IX (Gi-Interessi), Ed. UTET, Turín, 1993, págs. 566-609. También en *Profili del diritto delle obbligazioni*, Ed. CEDAM, Padua, 2000, págs. 223-312.
- «Interessi legali e maggior danno», en *Profili del diritto delle obbligazioni*, Ed. CEDAM, Padua, 2000, págs. 105-140.

- LONGO, Giannetto: «Mutuo (diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. X, Ed. UTET, Turín, 1968, págs. 1048-1049.
- MARX, Karl: *El capital. Crítica de la economía política*. Libro III (El proceso global de la producción capitalista), Sección 5.^a, vol. 7 de la ed. a cargo de Pedro SCARON. Trad. de León MAMES. Siglo XXI de España Editores. Madrid, 1977.
- MAZZONI, Cosimo Marco: *Frutti civili e interessi di capitale*. Ed. Giuffrè. Milán, 1985.
- «Gli interessi di capitale e la loro classificazione come frutti civili», en *Studi senesi*, núm. XCII (III Serie, núm. XXIX), fasc. 1, 1980, págs. 78-127.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: «Del simple préstamo», en *Código Civil*, T. XXVII, redac. por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1952, págs. 124-232.
- OTERO DÍAZ, Carlos: «Perspectiva histórica de la represión de la usura», en *RFDUM*, Vol. VIII, núm. 21, 1964, págs. 423-439.
- PERAY MARCH, José de: «¿Son lícitos los juicios convenidos?», en *RJC*, T. XIV, 1908, págs. 532-534.
- PERNOUD, Regine: *Histoire de la bourgeoisie en France. Des origines aux temps modernes*, T. II. Ed. du Seuil. París, 1960.
- PICCINELLI, Gian Maria: «Ribā», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, T. XVII, Ed. UTET, Turín, 1998, págs. 494-498.
- PIETTRE, Adam: *Le trois âge de l'économie*. Ed. Ouvrières. París, 1955.
- PIRENNE, Henri: *Historia económica y social de la Edad Media*. 13.^a reimp. de la 1.^a ed. en español. Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1975.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: *Derecho Civil*. Trad. por Leonel PEREZNIETO CASTRO. Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.
- PUCHELT, Ernst Sigismund: «Comentario al artículo 289», en *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, 2.^a ed., T. II, Ed. Rossberg, Leipzig, 1876, págs. 75-77.
- PUIG PEÑA, Federico: «Interés del dinero», en *NEJ*, T. XIII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1968, págs. 215-221.
- ROLL, Achim: «Die Höhe der Verzugszinsen», en *DRiZ*, T. 51, 1973, págs. 339-343.
- ROSA DÍAZ, Pelayo de la: «Aspectos del préstamo con interés en Derecho romano», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coords. por Eugenio LLAMAS POMBO, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 501-507.
- ROSDOLSKY, Roman: *Génesis y estructura de «El Capital» de Marx*. Trad. de León MAMES. Siglo XXI Editores. México, 1978.
- SAEED, Abdullah: *Islamic banking and interest. A study of the prohibition of Riba and its contemporary interpretation*. Ed. E. J. Brill. Leiden/Nueva York/Colonia, 1996.
- SALVIOLI, Giuseppe: «La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei secoli XIII e XIV», en el vol. colectivo *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, Vol. II, Ed. Luigi Pierro, Nápoles, 1906, págs. 259-278.
- SABATER BAYLE, Isabel: «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado: algunas aportaciones de doctrina civil», en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. XXXI, núm. 153, mayo-junio de 1981, págs. 665-699.

- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*. T. III (Derechos reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones), 2.^a ed. Ed. Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1891.
- *Estudios de Derecho Civil*. T. IV (Derechos de obligaciones. Derecho de la contratación), 2.^a ed. Ed. Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1899.
- SANTARÉN, Norberto: «Sobre la reclamación de intereses en el contrato civil de préstamo», en *RGLJ*, T. XXVII, 1865, págs. 314-319.
- SIMONETTO, Ernesto: *Los contratos de crédito*. Trad. por Juan MARTÍNEZ VALENCIA y anotado por Juan V. FUENTES LOJO. Ed. J. M.^a Bosch. Barcelona, 1958.
- SIRKS, Boudewijn: «The management of public loans of towns (the *cura kalendarii*) and of their finances in general», en *Atti dell'Accademia...*, *op. cit.*, págs. 377-386.
- SPICCIANI, Amleto: *Capitale e interesse tra mercatura e povertà nei teologi e canonisti dei secoli XIII-XV*. Ed. Jouvence. Roma, 1990.
- TARVERNEAUX, R.: *Jansenisme et prêt à intérêt*. Ed. Vrin. París, 1977.
- TURGOT, Anne Robert Jacques: *Reflections on the formation and the distribution of riches (1770)*. Trad. al inglés de William J. ASHLEY. Augustus M. Kelley Publishers. Nueva York, 1971.
- VALLÉS Y PUJALS, J.: *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*. Librería Bosch. Barcelona, 1933.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: *La deuda de intereses*. Ed. EUB. Barcelona, 2002.
- VIZCARRO, C. Fernando: *El préstamo usurario*. Col. Nereo. Barcelona, 1963.

RESUMEN

INTERESES

Los intereses constituyen una de las instituciones económicas y jurídicas más antiguas, hasta el punto de que su regulación puede remontarse hasta la antigua India, Mesopotamia o Egipto, aunque también desde antiguo se ha relacionado con su contrapunto ilícito: la usura, por lo que desde sus inicios se ha pretendido establecer su limitación, generalmente a través del establecimiento de un sistema de tasa del interés. Esa visión desfavorable de los intereses alcanzará su punto máximo a partir de la Edad Media, en que se establece una prohibición canónica general de la usura y, por extensión, de los intereses, sobre bases religioso-morales (aunque no siempre respetada en la práctica). Sin embargo, con la reforma calvinista esa prohibición se fue atenuando paulatina-

ABSTRACT

INTERESTS

Interest is one of the very oldest economic and legal institutions of them all. The regulation of interest can be traced back to ancient India, Mesopotamia and Egypt, although it is also related of old with its illicit counterpart, usury. So, since its origin people have tried to set some kind of restriction on usury, generally through the establishment of a system of interest rates. This unfavourable view of interest reached its zenith in the Middle Ages, when a general canonical prohibition was laid down against usury and, by extension, against interest as well, on religious and moral grounds (though the prohibition was not always respected in practice). However, with the Calvinist Reformation the prohibition gradually became more and more attenuated until it faded away entirely, especially in the

mente hasta desaparecer, sobre todo en el ámbito germánico y en el latino a partir de la Codificación napoleónica, siendo plasmada la realidad de los intereses en la generalidad de los Códigos actuales. Desde luego, nadie discute hoy la licitud de los intereses, salvo en el ámbito musulmán, donde la shari'a sigue manteniendo hoy —al menos nominalmente— una prohibición de los intereses similar a la del Derecho canónico medieval.

Germanic realm. In the Latin realm the last vestiges of prohibition were swept away by the Napoleonic Code. Most current legal codes recognise that the charging of interest is a fact. Of course, nobody disputes the lawfulness of interest today, save in the Muslim realm, where sharia still upholds —at least in word— a prohibition against interest similar to that of Medieval canon law.

(Trabajo recibido el 04-12-08 y aceptado para su publicación el 26-01-09)

Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho

por

M.^a PAZ POUS DE LA FLOR
Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil
UNED

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. LAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES POR RUPTURA DE LAS UNIONES DE HECHO:
 1. INAPLICACIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.
- III. EXISTENCIA DE PACTOS SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LA UNIÓN DE HECHO:
 1. ESTIPULACIONES CON EFECTOS PERSONALES.
 2. ESTIPULACIONES CON EFECTOS PATRIMONIALES:
 - A) *Aplicación del régimen económico matrimonial a una unión de hecho.*
 - B) *Otros ámbitos.*
- IV. INEXISTENCIA DE PACTO SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LA UNIÓN DE HECHO:
 1. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL.
 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ARTÍCULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL.
 3. LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.
 4. LA PROTECCIÓN DEL CONVIVIENTE PERJUDICADO.
- V. REFLEXIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En nuestra sociedad, actualmente, no existe normativa positiva estatal que aborde las consecuencias patrimoniales derivadas de la extinción de la convivencia en las uniones *more uxorio* o parejas de hecho, por lo que nuestros Tribunales resuelven casuísticamente fundándose en las apreciaciones doctrinales.

Los principales conflictos que surgen de la ruptura en este tipo de uniones, son tanto los concernientes a la liquidación y atribución de bienes adquiridos, como el reparto de la ganancia generada por ambas partes o una sola durante el tiempo de convivencia, en este último supuesto dada la circunstancia de la colaboración de uno desempeñando labores propias del hogar y otro haciéndose cargo de los gastos familiares con el fruto de su trabajo profesional.

Para paliar estas consecuencias, las resoluciones jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo han ido dirigidas, en un sentir mayoritario, a negar la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio a los efectos de su extinción, por lo que no cabe trasponerle las normas preceptivas del régimen económico matrimonial, aunque exista un reconocimiento a nivel constitucional de las parejas de hecho como una modalidad de familia (1), pues hay que tener en cuenta que del mismo modo que la pareja comenzó la convivencia libremente, aceptando crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, también la ruptura debe ser libre, y no implicar el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma.

Sin embargo, curiosamente, se otorga plena validez y reconocimiento a los pactos expresos o tácitos que los miembros de la unión acuerden libre y voluntariamente sobre sus relaciones patrimoniales. Esta es la opinión, cada vez más latente, de nuestra jurisprudencia y del Consejo de Europa, cuya

(1) STC 1992/222, de 11 de diciembre: «aparecen en primer plano ciertas normas de la Constitución Española que, aunque no se refieren específicamente a la unión familiar de hecho, directa o indirectamente pueden afectar a la misma, pues, sobre todo, la protección general que brindan alcanza tanto a la unión familiar matrimonial como a la unión familiar de hecho. En ese sentido, los artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución y, sobre todo, el artículo 39 de la misma, cuyo apartado 1 consagra la protección de la familia, que alcanza no sólo a la fundada en el matrimonio, sino también a la unión familiar de hecho y, por si hubiera dudas, en su apartado 2, proclama la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». Y, a mayor abundamiento, «De los artículos 32 y 39 de la Constitución Española se deriva una negativa a la concepción de que la familia se constituye exclusivamente sobre el matrimonio. Ninguno de los artículos citados hacen mención, expresa ni tácita, de la unión extramatrimonial; ni la reconocen ni la rechazan, pero tampoco obligan a que la familia se constituya necesariamente sobre el matrimonio. El concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo, sobre el desarrollo y educación de cada uno de sus miembros y sobre la estabilidad de la relación para conseguir esos fines».

Recomendación del Comité de Ministros de fecha 7 de marzo de 1988, está orientada *para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que se regulen las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el periodo ulterior a su casación, no pueden por tenerse como nulas, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones, así, pues, en un terreno tan delicado y complejo como el que se trata, las soluciones, en la medida de lo posible, deben adoptarse caso por caso.* No obstante, tal consideración no está exenta de numerosos interrogantes relativos a su duración, efectos respecto de terceros, validez de las sociedades civiles y mercantiles que se creen para autogobernar las cargas y obligaciones derivadas de la convivencia, los pactos que se establezcan de carácter sucesorio, etc.

Ahora bien, qué ocurre cuando no existe pacto entre los miembros de una pareja de hecho y se produce la ruptura. Las resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Supremo van dirigidas a conceder a una de las partes una compensación económica siempre que la ruptura produzca un desequilibrio o empeoramiento en relación con su anterior situación, en base a la aplicación analógica de la técnica del enriquecimiento injusto, seguida de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, o de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. Cualquiera de estas medidas trataría de garantizar el *principio general de protección al perjudicado*, que nuestra doctrina y jurisprudencia ha aceptado en diversos pronunciamientos, sobre todo para compensar el tiempo dedicado por la mujer, en la mayoría de los casos, a la atención del hogar y cuyo beneficio económico siempre resulta discutible o poco recompensado.

Por tanto todas estas cuestiones, brevemente expuestas, han sido ya objeto de relevantes opiniones doctrinales y jurisprudenciales, que constituyen base suficiente para desarrollar este estudio.

II. LAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES POR RUPTURA DE LAS UNIONES DE HECHO

La falta de actividad del legislador por constituir una normativa de carácter estatal que regule los efectos de las uniones de hecho o uniones estables, ha provocado que los órganos judiciales se hayan visto en la necesidad de resolver casuísticamente los conflictos de índole patrimonial que cualquier crisis de pareja provoca en nuestra sociedad ante la carencia de un régimen económico que regule la liquidación de los bienes y derechos adquiridos durante la convivencia.

Con todo, cada vez son más las Comunidades Autónomas que han establecido medidas legislativas sobre la materia, admitiendo la libertad de

pactos entre las partes, o, incluso, regulando las consecuencias patrimoniales de su extinción, como sucede en Andalucía (2), Aragón (3), Asturias (4), Baleares (5), Canarias (6), Cantabria (7), Cataluña (8), Extremadura (9), Madrid (10), Navarra (11), País Vasco (12) y Valencia (13).

Pero, este hecho no responde a una demanda mayoritaria del resto de los ciudadanos que se ven abocados a acudir a los Tribunales en defecto de normas aplicables por no disponer de la vecindad civil (14), o residencia habitual (15), o simplemente el empadronamiento (16) de las citadas Comunidades Autónomas, lo que supone un trato discriminatorio de unos frente a otros (17).

1. INAPLICACIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Como primera vía de solución, la doctrina se mostraba partidaria de equiparar la unión estable o de hecho al matrimonio, de forma que en el supuesto de ruptura de la pareja se le aplicaría las consecuencias patrimoniales que la ley prevé para el de un matrimonio. Tal y como sucede en algunos países europeos, donde prácticamente equiparan la unión de hecho al matrimonio; así, la Ley belga, *Loi instaurant la cohabitation legale*, de 23 de noviembre de 1998 (18); la ley francesa, *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*,

(2) Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

(3) Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre Parejas Estables no casadas modificada por Ley 2/2004, de 3 de mayo.

(4) Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

(5) Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

(6) Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho.

(7) Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho.

(8) Ley 10/1998, de 15 de julio, sobre Uniones Estables de Pareja modificada por Ley 3/2005, de 8 de abril.

(9) Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho.

(10) Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho.

(11) Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de las Parejas Estables.

(12) Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho.

(13) Ley 1/2001, de 6 de abril, de Uniones de Hecho.

(14) Este requisito se establece en las leyes de pareja de hecho de Cataluña (art. 1.1), Navarra (art. 2.3) y Baleares (art. 2.2).

(15) Se exige en la ley de parejas de hecho de Andalucía (art. 2); Si bien, en Cantabria (art. 4.1), Extremadura (art. 2.4) y Madrid (art. 1.2) se requiere, además, de la residencia que se halle empadronado.

(16) Es el caso de las leyes de parejas de hecho del País Vasco (art. 2.2), Valencia (art. 1.3), Canarias (art. 2.2), Asturias (art. 2).

(17) Y ello sin entrar a valorar sobre la inconstitucionalidad de estas normas unilaterales contenidas en las leyes autonómicas, como advierte GARCÍA RUBIO, M. P., «Parejas de hecho y lealtad constitucional», en *Libro Homenaje al Profesor Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pág. 21, de www.mujeresjuristasthemis.org.

(18) Cuyo artículo 1.479 determina: *Si l'entente entre les cohabitants légaux est sérieusement perturbée. Le juge de paix ordonne, à la demande d'une des parties, les*

de 15 de noviembre de 1999 (19); la ley alemana, *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 22 de febrero de 2001 (20); la ley sueca, de 1 de enero de 1995 (21); en Inglaterra hay que anotar, como de gran interés, la presentación en abril de 2004, por el Gobierno británico, de un Proyecto de Ley donde se equiparan en la práctica sus derechos sociales y económicos con los que disfrutaban los matrimonios (22). Y, otras que circunscriben tal equiparación a las uniones de homosexuales, sin hacer referencia a las parejas heterosexuales, como la ley danesa, de 7 de junio de 1989, sobre Registro de Parejas de Hecho (23); la ley noruega, de 1 de agosto de 1993, sobre Registro de Parejas de Hecho (24); la ley holandesa, de 1 de enero de 1998, sobre Uniones Viviles (25). Sin embargo, la jurisprudencia española niega la aplicación analógica e indiscriminada de la normativa matrimonial cuando se produce una crisis en la pareja *more uxorio*, por las siguientes razones:

a) *Porque existe una falta de analogía o equivalencia entre matrimonio y pareja de hecho*

Es evidente que la carencia de normativa no exime a los Tribunales de decidir los casos que se planteen, según la regla imperativa contenida en el

mesures urgentes et provisoires relatives à l'occupation de la résidence commune, à la personne et aux biens des cohabitants et des enfants, et obligations légales et contractuelles des deux cohabitants.

Le juge de paix fixe la durée de validité des mesures qu'il ordonne. En toute hypothèse, ces mesures cessent de produire leurs effets au jour de la cessation de la cohabitation légale telle que prévue à l'article 1.476, § 2, alinéa 6.

Après la cessation de la cohabitation légale, et pour autant que la demande ait été introduite dans les trois mois de cette cessation le juge de paix ordonne les mesures urgentes et provisoires justifiées par cette cessation. Il fixe la durée de validité des mesures qu'il ordonne. Cette durée de validité ne peut excéder un an.

Le juge de paix ordonne ces mesures conformément aux dispositions des articles 1.253 ter à 1.253 octies du Code judiciaire.

(19) En el artículo 515-7.

(20) Entró en vigor el 1 de agosto de 2001 con la denominación *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Partnerschaften*.

(21) En el capítulo II se regula la disolución de la relación de pareja, aplicándose por analogía la normativa matrimonial.

(22) *Civil Partnership Act 2004*.

(23) Así la Ley *The Danish Registered Partnership Act* (Ley de Cohabitación Registrada) en su sección 9 establece: *una persona que haya contraído matrimonio o que haya sido miembro con anterioridad de una pareja registrada no podrá contraer nuevo matrimonio mientras subsista la anterior relación matrimonial o de pareja registrada*.

(24) *Act on Registered Partnership* (Ley de Cohabitación Registrada) determina: La inscripción de dos personas del mismo sexo produce los mismos efectos legales que el matrimonio, salvo la aplicación de las disposiciones de la Ley de adopción concernientes a los cónyuges.

(25) Hemos de advertir que Holanda aprobó, el 21 de diciembre de 2000, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

artículo 1.7 del Código Civil. Y esto conlleva un vacío legal, pues los efectos que produce este tipo de ruptura tienen una notable trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho del artículo 1.1 del Código Civil. De ahí, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de noviembre de 2004, determina que en defecto de ley y costumbre, sea preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema en el ordenamiento jurídico, y no a la analogía *iuris* del régimen matrimonial, pues «la idea no es tanto pensar en un complejo orgánico normativo —hoy por hoy inexistente— sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de trascendencia jurídica» (26).

Así lo ha reflejado, también, el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de diciembre de 1992 (27): «Las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha declarado de manera general *que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes*, siendo posible por ello que el legislador, dentro de una amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida».

Y la sentencia de 22 de julio de 1993 del Tribunal Supremo: «El juego de la analogía radica en la similitud entre el supuesto que ante el órgano judicial —o intérprete— se presente, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o identidad de razón cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho. Pues bien, fijando la atención en el supuesto que la recurrente somete a la consideración

(26) (RJ 2004/7385)

(27) Ver nota 1. En este sentido destacamos los votos particulares que formulan los Magistrados don Alvaro RODRÍGUEZ BEREJO y don José GALBARDÓN LÓPEZ, cuando manifiestan: «cualesquiera que sean las analogías posibles entre aquellas situaciones e incluso las consideraciones que puedan derivarse (en lo sociológico o en lo histórico) acerca del origen y el carácter eminentemente consensual del matrimonio, lo cierto es que éste y la relación extramatrimonial no son situaciones jurídicamente iguales; no son siquiera situaciones equivalentes... Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado y el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento... que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza».

de esta Sala a los efectos de la aplicación analógica al mismo de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, *es evidente que esa semejanza no puede admitirse desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales ofrecen unas considerables diferencias*; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas no, lo que da lugar a que respecto a estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece, por ejemplo, con la creación del *status iuris* casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*, lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere y no juegan para las de puro hecho» (28). Seguida de otras sentencias, más recientes, del mismo Tribunal de 22 de enero de 2001, 5 de julio de 2001 y 12 de septiembre de 2005 (29).

Además, hoy por hoy, con la existencia del matrimonio por parejas del mismo sexo y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por analogía *legis* de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del Código Civil, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad (30).

b) *Porque es necesario garantizar el principio de autonomía de la voluntad de las partes*

Si se admite la equiparación matrimonio y unión de hecho se presume que los convivientes aceptan el régimen económico del matrimonio, cuando puede suceder todo lo contrario, que su deseo sea mantenerse al margen del mismo. La primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció en este sentido data de 24 de noviembre de 1994 (31): «es también extensible a la

(28) (RJ 6274/1993).

(29) (RJ 2001/1678), (RJ 2001/4993), (RJ 2005/7148).

(30) STS de 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10185).

(31) (RJ 1994/2428) o la STS de 26 de enero de 2006 (RJ 2006/417) en su FJ 4.º: «Es cierto que la convivencia de hecho no comporta *per se* la creación de una comunidad de bienes del tipo que sea. Por ello, esta Sala entiende que la unión de hecho se rige fundamentalmente por la voluntad de los convivientes»; la STS de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006/3341): FJ 1.º: «En el desarrollo argumental del motivo la parte recurrente niega la existencia de *affectio maritalis*, porque si bien reconoce que durante un tiempo existió una unión de hecho entre la demandada y ahora recurrente y el demandante, cada uno decidió desde un principio mantener su independencia en lo privado y en lo económico»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de junio de 2001 (JUR 2001/

inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, pues quienes de tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente diferentes, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales».

Siguiéndola posteriormente la sentencia del Tribunal Supremo número 927/2005, de 5 de diciembre, que declara: «la unión de hecho se rige primordialmente por la voluntad de los convivientes y, en consecuencia, los efectos que produzca la ruptura de la unión serán efectos jurídicos derivados o propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio» (32).

Además, el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole (33).

c) *Porque hay una falta de reconocimiento constitucional expreso de equivalencia del matrimonio a la unión de hecho*

La Constitución Española de 1978 no reconoce en ninguno de sus preceptos la equiparación del matrimonio a la unión de hecho (34). Si bien, cabe interpretar que los principios constitucionales que se refieren a la familia, artículo 39, deben proteger no sólo a la familia matrimonial, tal y como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre. El matrimonio es la única institución recogida en el artículo 32 de la Constitución Española, y aunque la unión familiar de hecho no está prevista, ni tampoco prohibida por el Derecho. Es ajurídica, pero no antijurídica, «es evidente que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, lo que significa que no pueden atribuirse a las parejas de hecho todos los efectos del matrimonio, mientras el legislador estatal no

24666): «conservando cada uno su total independencia frente al otro, no queriendo contraer obligaciones recíprocas, personales y patrimoniales que nacen del matrimonio».

(32) Ver nota 30.

(33) Ver nota 1.

(34) Aunque el ordenamiento jurídico español actual ignora legislativamente a las uniones de hecho, no lo hizo en épocas anteriores con el Fuero Juzgo, Fueros Municipales, Las Partidas y el artículo 27.1 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de enero de 1978.

decida cuáles serán las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones», sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre (35).

Por tanto, puede deducirse que la protección social, económica y jurídica de la familia que garantiza el artículo 39 de la Constitución Española no implica la necesidad de una paridad de trato por el legislador en todos los aspectos y en todos los órdenes entre una institución jurídica reconocida y garantizada constitucionalmente, el matrimonio (art. 32), y lo que no lo es. «Las uniones de hecho no son objeto de protección unitaria, sino los derechos de los hijos y de las madres, nacidos de la filiación y de la maternidad» (36).

d) *Porque se garantiza la presunción de independencia económica entre los miembros de unión de hecho*

El Tribunal Supremo ha sido tajante al declarar que «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma)», sentencia de 21 de octubre de 1992 (37).

Como bien advierte LÓPEZ AZCONA (38), se considera que, como regla de principio, existe una independencia económica entre los miembros de una unión estable. Y esta sólo puede desvirtuarse cuando se acredite la adopción

(35) En este sentido se viene apoyando la jurisprudencia menor de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de marzo de 1995 (AC 1995/885): «Existen una serie de ordenamientos jurídicos (especialmente países sudamericanos), en los que la propia legislación positiva declara de aplicación a las uniones extramatrimoniales las normas reguladoras del matrimonio. Y al no existir ese expreso mandato legal en nuestro ordenamiento jurídico debe concluirse que la voluntad del legislador ha sido la de no aplicar con carácter general la normativa matrimonial a las uniones extramatrimoniales. Después de la entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978, en nuestra legislación se han introducido una serie de preceptos en los que se declara de aplicación a las uniones extramatrimoniales las normas reguladoras del matrimonio. Por el contrario al reformarse el Código Civil, en cuanto a la regulación jurídica del matrimonio (arts. 42 a 107) y del régimen económico matrimonial (arts. 1.325 y 1.444) en el año 1981 no se estableció de aplicación a las uniones extramatrimoniales los efectos que se fijaban para las uniones matrimoniales, con lo que se patentiza una intención inequívoca por parte del legislador de no aplicarse esos efectos propios de las uniones matrimoniales a las uniones extramatrimoniales».

(36) STC 1992/222, de 11 de diciembre. Ver nota 1. Vid. POU DE LA FLOR, M. P., «La institución familiar en las parejas del mismo sexo», en *La Ley*, núm. 6276, 2005.

(37) (RJ 1992/8589).

(38) LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 41; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centros de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 170 y 171.

de un pacto entre los convivientes que revele su voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión.

Por tanto, hemos podido observar cómo la jurisprudencia española rechaza la aplicación analógica y automática de la legislación matrimonial en materia del régimen económico conyugal por las razones anteriormente expuestas. Sin embargo, cabe la posibilidad de considerar que los convivientes de una unión de hecho puedan libremente establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión. Y éstos pueden ser previos a la constitución de la unión, y trascender más allá de la misma.

III. EXISTENCIA DE PACTOS SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LA UNIÓN DE HECHO

En un primer momento nuestros Tribunales consideraban que estos pactos eran nulos por ilicitud de la causa. Actualmente tanto la doctrina (39) como la jurisprudencia (40) admiten que los convivientes de una unión de hecho puedan adoptar este tipo de pactos al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil (41).

Asimismo, las Comunidades Autónomas en sus distintas leyes sobre uniones de hecho o parejas de hecho reconocen de forma unánime *que los miembros de la pareja podrán establecer válidamente los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia* (42).

Es práctica común que estos pactos no requieran para su plena validez y reconocimiento el cumplimiento de determinados requisitos formales. No obstante algunas legislaciones autonómicas interesan que los acuerdos se eleven a escritura pública, tal es el caso de Aragón (art. 5), Asturias (art. 5), Cantabria (art. 8), Canarias (art. 7), Extremadura (art. 6.1), Cataluña (art. 3.1

(39) LÓPEZ AZCONA, A., *op. cit.*, págs. 41 a 42; ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 151 y 152.

(40) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4907), sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 4 de febrero de 1993 (*AC* 1993/317); sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/6500).

(41) Artículo 1.255 del Código Civil: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

(42) Andalucía (art. 10); Aragón (art. 5); Asturias (art. 5); Baleares (art. 4); Canarias (art. 7); Cantabria (art. 8); Cataluña (art. 3); Extremadura (art. 6); Madrid (art. 4); Navarra (art. 5); País Vasco (art. 5) y Valencia (art. 4).

y 22), Madrid (art. 4.1), Navarra (art. 5.1), País Vasco (art. 5.1) y Valencia (art. 4.1), frente al resto que admiten el otorgamiento en un simple documento privado, basta utilizar *cualquier forma verbal o escrita, admitida en Derecho*, son los supuestos contemplados en Baleares (art. 4); Canarias (art. 7) y Cataluña (art. 3 y 22).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo presume la adopción tanto de pactos expresos como tácitos, sin precisar ningún requisito formal, así cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005: «Habrán de ser los convivientes a través de un acto expreso o tácito manifestado en la aportación continua y duradera de las ganancias de su trabajo al acervo común, los que evidencien su inequívoca voluntad de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos a título oneroso mientras duró la unión de hecho» (43). O, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2006: «hay que decir que en la unión de hecho en cuestión no existe una plasmación de un pacto expreso en este sentido. Pero sí se puede afirmar la admisibilidad de unos pactos tácitos —*facta concludentia*— en el presente caso» (44).

Quizá sea aconsejable que estos pactos se establezcan de manera expresa para evitar posibles conflictos de interpretación en el momento de su disolución o liquidación. En este sentido, LÓPEZ AZCONA considera que «del examen de la jurisprudencia cabe presumir que no debe constituir una práctica generalizada la adopción de pactos expresos en las parejas de hecho, centrándose el debate judicial en si es posible colegir un régimen de comunidad entre los convivientes a partir de sus actos concluyentes» (45).

En relación al contenido de los pactos, en el momento actual, convive una tendencia doctrinal mayoritaria a favor de la autorregulación de la unión libre y otra que por el contrario limitan su contenido. De manera que algunos autores (46) restringen el contenido de dichos acuerdos a los aspectos económicos, excluyendo los de índole personal. Y otros (47), basándose en el principio de autonomía de la voluntad, creen que las estipulaciones que acuerden los convivientes en el momento de suscribir estos pactos pueden afectar tanto a los efectos personales como a los posibles efectos patrimoniales reguladores de la convivencia misma, siempre que no sobrepasen los derechos

(43) Ver nota 30. En igual sentido las sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1992 (*RJ* 1992/8589), 18 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/1246), 30 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/10391), 23 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6131) y 22 de enero 2001 (*RJ* 2001/1678).

(44) (*RJ* 2006/831).

(45) Vid., *op. cit.*, pág. 43.

(46) ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.*, págs. 151 y 152. PÉREZ VALLEJO, A., *Autorregulación en la convivencia de hecho*, Ed. Universidad de Almería, Almería, 1999, págs. 74 a 76.

(47) ORTUÑO MUÑOZ, P. y VEGA SALA, F., *Derecho Civil. Constitución de la convivencia more uxorio*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 106 y 107.

o dignidad de cualquiera de los otorgantes. Respaldan esta postura las leyes de Pareja de Hecho o Uniones de Hecho de las Comunidades Autónomas de Baleares (art. 4), Canarias (art. 8, apdo. 3), Cantabria (art. 8, apdo. 3), Extremadura (art. 6, apdo. 3), Madrid (art. 4, apdo. 4) y Valencia (art. 4, apdo.1), que permiten hacer constar en el Registro Administrativo de Parejas de Hecho, antes o después de la inscripción de su constitución, cualquier pacto regulador de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de la unión.

Asimismo, consideramos que la validez de estos acuerdos contractuales de carácter general no puede depender de una posible inscripción registral (48), si bien algunas legislaciones autonómicas preceptúan «en cualquier caso las parejas podrán, en el momento de su inscripción, establecer el régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación, como a su término» (49).

Con ello, advierte LÓPEZ PELÁEZ, «se consagra en este punto una notable evolución en la consideración jurídica de este tipo de acuerdos, pues durante mucho tiempo se han considerado nulos por la jurisprudencia por inmorales, contrarios a las buenas costumbres, o por tener una causa ilícita. Hoy día, la evolución en la consideración social de las convivencias no matrimoniales, y el mayor respeto a la autonomía de la voluntad en estos campos, llevan a afirmar la validez y eficacia de esta clase de convenios, que podrán incluso protocolizarse notarialmente, con excepción de aquellos que restrinjan la autonomía personal, comprendan cosas fuera del comercio o servicios imposibles, o tengan una causa ilícita o inmoral» (50).

1. ESTIPULACIONES CON EFECTOS PERSONALES

Aunque reviste sumo interés este apartado, no podemos detenernos en detalle, ya que el contenido de este estudio se centra en las consecuencias patrimoniales; por tanto, únicamente nos limitamos a considerar que las uniones estables de pareja pueden concertar sólo aquellos efectos personales que no están regulados por ley, tal y como ocurre cuando los cónyuges suscriben capitulaciones matrimoniales al amparo del artículo 1.325 del Código

(48) Artículo 8.4 de la Ley de Parejas de Hecho de Canarias y artículo 4.3 y 5 de la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

(49) Artículo 10 de la Ley de Parejas de Hecho de Andalucía; artículo 8 de la Ley de Pareja de Hecho de Canarias; artículo 5 de la Ley de Uniones de Hecho del País Vasco; artículo 4 y 5 de la Ley de Parejas de Hecho de Valencia.

(50) Vid. «Registros administrativos de parejas de hecho: incidencia en ellos de la nueva regulación del matrimonio», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Ed. UNED-EL DERECHO-IDAFE, Madrid, 2006, pág. 367.

Civil (51), aunque éstas puedan incluir estipulaciones de contenido atípico que no tengan un carácter puramente económico (52).

Y, aún así, existe una notable diferencia en uno y otro caso, pues, aún cuando en ambos casos estamos en presencia de un negocio jurídico consensual, generador de obligaciones, el contenido de las capitulaciones matrimoniales se ve limitado formalmente por las exigencias del Código Civil (escritura pública, registro civil).

Por consiguiente, las personas que concierten este tipo de uniones pueden establecer en sus relaciones internas, aquello que no exceda de sus relaciones como pareja, pero está claro que nunca pueden interferir en aquello regulado por la norma como ocurre en los vínculos que provienen de la filiación, donde es necesaria la intervención judicial.

De este modo RUIZ JIMÉNEZ manifiesta «respecto de las relaciones personales podrán los convivientes pactar, allí donde la ley se lo permita, este es el caso de los alimentos que se pueden establecer por pacto siguiendo lo estipulado en el artículo 153 del Código Civil, o también podrán pactar si quieren, como se ha puesto de manifiesto, que el otro conviviente sea su representante en un caso de declaración de ausencia. Pero no se pueden establecer pactos sobre los efectos personales, en primer lugar porque la ley ya lo limita, están fuera del alcance de la autonomía de la voluntad, por ejemplo, sobre vecindad, nacionalidad, adopción, fidelidad. Y aquellos efectos que están en la esfera más íntima, no son objeto de regulación, porque no pueden serlo ni para el matrimonio» (53).

Con todo, hemos de advertir que las leyes autonómicas de Parejas de Hecho o Uniones de Hecho de Andalucía (art. 7); Aragón (art. 5); Asturias (art. 5); Baleares (art. 4); Canarias (art. 7); Cataluña (arts. 3 y 22); Navarra (art. 5) y País Vasco (art. 5), han incluido, expresamente, en el contenido de los pactos que pueden suscribir las parejas de hecho los aspectos personales de la convivencia (54).

(51) Artículo 1.325 del Código Civil: *En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio.*

(52) Advierte LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Derecho de Familia, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 184 a 187: «Incluso antes de aprobarse la Ley 11/1981, se había defendido doctrinalmente la necesidad de distinguir entre el contenido típico y el posible contenido atípico de las capitulaciones. La redacción dada al artículo 1.325 por la Ley 11/1981 implica la consagración de dicha perspectiva, dado que admite expresamente las estipulaciones relativas al régimen económico del matrimonio, de una parte, y, de otra, cualesquiera otras estipulaciones pactadas por razón del matrimonio. En consecuencia parece oportuno distinguir entre las estipulaciones de uno y otro carácter».

(53) Vid., *Regulación y efectos personales en la convivencia more uxorio*. Tesis doctoral inédita, UNED, Madrid, 2002, pág. 202.

(54) Frente a Cantabria (art. 8); Extremadura (art. 6); Madrid (art. 4) y Valencia (art. 4), donde no se incluyen.

2. ESTIPULACIONES CON EFECTOS PATRIMONIALES

Al igual que los anteriores, los pactos patrimoniales entre convivientes son plenamente válidos, siempre que no sean contrarios a la moral y al orden público, por consiguiente que no lesionen las libertades y derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución de 1978, por las normas de derecho internacional en la materia, en definitiva, por todo el derecho dispositivo.

De ahí, con cierto criterio DÍAZ-AMBRONA advierte: «En consecuencia, aunque el sistema de regulación de las relaciones económicas dentro del matrimonio en teoría es de libre pacto, sin embargo muchas de las relaciones van a venir predeterminadas por la norma, sin posibilidad para los cónyuges de modificarlas o dejarlas de aplicar» (55). Como sucede con las disposiciones generales de los artículos 1.315 a 1.324 del Código Civil. Esto mismo podría ser aplicable a las parejas de hecho, pues aunque estén reguladas en algunas leyes autonómicas, las mismas deben verse limitadas por las normas de derecho estatal.

Por tanto, los pactos en los que se regula económicamente la convivencia de una pareja podrían estar predeterminados en su contenido, de tal forma que es posible la aplicación de un régimen económico matrimonial a una unión de hecho, siempre que los convivientes hayan pactado de forma expresa o tácitamente someter su vida patrimonial a dicho régimen. Por consiguiente, podrán incluir acuerdos acerca de la contribución a los gastos, las cargas que la convivencia genere, reparto de ganancias o de liquidación del patrimonio, etc. Incluso, la Ley de Parejas de Hecho de Canarias en su artículo 7 determina que cuando la pareja regule sus relaciones personales y patrimoniales de la convivencia, indicando los derechos y deberes respectivos. *Entre dichos deberes podrá pactarse el de obtener información y autorización médica en relación con el otro miembro de la pareja, en los casos en que razones médicas lo exijan o lo aconsejen.*

En cualquier caso, la validez de los convenios patrimoniales de las parejas de hecho ha encontrado un importante apoyo en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988, como ya advertimos al principio.

No obstante, aún admitiendo el hecho de que existe un amplio margen de autonomía a las partes, casi siempre —como advierte la doctrina (56)—

(55) DÍAZ-AMBRONA, M. D. y HERNÁNDEZ-GIL, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, págs. 245 y 246.

(56) AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C., «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 2006, pág. 23: «Los jueces siguen teniendo hoy por hoy la última palabra». Más tajante se muestra ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social*,

se encuentra sujeta a un control judicial, que vetará aquellos pactos en los que haya coacción, déficit de información, falta de capacidad, imposición basada en el abuso de una situación de poder, etc.

A) *Aplicación del régimen económico matrimonial a una unión de hecho*

Así pues, cabe plantearse cómo puede aplicarse el régimen económico matrimonial a una unión de hecho, cuando éste ha sido pactado por los convivientes como régimen regulador de su vida patrimonial.

a) *La sociedad de gananciales*

En el caso que los convivientes de una unión de hecho opten por pactar someterse al régimen de sociedad de gananciales, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 1.344 del Código Civil: *Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*. Así pues, junto a los bienes propios de los cónyuges, existe una masa ganancial compuesta por todos los bienes adquiridos constantemente matrimonio a título oneroso o en virtud del trabajo de los cónyuges, así como de las rentas e intereses tanto de los bienes comunes o gananciales cuanto de los bienes propios de cualquiera de ambos cónyuges.

Esto implica que si la unión *more uxorio* se extingue, se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales que consiste en comparar el activo con el pasivo para determinar el haber partible. En el inventario del activo habrán de comprenderse los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución; el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser

Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 80 a 86: «Los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de alguno de ellos». Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de abril de 1987: «En materia de matrimonio y filiación, en los que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base en otros principios superiores, y eso lo demuestra, entre otros, el artículo 90, apartado c) del Código Civil, que permite que el juez modifique los acuerdos de los cónyuges cuando lo estime gravemente perjudicial para uno de ellos».

Por el contrario, PASTOR VITA, F., «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», en *Revista de Derecho de Familia*, 2003, pág. 55: «Creemos que el Juez, siendo la materia de pensión de derecho dispositivo o voluntario deberá respetar los acuerdos a que hayan llegado los interesados, limitándose a controlar que los pactos alcanzados no sean fruto de presiones, engaños o coacciones, debiendo abstenerse de inmiscuirse en los acuerdos alcanzados por los cónyuges de manera libre y meditada, dado que ellos son los que mejor conocen sus necesidades y posibilidades».

enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados; el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueron a cargo sólo de un cónyuge, y en general de las que constituyan créditos de la sociedad contra éste.

En el inventario del pasivo estarán integradas las deudas pendientes a cargo de la sociedad; el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por no haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad; el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran a cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

Igualmente, se procederá al pago de deudas, siendo satisfechas, en primer lugar, las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia. Respecto, a las demás deudas, si el caudal inventariado no alcanza para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos y, cuando no hubiera metálico suficiente para el pago de las deudas podrán ofrecerse con tal fin adjudicaciones de bienes gananciales, pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide se procederá a enajenarlos y pagar con su importe.

Hechas las deducciones en el caudal inventariado, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los convivientes o sus respectivos herederos.

b) Régimen de participación

Otro régimen matrimonial por el que pueden optar los convivientes es el sistema de participación. Es un régimen de separación, pero con derecho cada conviviente a una porción de las ganancias obtenidas por el otro mientras el régimen este vigente.

En efecto, durante la vigencia del régimen de participación no existe comunidad alguna entre los convivientes, quienes pueden actuar en el tráfico jurídico de forma similar a cuanto podrán hacer si se encontraran sometidos a un régimen de separación de bienes. Sin embargo, una vez acaecida la extinción de sus efectos, el régimen de participación cambia radicalmente de signo y, abandonando la idea de separación, determina una comunicación patrimonial entre las ganancias obtenidas por ambos convivientes durante el período de vigencia de la misma (57).

(57) Ver DÍAZ-AMBRONA, M. D. y HERNÁNDEZ GIL, F., *op. loc.*, págs. 309 a 315.

c) Régimen de separación de bienes

Es el régimen que se caracterizaría por regular las relaciones patrimoniales entre los convivientes partiendo del principio de que no existe entre ellos una masa patrimonial común, sino que cada uno de las partes conserva la titularidad, la administración y la capacidad de disposición de sus propios y privativos bienes (58).

B) *Otros ámbitos*

En otros ámbitos, al margen del régimen económico matrimonial, los convivientes pueden pactar como régimen patrimonial las reglas de la comunidad de bienes y la sociedad civil.

a) La comunidad de bienes

La doctrina (59) admite la posibilidad de que los convivientes valiéndose de los medios transmisivos ordinarios, sea permuta, donación o sociedad irregular, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos pro indiviso, sujetándose a las normas generales de la contratación. En el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos.

Ahora bien, si se produce la ruptura de la unión de hecho lo lógico será que también acabe esta situación, dado que ninguno de los copropietarios está obligado a permanecer en dicha comunidad, y este proceso podrá realizarse a petición de los propios interesados en cualquier momento (60). De forma que la división de la comunidad podrá realizarse en la proporción que los mismos hayan estipulado, o incluso cabe la división por un tercero (árbitros o amigables componedores nombrado a voluntad de las partes) o vía judicial. En el caso de que existan bienes indivisibles y las partes no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando al otro, se venderá y repartirá su precio.

El criterio del Tribunal Supremo a este respecto ha ido dirigido a reconocer en sus sentencias la posibilidad de que los convivientes puedan pactar expresamente este régimen, consecuentemente en caso de disolución de dicha comunidad estará a las reglas establecidas en el Código Civil. O, que no

(58) Ver LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. loc.*, págs. 281 a 290.

(59) MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 185.

(60) Artículos 400 a 406 del Código Civil.

exista pacto, pero se hayan producido hechos inequívocos y concluyentes que revelen la intención de las partes de adquirir los bienes para ambos, aunque la titularidad de los mismos aparezca a favor de uno de los miembros de la pareja (61).

Así, cabe destacar, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1994, que confirma la existencia de un verdadero condominio o comunidad de bienes entre los litigantes. La sentencia se refiere a la «necesidad de acudir al pacto expreso o la *facta concludentia* que evidencie la voluntad de ambos de hacer comunes determinados bienes adquiridos durante la unión, y considera que esta evidencia demuestra —en el caso de autos— la existencia de una comunidad de bienes» (62).

La sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 1998, reconoce el derecho de uno de los convivientes a participar en la mitad del patrimonio durante la convivencia. «De las pruebas practicadas quedó acreditada la existencia de esa actividad económica conjunta con aportación del esfuerzo personal de ambos, que se deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con los bienes pertenecientes a ambos... se da, pues, esa recta intención de las partes, de considerar, que en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, y con la clara intención o designio de que, ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados» (63).

La sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2001, pone de manifiesto que la «existencia del pacto tácito constitutivo de la comunidad se hace derivar, de un lado, de la existencia de la convivencia *more uxorio* entre la demandante aquí recurrida y el señor A» (64).

La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2004, donde «el Alto Tribunal no comparte la solución que la Audiencia da al caso enjuiciado, al entender que la compraventa otorgada en escritura pública es válida y

(61) LÓPEZ AZCONA, A., *op. cit.*, pág. 53: «En concreto, los Tribunales han atendido a los siguientes datos para admitir la presencia de la comunidad de bienes: a) existencia de cuentas bancarias conjuntas, siempre que se acrediten asientos efectuados indistintamente por ambos convivientes; b) autorización a uno de los convivientes para disponer de las cuentas bancarias del otro; c) actividad profesional conjunta; d) el hecho de compartir ingresos y gastos; e) la contribución por parte de los dos miembros de la pareja a la adquisición de los bienes en litigio (en concreto, en virtud de préstamos hipotecarios formalizados y amortizados por ambos); f) tratándose de inmuebles, el hecho de hacer constar que el bien se adquiere para la sociedad conyugal»; SABATER BAYLE, E., «La comunidad de bienes tácita: una alternativa para resolver las crisis de la pareja estable», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Ed. UNED-EL DERECHO-IDAFE, Madrid, 2006, págs. 374 a 379.

(62) (RJ 1994/7476).

(63) (RJ 1998/6131).

(64) Ver nota 29.

eficaz, ya que ni se ha alegado ni se ha pedido su invalidez o su ineficacia. Por ella, con título y modo, ambos litigantes, entonces convivientes, adquirieron por mitades *proindivisas*. El que pruebe, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, que fue adquirida con dinero de la exclusiva propiedad del mismo (el demandante conviviente) no implica que la vivienda sea de su exclusiva propiedad; ésta la adquirieron los dos, con intención consciente y libre: él aportó el dinero, ella aportó su colaboración personal... Es decir, la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia jurídica de la propiedad exclusiva de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico de adquisición no ha sido impugnado y dándose el caso de las aportaciones personales de la convivencia concurren con las económicas, siendo indiscutibles que el ahorro y el esfuerzo para tal adquisición son comunes» (65).

b) La sociedad civil

También puede pactarse como régimen patrimonial de las uniones de hecho la aplicación de las normas de *la sociedad civil*.

En este caso la pareja de hecho pacta que todo lo que adquiera por su industria o trabajo durante la convivencia forme parte de la sociedad. Ahora bien, si se produce la ruptura de la unión de hecho, se extingue la sociedad que ha existido entre los convivientes y, en ese caso, el reparto de bienes y ganancias se realizará conforme a lo pactado por los sujetos, y a falta de pacto, el reparto será proporcional a lo aportado por cada socio, de conformidad a lo establecido en el artículo 1.689 del Código Civil.

El Tribunal Supremo se ha mostrado bastante parco a la hora de admitir la sociedad civil en la unión de hecho, salvo que se muestre claramente que cumple los requisitos esenciales de este tipo de contrato de sociedad, es decir, aportaciones de los socios al fondo común (dinero, bienes o industria) (66), intención de conseguir un lucro común partible aunque participen en las ganancias y pérdidas que produzca la sociedad y *affectedio societatis* (voluntad de desarrollar una actividad con fines lucrativos) (67).

(65) (RJ 2004/3477).

(66) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246) determina que la *affectedio societatis* es el elemento indispensable para que pueda entenderse que existió la voluntad de crear una sociedad civil entre los mismos. Además de la voluntad asociativa, la Ley exige en el artículo 1.665 del Código Civil la puesta en común de dinero, bienes o industria, para que toda sociedad pueda tener existencia.

(67) La sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9894) donde el demandante pretendía la declaración de existencia de una sociedad civil universal durante la convivencia mantenida con la demandada. El Tribunal rechaza tal pretensión por entender que no ha existido la *affectedio* necesaria para entenderla constituida, ya que el mero hecho de la convivencia extramatrimonial por sí sola no puede presumir ni comportar la existencia de tal sociedad.

Normalmente los convivientes que optan por este régimen societario se identifican con una sociedad particular civil o mercantil, creada de forma tácita en el transcurso de la unión, y dependiendo de cual sea el objeto de la sociedad se estará ante una u otra, si bien dentro de las sociedades mercantiles, ya sea sociedad colectiva, comanditaria, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima, sólo puede admitirse la constitución de la sociedad de forma tácita en las sociedades personalistas, pues en la sociedades capitalistas se requiere la escritura pública de constitución.

En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1992, que declaró «ya que por consecuencia del esfuerzo común, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal. De esta manera, a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho, pues se da concurrencia de actos constitutivos y permanentes, que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados» (68).

IV. INEXISTENCIA DE PACTO SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE LA UNIÓN DE HECHO

Hasta este momento hemos podido solventar la ausencia legislativa en la materia con el reconocimiento por la doctrina y jurisprudencia de la validez de los pactos que suscriban cualquier pareja de hecho sobre los aspectos económicos de la convivencia.

El problema radica en determinar qué ocurre cuando no existe pacto entre los convivientes que regule sus relaciones patrimoniales y se produce la ruptura.

Está claro que las consecuencias patrimoniales por el cese de la unión de hecho ocasionan notables conflictos, especialmente, cuando el conviviente que toma la decisión de romper la unión es el que aportaba los recursos necesarios para el mantenimiento de la pareja, quedando el otro conviviente en peor situación económica.

Tal circunstancia ha provocado en los Tribunales la necesidad de pronunciarse sobre si existe una posible obligación de indemnizar por parte del conviviente menos perjudicado a favor del conviviente más perjudicado.

En este sentido la jurisprudencia ha admitido las siguientes propuestas:

(68) Ver nota 40.

1. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL

Se trata de la figura de la pensión compensatoria para los supuestos de separación y divorcio. El fundamento de esta pensión no lo es tanto el hecho de que exista un matrimonio previo, sino que desaparecido el mismo por el divorcio, o suspendida la relación conyugal por la separación, nace el derecho a percibir una compensación económica por la desigualdad existente entre los que han sido esposos. Esta pensión puede compensar un empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges respecto al otro, es decir, la pérdida del nivel de vida tras la ruptura, sin necesidad de exigir que el demandado se haya enriquecido a su costa.

Esta situación se describe, igualmente, cuando se produce la ruptura en una pareja de hecho, sin embargo, la doctrina (69) conviene, precisamente, que una de las razones por las que se viene considerando improcedente aplicar por analogía la norma contenida en el artículo 97 del Código Civil a este tipo de parejas, es que la pensión compensatoria surge como consecuencia del cese o de la disolución del matrimonio. Y, en las uniones no matrimoniales no sólo falta el vínculo jurídico que comporta el matrimonio entre sus miembros, sino que además puede su aplicación violar la libre ruptura de este tipo de uniones.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que marcó un cambio radical en este sentido fue de 5 de julio de 2001, «al concluir que el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía» (70).

Actualmente, tanto la doctrina civilista (71) como la jurisprudencia (72) admiten la posibilidad de aplicar la pensión compensatoria exonerando a

(69) BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2006, pág. 29; CERVILLA GARZÓN, M. D., «Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003, pág. 584; CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 77; MESA MARRERO, C., *op. cit.*, pág. 206.

(70) Ver nota 29.

(71) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Ed. Comares, Granada, 2005, pág. 209: «Continuando con el razonamiento, parece lógico concluir que también aquí cabría la aplicación analógica de las causas de extinción previstas para la pensión compensatoria de origen matrimonial, con las salvedades que, en su caso, vengan ocasionadas por la naturaleza no matrimonial de este tipo de convivencia».

(72) Destacamos las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de enero de 2003 (*JUR* 2003/83448) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 6 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/113128) que conviene «la protección al conviviente más perjudicado permite la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, pero no como si se tratara de una propia y estricta pensión compensatoria, sino que la acción ejercitada tiene un sentido y finalidad indemnizatoria por el perjuicio que causa la ruptura convivencial, tanto por la dedicación pasada a la familia, personal y económica, como por otros hechos perjudiciales que sobreviven por la misma, como tener que dejar la vivienda familiar».

la unión de hecho del sistema matrimonial y estimando la presencia de las distintas causas enumeradas en el artículo 97 del Código Civil: la edad, el estado de salud, la cualificación profesional, las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales, el caudal y los medios económicos, o cualquier otra circunstancia relevante. Realmente, de ser así, estaríamos ante una aplicación directa del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho.

Siendo ajustable la reforma operada en el artículo 97 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, al permitir que el derecho a una compensación pueda consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine mediante acuerdo o en la propia sentencia (73).

En el ámbito autonómico, algunas leyes de Parejas de Hecho han establecido en sus disposiciones el derecho a una compensación económica cuando se produzca el cese de la convivencia. Concretamente, la ley catalana de Parejas de Hecho prevé dos tipos de prestaciones: una compensación económica (art. 13) y una prestación periódica (art. 14).

El primer precepto determina que «cuando la convivencia cesa en vida de los convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. Por otro lado, al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar al otro una pensión alimentaria periódica para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes:

- a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.
- b) Si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida.

Este criterio se sigue en las leyes de Parejas de Hecho de Navarra (art. 6, apdo. 4), País Vasco (art. 6, apdo. 2), y Aragón (art. 7, apdo. 1 y 2). Asimismo, Extremadura (art. 7) y Baleares (art. 9) fijan una reclamación de compensación

(73) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 2006, pág. 264: «Considero que, sede de pensión compensatoria, la reforma operada por el artículo 97, admitiendo expresamente las pensiones temporales, resultaba necesaria, a fin de acomodar el texto de la norma a lo que venía siendo la práctica de nuestros Tribunales, pero insuficiente».

económica en caso de disolución en vida de la pareja de hecho, *si la convivencia ha supuesto una desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, pudiéndose exigir una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte integrante*, pero no establece la pensión, de ahí, que pueda considerarse que esta contribución revista más el carácter de alimentos que la pensión compensatoria recogida en el Código Civil (74).

Por el contrario, las leyes de Parejas de Hecho de Canarias (art. 7, apdo. 3), Valencia (art. 4, apdo. 2), y Madrid (art. 4, apdo. 3) reconocen una contribución económica al mantenimiento del hogar y los gastos comunes con el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo a sus patrimonios respectivos, pero no por el cese de la convivencia sino durante la convivencia misma.

Por otro lado, las leyes de Parejas Estables del Principado de Asturias (art. 5) y Andalucía (art. 10), ambas se circunscriben a señalar el principio de libertad de pacto como factor determinante de las relaciones patrimoniales en los miembros de una pareja de hecho, dejando sin fijar la responsabilidad que pueda acontecer en el caso de su disolución o cese.

Visto todo ello, la doctrina (75), con gran acierto, advierte que «hubiera sido deseable que el legislador autonómico hubiese allanado algo más el terreno al intérprete y al aplicador de las referidas normas, pues esta incertidumbre legislativa va a provocar que los Tribunales tengan mucho que decir». Más aún, cuando no existe una normativa estatal al respecto y los pronunciamientos jurisprudenciales no se afrontan con un único criterio, «sino que parece, por otra parte, que los jueces se muestran más generosos que las leyes en el reconocimiento de derechos a las uniones de parejas, pues criterios como el principio general de protección al conviviente perjudicado, o la aplicación, ya directa, del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho se revelan menos exigentes en la práctica que los nuevos derechos de pensión y compensación pensados por los legisladores autonómicos» (76).

(74) Según SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *op. loc.*, pág. 215.

(75) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *op. loc.*, pág. 219.

(76) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág. 242.

2. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL

Un sector de la doctrina (77) ha considerado aplicable para el caso de ruptura de uniones no matrimoniales la responsabilidad extracontractual, cuando uno de sus miembros ha manifestado una conducta dolosa, de seducción, promesa de matrimonio, abuso de autoridad hacia el otro conviviente.

De modo que surge la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, siempre que concurren circunstancias especiales que supongan un comportamiento culposo o negligente por parte de uno de los convivientes en perjuicio del otro.

Por el contrario otros autores consideran que tal opción debería ser descartada, porque si algo caracteriza a una unión extramatrimonial frente al matrimonio es, precisamente, la posibilidad de la libre ruptura de la primera que, en consecuencia, no se podría penalizar mediante el establecimiento de una obligación de indemnizar (78).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de septiembre de 2005, establece que «en la actualidad es frecuente la adquisición de vivienda *pro indiviso*, incluso por personas que piensan contraer matrimonio en un futuro más o menos próximo... sin embargo, no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del artículo 1.902 del Código Civil, pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos los requisitos, y, naturalmente, rechazando que la decisión de ruptura, aún sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago» (79).

3. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA TÉCNICA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Es la más avalada por la doctrina (80) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trataría que el conviviente que se considere más perjudicado

(77) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *op. loc.*, pág. 203; MENDIETA JARAMILLO, L., «Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho», en *Actualidad Civil*, 1990, págs. 197 a 214: Cuando la ruptura sea intempestiva, que la mujer esté embarazada o no tenga recursos económicos o que la unión se haya iniciado por seducción, abuso de autoridad, promesa de matrimonio, casos en los que se presenta un perjuicio; ESTRADA ALONSO, E., *op. loc.*, pág. 233 y sigs.

(78) GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *op. loc.*, pág. 313.

(79) Ver nota 29.

(80) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *op. loc.*, pág. 205: «a través de esta figura, se consiguen unos resultados prácticos bastantes próximos a los obtenidos a través de la pensión compensatoria»; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *op. y loc.*, pág. 31.

económicamente por el trabajo o actividad prestada durante los años de convivencia, pueda reclamar aquello que el demandado haya obtenido a su costa, o bien, su valor correspondiente.

El Tribunal Supremo ha consolidado en varias sentencias (81), que para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto a raíz de la disolución de la unión, habrá que estar a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones de facto de las que, por la vía de los *facta concludentis* se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la pérdida de oportunidad, que sería, aquí, el factor soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de empeoramiento que ha de calificar el desequilibrio.

Por tanto, es imprescindible para aplicar este principio que se demuestre que existe un aumento del patrimonio de uno de los convivientes, y a su vez un empobrecimiento correlativo del conviviente que demanda. Además, de la inexistencia de causa que justifique este enriquecimiento, y que no exista otra vía de reclamación, como confirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2006: «Pues bien, ya sabemos que las uniones de hecho, uniones estables de parejas o uniones *more uxorio*, cuando surge el fenómeno de su extinción por decisión unilateral de uno de sus miembros, las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto» (82).

(81) STS de 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10185); STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148) cuando afirma: «Se desprende una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa base que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en sentido de razón o base suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa —como sostiene un importante sector doctrinal— que un concepto —válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado—. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando a favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado insoslayable».

(82) Ver nota 44.

4. LA PROTECCIÓN DEL CONVIVIENTE PERJUDICADO POR LA RUPTURA

La jurisprudencia (83) ha fijado que el principio de protección del conviviente perjudicado deriva de tres principios constitucionales: principio de dignidad de la persona (art. 10); principio de igualdad ante la ley (art. 14) y principio de protección a la familia (art. 39). Del artículo 96 del Código Civil cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella a los hijos o al cónyuge en cuya compañía queden. De la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, cuyo artículo 16, apdo. 1.b) establece, textualmente, que podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento: *la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo de fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*. Y, quizá habría que añadir de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, cuando atribuye capacidad para adoptar simultáneamente *al hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad a la de cónyuge*.

La doctrina (84) admite este principio de protección al conviviente perjudicado como un nuevo principio general del derecho ante la ausencia de ley y de costumbre.

Sin embargo, no parece que exista una postura doctrinal común a la hora de determinar cuando se utiliza este principio, pues, como advierte BLANCO PÉREZ-RUBIO, «el recurso a este principio en los casos de ruptura unilateral no es el remedio adecuado. Pues el Tribunal Supremo utiliza dicho principio para evitar el perjuicio injusto sin causa que uno de los convivientes ha sufrido con lo cual parece que se emplea en los casos en los que no puede demostrarse que ha habido un empobrecimiento de uno de los miembros de la pareja, lo que llevaría a la conclusión de que en todos los casos de ruptura en los que se so-

(83) Destacamos las sentencias del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/4); 27 de marzo de 2001 (RJ 1998/1272); 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272), y el voto particular formulado por el Magistrado don XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ en sentencia de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), donde reconoce: «la mujer en la unión de hecho debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la que ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no la deje al margen de todo beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte conviviente. Y ello se basa en el *principio general de protección al perjudicado*».

(84) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 47, 1998, pág. 871.

licite una compensación económica, ésta se reconocería, sin más requisitos o valoraciones, por el mero hecho de tratarse de una unión de hecho» (85).

V. REFLEXIÓN

Si revisamos las soluciones en Derecho comparado nos lleva a concluir que habiéndose superado el inicial prejuicio en contra de este tipo de uniones, existen dos grupos de ordenamientos jurídicos: los que admiten el pacto formal entre convivientes y a partir de aquí establecen unos determinados efectos, tal y como sucede en Francia con el pacto civil de solidaridad. Y por otra parte las legislaciones nórdicas y Alemania, donde, por respeto a la libertad de las personas en cuanto al derecho a contraer matrimonio, se atribuyen a las uniones de hecho unos efectos mínimos que se ponen de manifiesto en la ruptura y que se aplican al margen de la voluntad de las partes.

En España, la doctrina que se ocupa de estudiar los efectos patrimoniales de las uniones de hecho sigue manifestado su perplejidad, a pesar del tiempo transcurrido y la aceptación por la sociedad de estas situaciones de hecho por la actuación de los poderes públicos en este ámbito. Ni los legisladores autonómicos con sus leyes de Parejas o Uniones de Hecho, ni los Tribunales de justicia con su excesiva libertad de interpretación consiguen evitar la inseguridad jurídica que se crea cuando hay que remediar los conflictos que surgen de la ruptura de este tipo de uniones.

El problema no es sencillo, pero creemos que la aprobación de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, al admitir el matrimonio por parejas del mismo sexo y el divorcio unilateral, permiten proclamar en este momento que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por analogía de normas propias del matrimonio, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización a la voluntad de las partes como reconoce la doctrina del Tribunal Constitucional.

Y en los supuestos de demandas de indemnizaciones o pensiones por la ruptura de la unión deberá estarse al acuerdo que voluntariamente hubieran suscrito ambos convivientes como recomienda el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 7 de marzo de 1988; las distintas leyes de Uniones o Parejas de Hecho de las Comunidades Autónomas; las resoluciones judiciales de nuestro Tribunal Supremo y la doctrina científica. Si bien hemos de precisar que los pactos que concierten este tipo de uniones respecto a sus aspectos personales y patrimoniales, no pueden exceder de sus relaciones como pareja, pues, está claro que nunca pueden interferir en aquello regulado por la norma.

(85) BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *op. loc.*, pág. 30.

El problema surge cuando no hay pacto entre los convivientes. Existe una falta de criterio unánime tanto por la propia doctrina civilista como por el más alto Tribunal de nuestro orden jurisdiccional, que aún reunido en pleno, no ha conseguido establecer una vía de solución única, pues al dictar la sentencia de 12 de septiembre de 2005, varios miembros de la Sala piensan que debería seguirse otros criterios distintos. De manera que cabe concluir que nuestros Tribunales van a resolver a la vista caso por caso, según su criterio personal de equidad. Por tanto se mantiene la incertidumbre jurídica que tanto se debate y, nos ponemos en la lista de quiénes reivindican la necesidad de que se adopten medidas legislativas estatales que afronten la resolución de este conflicto.

RESUMEN

UNIONES DE HECHO

En el presente estudio se trata de analizar las resoluciones jurisprudenciales que nuestros Tribunales se han visto abocados a dictaminar para paliar los principales conflictos que surgen de la ruptura en las uniones de hecho y, que son tanto los concernientes a la liquidación y atribución de bienes adquiridos, como el reparto de la ganancia generada por ambas partes o una sola durante el tiempo de convivencia. Y, ello debido a la ausencia de normativa estatal que prevea estas situaciones, como a la verdadera dispersión y diferenciación que las disposiciones legislativas autonómicas han promulgado al respecto.

ABSTRACT

DE FACTO UNIONS

This survey aims at examining the judgments that have been passed in our courts in order to alleviate the main clashes which appear when a fact couple breaks up. Those clashes refer as much to the liquidation and ascription of joint assets as to the distribution of profits yielded by one or both of the parties during the period of cohabitation. This fact is due as much to the lack of state regulations which could foresee these situations as to the current scattering and differentiation of regulations that regional bodies have promulgated on this matter.

*(Trabajo recibido el 29-04-08 y aceptado
Para su publicación el 26-01-09)*

DERECHO COMPARADO

El Reglamento «Roma II»: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

por

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO «ROMA II» Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL:
 1. IMPACTO DEL REGLAMENTO «ROMA II» EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL DEL SIGLO XXI.
 2. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO «OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES» EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
 3. IMPORTANCIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
- II. PLURALIDAD DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SECTOR DE LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES.
- III. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES. RASGOS BÁSICOS DEL REGLAMENTO «ROMA II»:
 1. CUESTIONES METODOLÓGICAS (I). «RECONOCIMIENTO MUTUO» *VERSUS* «NORMAS DE CONFLICTO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II».
 2. CUESTIONES METODOLÓGICAS (II). LEY DEL «ESTADO DE ORIGEN» *VERSUS* «LEY DEL ESTADO DE DESTINO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II».

3. PERSPECTIVA CONFLICTUAL.
 4. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO «ROMA II».
 5. CARÁCTER *ERGA OMNES* DEL REGLAMENTO «ROMA II».
 6. ORDEN PÚBLICO DEL FORO. DAÑOS PUNITIVOS.
- IV. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES. REGLAMENTO «ROMA II» Y OTROS INSTRUMENTOS LEGALES.
- V. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE APLICACIÓN.
- VI. REGLAMENTO «ROMA II». REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES.
- VII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES:
1. FUNDAMENTO DE LA CONEXIÓN «AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL».
 2. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES. REQUISITOS.
 3. ELECCIÓN DE LEY EN RELACIÓN CON LOS CASOS «MERAMENTE INTERNOS» Y CASOS «COMPLETAMENTE COMUNITARIOS».
- VIII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL COMÚN DE LAS PARTES.
- IX. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DEL LUGAR DONDE SE PRODUCE EL DAÑO (*LEX LOCI DELICTI COMMISSI*):
1. EL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*: LA HERENCIA DE LA HISTORIA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES.
 2. JUSTIFICACIÓN DEL PUNTO DE CONEXIÓN *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*.
 3. DETERMINACIÓN DEL «TERRITORIO DEL ESTADO».
 4. CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*.
 5. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS A DISTANCIA».
 6. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS MOSAICO».
 7. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «DAÑOS INDIRECTOS».
 8. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «VÍCTIMAS INDIRECTAS».
 9. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y DAÑOS VERIFICADOS A BORDO DE BUQUE O AERONAVE O EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL.
- X. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. CLÁUSULA DE ESCAPE:
1. FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE.
 2. OPERATIVIDAD EN CASOS EXCEPCIONALES.
 3. MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE Y «CONEXIÓN ACCESORIA».
 4. CLÁUSULA DE ESCAPE Y DAÑOS VERIFICADOS EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL.
- XI. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE.
- XII. REGLAMENTO «ROMA II». CUESTIONES PARTICULARES:
1. ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADOR DEL RESPONSABLE.
 2. SUBROGACIÓN.

3. RESPONSABILIDAD MÚLTIPLE.
4. VALIDEZ FORMAL.
5. PRESUNCIONES LEGALES Y CARGA DE LA PRUEBA.
6. MEDIOS DE PRUEBA DE LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES.

XIII. ACTOS VERIFICADOS EN INTERNET. LEY APLICABLE.

XIV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO «ROMA II» Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

1. IMPACTO DEL REGLAMENTO «ROMA II» EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL DEL SIGLO XXI

1. El Diario Oficial de la Unión Europea, Ley 199/40, de 31 de julio de 2007, recoge el texto del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II»). Dicho instrumento legal constituye un elemento de singular relevancia para el Derecho Internacional Privado español del siglo XXI. Dicho instrumento legal ha comportado un cambio radical en el régimen jurídico de las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado. Tras el 11 de enero de 2009, la Ley aplicable a la mayor parte de los supuestos relativos a las obligaciones extracontractuales se fijará con arreglo a las normas de conflicto contenidas en este Reglamento «Roma II» (1).

2. El aterrizaje del Reglamento «Roma II» en el Derecho Internacional Privado español reviste una gran importancia. Las obligaciones extracontractuales constituyen una materia objeto de eterna polémica, en la que nada es lo que parece. Se trata de un sector de extraordinaria importancia práctica y económica. Un sector que se ha convertido, además, en una *vedette* académica, ambiente idóneo para la renovación y para el *New Learning* metodológico en Derecho Internacional Privado. En el presente estudio se recogerá, exclusivamente, un análisis sucinto de las reglas generales que contiene dicho Reglamento «Roma II» para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Quedan fuera de esta contribución las reglas específicas que contiene el Reglamento «Roma II», y que son las que siguen: a) *Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (art. 5 del Reg. «Roma II»); b) *Competencia desleal y actos que restrinjan la libre*

(1) A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado: el Reglamento «Roma II»*, Comares, Granada, 2008.

competencia (art. 6 del Reg. «Roma II»); c) *Daño medioambiental* (art. 7 del Reg. «Roma II»); 4.º *Infracción de los derechos de propiedad intelectual* (art. 8 Reg. «Roma II»); 5.º *Acción de conflicto colectivo* (art. 9 del Reg. «Roma II»); 6.º *Enriquecimiento injusto* (art. 10 del Reg. «Roma II»); 7.º *Gestión de negocios ajenos* (art. 11 del Reg. «Roma II»); 8.º *Culpa in contrahendo* (art. 12 del Reg. «Roma II»).

2. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO «OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES» EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

3. A efectos del Derecho Internacional Privado, la expresión «obligaciones no contractuales» u «obligaciones extracontractuales» designa el conjunto de todas aquellas obligaciones que no derivan ni de contrato (art. 1.089 CC) ni de cualquier otra institución jurídica, como los alimentos, matrimonio, filiación, derechos reales, etc. A partir de este dato, pueden subrayarse diversos aspectos sobre este concepto:

1.º *Heterogeneidad de la categoría «obligaciones extracontractuales»*. Al tratarse de una categoría jurídica «residual» (= que se define negativamente, por exclusión), las obligaciones extracontractuales comprenden una gama muy heterogénea de situaciones jurídicas. En efecto: existe una pluralidad de conductas a las que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de una «obligación» y de una responsabilidad jurídica, al margen de un contrato y de cualquier otra institución jurídica. Ejemplos: son supuestos de «obligaciones extracontractuales», asuntos y cuestiones tan dispares como la vulneración del derecho a la intimidad de las personas físicas, las lesiones corporales, los daños causados al medio ambiente, los perjuicios derivados de los productos, los accidentes de circulación por carretera, la colisión de buques, el uso ilícito del nombre ajeno, los daños informáticos, la promesa de pública recompensa, los actos de competencia desleal, el enriquecimiento injusto, etc.

2.º *Derecho de daños y obligaciones extracontractuales*. En realidad, las obligaciones extracontractuales comprenden dos grupos de obligaciones: a) Las obligaciones derivadas de «daños producidos a terceros»: accidentes de circulación, contaminación del medio ambiente, delitos, agresiones contra la propiedad ajena, etc. El actual «Derecho de daños», desarrollo de la tradicional y romana «responsabilidad aquiliana», constituye el núcleo duro de las obligaciones extracontractuales. Debe indicarse que el moderno Derecho de daños es, en realidad, una creación legal del siglo xx (= *Tort Law*) (D. McCLEAN & K. BEEVERS) (2). El anterior Derecho de daños, marcado por

(2) D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 367.

la doctrina canónica, reposaba sobre la idea de que ciertos comportamientos son reprobables en sí mismos, por lo que la responsabilidad civil surge sólo cuando hay daño y cuando ha intervenido culpa del sujeto: «*se paga porque se ha pecado*» (= *punitur, quia peccatum est*) (L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN BALLESTEROS) (3). Y si se ha producido un daño pero no hay culpa del sujeto causante del daño, pues no hay «pecado» y no hay, por lo tanto, responsabilidad civil, dado que es un hecho que, simplemente, ha ocurrido por voluntad divina. Todo esto cambia en el siglo XIX y XX. El actual Derecho de daños es necesidad derivada de la mecanización de la vida actual, de la velocidad cotidiana de todas las cosas, de los actos jurídicos en masa, de la industrialización de la sociedad, de la cultura del sector terciario y de la multiplicación de las transacciones económicas, como ha puesto de manifiesto la doctrina española (F. REGLERO CAMPOS, L. Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS) (4). Estas circunstancias aconsejan que el ordenamiento jurídico establezca una responsabilidad objetiva y limitada. Es curioso constatar que un sistema de responsabilidad objetiva conduce a los prestadores de servicios a encarecer sus productos, pues deben asegurar sus actividades con empresas de seguros. Al final, el consumidor y la víctima de los daños, los paga por adelantado en forma de «incremento de precio»; b) Las demás obligaciones establecidas en la Ley al margen de cualquier otra institución legal pero que no derivan de hechos ilícitos ni de daños: enriquecimiento sin causa, obligaciones unilaterales no contractuales y gestión de negocios ajenos.

3.º) *Obligaciones que no nacen de contrato y sujetas a reglas propias.* Como antes se ha indicado, no deben considerarse como «obligaciones extracontractuales» a efectos del DIPr., aquellas obligaciones que derivan directamente de una relación jurídica preexistente entre las partes. Tales obligaciones, ciertamente, no derivan de «contrato». Pero derivan de otras instituciones o relaciones jurídicas, por lo que están sujetas a las normas de DIPr. que regulan tales relaciones (CH. VON BAR, J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE, G. BALLADORE PALLIERI) (5). Ejemplo 1: la obligación de conservación de la «cosa común» que deriva del derecho real de «propiedad», es una obligación que no nace de contrato, pero debe regirse por las normas de DIPr. que rigen los derechos reales y no por las normas de DIPr. previstas para la categoría de las obligaciones ex-

(3) L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 1995, págs. 591-657, esp. pág. 592.

(4) F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2003; L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, 1999; E. ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 2002.

(5) CH. VON BAR, «Negligence, Damage to property and purely economic losses», en *RabelsZ.*, 1992, págs. 410-442; J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE, *Droit International Privé*, Dalloz, 15.ª ed., 2005, págs. 129-133, esp. pág. 130; G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto internazionale privato», en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. pág. 352.

tracontractuales (M. A. AMORES CONRADI) (6). Ejemplo 2: la obligación de rendir cuentas que pesa sobre el tutor es una obligación que no nace de contrato, pero debe quedar sujeta a las normas de DIPr. que rigen la tutela y no a las normas de DIPr. previstas para las obligaciones extracontractuales (M. ESLAVA RODRÍGUEZ) (7). En suma, la denominación «obligaciones extracontractuales» no es exacta (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA) (8), pero ha acabado por imponerse en legislación, jurisprudencia y doctrina. El empleo de esta denominación debe realizarse *cum grano salis*, y con las limitaciones intrínsecas de este concepto.

3. IMPORTANCIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

4. Como antes se ha avanzado, las obligaciones extracontractuales constituyen uno de los sectores más relevantes del DIPr. del siglo XXI. Ello se debe, principalmente, a dos fenómenos. Primero, a que la responsabilidad civil ha sido y es uno de los contextos de renovación teórica más importantes del DIPr. para el desarrollo del *New Learning* (D. BUREAU/H. MUIR WATT) (9). Y segundo, a los caracteres singulares de las obligaciones extracontractuales en el comercio internacional actual, que sumariamente reseñados, son los siguientes (T. BALLARINO, M. BOGDAN, F. K. JUENGER) (10):

1.º) *Muy frecuente carácter internacional*. En la actualidad, resulta habitual que las obligaciones extracontractuales presenten un «carácter internacional». Explicación: las actividades de las empresas, de los Estados, y de las

(6) M. A. AMORES CONRADI, «Artículo 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc.Min. Justicia*, 1991, págs. 127-130; Id., «Artículo 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 729-769; Id., «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 6.ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, págs. 209-240, esp. pág. 212.

(7) M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2007, 8.ª ed., págs. 535-591, esp. págs. 536-539.

(8) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.ª ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. págs. 223-224; M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, «XI tesis sobre el estatuto delictual», en *REEL*, 2004, págs. 1-34, esp. págs. 3-6, con excelentes desarrollos sobre la cuestión.

(9) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé. Tome II. Partie spéciale*, Presses Universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 362-428, esp. pág. 362.

(10) T. BALLARINO, «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques», en *RCADI*, 1990-I, vol. 220, págs. 289-388, esp. págs. 299-312; M. BOGDAN, «Aircraft accidents and the conflict of laws», en *RCADI*, 1988, vol. 208, págs. 9-168, esp. págs. 13-19; F. K. JUENGER, «Mass Disasters and the Conflict of Laws», en *University of Illinois Law Review*, 1989, págs. 105-128.

personas físicas, consumidores, y profesionales, traspasan habitualmente las fronteras de los Estados. La actividad económica se vuelve «transnacional» debido al desarrollo de la tecnología y a la apertura jurídica de los mercados nacionales. Los viajes internacionales de negocios son muy habituales. El turismo transfronterizo también. Y naturalmente, a mayor actividad transnacional, mayor probabilidad existe de que surjan obligaciones extracontractuales de «carácter internacional». Obligaciones respecto de las cuales es preciso fijar la competencia internacional de los tribunales y autoridades para conocer de dichas reclamaciones y la Ley reguladora de tales obligaciones. La deslocalización de empresas y de la producción industrial comporta un incremento espectacular de obligaciones extracontractuales de carácter internacional. Ejemplo: la inmensa mayoría de los automóviles y ordenadores que se venden y comercializan en España no están fabricados en España y/o contienen componentes fabricados en China, Corea, Singapur, Malasia, Taiwan, Indonesia y otros lejanos países. Si tales artefactos causan daños a consumidores y clientes que adquieren los mismos en España, se suscitarán serios problemas «internacionales» de responsabilidad civil extracontractual.

2.º) *Extrema complejidad técnica*. Es difícil encontrar hoy día casos sencillos de obligaciones extracontractuales. Los casos internacionales de responsabilidad civil extracontractual son muy complejos. Esta complejidad deriva de varios factores: a) *Son casos que presentan «conexiones» con multitud de países*. Así ocurrió con el famoso caso del «agente naranja». Como explica muy bien M. A. AMORES CONRADI, el «agente naranja» fue un producto herbicida que se empleó en los años sesenta y setenta del pasado siglo por las fuerzas armadas de los Estados Unidos en Vietnam, Laos y Camboya, y causó gravísimos daños a soldados norteamericanos y a los familiares de éstos, daños que se manifestaron años después en Estados Unidos. El «agente naranja» había sido fabricado en USA, Canadá y Alemania (11). Este problema se reprodujo en los años noventa del pasado siglo bajo el nombre del conocido «Síndrome de la Guerra del Golfo»: más de 2.000 veteranos de la I Guerra del Golfo demandaron a más de veinte empresas alemanas que fabricaron gases tóxicos que se utilizaron, al parecer, por el ejército iraquí en el desierto de Kuwait e Iraq (*Diario El País*, 4 de enero de 1995, pág. 18); b) *Son casos que muestran una enorme complejidad técnica*. El progreso de la tecnología hace que los aparatos y artefactos que emplean los humanos sean artefactos compuestos por millones de piezas articuladas y en los que se cruzan diseños muy distintos. Ejemplo 1: determinar la causa técnica concreta que provoca un accidente de aviación es todo un desafío. Ejemplo 2: el naufragio y hundimiento del buque

(11) M. A. AMORES CONRADI, «Artículo 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 729-769; Id., «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 6.ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, págs. 209-240, esp. págs. 226-227.

Prestige en 2002 en las costas gallegas ha suscitado enormes dudas sobre la verdadera causa de los daños causados en las costas españolas y francesas por el cargamento de fuel de dicho buque, ya que se dudaba de la responsabilidad del capitán, de la compañía armadora, de los políticos que ordenaron el alejamiento del buque de la costa en un momento crítico, de la compañía que había reparado el buque en China y de la que lo había inspeccionado en Letonia y San Petersburgo...

3.º) *Carácter plurilocalizado de tendencia mundial.* Con una altísima frecuencia se observan casos de obligaciones extracontractuales que afectan a numerosos países y a millones de personas al mismo tiempo (= son «ilícitos de masas»). Ejemplo: el reactor nuclear de la planta de Chernobyl sito cerca de Pripyat, en la entonces URSS y actual Ucrania, explotó el 26 de abril de 1986 a las 01:23:40 a.m. La explosión lanzó a la atmósfera una nube radioactiva que alcanzó toda Europa del Norte, Suiza, Francia e Italia del norte y a todos los países del Este de Europa (Bielorrusia, Ucrania, Polonia, países bálticos, etc.). La nube contaminante alcanzó también la costa noreste de los Estados Unidos de América. Más de veinte años después el 40 por 100 del suelo de la UE sufre altas dosis de contaminación radioactiva (*Diario El País*, 16 de abril de 2006, pág. 4). Determinar la competencia judicial de los tribunales y la Ley reguladora de estos hechos resulta sumamente complejo.

II. PLURALIDAD DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SECTOR DE LAS OBLIGACIONES EXTRA-CONTRACTUALES

5. Es necesario tener muy presente la multiplicidad de normas de DIPr. para determinar correctamente cuál es la norma de conflicto aplicable a un concreto litigio de obligaciones extracontractuales. Las normas españolas de DIPr. más relevantes para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales son las que siguen.

6. a) *Reglamento (CE) 864/2007 de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II»).* El texto más significativo para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II») (12). Varios datos previos deben siempre tenerse presentes en torno a este Reglamento:

1.º) El Reglamento «Roma II» señala la Ley aplicable a la mayor parte de obligaciones extracontractuales que pueden suscitar litigios internacionales

(12) DOUE, Ley 199/40, de 31 de julio de 2007.

les. Pero el Reglamento «Roma II» no señala la Ley aplicable a todas las posibles obligaciones extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros. Y ello por varios motivos: *a)* Algunos textos legales internacionales que determinan la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales o que establecen un régimen jurídico material uniforme, prevalecen sobre el Reglamento «Roma II» y lo hacen inaplicable a algunas categorías específicas de obligaciones extracontractuales. Ejemplos: responsabilidad por daños causados por vertidos de hidrocarburos en el mar, responsabilidad por daños nucleares, responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera, etc.; *b)* En otros casos, el Reglamento «Roma II» no regula algunos tipos particulares de obligaciones extracontractuales y deja la determinación de la Ley aplicable a tales supuestos en manos de las normas de producción interna de los Estados miembros. Ejemplo: Ley aplicable a la vulneración del derecho a la intimidad, honor y propia imagen [art. 12.2.g) del Reg. «Roma II»].

2.º) El Reglamento «Roma II» es el fruto de un muy complejo proceso de elaboración normativa (vid. Propuesta de la Comisión de 22 de julio de 2003 en DOC COM 2003 427 final y Dictamen del Parlamento Europeo de 6 de julio de 2005). El Reglamento «Roma II» es otro fruto más de la «comunitarización del DIPr.» (art. 65 TCE) y constituye el primer texto con «normas de conflicto uniformes» elaborado tras el Tratado de Ámsterdam de 1997 con encaje en el artículo 65 TCE. No obstante, los primeros pasos para la unificación del DIPr. en materia de obligaciones extracontractuales en la Comunidad Europea se dieron ya hace muchos años (J. L. IGLESIAS BUHIGUES, J. FOYER, M. GIULIANO, P. LAGARDE, O. LANDO) (13).

3.º) El Reglamento «Roma II» es irretroactivo. Se aplica exclusivamente a los «hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor» (art. 31 del Reg. «Roma II»). Lo relevante no es el momento en el que se verifica el «daño», sino el momento en el que tiene lugar el «hecho» generador del daño. Ejemplo: es relevante el momento en el que se produce

(13) J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Las obligaciones extracontractuales en el anteproyecto de convenio CEE y en el derecho conflictual español», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor A. Miaja de la Muela*, vol. II, Madrid, 1979, págs. 1123-1245; J. FOYER, «L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles», en *JDI Clunet*, 1976, vol. 103, págs. 555-652; P. LAGARDE, «Examen de l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *TCFDIP*, 1971-1973, págs. 147-201; 42; O. LANDO, «The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation», en *RabelsZ*, 1974, págs. 6-55. El trabajo de M. GIULIANO, «Expertise de droit international privé. Partie A: La loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles», (juillet 1970), en *Consiglio nazionale del notariato. La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 1983, págs. 459-495, es un texto magistral sobre la Ley aplicable a las obligaciones en DIPr.

un vertido contaminante en un río a su paso por España y no el momento en el que un sujeto que se baña en el río a su paso por Portugal resulta dañado en su persona y/o bienes. El Reglamento «Roma II» se aplica íntegramente a partir del 11 de enero de 2009 (art. 32 del Reg. «Roma II»).

7. b) *Otros textos de Derecho Internacional Privado*. Existen también otras normativas contenidas en Convenios y otros instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos de obligaciones extracontractuales. Los textos legales vigentes para España más destacables son los que siguen:

1.º) *Abordaje marítimo*. Se aplica el Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje de 23 de septiembre de 1910.

2.º) *Daños causados por aeronaves*. Rige el Convenio de Roma sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, de 7 de octubre de 1952.

3.º) *Accidente nuclear*. Se aplica el Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia nuclear, de 29 de julio de 1960, modificado por diversos Protocolos los años 1964, 1982 y 1991.

4.º) *Daños causados por la contaminación del mar por hidrocarburos*. Rige el Convenio de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969 enmendado por el Protocolo de 27 de noviembre de 1992. También debe considerarse el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971, relativo a la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización por los daños causados por la contaminación de hidrocarburos.

5.º) *Limitación de la responsabilidad derivada de reclamaciones de Derecho marítimo*. Se aplica el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones por Derecho marítimo hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, enmendado por el Protocolo de Londres de 2 de mayo de 1996.

6.º) *Responsabilidad en casos de Derecho aéreo*. Rige el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929 y el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999.

7.º) *Responsabilidad civil no contractual en el ámbito del Derecho de transporte por carretera y ferrocarril*. Rigen los siguientes instrumentos legales: Convenio de Ginebra, relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) de 19 de mayo de 1956; Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 13 de diciembre de 1974; Convenio de Berna relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), de 9 de mayo de 1980.

10.º) *Accidentes de circulación por carretera*. Se aplica el Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971.

11.º) *Responsabilidad por productos*. Rige el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973.

8. c) *El artículo 10.9 del Código Civil*. El artículo 10.9 del Código Civil no ha sido derogado por el Reglamento «Roma II». Por tanto, el precepto se halla plenamente vigente. Dicho precepto designa la Ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados por dicho Reglamento «Roma II» ni por otros Convenios y textos legales internacionales en materia de obligaciones extracontractuales. Por otro lado, visto que ciertas Comunidades Autónomas españolas disponen de normas sustantivas específicas en materia de obligaciones extracontractuales, el artículo 10.9 del Código Civil designa la Ley aplicable a los casos Derecho interregional de obligaciones extracontractuales (art. 16 CC) (SAP de Girona, de 5 de marzo de 2007 [accidente de tráfico acaecido en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí y aplicación del Derecho catalán]).

III. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES. RASGOS BÁSICOS DEL REGLAMENTO «ROMA II»

9. La literatura jurídica especializada sobre el Reglamento «Roma II» es muy abundante. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ciertas contribuciones relativas a dicho Reglamento «Roma II» se han redactado sobre alguna de las diversas «propuestas de Reglamento» que han circulado durante el período 2001-2007. Por tanto, algunas de ellas no reflejan el estado real del Reglamento «Roma II», tal y como se ha aprobado y publicado oficialmente en el DOUE, pues hubo diversas «Propuestas de Reglamento» y las diferencias entre éstas y el texto, finalmente aprobado, son notables. En todo caso, los estudios sobre el Reglamento Roma permiten extraer sus principales rasgos básicos (14).

(14) Vid, *inter alia*: AA.VV., en A. MALATESTA (ed.), *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe*, Cedam, Padova, 2006; J. BASEDOW, «European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation - A Matter of Coordination», en AA.VV., *Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, Munich, Sellier, 2006, págs. 13-24; J. BASEDOW, «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», en *RabelsZ*, 2003, págs. 1 y sigs.; A. BORRÁS, «Puesta en marcha de los trabajos para la elaboración de un Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales («Roma II»), en

1. CUESTIONES METODOLÓGICAS (I). «RECONOCIMIENTO MUTUO» *VERSUS* «NORMAS DE CONFLICTO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II»

10. La perspectiva metodológica acogida por el Reglamento «Roma II» reviste una extraordinaria importancia que exige el análisis de ciertos aspectos.

REDI, 1998-2, págs. 298-300; Id., «Reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Luxemburgo, 25-27 de septiembre de 1998)», *REDI*, 1998-2, págs. 296-297; N. BOUZA VIDAL/M. VINAIXA MIQUEL, «La responsabilidad por daños ambientales transfronterizos, propuesta de regulación europea y Derecho Internacional Privado», en *AEDIPr*, 2003, págs. 75 y sigs.; C. BRIERE, «Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement “Rome II” et les conventions internationales», en *JDI Clunet*, 2005-3, págs. 677-694; C. BRIÈRE, «Le règlement (CE), núm. 864/2007, du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”)», en *JDI Clunet*, 2008, págs. 31-74; A. CRESPO HERNÁNDEZ, «Daños al medio ambiente y regla de la ubicación en el artículo 8 del futuro Reglamento de “Roma II”», en *InDret*, 2006-3; C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2006; A. DI MAJO, «Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo», en *Europa e diritto privato*, 2006, págs. 19-33; M. FALLON, «Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», en *ERPL*, 1999, págs. 45-68; E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, «Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *AC*, 2003, núm. 34; P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir.: A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007; HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW (2003), «Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non contractual obligations», en *RabelsZ*, pág. 1 y sigs.; N. HOFFMANN, *Die Koordination des Vertrags - und Deliktsrecht in Europa, eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Kollisionsrecht, Sachrecht und zum UN-Kaufrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «La cooperación judicial en materia civil», en *Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, núm. 5, 2001, págs. 47-58; GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1998), «Commentaire sur la Proposition pour une Convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», Luxemburgo (<http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>); K. LANHE-CHALA, «Reflexiones sobre el perfil moderno del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño», en *REDI*, 2006, págs. 331-341; G. LÉGIER, «Le règlement “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», en *La semaine juridique - Edition générale*, I 207 (21 novembre 2007), pág. 14 y sigs.; L. DE LIMA PINHEIRO, «O Direito de Conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – Uma primeira apreciação do Regulamento comunitário “Roma II”», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir.: A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 9-44; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La Ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento “Roma II”», en *Gaceta Jurídica*, núm. 235, 2005, págs. 23-43; D. LÜCK, *Neuere Entwicklungen des deutschen und europäischen internationalen Deliktsrechts*, Hamburg, Kovar, 2006; A. MALATESTA, «La legge applicabile agli incidenti stradali nella proposta di Regolamento (CE) “Roma II”», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2006, págs. 47-66; M. MARTÍN CASALAS, «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”», en *InDret*, 2006, núm. 284; C. NOURISSAT/E. TREPPOZ, «Quelques obser-

11. a) *El problema de la diversidad de legislaciones en la UE como obstáculo a las libertades comunitarias.* Algunos expertos consideran que la diversidad de Leyes en los diferentes Estados miembros de la UE en relación con las obligaciones extracontractuales crea un obstáculo a la libre circulación y a la libre prestación de servicios, obstáculo prohibido por el Derecho Comunitario. Ejemplo: si el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de los daños causados por los productos es diferente en cada Estado miembro, los prestadores de servicios ven penalizada su situación legal, ya que si fabrican determinados productos con destino a diferentes Estados miembros, estarán sujetos a diferentes legislaciones sobre responsabilidad civil por productos y ello perjudica su «libre prestación de servicios» y dañaría el correcto funcionamiento del mercado interior (= deben ajustarse a distintos sistemas jurídicos, uno por cada Estado miembro, lo que, en cierto modo, «penaliza» su actividad económica internacional, pues la «encarece»).

12. b) *Primera opción: el principio del «mutuo reconocimiento».* Ciertos expertos indican que la solución al anterior problema descansa en el principio del «mutuo reconocimiento» o «principio del Estado de origen»: las obligaciones extracontractuales deberían regirse por la Ley del Estado en el que está radicado el prestador de servicios cuya responsabilidad civil se reclama. Este principio consiste en que una situación legalmente existente en un Estado miembro debe ser reconocida y admitida como legalmente existente en los demás Estados miembros (G. DE BAERE, S. BARIATTI, S. GRUNDMANN, M. AUDIT, M. LEISTNER, A. MALATESTA) (15). En torno a esta tesis cabe apuntar varios datos:

vations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles "Rome II"», en *JDI Clunet*, 2003, págs. 7-32; G. PALAO MORENO/L. PRATS ALBENTOSA/M. J. REYES LÓPEZ (coords.), «Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del Anteproyecto de propuesta de Reglamento "Roma II")», en *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, 2003, págs. 271-299; F. POCAR, «Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien», en *RCDIP*, 1996, págs. 41-65; W.H. ROTH, «Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht», en *IPRax*, 2006, págs. 338-347; J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento "Roma II"», en *Indret*, 2005; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")», en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, dir. A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Ptaut, Paris, 2004, pág. 192 y sigs.; G. WAGNER, «Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtstand», en *IPRax*, 4/2006, págs. 372-390; G. WAGNER, «Die neue Rom-II-Verordnung», en *IPRax*, 2008, págs. 1-17; R. J. WEINTRAUB, «Rome II and the Tension between Predictability and Flexibility», en *RDIPP*, 2005, págs. 561-572.

(15) Explican muy correctamente este principio, entre otros, G. DE BAERE, «Is this a Conflict Rule which I See before Me?: Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004,

1.º) El principio del mutuo reconocimiento se basa en una técnica clásica del DIPr.: el «conflicto de sistemas». Que significa lo siguiente: no es relevante la Ley que se haya aplicado a la situación o institución jurídica (E. JAYME/CH. KÖHLER) (16), porque cualquiera que sea dicha Ley aplicada, la situación legalmente creada y existente en un Estado miembro, se considerará válidamente existente en los demás Estados miembros. Por tanto, la cuestión de la Ley aplicable se desvanece y desaparece y no debe ser resuelta mediante «normas de conflicto». En efecto, la situación jurídica legalmente existente en un Estado miembro, simplemente, se exporta «tal cual» a los demás Estados miembros, sea cual fuere la Ley estatal que se aplicó a dicha situación jurídica en el Estado miembro de origen. Ello evita situaciones jurídicas claudicantes (= *situation boiteuse*). Como subraya D. HENRICH, el método *Anerkennungsprinzip* - *Mutual Recognition* es un método totalmente diferente al clásico método decimonónico *made by Savigny* (17). Ahora bien, como ha indicado P. LAGARDE, la cuestión de la determinación de la Ley aplicable a una situación privada internacional es una *question irréductible* (18). Y es irreductible porque, cuando una situación privada internacio-

págs. 287 y sigs.; S. BARIATTI, «The Future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)», en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, a cura di A. Malatesta, Padova, 2006, pág. 19 y sigs.; ID., «La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato», en *RDIPP*, 2005, págs. 5-24; S. GRUNDMANN, «Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order», en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, págs. 5-25; M. AUDIT, «Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois», en *JDI Clunet*, 2006, pág. 1333 y sigs.; M. LEISTNER, «The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle», en *Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future*, dir. J. Drexler/A. Kur, Oxford, 2005, pág. 177 y sigs.; A. MALATESTA, «Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?», en *RDIPP*, 2007, págs. 293-312.

(16) E. JAYME/CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», en *IPRax*, 2001, págs. 501-512, esp. pág. 502, que subrayan que, igualmente, resulta indiferente, salvo vulneración del orden público internacional, la Ley aplicada por el juez de origen en el marco de un sistema moderno de reconocimiento de decisiones judiciales, como el recogido en el Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000.

(17) D. HENRICH, «Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage», en *IPRax*, 2005, págs. 422-429, cuyas tesis comparte E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», en *RDIPP*, 2006, págs. 353-360, esp. pág. 355.

(18) P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», en *RebelsZ*, 2004, págs. 225-243, esp. pág. 229: «La question des conflits de lois est irréductible. Lors de la création de situations juridiques hétérogènes, tant que subsisteront des divergences dans les législations en présence, toute autorité judiciaire ou administrative, ou même des particuliers à l'occasion d'un contrat, par exemple, devront toujours, au moment de la prise de décision, déterminer le droit applicable».

nal se «crea» o se «constituye», es preciso aplicar, en todo caso, una Ley estatal. Dicha Ley estatal se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado miembro «de origen» de la situación jurídica (= capitulaciones matrimoniales, nombre de las personas, sociedad mercantil, etc.).

2.º) El principio del mutuo reconocimiento no se encuentra recogido en el TCE y el TCE no impone dicho principio como mecanismo para el correcto funcionamiento del mercado interior. Es sólo un principio aplicativo del Derecho Comunitario creado por el TJCE en un ejercicio muy notable de «desarrollo judicial» del Derecho Comunitario (STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [conocida como «*Cassis de Dijon*»]), asunto 120/78, *Rec.*, pág. 649 y sigs.) (19).

3.º) El origen real de este principio se encuentra en el sector de la validez extraterritorial de decisiones (vid. Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en DOCE de 15 de enero de 2001). Este principio ha sido acogido, posteriormente, en diversos instrumentos normativos de Derecho Comunitario derivado (M. AUDIT) (20). Instrumentos legales comunitarios que afectan, muy especialmente, al Derecho Público. Ejemplos de la operatividad de este principio son: la mercancía fabricada en un Estado miembro con arreglo al Derecho administrativo de dicho Estado, debe considerarse apta para su comercialización en toda la UE, el sujeto autorizado a operar como banquero o asegurador, o prestador de servicios por el Derecho administrativo de un Estado miembro, debe ser considerado como apto para operar como banquero o asegurador o prestador de servicios en toda la UE, etc. (vid. en el sector bancario, Directiva 89/646/CEE, sobre coordinación bancaria de 15 de diciembre de 1989; en el sector de los seguros, Directiva 92/49, de 18 de junio de 1992, Directiva 92/96, de 10 de noviembre de 1992; en el sector del comercio electrónico, Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 [Directiva sobre el comercio electrónico]; en el sector de los servicios, Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006 [servicios en el mercado interior]). Por otra parte, el TJCE ha admitido este principio por vía jurisprudencial en relación con el nombre de las personas físicas

(19) La legislación alemana impidió a un sujeto alemán la importación de un licor francés, el *Cassis de Dijon*, por la razón de que, en Alemania, este licor debía contener, al menos, el 25 por 100 de alcohol, mientras que el licor producido en Francia, el *Cassis de Dijon*, poseía tan sólo entre el 15 y el 20 por 100 de alcohol. El TJCE estimó que la medida alemana constituía una «medida de efecto equivalente», y que procedía su no aplicación. El TJCE consideró, también, que en ausencia de regulación armonizada comunitaria, los productos legalmente fabricados en un Estado miembro, deben ser considerados como legalmente fabricados y aptos para su comercialización en los demás Estados miembros (STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Cassis de Dijon*, as. 120/78, *Rec.*, pág. 649).

(20) M. AUDIT, «Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois», en *JDI Clunet*, 2006, págs. 1333-1356.

(= STJCE, de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*; STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*) y las sociedades mercantiles (= STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*; STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*).

4.º) Sin embargo, el principio del mutuo reconocimiento no tiene ningún sentido en relación con las obligaciones extracontractuales (CH. KOHLER, S. BARIATTI, H. D. TEBBENS, M. V. BENEDETTELLI) (21). Y ello por varias razones muy claramente explicadas por la mejor doctrina italiana contemporánea (P. FRANZINA, A. MALATESTA) (22). Primera razón: dicho principio sólo es relevante cuando se trata de reconocer o admitir como válida y existente en un Estado miembro, una situación jurídica que ya ha sido válidamente creada y ya existe en otro Estado miembro distinto (= mercancía legalmente fabricada en un Estado miembro, testamento redactado ante Notario de un Estado miembro, sociedad legalmente creada en otro Estado miembro, etc.). No es ése el caso de las obligaciones extracontractuales, pues la responsabilidad civil no es parte del «producto» o del «servicio» que presta el agente económico y que éste «coloca en el mercado». El hecho de que el régimen jurídico de la responsabilidad civil sea diferente de Estado miembro a Estado miembro, no obliga al prestador de servicios a modificar el «contenido del servicio» que ofrece en el mercado comunitario. Por ello, no obstaculiza de ningún modo el funcionamiento del mercado interior. El principio del «mutuo reconocimiento», sencillamente, no puede operar cuando se trata de fijar la Ley aplicable a una situación privada internacional que todavía no existe. Por eso, dicho principio nada tiene que decir en relación con el problema de la determinación de la Ley aplicable a una situación privada internacional que todavía no ha nacido. El intento de proyectar este principio en relación con la cuestión de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, de la Ley aplicable a los contratos o de la Ley aplicable a los derechos reales, no sólo es inapropiado, sino que es completamente inútil, pese a los desva-

(21) CH. KOHLER, «La Cour de Justice des communautés européennes et le droit international privé», en *TCFDIP*, 1993/95, París, 1996, págs. 71-87; S. BARIATTI, «Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario», en *RDIPP*, 2003, págs. 671-706; S. BARIATTI, «Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni», en *RDIPP*, 2006, págs. 361-376; H. D. TEBBENS, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», en *RCDIP*, 1994, págs. 451-482; M. V. BENEDETTELLI, «La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato», en *Rivista delle società*, 1997, págs. 39-113.

(22) P. FRANZINA, «Il Regolamento "Roma II" sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370; A. MALATESTA, «Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?», en *RDIPP*, 2007, págs. 293-312.

ríos de ciertos autores al respecto (23). En efecto, a la hora de señalar la Ley aplicable a un contrato o a la responsabilidad civil derivada de un daño, ¿qué puede aportar el principio del mutuo reconocimiento, si no hay «nada que reconocer». Segunda razón: el principio del mutuo reconocimiento suscita problemas porque, visto que el Reglamento «Roma II» es un Reglamento *erga omnes*, llevaría a aplicar el Derecho de terceros países. Tercera: las libertades comunitarias no obligan ni a unificar todo el Derecho Privado en la UE y tampoco obligan a seguir el principio del reconocimiento mutuo en perjuicio de la perspectiva tradicional de las normas de conflicto.

13. c) *Segunda opción: las normas de conflicto clásicas.* El Reglamento «Roma II» opta por el enfoque clásico: el régimen jurídico de las obligaciones extracontractuales en DIPr. debe arrancar de la determinación de la Ley aplicable a las mismas a través de normas de conflicto y no a través del principio del mutuo reconocimiento. Esta opción de método es plenamente acertada, ya que el régimen jurídico de la responsabilidad civil *ex delicto* en DIPr. no puede concretarse mediante el principio del mutuo reconocimiento porque no existe ninguna previa situación legalmente creada en ningún Estado miembro. No hay nada que «reconocer», no existe una situación legal creada en un Estado miembro que pueda ser «reconocida» en los demás Estados miembros.

14. d) *Recapitulación: la eliminación de los obstáculos de Derecho Privado al mercado interior.* Los obstáculos al mercado interior, creados por la presencia de una diversidad de sistemas de Derecho Privado, pueden eliminarse mediante dos instrumentos metodológicos diferentes: a) El principio del mutuo reconocimiento, que sólo puede operar en relación con situaciones jurídicas «ya creadas» en un Estado miembro (= sentencias, autorizaciones administrativas, situaciones legales ajustadas a Derecho, etc.); b) La unificación de las normas de conflicto, que opera en relación con situaciones jurídicas todavía «no creadas»: determinación de la Ley aplicable a un contrato o a las obligaciones extracontractuales. Una vez fijada de modo uniforme en toda la UE la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, el obstáculo al mercado interior desaparece, pues el sujeto conoce, *ex ante*, cuál es la Ley aplicable a su actividad y a su responsabilidad civil y porque la disciplina legal de las obligaciones extracontractuales queda fijada *ex ante* para todos los operadores que actúan en la UE. En efecto, todos los sujetos que causan daños en un Estado miembro X, quedan sometidos al sistema de responsabilidad civil del Estado miembro X (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). La unificación de las normas de conflicto se convierte, así, en un precioso instrumento

(23) Es el caso de F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, *ad ex.*, págs. 210-220.

para la consecución del mercado interior (S. BARIATTI, E. JAYME, P. LAGARDE, E. JAYME/CH. KÖHLER, D. BUREAU/H. MUIR WATT, D. HENRICH) (24).

2. CUESTIONES METODOLÓGICAS (II). LEY DEL «ESTADO DE ORIGEN» *VERSUS* «LEY DEL ESTADO DE DESTINO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II»

15. Otra cuestión general de método, diferente a la anterior, aunque frecuentemente confundida con ésta en estudios poco meditados (25), debe ser también analizada *cum grano salis*. El Reglamento «Roma II» contiene, como se ha dicho, normas de conflicto. En este punto, otra polémica, también exquisitamente doctrinal, surge con fuerza (26):

1.º) Por un lado, ciertos autores subrayan que la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales debe ser la Ley del Estado de origen (= *Lex Originis*), la Ley del país en el que se halla situado el prestador al que se le imputa una responsabilidad civil no contractual. Así, ciertos autores opinan que las libertades comunitarias contienen una «norma de conflicto implícita» a cuyo tenor, la ley reguladora de una situación privada internacional debe ser la Ley del Estado de origen, a menos que la Ley del Estado de destino sea más favorable (J. BASEDOW) (27). Otros expertos, con más dulzura, indican que existe una «presunción de aplicación» en favor de la Ley del Estado de origen (L. G. RADICATI DI BROZOLO) (28). De ese modo, el prestador de ser-

(24) S. BARIATTI, «The Future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)», en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, a cura di A. Malatesta, Padova, 2006, págs. 19-33; Id., «La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato!», en *RDIPP*, 2005, págs. 5-24, esp. págs. 15-16; E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», en *RDIPP*, 2006, págs. 353-360; P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», en *RabelsZ*, 2004, págs. 225-243; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome I, Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 264 y 579-593; E. JAYME/CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», en *IPrax*, 2001, págs. 501-512.

(25) Es el caso de F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, págs. 74-77 y 206-220.

(26) Muy bien analizada por M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», en *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre de 2004, págs. 1-20.

(27) J. BASEDOW, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis» (“The Impact of the Free Movement of Goods and Services in the Single European Market Upon Private International Law: favor offerentis”), en *RabelsZ*, 1995, págs. 1-55.

(28) L. G. RADICATI DI BROZOLO, «Diritto comunitario e regole processuali interne, inapplicabilità dell'art.633 CPC», en *RDIPP*, 1993, págs. 607-616; L. RADICATI DI BROZO-

vicios podría comercializar sus productos y desplegar sus actividades económicas con arreglo a una sola Ley, su propia Ley, la Ley del Estado donde está establecido el prestador.

2.º) Por otra parte, otros autores sostienen que, como regla general, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales no debe ser la «Ley del Estado de origen» (*Lex Originis*), sino la «Ley del Estado de destino» (*Lex Damni*). Esta segunda opinión es correcta y se comprende mejor si se adopta una «perspectiva dinámica del prestador de servicios» vinculada estrechamente con su libre circulación intracomunitaria. En efecto, el criterio *Lex Originis* (= Ley del Estado de origen), en los casos de obligaciones extracontractuales, se convierte en un obstáculo a la libre prestación de servicios y al correcto funcionamiento del mercado interior. Ejemplo: un fabricante español de aparatos de música desea vender sus productos en Alemania. Si el criterio regulador de la eventual responsabilidad civil en la que el fabricante puede incurrir es la *Lex Originis* (= Ley del país donde el fabricante está establecido), y la Ley francesa, sueca, inglesa, portuguesa y finesa son más estrictas que la Ley española, dicho fabricante se sentirá desincentivado a establecerse en Suecia, Francia, Portugal y Finlandia. Su libre circulación resulta penalizada. O en otras palabras, se sentirá «tentado» a establecerse en España de un «modo oportunista» (= para buscar la aplicación de una Ley que le beneficia a él, al fabricante, en perjuicio de los consumidores finales de los productos). Ambos fenómenos distorsionan gravemente el correcto funcionamiento del mercado interior, porque los fabricantes elegirán para establecerse unos u otros Estados miembros con el objetivo de «trasladar a los consumidores» sus costes por los daños que casan los productos que fabrican. Los Estados miembros con legislaciones más laxas atraerán fabricantes deseosos a establecerse en su territorio, mientras que los Estados miembros con legislaciones más estrictas perderán fabricantes, que huirán espantados y no querrán saber nada de establecerse en los territorios de estos últimos Estados miembros (H. MUIR-WATT) (29). Por el contrario, si el criterio seguido es la aplicación, a las obligaciones extracontractuales, de la Ley del Estado miembro de destino o de comercialización del producto (= Ley del país en cuyo territorio se produce el daño/*Lex Damni*), el sujeto fabricante/productor del daño, puede moverse por toda la UE y establecerse en el Estado miembro que le parezca, pues la Ley reguladora de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir por daños causados por los productos que vende en Alemania será, siempre y únicamente, la Ley alemana. Como escriben M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «no hay incentivo para una búsqueda oprotunista del Estado

LO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation», en *RCDIP*, 1993, págs. 401-424.

(29) H. MUIR-WATT, «Aspects économiques du droit international privé», en *RCADI*, 2004, t. 307, págs. 29-383, esp. pág. 206.

de origen» (30). Y paralelamente, el sujeto que sufre un daño en Alemania sabe, *ex ante*, que los daños que sufre en Alemania serán indemnizados, en su caso, con arreglo a la Ley alemana, sin que sea en absoluto relevante el país en cuyo territorio esté establecido el sujeto o empresa que ocasiona el daño. De modo que «*en la práctica, esto implica que una víctima no se tiene por qué preocupar de dónde proviene el daño: el régimen, provenga de donde provenga el daño, es único*» (31).

3. PERSPECTIVA CONFLICTUAL

16. El Reglamento «Roma II» contiene normas de conflicto. Las normas de conflicto se limitan a determinar la Ley estatal aplicable a las obligaciones extracontractuales. El Reglamento «Roma II» no recoge «normas materiales» que contengan, de modo directo, el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de las obligaciones extracontractuales. Por otro lado, los Estados miembros, naturalmente, mantienen intactas sus normativas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales. Cada Estado miembro conserva su «Derecho material de daños».

17. La Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» es, en todo caso, la Ley material de dicho país, es decir, las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado (art. 24 del Reg. «Roma II»). El reenvío es imposible, está prohibido. Esta prohibición es muy relevante en materia de obligaciones extracontractuales, porque elimina también los casos de «reenvío de calificaciones» que se producen en materia de obligaciones extracontractuales. En efecto, las calificaciones difieren en los diferentes Derechos materiales. Ejemplo: los daños causados al pasajero oneroso se consideran un caso de responsabilidad contractual en Francia y Holanda, pero admiten la calificación de responsabilidad contractual o extracontractual, a elección del perjudicado en otros países (Bélgica, Inglaterra, Alemania, Italia, España). Pues bien, la prohibición del reenvío en el artículo 24 del Reglamento «Roma II» impide que la norma de conflicto contenida en el Reglamento conduzca a la Ley de un país donde el caso se califique como un supuesto de responsabilidad contractual y que, según la norma de conflicto de este país, la cuestión deba regirse

(30) M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm. 251, 2004-4, noviembre de 2004, págs. 1-20, esp. pág. 18.

(31) M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm. 251, 2004-4, noviembre de 2004, págs. 1-20, esp. pág. 18.

por otra Ley distinta, lo que provocaría un reenvío (G. BEITZKE, J. KROPHOLLER, L. GARAU JUANEDA) (32).

4. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO «ROMA II»

18. El Reglamento «Roma II» unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales. Con ello, el Reglamento «Roma II» persigue diversos objetivos:

1.º) *Acabar con el «Forum Shopping»*. Con arreglo al Reglamento 44/2001 es posible demandar en un caso de obligaciones extracontractuales ante tribunales de Estados miembros distintos. Pues bien, gracias al Reglamento «Roma II», la Ley material reguladora de las obligaciones extracontractuales será siempre la misma, con independencia del tribunal que resulte competente para conocer del litigio, siempre que sea un tribunal de un Estado miembro. El demandante no podrá ya «especular» con la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, pues la Ley reguladora de tales obligaciones extracontractuales será siempre la misma con independencia del Estado miembro ante cuyos tribunales se presente la demanda.

2.º) *Potenciar la seguridad jurídica y la certeza legal*. Como la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales no cambia por el hecho de litigar en uno u otro Estado miembro, los sujetos que operan y habitan en la UE pueden saber, *ex ante*, con total certeza, cuál es la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, y con absoluta independencia del Estado miembro cuyos tribunales conozcan.

3.º) *Fomentar la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la Comunidad Europea*. Visto que gracias al Reglamento «Roma II» toda persona y toda empresa puede conocer, *ex ante*, cuál es la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales, ello le permite tomar la decisión de trasladarse de un Estado miembro a otro o de iniciar actividades en un Estado miembro o en otro. El traslado a otro Estado miembro no provocará un cambio en la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo que potencia la libre circulación de personas y factores productivos en la UE.

(32) G. BEITZKE, «Les obligations delictuelles en droit international privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, págs. 67-146; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübinga, 1990, págs. 423-446; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed., rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. págs. 477-478.

5. CARÁCTER *ERGA OMNES* DEL REGLAMENTO «ROMA II»

19. El Reglamento «Roma II» se aplica a las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales. En efecto, el Reglamento se aplica aunque la Ley rectora de las obligaciones extracontractuales sea la Ley de un tercer Estado o de un Estado miembro (art. 3 del Reg. «Roma II»). En consecuencia, las normas de DIPr. de producción interna de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento «Roma II». Por otro lado, el Reglamento «Roma II» es vinculante para todos los Estados miembros de la UE, excepto para Dinamarca (art. 1.4 del Reg. «Roma II»). El Reino Unido e Irlanda ejercitaron su derecho de *opting-in* y son Estados miembros en el Reglamento «Roma II». El Reglamento «Roma II» es un Reglamento comunitario, y como tal, es «directamente aplicable por los Estados miembros» y es «obligatorio en todos sus elementos» (art. 249 TCE). Al ser un Reglamento elaborado en el contexto del artículo 65 TCE («medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza»), su interpretación vinculante corresponde al TJCE en los términos, ciertamente restrictivos, recogidos en el artículo 68 TCE.

6. ORDEN PÚBLICO DEL FORO. DAÑOS PUNITIVOS

20. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el Reglamento «Roma II» si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 26 del Reg. «Roma II»). Varios aspectos deben anotarse al respecto:

21. a) *Orden público internacional. Concepto y operatividad.* El orden público internacional sirve para descartar la aplicación de la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» si ello produce una lesión en los principios jurídicos básicos que regulan la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. El orden público internacional evita la externalidad negativa que podría producir la norma de conflicto (= daños a los «intereses generales», y a la «sociedad» del país cuyos tribunales conocen del asunto). El orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe interpretarse siempre de modo restrictivo y debe aplicarse siempre de modo excepcional. Ejemplo: la Ley extranjera que no permita reparar «daños morales» puede considerarse contraria al orden público internacional español (en Francia: Sent. CA París, de 2 de octubre de 1963).

22. b) *Derecho aplicable*. En el caso de una Ley que produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional del Estado del foro, las obligaciones extracontractuales deben regirse por la Ley fijada por el siguiente punto de conexión recogido en el mismo Reglamento «Roma II» y no por la *Lex Fori* (= Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto). De ese modo se salvaguarda, hasta donde es posible, la certeza jurídica y la aplicación uniforme del Reglamento en la UE y se evitan las tentaciones de legeforismo, que podrían arruinar todo el sentido del Reglamento «Roma II» (P. FRANZINA).

23. c) *La cuestión de los Punitive Damages. Concepto*. En relación con el orden público internacional, es muy relevante la cuestión de los llamados «daños punitivos» en el sector de las obligaciones extracontractuales. Los daños punitivos (*Punitive Damages/Exemplary Damages*) consisten en una cantidad económica prevista en el Derecho de la mayor parte de los países anglosajones y que debe desembolsar el responsable de un daño no para compensar al demandante/víctima por el perjuicio sufrido, sino con la finalidad de impedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante. Los «daños punitivos» constituyen una especie de «pena privada» para disuadir a toda la sociedad de la realización de actos particularmente dañinos y graves, como los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública (P. SALVADOR CORDECH, E. D'ALESSANDRO, R. PARDOLESI) (33). Las cifras que en los Estados Unidos y en el Reino Unido se conceden como «daños punitivos» alcanzan proporciones astronómicas. Su impacto social es enorme, como se puede apreciar en famosos films *made in Hollywood* como «*A Civil Action*» o «*Erin Brokovich*».

24. d) *Ley aplicable: orden público internacional. Punitive Damages*. Se suscita la cuestión de decidir si una Ley extranjera que, con arreglo al Reglamento «Roma II», regule las obligaciones extracontractuales y que conceda daños punitivos o daños e intereses ejemplares puede aplicarse en España o, por el contrario, debe ser rechazada por generar efectos contrarios al orden público internacional español. El Cons. [32] del Reglamento «Roma II» indica que debe procederse de la siguiente manera: a) *Test de proporcionalidad*. Como ha demostrado P. SALVADOR CORDECH, las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual en Derecho español presentan una finalidad resarcitoria pero también, una finalidad sancionadora y preventiva. Una Ley extranjera que concede estos *Punitive Damages*, no será considerada

(33) P. SALVADOR CORDECH, «Punitive Damages», en *Indret*, septiembre de 2001; E. D'ALESSANDRO, «Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia», en *Rivista di diritto civile*, 2007, I, págs. 384 y sigs.; R. PARDOLESI, «Danni punitivi: frustrazione da “vorrei, ma non posso”?», en *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pág. 341 y sigs.

contraria al orden público internacional español si tales «daños e intereses ejemplares o punitivos» son proporcionales al daño y no excesivos; b) *Test de vinculación espacial*. Si por el contrario, los «daños e intereses ejemplares o punitivos» son de naturaleza excesiva, el órgano jurisdiccional competente dispone de la posibilidad de considerar que la aplicación de dicha Ley extranjera vulnera el orden público del foro. Para valorar dicha posible contrariedad, el tribunal deberá examinar las «circunstancias del caso» y su «ordenamiento jurídico» (O. BOSKOVIC, Y. DERAIS, S. SYMEONIDES) (34). Ello significa que el juez español debe valorar las «vinculaciones específicas del supuesto con España». Si el caso presenta «vinculaciones significativas» con España, la aplicación de una Ley extranjera que admite unos *Punitive Damages* no proporcionales, lesionará el orden público internacional español, porque el sistema «español» de responsabilidad civil se verá amenazado de forma muy grave (= y se producirá una «externalidad negativa» que dañará la coherencia jurídica de la sociedad española). Si el supuesto aparece muy alejado de la esfera española. No hay razón para una intervención del orden público internacional «español», pues la estructura jurídica básica del Derecho de daños «español» no se hallará amenazada (Z. CRESPI REGHIZZI, R. MORSE, E. D'ALESSANDRO, A. SARAVALLE) (35).

25. e) *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España: orden público internacional*. Los dos tests antes citados (proporcionalidad y vinculación espacial) pueden emplearse para valorar si una sentencia extranjera que concede estos *Punitive Damages* vulnera el orden público internacional y puede o no, ser reconocida y ejecutada en España: a) *Test de proporcionalidad*. En caso de daños punitivos excesivos, los tribunales suizos, alemanes e italianos se niegan a dar ejecución en sus respectivos países a las sentencias dictadas en USA y en las que se condena a pagar estos *Punitive Damages* (Sent. Corte Cass. Italia, de 19 de enero de 2007 [daño en Alabama por mal cierre de cascós para motocicletas fabricados en Italia],

(34) O. BOSKOVIC, «La réparation du préjudice en droit international privé», en *LGDJ*, 2003, París, 2003; Y. DERAIS, «Intérêts moratoires, dommages-intérêts en droit international privé», en *Études offertes à Bellet*, 1991, págs. 101-121; S. SYMEONIDES, «Resolving Punitive-Damages Conflicts», en *Yearbook of Private International Law*, 2003, págs. 1 y sigs.

(35) Z. CRESPI REGHIZZI, «Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a *punitive damages*», en *RDIPP*, 2002, págs. 977-990; R. MORSE, «Accidents, damages and the English Conflict of Laws, Three cases and a question», en *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, Munich, 2004, págs. 593-613; E. D'ALESSANDRO, «Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia», en *Rivista di Diritto Civile*, 2007, I, págs. 384-401; A. SARAVALLE, «I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali», en *RDIPP*, 1993, págs. 867-892; A. SARAVALLE, «Art. 62 Legge di riforma», en AA.VV., *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 1996, págs. 1441-1451.

Sent. Trib. Venezia, de 15 de octubre de 2001) (36). En España, si las cantidades concedidas no son desproporcionadas, el TS concede el *exequatur* (ATS de 13 de noviembre de 2001); b) *Test de vinculación espacial*. Si el supuesto no presenta un ligamen sustancial con España, la ejecución en España de una sentencia extranjera que concede *Punitive Damages* debe admitirse (Sent. Cass Francia, de 20 de febrero de 2007, *Cornelissen*) (D. BUREAU/H. MUIR WATT) (37).

26. Un ejemplo ayudará a ver más clara la cuestión de los *Punitive Damages*. Una empresa española fabrica cascos para motocicletas en los Estados Unidos de América y los vende en dicho país. Como consecuencia de un error de fabricación de los cascos, un casco se abrió con ocasión de un accidente de motocicleta ocurrido en Indiana. Un joven falleció por un casco con defectos de fábrica. La familia del joven reclama daños y perjuicios a la empresa fabricante ante los tribunales españoles y la condena de ésta al pago de *Punitive Damages*, ya que la responsabilidad no contractual derivada del defecto del casco se rige *ex* artículo 5 del Reglamento «Roma II» por la Ley norteamericana, donde tales daños están legalmente previstos. Pues bien, no existe ninguna razón para excluir por contrariedad con el orden público internacional «español», la aplicación de una Ley extranjera que regula la responsabilidad de un daño ocurrido en los Estados Unidos de América, que afecta a un sujeto residente y nacional de dicho país y que afecta a la comercialización de productos fabricados en y para los Estados Unidos, datos todos éstos que eran de perfecto conocimiento de la empresa fabricante española. Dicha empresa se beneficia del enorme mercado norteamericano porque se «sumerge» en el mismo, por lo que en consecuencia, es perfectamente consciente de que dicho mercado está sujeto a sus propias reglas, y al pago, en su caso, de *Punitive Damages*. La condena de la empresa española al pago de tales daños punitivos en nada perjudica el sistema «español» de responsabilidad civil, porque el caso afecta al mercado «norteamericano», no al mercado «español».

IV. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES. REGLAMENTO «ROMA II» Y OTROS INSTRUMENTOS LEGALES

27. En lo que se refiere a las relaciones entre el Reglamento «Roma II» y otros textos legales internacionales, es preciso diferenciar las siguientes situaciones y reglas:

(36) Vid. *RDIPP*, 2002, pág. 1021.

(37) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, pág. 392.

1.º) *Prevalencia de las disposiciones de Derecho Comunitario.* El Reglamento «Roma II» cede ante las disposiciones del Derecho Comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales (art. 27 del Reg. «Roma II»).

2.º) *Prevalencia de los convenios internacionales anteriores concluidos entre Estados miembros y terceros Estados.* El Reglamento «Roma II» dispone de varias pautas al respecto: a) El Reglamento «Roma II» no es aplicable para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales en los casos regulados por los convenios internacionales en los que sean parte uno o más Estados miembros y terceros países antes del 11 de julio de 2007. Es decir, prevalecen sobre el Reglamento «Roma II» tanto los convenios internacionales bilaterales como los multilaterales, que son más numerosos, siempre que sean anteriores al 11 de julio de 2007, fecha de la «adopción» del Reglamento «Roma II» (Cons. 36 del Reg. «Roma II»); b) Tales «convenios internacionales supervivientes» deben ser comunicados por los Estados miembros a la Comisión UE antes del 11 de julio de 2008; c) Estos Convenios internacionales pueden ser denunciados en el futuro por los Estados miembros. La denuncia se comunicará por los Estados miembros a la Comisión UE. La Comisión UE publicará en el DOUE, en el plazo de seis meses después de su recepción, tanto una lista de estos Convenios, como toda denuncia de los mismos (art. 29 del Reg. «Roma II»).

3.º) *Prevalencia del Reglamento «Roma II» sobre los convenios internacionales futuros.* El Reglamento «Roma II» impide que los Estados miembros celebren nuevos convenios internacionales entre sí o con terceros Estados en las materias cubiertas por el Reglamento «Roma II». La materia de las obligaciones extracontractuales ha quedado «comunitarizada». Por ello, es una materia que pertenece a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea: Los Estados miembros ya no pueden legislar sobre la cuestión ni mediante la elaboración de normas de producción interna ni tampoco mediante la conclusión de nuevos convenios internacionales u otras normas jurídicas con terceros Estados. Sin embargo, el Reglamento «Roma II» deja la puerta abierta para que, en determinadas circunstancias, uno o varios Estados miembros puedan negociar y concluir convenios internacionales con terceros Estados. Ello puede resultar útil para regular la Ley aplicable a ciertas obligaciones extracontractuales que afectan a obras públicas o privadas de gran envergadura y que afectan a ciertos países: canales, puentes, túneles estaciones espaciales, bases submarinas, etc. (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (38). En efecto, el Cons. [37] del Reglamento «Roma II» indica que la Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los procedimientos y condiciones bajo los que

(38) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

los Estados miembros estarán autorizados, en casos particulares y excepcionales, a negociar y celebrar en nombre propio acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, con disposiciones sobre la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales.

4.º) *Prevalencia del Reglamento «Roma II» sobre los convenios internacionales celebrados entre Estados miembros.* El Reglamento «Roma II» prevalece sobre los convenios internacionales celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en las materias reguladas por el Reglamento «Roma II» (art. 28.2 del Reg. «Roma II»).

5.º) *Prevalencia del Reglamento «Roma II» sobre las normas de producción interna de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales.* En las materias reguladas por el Reglamento «Roma II», éste prevalece, en todo caso, sobre el artículo 10.9 del Código Civil. Esta prevalencia sólo afecta a los casos internacionales y no a los supuestos de Derecho interregional y sólo cubre las obligaciones extracontractuales reguladas efectivamente por el Reglamento «Roma II». Es decir, en las materias relativas a obligaciones extracontractuales pero excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento «Roma II», el artículo 10.9 del Código Civil sigue siendo la norma de DIPr. que debe emplearse para determinar la Ley aplicable. Ejemplo: la precisión de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que derivan de la vulneración del derecho a la intimidad y de otros derechos de la personalidad, es una materia excluida del Reglamento «Roma II». La Ley aplicable a dichos aspectos se fijará con arreglo al artículo 10.9 del Código Civil.

V. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE APLICACIÓN

28. a) *Aplicación a supuestos internacionales.* El Reglamento «Roma II» determina, a través de sus normas de conflicto, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, «en las situaciones que comportan un conflicto de leyes» (art. 1 *in primis* del Reg. «Roma II»). Es decir, el Reglamento «Roma II» sólo es aplicable cuando el caso presenta «elementos extranjeros» que suscitan la duda de saber qué Ley estatal rige el supuesto. Varias observaciones son precisas al respecto:

1.º) *Remisión a la Ley de Estados plurilegislativos y sistema inglés de determinación de la Ley aplicable.* Cuando un Estado se compone de varias unidades territoriales con sus propias normas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento «Roma II» (art. 25.1 del Reg. «Roma II»). Es el llamado «sistema inglés»: una unidad territorial con Derecho propio se considera «as a country in the

sense of the Conflict-Of-Laws». Ejemplo: un daño producido a una propiedad inmueble sita en Glasgow se rige por la Ley escocesa (art. 4.1 del Reg. «Roma II»), pues el daño se produce en Escocia y Escocia dispone de sus propias normas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales.

2.º) *Supuestos de Derecho interregional*. Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones extracontractuales no está obligado a aplicar el Reglamento «Roma II» a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales. Por tanto, a falta de una «Declaración Oficial» por parte de un Estado miembro, puede afirmarse que el Reglamento «Roma II» no se aplica a tales casos de Derecho interregional. En el supuesto de España, y visto que España no ha formulado Declaración alguna al respecto, los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales quedan sujetos al artículo 10.9.1 del Código Civil. Dicho precepto señalará la normativa aplicable, común o foral, a dichas obligaciones extracontractuales en supuestos «interregionales» (aunque anterior a la entrada en vigor del Reglamento «Roma II», vid. SAP de Girona, de 5 de marzo de 2007 [accidente de tráfico acaecido en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí y aplicación del Derecho catalán]).

29. b) *Materias reguladas por el Reglamento «Roma II»*. Varias observaciones son necesarias al respecto:

1.º) *Materia civil y mercantil*. El Reglamento «Roma II» señala la Ley estatal aplicable a todo tipo de obligaciones extracontractuales «*en materia civil y mercantil*». El concepto de «materia civil o mercantil» debe ser definido de modo autónomo, propio del Reglamento «Roma II». Dicho concepto coincide con el mismo concepto de «materia civil o mercantil» que emplea el artículo 1 R. 44/2001 según lo ha interpretado el TJCE en copiosa jurisprudencia (STJCE de 14 de octubre de 1976, *Eurocontrol*; STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Steenbergen*; STJCE de 16 de diciembre de 1980, *Rüffer*; STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Baten*; STJCE de 15 de mayo de 2003, *Préservatrice*; STJCE de 18 de mayo de 2006, *Èez*; STJUE de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou*). Quedan excluidas las relaciones en las que interviene un Estado que ejercita sus potestades soberanas de Derecho Público.

2.º) *Concepto de «obligaciones extracontractuales»*. Varios datos deben subrayarse al respecto: a) El concepto de «obligaciones extracontractuales» es un concepto autónomo del Reglamento «Roma II». No debe ser extraído de los Derechos nacionales de los Estados miembros, y el artículo 12.1 del Código Civil es inaplicable (SAP Madrid, Sec. 21.ª, de 4 de enero de 1994). Ello asegura la aplicación uniforme del Reglamento «Roma II» en todos los Estados miembros (STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Mines de Potasse*; STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*); b) El concepto de «obligacio-

nes extracontractuales» no se define en el Reglamento «Roma II». Pero el TJCE acude al rescate, pues dicho tribunal ha perfilado este concepto en su jurisprudencia relativa al Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000. El TJCE entiende que las obligaciones extracontractuales son todas aquéllas que se producen al margen de una relación contractual entre las partes, es decir, al margen de una «vinculación jurídica voluntaria entre las partes» (STJCE de 22 de marzo de 1983, *Peters*; STJCE de 8 de marzo de 1988, *Arcado*; STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*; STJCE de 17 de junio de 1992, *Handte*; STJCE de 27 de octubre de 1998, *Réunion*; STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*; STJCE de 1 de octubre de 2002, *Henkel*; STJCE de 5 de febrero de 2004, *Frahuil*). Sin embargo, la noción de «vinculación jurídica voluntaria entre las partes» y, en consecuencia, la noción de «materia contractual», es muy amplia. En efecto, el TJCE entiende que son materia contractual los pleitos derivados de nulidad o inexistencia del contrato y de «contratos preliminares»: puede existir «materia contractual» incluso si el contrato no se ha celebrado formalmente. Cuanto más amplia es la noción de «materia contractual», más restringida es la de «materia extracontractual» (STJCE de 17 de junio de 1992, *Handte*); c) La demanda en materia de obligaciones extracontractuales debe estar dirigida «a exigir la responsabilidad del demandado». Ello excluye de la «materia extracontractual» el ejercicio de la acción pauliana, que no tiene como objeto la responsabilidad extracontractual del deudor, sino la declaración de nulidad o ineficacia de ciertos contratos y actos jurídicos concluidos o realizados por el deudor (STJCE de 26 de marzo de 1992, *Dresdner Bank II*); d) Deben considerarse como «obligaciones extracontractuales» aquellas obligaciones que derivan de un hecho ilícito o no, siempre que no sean «contractuales» y no aparezcan estrechamente ligadas a otras instituciones jurídicas; e) Siempre quedarán hechos de difícil calificación, como los accidentes laborales o los que se producen en el contexto de un contrato de transporte (J. C. SEUBA TORREBLANCA) (39). En principio, cuando exista relación contractual entre demandante y demandado, la responsabilidad derivada de dichos accidentes, debe ser considerada como «contractual» (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE) (40). En caso contrario, debe primar su calificación extracontractual y el Reglamento «Roma II» será aplicable (L. FERRARI BRAVO, M. C. PRYLES, G. BALLADORE PALLIERI) (41); f) Debe

(39) J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento «Roma II»», en *Indret*, 2005, versión *on line*.

(40) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. pág. 225; D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit International Privé*, París, Masson, 1987, págs. 606-615, esp. pág. 709.

(41) L. FERRARI BRAVO, *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Nápoles, 1979; *Id.*, «Les rapports entre les contrats et les obligations delictuelles en Droit

considerarse que las obligaciones que nacen de hechos o actos «unilaterales» son obligaciones extracontractuales: promesa al público o promesa de pública recompensa, promesa de pago, reconocimiento de deuda, promesas unilaterales atípicas, etc. (E. VITTA, M. ELLAND-GOLDSMITH, A. SCHOLLEN, B. BAREL/ST. ARMELLINI) (42).

3.º) *Tipos de obligaciones extracontractuales cubiertas por el Reglamento «Roma II»*. El Reglamento «Roma II» determina la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales derivadas de los siguientes hechos y actos (art. 2 del Reg. «Roma II»): 1.º) Un hecho dañoso. El Reglamento «Roma II» se aplica a las obligaciones extracontractuales que nacen de todo tipo de hecho dañoso, ya constituya éste un mero ilícito civil o un ilícito penal, delito o falta (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, M. GARDEÑES SANTIAGO) (43). En relación con los ilícitos penales, el Reglamento «Roma II» se aplica a las consecuencias civiles de tales ilícitos, es decir, a la responsabilidad civil *ex delicto*. Es irrelevante que el hecho tipificado como delito o falta sea competencia de los tribunales penales, y es también irrelevante que la responsabilidad civil *ex delicto* pueda venir regulada en Leyes de carácter penal y/o que se decida por tribunales penales (M. ESLAVA RODRÍGUEZ, M. A. AMORES CONRADI) (44). La «naturaleza» del carácter de la responsabilidad civil no cambia por el hecho de que derive de un ilícito penal. Sigue siendo responsabilidad «civil» y ello en nada perturba la correcta aplicación de las normas represivas pena-

International Privé», en *RCADI*, 1975, vol. 146, págs. 341-440; F. FERRARI, «New tort Protection for Cohabiting Parties in Italy», en *RabelsZ.*, 1992, págs. 757-765, si bien, mucho antes del Reglamento «Roma II»; M. C. PRYLES, «Tort and related obligations in private international law», en *RCADI*, 1991-II, vol. 227, págs. 9-206; G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto Internazionale Privato», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. pág. 355.

(42) E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pág. 346; M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters in English Law and Practice», en *IBLJ*, 1994-5, págs. 527-542; A. SCHOLLEN, «Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions?», en *IBLJ*, 1994-7, págs. 793-804; B. BAREL/ST. ARMELLINI, *Diritto Internazionale Privato*, 2006, págs. 213-227, esp. págs. 214-215.

(43) Mucho antes del Reglamento «Roma II», era ya esta la solución seguida por la jurisprudencia francesa (Sent. Cour Cass. Crim. 31 de enero de 1902); H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.ª ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. pág. 226; M. GARDEÑES SANTIAGO, «La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho Internacional Privado español», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, págs. 159-183.

(44) M. A. AMORES CONRADI, «Art. 10.9 del Código Civil», *Com.Cc.Min.Justicia*, 1991, págs. 127-130; Id., «Art. 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 729-769; Id., «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 6.ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, págs. 209-240, antes ya del Reglamento «Roma II», esp. en pág. 214; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, Comares, Granada, 2007 (8.ª ed.), págs. 535-591.

les (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (45); 2.º) Enriquecimiento injusto; 3.º) Gestión de negocios; 4.º) *Culpa in contrahendo*. Y todo tipo de daño está cubierto: daño material, moral o de cualquier otro tipo. El Reglamento «Roma II» también se aplica en casos de daños «futuros» o daños «inminentes» (art. 2 del Reg. «Roma II»). El Reglamento «Roma II» cubre tanto la «responsabilidad por culpa» como la «responsabilidad objetiva» (Cons. 11 del Reg. «Roma II»).

4.º) *Orden jurisdiccional*. Es irrelevante el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal o la autoridad pública que resulte competente para decidir del asunto. Toda autoridad pública de los Estados miembros debe aplicar el Reglamento «Roma II», ya se trate de un juez del orden jurisdiccional penal, contencioso-administrativo, laboral, civil, mercantil, etc. (vid. Cons. 8 del Reg. «Roma II»).

30. b) *Materias excluidas*. El Reglamento «Roma II» no se aplica, en particular, a las siguientes materias (art. 1.2 del Reg. «Roma II»):

1.º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos regulados por el Derecho Público*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Indica el Cons. [9] del Reglamento «Roma II» que «las reclamaciones derivadas del ejercicio de la autoridad soberana (*acta iure imperii*) deben incluir reclamaciones contra el personal que actúe en nombre del Estado y la responsabilidad por actos de los poderes públicos, incluida la responsabilidad de los cargos públicos». Sobre esta exclusión deben formularse ciertas observaciones: a) En general, los actos cubiertos por la inmunidad de jurisdicción están excluidos del Reglamento «Roma II», pero el régimen jurídico de dicha «inmunidad de jurisdicción» no se rige por el Reglamento «Roma II»; b) Ciertos actos realizados por Estados o por personal dependiente del Estado no están cubiertos por la inmunidad de jurisdicción e incluso se duda de si pueden ser calificados como *acta jure imperii*. Se trata de los actos que generan responsabilidad derivada de los actos de personal del Estado y del Ejército que son calificados como «crímenes contra la Humanidad» o similares. Esta responsabilidad está excluida del Reglamento «Roma II». Explicación: aunque tales actos pueden no estar cubiertos por la «inmunidad de jurisdicción», ya que no son actos realizados por sus autores «en el ejercicio de sus funciones públicas» y por tanto, los tribunales pueden conocer de la responsabilidad derivada de los mismos, el Cons. [9] del Reglamento «Roma II» los excluye con toda claridad del Reglamento «Roma II». En

(45) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.ª ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. pág. 226.

efecto, basta que el presunto autor del acto «actúe en nombre del Estado» para que la responsabilidad que pudiera derivarse del acto quede excluida del Reglamento «Roma II»; c) La responsabilidad imputada al Estado por actos realizados a título particular (*acta iure gestionis*) está incluida en el ámbito material del Reglamento «Roma II».

2.º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos de Derecho de Familia*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos.

3.º) *Responsabilidad civil derivada en casos de Derecho sucesorio y matrimonial*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones.

4.º) *Obligaciones cartáceas*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable.

5.º) *Obligaciones propias del Derecho societario*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas y de la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables.

6.º) *Trust*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* creado de manera voluntaria. Las obligaciones que surgen de un *trust* legal, en la medida en que puedan ser obligaciones extracontractuales, sí están incluidas en el Reglamento «Roma II».

7.º) *Obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a estas obligaciones extracontractuales. Explicación: aparte de tratarse de un tema políticamente muy espinoso respecto del que resulta muy complicado alcanzar un acuerdo total entre todos los Estados miembros, existen ciertos Convenios internacionales que ya regulan, aunque parcialmente, estas obligaciones extracontractuales.

8.º) *Obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de la intimidad y de los derechos de la personalidad.* El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación. Esta exclusión resulta muy polémica. Los Estados miembros no alcanzaron un acuerdo satisfactorio para todos en torno a esta cuestión. Los Estados miembros en los que radican los medios de comunicación más poderosos se negaban a que la regla *Lex Loci Delicti Commissi* fuera aplicable a esta responsabilidad, pero los demás Estados miembros insistían en ello. En consecuencia, se decidió que esta materia no fuera regulada por el Reglamento «Roma II». Esta materia queda regida, en España, por la Ley determinada con arreglo al artículo 10.9.1 del Código Civil. El artículo 30.2 del Reglamento «Roma II» indica que, a más tardar, el 31 de diciembre de 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad.

9.º) *Cuestiones relativas de la prueba y el proceso.* El Reglamento «Roma II» no se aplica a estas cuestiones, sin perjuicio de los artículos 21 y 22 del Reglamento «Roma II».

VI. REGLAMENTO «ROMA II». REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

31. Varias consideraciones son precisas en torno al sistema de determinación de la Ley aplicable en el Reglamento «Roma II»:

1.º) *Sistema general de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.* El Reglamento «Roma II» contiene un «sistema general» de puntos de conexión para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (art. 14 y 4 del Reg. «Roma II»). Dicho «sistema general» se aplica para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales que no disponen, en dicho Reglamento, de una norma de conflicto específica. Es el caso de la responsabilidad derivada de los accidentes de circulación por carretera, de las obligaciones civiles derivadas de delitos y faltas en general, etc., supuestos cuya Ley aplicable se determina con arreglo a los artículos 14 y 4 del Reglamento «Roma II».

2.º) *Reglas especiales para la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.* Junto a este sistema general de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, el Reglamento «Roma II» incluye un amplio abanico de «reglas especiales» que precisan la

Ley aplicable a ciertas categorías específicas de obligaciones extracontractuales (Cons. 14 del Reg. «Roma II»). Por tanto, el «sistema general» de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (arts. 14 y 4 del Reg. «Roma II») no opera en relación con estos supuestos especiales sujetos a sus propias normas de conflicto, y que son los siguientes: a) *Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (art. 5 del Reg. «Roma II»); b) *Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia* (art. 6 del Reg. «Roma II»); c) *Daño medioambiental* (art. 7 del Reg. «Roma II»); 4.º *Infracción de los derechos de propiedad intelectual* (art. 8 del Reg. «Roma II»); 5.º *Acción de conflicto colectivo* (art. 9 del Reg. «Roma II»); 6.º *Enriquecimiento injusto* (art. 10 del Reg. «Roma II»); 7.º *Gestión de negocios ajenos* (art. 11 del Reg. «Roma II»); 8.º *Culpa in contrahendo* (art. 12 del Reg. «Roma II»). La presencia en el Reglamento «Roma II» de estas «normas de conflicto específicas» que precisan la Ley aplicable a ciertas obligaciones extracontractuales (arts. 5 a 12 del Reg. «Roma II») se explica por varios motivos: 1.º Porque en relación con estos supuestos específicos, las reglas generales de determinación de la Ley aplicable (arts. 14 y 4 del Reg. «Roma II») no siempre conducen a la Ley del Estado con una mayor vinculación con el litigio y, por tanto, provocan un incremento de los costes de transacción conflictuales que deben soportar las partes; 2.º Porque los criterios generales no operan correctamente en ciertos sectores jurídicos, razón por la cuál las reglas especiales actúan como «proyecciones específicas» de tales criterios generales en sectores concretos (P. Y. GAUTIER) (46). Las reglas especiales de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento «Roma II» no son reglas «excepcionales» y no están sujetas a «interpretación restrictiva» alguna (P. FRANZINA) (47); 3.º Porque el legislador considera que, en relación con ciertas categorías específicas de obligaciones extracontractuales, debe primar un concreto interés en favor de ciertos sujetos (consumidores, clientes, etc.) (Cons. 19 del Reg. «Roma II»).

32. El sistema general para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento «Roma II» recoge diversos puntos de conexión que se estructuran del siguiente modo (arts. 14 y 4 del Reg. «Roma II»):

1.º *Ley elegida por las partes*. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento «Roma II».

(46) P. Y. GAUTIER, «Sur la localisation de certaines infractions économiques», en *RCDIP*, 1989, págs. 669-678.

(47) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

2.º) *Ley de la residencia habitual común de las partes*. En defecto de Ley elegida en las condiciones del artículo 14 del Reglamento «Roma II», las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 del Reg. «Roma II»).

3.º) *Lex Loci Delicti Commissi*. En defecto de los criterios anteriores, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

4.º) *Cláusula de excepción*. No obstante, y salvo el caso en el que las partes hayan elegido al Ley aplicable con arreglo al artículo 14 el Reglamento «Roma II», si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el artículo 4.1 ó 4.2 del Reglamento «Roma II», se aplicará la ley de este otro país.

33. Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II» no impiden que los Estados miembros apliquen sus propias normas jurídicas imperativas («leyes de policía») reguladoras de las obligaciones extracontractuales, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual (art. 16 del Reg. «Roma II»). En efecto, los Estados miembros pueden disponer de normativas imperativas aplicables a las obligaciones extracontractuales en ciertos casos «internacionales». Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II» no impiden la aplicación de dichas normas imperativas. Al respecto, cabe incorporar diversas observaciones:

1.º) *Normas de extensión*. Dichas normas imperativas se aplican a determinados casos internacionales con arreglo a normas de extensión. Estas normas de extensión indican, de modo unilateral, los supuestos internacionales que quedan sujetos a estas normas imperativas de los Estados miembros.

2.º) *Normas internacionalmente imperativas de la Lex Fori*. El artículo 16 del Reglamento «Roma II» sólo prevé la posible aplicación de las normas imperativas pertenecientes al Estado cuyos tribunales conocen del asunto (= Estado del foro: *Lex Fori*). Abrir la posibilidad de aplicación a normas internacionalmente imperativas de cualquier Estado del mundo habría complicado en exceso la determinación del régimen jurídico de las obligaciones extracontractuales y habría incrementado de modo desproporcionado los costes de transacción conflictuales que deben soportar las partes en el litigio. De todos modos, debe recordarse que las normas internacionalmente

imperativas en materia de obligaciones extracontractuales no son abundantes (F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (48).

3.º) *Concepto de «Leyes de policía»*. Las «leyes de policía» son, según ha precisado el TJCE, aquellas «disposiciones nacionales cuya observancia se considera crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentra en el territorio nacional o a toda relación jurídica que se localiza en tal Estado» (STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*).

34. Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad (art. 17 del Reg. «Roma II»). Este precepto significa lo siguiente (D. BUREAU/H. MUIR WATT, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, L. GARAU JUANEDA) (49):

1.º) Que la responsabilidad de una persona se rige por la Ley designada por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II». Sin embargo, la observancia o no observancia, por tal sujeto, de las normas de seguridad y comportamiento del Derecho del país en el cual opera el sujeto presunto responsable, es un «dato» que el tribunal debe tener presente para valorar la actitud del sujeto presuntamente responsable del daño. Ello se explica porque el sujeto que actúa en un determinado país, puede haber ajustado su comportamiento a las Leyes y normas de dicho país. Para respetar la confianza jurídica del sujeto en dichas normas, que tal sujeto puede haber creído de aplicación al caso, el artículo 17 del Reglamento «Roma II», les otorga un relieve significativo.

2.º) La «toma en consideración» como un «dato» de la Ley del lugar donde el sujeto opera es obligatoria para el juez que conoce del asunto, pero sólo «en la medida en que sea apropiado». Ello significa que la responsabilidad extracontractual se rige por la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» generales y no necesariamente por la Ley del país donde opera el sujeto o por la Ley del país donde ha ocurrido el hecho del que deriva la responsabilidad civil no contractual. Y también significa que

(48) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

(49) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed. rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. págs. 482-484.

el juez procederá a tomar en consideración las normas del país donde opera el sujeto sólo si es razonable pensar que el sujeto confió en la aplicación de dichas normas a su conducta.

VII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES

35. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento «Roma II». La regla de la libre elección de la Ley aplicable (*Electio Juris*) no es una norma de conflicto «excepcional» ni «especial», sino la regla primera y principal del Reglamento «Roma II». El hecho de que tal regla se halle colocada en el artículo 14 del Reglamento «Roma II», puede despistar, es cierto, pues antes que dicho punto de conexión aparecen, en el artículo 4 del Reglamento «Roma II», otros criterios de conexión como el *Locus Delicti Commissi* o la residencia habitual común de las partes. Pero se trata de un dato puramente formal que no tiene consecuencias sustanciales al respecto (P. FRANZINA) (50). Por tanto, se trata de la conexión principal y no debe ser objeto en ningún caso de una «interpretación restrictiva». En torno a esta primera conexión, varias cuestiones básicas deben ser destacadas.

1. FUNDAMENTO DE LA CONEXIÓN «AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL»

36. Varias razones principales pueden esgrimirse como fundamento de este primer punto de conexión «autonomía de la voluntad conflictual».

37. a) *Reducción de los costes de transacción conflictuales para las partes implicadas*. La preferencia de esta conexión (= Ley elegida por las partes) tiene su fundamento en que la Ley elegida libremente por las partes, sin imposiciones de una parte a otra, será, por definición, la Ley que menores costes de transacción conflictuales comporte para la presunta víctima y el presunto responsable de los daños civiles no contractuales. Es decir, será aquella Ley cuya aplicación al caso concreto favorece a ambas partes en una mayor medida, bien por que conocen previamente el contenido de dicha Ley, bien porque están habituados a litigar y a comportarse con arreglo a dicho ordenamiento jurídico, o bien porque su contenido material beneficia a ambas partes. Corresponde a la jurisprudencia francesa el mérito de haber acogido el criterio de la *Lex Voluntatis* en materia de obligaciones extracontractuales

(50) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

(Sent. Cass. Francia, de 19 de abril de 1988 y 6 de diciembre de 1988) y en perjuicio del tradicional criterio *Lex Loci Delicti Commissi*. Cierta doctrina ya se había manifestado, con solvencia, en favor del criterio *Lex Voluntatis* en el sector de las obligaciones extracontractuales por comportar reducidos costes de transacción conflictuales para las partes en un campo en el que prima el principio dispositivo (M. FALLON, G. BEITZKE, W. WENGLER, J. KROPHOLLER, K. LANHE-CHALA) (51).

38. b) *Protección de la autoridad de la Ley del país en el que las obligaciones extracontractuales producen sus efectos sustanciales*. Debe recordarse que la mayor parte de los sistemas nacionales de Derecho Privado sustantivo relativos a las obligaciones extracontractuales, contiene normas jurídicas «dispositivas» y no normas «imperativas». Las partes pueden pactar lo que estimen oportuno para resolver los problemas jurídicos derivados de estas obligaciones extracontractuales. Por ello, la autoridad de la Ley de un Estado no se ve amenazada ni herida si las partes deciden que las obligaciones extracontractuales que les afectan se rijan por la Ley de otro Estado, incluso si tales obligaciones surten sus efectos principales en el Estado cuya Ley se ve «desaplicada» porque así lo han decidido las partes. Dicho esto, cabe recordar que el posible perjuicio que la elección de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales pueda comportar al Estado en el que las obligaciones extracontractuales repercuten de modo principal, puede quedar equilibrado mediante varios mecanismos: a) La aplicación de las normas internacionalmente imperativas de dicho ordenamiento (art. 16 del Reg. «Roma II»); b) Las normas de conflicto específicas que contiene el Reglamento «Roma II» y que en determinados sectores en los que los intereses públicos, generales y sociales son muy relevantes, no permiten a las partes excluir mediante pacto la aplicación de la Ley del país en el que las obligaciones extracontractuales producen sus efectos principales.

c) *Transacción privada*. La mayor parte de los litigios relativos a obligaciones extracontractuales se resuelven por vía de transacción judicial o extrajudicial. Por ello, la libre elección de la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales puede ayudar a una solución pactada del contencioso (M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA) (52).

(51) M. FALLON, «L'incidence de la volonté sur le droit applicable à la responsabilité non contractuelle», en *Mélanges Dalcq*, Bruxelles, 1994, págs. 159-188; G. BEITZKE, «Les obligations délictuelles en droit international privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, págs. 67-146; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1990, págs. 423-446; K. LANHE-CHALA, «Reflexiones sobre el perfil moderno del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño», en *REDI*, 2006, págs. 331-341.

(52) M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, «XI tesis sobre el estatuto delictual», en *REEI*, 2004, págs. 1-34, esp. pág. 30.

2. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES. REQUISITOS

39. El acuerdo de elección de Ley entre las partes está sujeto a los siguientes requisitos:

40. a) *Momento de la elección de Ley entre sujetos no profesionales.* En el caso de que una de las partes implicadas no desarrollare una actividad comercial (= consumidor, trabajador, particular, cliente, etc.), el acuerdo de elección de la Ley aplicable debe ser «posterior al hecho generador del daño». Sigue el artículo 14 del Reglamento «Roma II» aquí, la tesis germana (art. 42 EGBGB). Dicho acuerdo puede ser anterior al «daño», pero habrá de ser siempre posterior al «hecho» que produjo o podría producir un daño. Esta previsión tiene como objetivo proteger al sujeto dotado de un poder negociador débil, como un consumidor, un cliente, etc. De ese modo, se evita que la elección de Ley sirva como un disfraz de una auténtica «imposición de Ley» por parte del profesional o comerciante que ha tenido lugar «antes» del momento en el que se ha producido el hecho generador del daño. Como se observa, entre profesionales, cabe elegir la Ley aplicable incluso antes de que se haya verificado el «hecho generador del daño», posibilidad que no se admite si una de las partes no es un «profesional». En tal caso, la elección de Ley sólo es válida si tiene lugar «después del hecho generador del daño».

41. b) *Momento de la elección de Ley entre profesionales.* En el caso de que todas las partes desarrollen una actividad comercial, cabe admitir un acuerdo de elección de Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales «negociado libremente antes del hecho generador del daño» (art. 14.1 del Reg. «Roma II»). Esta exigencia de «acuerdo negociado libremente» significa que las partes deben elegir la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales «caso por caso», y no pueden admitirse elecciones de Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales contenidas en «condiciones generales» u otros documentos *standard* predispuestas por un sujeto, normalmente, una empresa o un empresario. Con ello se evita que una de las partes lleve a cabo una «imposición de Ley» camuflada bajo una aparente «elección de Ley» a las obligaciones extracontractuales.

42. c) *Elección expresa y tácita.* La elección de la Ley aplicable debe manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso. Esta previsión legal tiene como objetivo facilitar la prueba de un verdadero acuerdo interpartes en torno a la elección de Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

43. d) *Respeto de los derechos de terceros.* La elección de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales «no perjudicará los derechos de terceros». Esta previsión legal está dirigida, fundamentalmente, a los casos de «acción directa». En efecto, en numerosas ocasiones, la presunta víctima acciona directamente contra el asegurador de una responsabilidad extracon-

tractual (art. 18 del Reg. «Roma II»). Pues bien, la víctima podrá accionar directamente contra el asegurador sólo si la Ley reguladora de la responsabilidad extracontractual determinada con arreglo al artículo 4 del Reglamento «Roma II» o la Ley reguladora del contrato de seguro se lo permiten. En caso contrario, si ninguna de dichas leyes contempla la acción directa, entonces la presunta víctima y el autor del daño no pueden elegir una «tercera Ley» que permitiera a la víctima accionar directamente contra el asegurador. Ello perjudicaría los derechos del sujeto asegurador, que no podría razonablemente prever una «acción directa» ejercitada por la víctima contra él (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (53).

44. e) *Sujetos que pueden elegir la Ley.* La Ley debe ser elegida por «las partes». El Reglamento «Roma II» no especifica quiénes son esas «partes». En principio, debe tratarse de la «presunta víctima», por un lado, y del «presunto responsable», por otro (= que no es, necesariamente, la persona que ha producido el daño). Sin embargo, el crédito extracontractual y el débito extracontractual pueden transmitirse a terceros. Por ello, en caso de subrogación en los derechos de presunta víctima y presunto responsable, debe admitirse que las «nuevas partes» puedan elegir la Ley aplicable, siempre dentro de los límites recogidos en el artículo 14 del Reglamento «Roma II» (D. BUREAU/H. MUIR WATT, P. FRANZINA) (54).

45. f) *Sectores en los que no se admite la elección de Ley.* Las partes pueden elegir la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general. Ello incluye la responsabilidad derivada de daños no contractuales en general, y también la derivada de gestión de negocios ajenos, enriquecimiento injusto y *culpa in contrahendo*. Sin embargo, el Reglamento «Roma II» impide la elección de la Ley aplicable a las siguientes categorías específicas de obligaciones extracontractuales: a) Obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción del Derecho de la competencia (art. 6 del Reg. «Roma II»). Explicación: estos sectores jurídicos están regulados por normas imperativas cuyo objetivo es la preservación del orden en el mercado. Impedir la elección de Ley asegura que toda conducta con repercusión en un mercado nacional determinado queda siempre sujeta al Derecho de tal mercado. Ello protege el interés del Estado en preservar la organización jurídica de su mercado cuando los actos que generan obligaciones extracontractuales producen efectos sustanciales sobre dicho mercado; b) Obligaciones extracontractuales derivadas de la infrac-

(53) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

(54) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428; P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

ción de la propiedad intelectual e industrial. Explicación: de este modo la Ley reguladora del derecho inmaterial y de la responsabilidad derivada de la vulneración de tal derecho, es siempre la misma, la *Lex Loci Protectionis* o Ley del país en el que presuntamente se han infringido los derechos inmateriales. Resultaría absurdo que, con arreglo a la Ley elegida por las partes, hubiera que pagar una cantidad por haber infringido un derecho inmaterial que no existe según la Ley reguladora de la existencia de tal derecho inmaterial.

46. g) *Ley estatal*. Las partes pueden elegir, como Ley rectora de las obligaciones extracontractuales, la Ley de cualquier Estado. No es preciso que dicho Estado presente alguna «conexión objetiva» con el supuesto del que se trate. Naturalmente, pueden elegir la Ley de un Estado miembro o la Ley de un tercer Estado. La Ley elegida para regular las obligaciones extracontractuales, debe ser, en todo caso, «Ley estatal». Dicha Ley debe estar vigente y debe corresponder con un país existente en el momento de la elección. No cabe elegir a través del artículo 4 del Reglamento «Roma II», «regulaciones no estatales» para regular las obligaciones extracontractuales.

47. h) *Elección negativa imposible*. El artículo 14 del Reglamento «Roma II» no permite a las partes excluir la aplicación de una Ley estatal sin elegir positivamente la Ley de otro país para regir las obligaciones extracontractuales que les afectan (P. FRANZINA) (55).

48. i) *Posible dépeçage*. Nada en el artículo 14 del Reglamento «Roma II» se opone a que las partes elijan diversas Leyes reguladoras de aspectos distintos de las obligaciones extracontractuales (*dépeçage*) (P. FRANZINA) (56). No obstante, la elección de diversas Leyes estatales reguladoras no debe desembocar en un acuerdo incoherente. El tribunal vigilará la coherencia del acuerdo y declarará la ineficacia de aquellos acuerdos de elección de varias Leyes que resulten incoherentes.

49. j) *Existencia y validez sustancial del acuerdo de elección de Ley*. La existencia y validez sustancial del acuerdo de las partes por el que eligen una Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales son cuestiones no reguladas por el Reglamento «Roma II». Como muy justamente pone de relieve P. FRANZINA, tales cuestiones deben regirse, a través de una aplicación analógica del artículo 8 y 3.4 CR, por la Ley que regularía las obligaciones extracontractuales si el acuerdo de elección de Ley fuera válido (57). El ar-

(55) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

(56) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

(57) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

título 9 CR puede aplicarse para determinar la Ley reguladora de la forma del acuerdo de elección de Ley y el artículo 11 CR puede aplicarse para proyectar la doctrina del «interés nacional» a las cuestiones de la capacidad del sujeto que intervienen en la elección de Ley.

3. ELECCIÓN DE LEY EN RELACIÓN CON LOS CASOS «MERAMENTE INTERNOS» Y CASOS «COMPLETAMENTE COMUNITARIOS»

50. En relación con la elección de Ley aplicable en los casos «meramente internos» y en los casos «completamente comunitarios», dos supuestos deben diferenciarse:

51. a) *Situación jurídica «objetivamente interna»*. Cuando la situación relativa a las obligaciones extracontractuales sea enteramente «nacional» y no existan elementos internacionales en la misma, las partes también pueden elegir la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales. Sin embargo, dicha elección tendrá un «efecto jurídico recortado». Así es, pues «cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo» (art. 14.2 del Reg. «Roma II»). Se aplicarán, en estos casos, las normas imperativas del país con el que la situación aparece natural y objetivamente conectada. El objetivo de esta previsión legal es evitar una fuga del Derecho del país naturalmente conectado con el caso y preservar el efecto útil de la legislación de dicho país en relación con supuestos que repercuten exclusivamente en dicho país. De ese modo, se evita que las partes «internacionalicen» de modo artificial un caso «interno».

52. b) *Situación jurídica «objetivamente comunitaria»*. Indica el artículo 14.3 del Reglamento «Roma II» que «cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo». Esta regla específica cubre el caso en el que existe una normativa de Derecho comunitario aplicable a todos los Estados miembros. Pues bien, en dicho supuesto, las partes pueden elegir como Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, la Ley de un «tercer Estado». Sin embargo, si la situación jurídica está conectada exclusivamente con la Comunidad Europea, el artículo 14.3 del Reglamento «Roma II» impide que las partes se sustraigan voluntariamente a la norma comunitaria y conecten el

supuesto, de modo artificial, con un tercer Estado con el objetivo de eludir la normativa comunitaria. En tal caso, la elección, por las partes, de la Ley de un tercer Estado, no podrá impedir la aplicación de la normativa legal comunitaria. El precepto, a partir de aquí, distingue dos situaciones: *a)* Casos en los que la normativa comunitaria es un Reglamento comunitario. En estos supuestos se aplicará dicho Reglamento comunitario, pues dicha norma es obligatoria y única para todos los Estados miembros; *b)* Casos en los que la normativa comunitaria está contenida en una Directiva comunitaria. En este supuesto puede suceder y de hecho sucede, que tal Directiva se desarrolle de manera distinta por cada Estado miembro. Pues bien, se aplicará el Derecho del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (= *Lex Fori*, Ley del Estado del foro). Esta solución es realmente simplista. Más razonable hubiera sido abogar por la aplicación de la Ley del Estado miembro en el que repercuten de modo sustancial los efectos del hecho generador de la responsabilidad no contractual.

VIII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL COMÚN DE LAS PARTES

53. En defecto de Ley elegida en las condiciones del artículo 14 del Reglamento «Roma II», las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 del Reg. «Roma II»). Varias observaciones son precisas en torno a esta «segunda conexión» (*Lex Domicilii Communis Partium*) (58).

54. a) *Justificación del punto de conexión «residencia habitual común de las partes»: la resaca europea del síndrome «Babcock vs. Jackson».* Varios aspectos deben indicarse:

1.º) *Vinculación más estrecha.* Este punto de conexión contenido en el artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» se justifica porque el legislador presupone que en el caso de que víctima y presunto responsable tengan su residencia habitual en el mismo Estado, la aplicación de la Ley de dicho Estado comporta, para las partes, costes de transacción conflictuales menores que los que les supondría la aplicación de la Ley del lugar donde se verifica el daño. Con otras palabras: el legislador presupone que el país de la residencia habitual de las partes es el más vinculado con la situación jurídica y representa

(58) T. W. DORNIS, «When in Rome, do as the Romans do? - A Defense of the *Lex Domicilii Communis* in the Rome II Regulation», en *European Legal Forum*, 2007, I, pág. 152 y sigs.

la «mayor proximidad» con el caso. Esta idea de un estatuto personal común como mejor conexión para las obligaciones extracontractuales ya había sido defendida por solvente doctrina. Mientras algunos expertos defendían la aplicación de la Ley nacional común (G. KEGEL) (59), y otros apostaban por la Ley del domicilio común (V. TRUTMANN) (60), algunos expertos sostuvieron la idea de que la conexión a retener era, precisamente, la residencia habitual común de las partes (J. KROPHOLLER) (61). El Reglamento «Roma II» acoge la idea de J. KROPHOLLER. Ejemplo 1: si dos españoles con residencia habitual en Madrid colisionan con torpeza sus automóviles en una carretera de Francia cuando pasan sus vacaciones en el vecino país, la aplicación de la Ley francesa a dicho supuesto supondría para las partes implicadas unos costes mucho más elevados que la aplicación de la Ley española. En efecto: las partes nada saben de la Ley francesa, y jamás han adaptado sus comportamientos a tal ordenamiento jurídico, por lo que tendrían que estudiar la Ley francesa, contratar especialistas en dicha Ley, etc. Es decir, en este caso, España es el país más estrechamente vinculado a este concreto supuesto extracontractual, mucho más que Francia. La Ley española debe regir la responsabilidad derivada de este accidente de circulación por carretera. Ejemplo 2: un sujeto español con residencia habitual en Valencia pasa sus vacaciones en un *Resort* del Algarve portugués. Una noche, y tras una acalorada disputa con los vecinos españoles del chalet contiguo, el sujeto, habitualmente residente en Valencia, pincha la rueda del automóvil de su vecino la víspera de un viaje que éste iba a iniciar. Una vez de vuelta a España, la víctima del acto interpone una demanda judicial ante jueces españoles por daños contra el que fuera su vecino de vacaciones en Portugal. La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen del pinchazo de la rueda debe ser, a falta de elección de Ley por las partes, la Ley española. España es el país más estrechamente vinculado con el supuesto y la aplicación de la Ley española al fondo del asunto comportará, para las partes, costes de transacción conflictuales más reducidos que la Ley portuguesa. Las partes no conocen la Ley portuguesa y por tanto deberían informarse sobre dicha Ley, contratar especialistas sobre la misma y adaptar su comportamiento a dicha Ley.

2.º) *Traducción europea del caso Babcock vs. Jackson*. Este punto de conexión contenido en el artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» (residencia habitual común) es la «traducción europea» del celeberrimo caso *Babcock vs. Jackson*. La sentencia de la *Supreme Court State of New York*, de 9 de mayo de 1963, «*Babcock vs. Jackson*», se enfrentó al problema de la determinación

(59) G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, Munich, 1987, págs. 446-457.

(60) V. TRUTMANN, *Das internationale Privatrecht der Deliktsobligationen. Ein Beitrag zur Auseinandersetzung mit den neueren amerikanischen Kollisionsrechtlichen Theorien*, Basilea, 1973, págs. 33-37.

(61) J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1990, págs. 423-446.

de la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de un accidente de circulación por carretera ocurrido en Canadá, pero en el que exclusivamente se habían visto envueltos ciudadanos norteamericanos residentes en Nueva York que se encontraban en Canadá de vacaciones. Con arreglo a la norma de DIPr. vigente en Nueva York, la Ley aplicable al supuesto debía ser la Ley canadiense y no la Ley del *State* de Nueva York. Era la tradicional regla *Locus Delicti Commissi*: el accidente y el daño se habían producido en Canadá, por lo que la Ley canadiense debía regir el supuesto. Sin embargo, el tribunal neoyorquino advirtió que el caso presentaba conexiones reales y sustanciales más estrechas con Nueva York que con Canadá. La aplicación de dicha Ley no satisfacía el interés público del Estado de Nueva York en la defensa de su sistema de responsabilidad civil y además, suponía unos costes de transacción conflictuales muy elevados para las partes implicadas. En efecto, dos sujetos que sufren un accidente en Canadá pero que son neoyorkinos, que residen habitualmente en Nueva York y que litigan en Nueva York, esperan ver aplicada al caso la Ley de Nueva York y no la Ley del Canadá. Imponerles la aplicación de la Ley del Canadá a estos sujetos supondría imponer a las partes unos costes de transacción conflictuales muy elevados: deberían informarse sobre una Ley estatal de la que nada saben ni conocen y con arreglo a la cuál no están habituados a ajustar sus comportamientos.

55. b) *Residencia habitual del presunto responsable y del perjudicado*. El artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» sólo opera si «la persona cuya responsabilidad se alega» y «la persona perjudicada» tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño. Por tanto, es indiferente el país de residencia habitual del sujeto causante del daño, que puede ser una persona distinta a la persona a la que se exige la responsabilidad civil. Es relevante la residencia habitual del sujeto al que se le exige responsabilidad y la residencia habitual de la persona perjudicada, y no la residencia habitual del «autor material del daño».

56. c) *Determinación de la residencia habitual*. El artículo 23 del Reglamento «Roma II» contiene varias reglas para precisar la residencia habitual de los sujetos a los efectos del artículo 4.2 del Reglamento «Roma II»:

1.º) *Personas jurídicas*. La residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica, será el lugar de su «administración central». Sigue aquí el Reglamento «Roma II», de nuevo la tesis germana: el lugar relevante es el lugar desde donde se dirige la sociedad o persona jurídica en general.

2.º) *Sucursales, agencias y establecimientos*. No obstante, cuando el hecho generador del daño o el daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará «residencia habitual» el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento está situado. Esta precisión protege las expectativas legales de las partes y de terceros, pues aunque una sucursal o agencia no tiene «persona-

lidad jurídica», se encuentra establecida con carácter estable y aparente en un determinado Estado.

3.º) *Personas físicas profesionales*. La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el «establecimiento principal» de dicha persona. Se refiere el artículo 23.2 del Reglamento «Roma II» a una persona física que despliega una actividad profesional. No es preciso que se trate de un «comerciante» o de una persona inscrita en un Registro profesional o mercantil de cualquier tipo. Ahora bien, la regla del artículo 23.2 del Reglamento «Roma II» sólo opera en relación con los supuestos derivados de una actuación de dicha persona en el ámbito de su actividad profesional y no en un ámbito privado, familiar o particular, completamente ajeno a su actividad profesional. El establecimiento principal de la persona profesional es el lugar donde radican las actividades centrales del sujeto en cuestión. Y puede presumirse que dicho lugar es, por similitud con las personas jurídicas, el lugar desde donde la persona física dirige su actividad profesional (= *place of administration*).

4.º) *Personas físicas no profesionales*. El concepto de residencia habitual de las personas físicas no profesionales no se recoge en el Reglamento «Roma II». Por tanto, la residencia habitual de una persona física se determinará con arreglo a los criterios vigentes en cada Estado miembro. En España, se aplicará el artículo 40 del Código Civil y la interpretación que el TS y la DGRN hacen del concepto «residencia habitual». Es el lugar donde la persona física tiene su centro social de vida, el lugar donde la persona física se encuentra de hecho (*domus colere*) con intención de permanecer de modo estable (*animus manendi*). La «residencia habitual» indica el «arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico» (J. M. ESPINAR VICENTE) (62).

57. d) *Pluralidad de presuntos responsables y de presuntas víctimas*. En los casos en los que existan varios sujetos a los que se reclama responsabilidad no contractual y/o varios sujetos que se presenten como presuntas víctimas, el criterio recogido en el artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» sólo es operativo si todas las personas implicadas tienen su residencia habitual en el mismo país (P. FRANZINA) (63).

(62) J. M. ESPINAR VICENTE, «Residencia habitual (Derecho Internacional Privado)», en *EJB*, 1995, págs. 5876-5880.

(63) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

IX. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DEL LUGAR DONDE SE PRODUCE EL DAÑO (*LEX LOCI DELICTI COMMISSI*)

58. En defecto de elección de Ley por las partes y de residencia habitual común de las mismas, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). Se trata del tradicional criterio *Lex Loci Delicti Commissi* (= Ley del lugar donde ha ocurrido el hecho ilícito), si bien concretada bajo la forma de *Lex Damni* o *Erfolgsort* (= Ley del lugar donde se produce el daño derivado del hecho ilícito). Varias observaciones son precisas al respecto.

1. EL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*: LA HERENCIA DE LA HISTORIA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

59. El criterio *Lex Loci Delicti Commissi* cuenta con precedentes poderosos en Derecho griego clásico y en Derecho romano, como indica autorizada doctrina (H. LEWALD, P. BOUREL) (64). Sin embargo, los auténticos creadores del DIPr., los estatutarios medievales italianos del siglo XIII, fueron los que forjaron el punto de conexión *Locus Delicti Commissi* para designar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (65). La solución fue posteriormente acogida por los no menos grandes estatutarios franceses, como señala la doctrina (M. GUTZWILLER, A. LAINÉ, E. M. MEIJERS, P. BOUREL) (66). Este hecho es importante, porque el artículo 3.1 del Código Civil francés recogió la herencia estatutaria y dio cobijo al criterio *Lex Loci Delicti Commissi* como punto de conexión único para designar la

(64) H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, págs. 9-11; P. BOUREL, «Responsabilité civile», en *E.Daloz DI*, vol. II, 1969, págs. 770-780; ID., «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», en *RCADI*, 1989, vol. 214, págs. 251-398.

(65) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 211-256, esp. págs. 212-214.

(66) M. GUTZWILLER, «Le développement historique du Droit International Privé», en *RCADI*, 1929-IV, t. 29, págs. 287-400, esp. pág. 291; A. LAINÉ, *Introduction au Droit International Privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status* (2 vols.), París, 1888, vol. I, esp. pág. 118; E. M. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit International Privé à partir du Moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale», en *RCADI*, 1934, vol. 49, págs. 543-686, esp. pág. 547; P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, LGDJ, 1961, págs. 21-22; ID., «Responsabilité civile», en *E.Daloz DI*, vol. II, 1969, págs. 770-780.

Ley aplicable a todo supuesto relativo a obligaciones extracontractuales y la Cour francesa lo acogió sin dudar (Sent. Cour Cass. Francia, 25 de mayo de 1948, *Lautour* [accidente de circulación de dos franceses en España], Sent. Cour Cass. Francia, 1 de junio de 1976, *Luccantoni*). Debido a la gran influencia del Código Civil francés de 1804 en todo el mundo, el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* fue acogido en innumerables sistemas nacionales de DIPr., como el español (art. 10.9.I CC). No debe confundirse el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* con el criterio unilateral *Lex Fori* (= las obligaciones extracontractuales se regirían por la Ley material del país cuyos tribunales conocen del asunto). Este criterio fue defendido por C. G. VON WÄCHTER, F. K. VON SAVIGNY y H. MAZEAUD, y se funda en un error: equiparar el tratamiento legal de los ilícitos civiles con el tratamiento legal de los ilícitos penales.

2. JUSTIFICACIÓN DEL PUNTO DE CONEXIÓN *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*

60. Este punto de conexión ha sido justificado a través de diversos argumentos.

61. a) *Argumento de Derecho Público*. La justificación tradicional del punto de conexión *Locus Delicti Commissi* es sencilla: las obligaciones extracontractuales deben regirse por la Ley del país en cuyo territorio ha ocurrido el ilícito porque de ese modo se asegura el respeto a la soberanía de dicho país. Además, el criterio *Locus Delicti Commissi* era empleado también para fijar la Ley aplicable a los delitos y demás ilícitos penales, fuertemente ligados al ejercicio del *jus puniendi* que corresponde ejercer en su territorio al Estado en ejercicio de su soberanía. En suma, el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* permitía a cada Estado mantener su «control legal» sobre todos los ilícitos civiles y penales verificados en su territorio, que es el «ámbito natural» en el que el Estado ejerce su Soberanía. Hoy día este argumento es sólo parcialmente válido. Por ello, puede y debe ser reformulado en este sentido: la regla *Lex Loci Delicti Commissi* permite que el sistema de responsabilidad civil de cada Estado sea verdaderamente «eficaz» en el ámbito territorial de dicho Estado. Ayuda a preservar el «efecto útil» de la legislación del Estado en materia de responsabilidad extracontractual. Garantiza, en el territorio de cada Estado, el respeto del modo en que cada Estado organiza su sociedad en lo relativo al sistema de responsabilidad civil no contractual y muy en especial, el respeto y el efecto útil del «Derecho de daños».

62. b) *Argumentos de Derecho Privado*. Además del argumento anterior, numerosos argumentos de Derecho Privado han sido defendidos en apoyo del criterio *Lex Loci Delicti Commissi*:

1.º) *Argumento económico*. El criterio *Lex Loci Delicti Commissi* permite una identificación segura y veloz de la Ley aplicable, y conduce, en

condiciones normales, a una Ley cuya aplicación al caso es previsible para las partes implicadas. Ello significa que la *Lex Loci Delicti Commissi* suele ser la Ley cuya aplicación suscita los costes de transacción conflictuales más reducidos para los sujetos implicados en los casos internacionales de obligaciones extracontractuales. En tal sentido, se afirma que dicha Ley sintoniza perfectamente con las expectativas de los sujetos implicados (P. ARMINJON, B. AUDIT, M. ESLAVA RODRÍGUEZ, D. McCLEAN & K. BEEVERS) (67). En efecto, la *Lex Loci Delicti Commissi* suele corresponder al país «más estrechamente vinculado» al supuesto. Los costes de información de dicha Ley y los costes de adaptación de los particulares al contenido de dicha Ley, son reducidos para las partes. Explicación: las personas que se hallan en el territorio de un concreto Estado y/o que dirigen sus actividades hacia el territorio de un determinado Estado están en una posición óptima para prever, razonablemente, que las actividades que desarrollan en dicho territorio están sujetas al Derecho de dicho Estado (= *When in Rome, do as Romans do*).

2.º) *Argumento jurídico*. Las obligaciones no disponen de un lugar físico o sede física donde están situadas. Las obligaciones no se encuentran en ningún país, al contrario de lo que sucede con las cosas físicas. Además, las obligaciones no afectan al «estado jurídico» de los sujetos que intervienen. Por ello, las obligaciones extracontractuales no se pueden localizar ni por su «objeto» ni por su «sujeto». Hay que localizarlas mediante su fuente. Y la fuente de las obligaciones extracontractuales son los hechos de los que derivan tales obligaciones. La Ley del país donde se verifican los hechos que hacen nacer las obligaciones extracontractuales, debe regir tales obligaciones. El criterio *Lex Loci Delicti Commissi* es acertado porque es el único que permite determinar una Ley que las partes pueden prever razonablemente (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (68). En efecto, un examen del objeto y de los sujetos de las obligaciones extracontractuales no permite vincular tales obligaciones con un país determinado. Sin embargo, un análisis de la «fuente» de las obligaciones extracontractuales permite a cualquier observador vincular dichas obligaciones con un país determinado, cuya Ley debe regirlas: la Ley del país donde se produce el hecho del que deriva la obligación.

(67) P. ARMINJON, *Précis de Droit International Privé*, t. 1, 1934, Dalloz, núms. 120-122; B. AUDIT, *Droit International Privé*, Economica, París, 4.^a ed., 2006, págs. 639-653; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, Comares, Granada, 2007, 8.^a ed., págs. 535-591; D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 369; O. KAHN-FREUND, «Delictual liability and the conflict of laws», en *RCADI*, 1968, vol. 124, págs. 1-166, pág. 44.

(68) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, t. I, 8.^a ed., LGDJ, París, 1993, págs. 468-472.

3. DETERMINACIÓN DEL «TERRITORIO DEL ESTADO»

63. Para concretar qué espacios físicos conforman el territorio de un Estado, es preciso consultar los criterios clásicos de Derecho Internacional Público. Es territorio de un Estado la tierra firme del mismo, el Mar territorial y el espacio aéreo del Estado en cuestión. Las Embajadas y otras Delegaciones diplomáticas de países extranjeros gozan, como es sabido, de ciertas «inmunidades legales», pero pertenecen al territorio del Estado donde se hallan situadas (*Host State*).

4. CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*

64. Durante centenares de años, desde la Edad Media hasta el siglo XXI, numerosos países europeos, y entre ellos España, utilizaron el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* como único criterio para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales (vid. art. 10.9.I CC) (M. HANCOCK) (69). Pero este reinado feliz de la *Lex Loci Delicti Commissi* en el ámbito de las obligaciones extracontractuales ha llegado a su fin. En efecto, en el Reglamento «Roma II», la regla *Lex Loci Delicti Commissi* (art. 4.1 del Reg. «Roma II») es una regla meramente subsidiaria. Al respecto, deben subrayarse diversos datos.

65. a) *Demostración del carácter subsidiario de la regla Lex Loci Delicti Commissi en el Reglamento «Roma II»*. Diversos motivos explican por qué esta regla es meramente subsidiaria en el Reglamento «Roma II»: a) Porque prevalecen sobre la regla *Lex Loci Delicti Commissi*, en su caso, la Ley libremente elegida por las partes (art. 14 del Reg. «Roma II») y la Ley del país de la residencia habitual común de las partes (art. 4.2 del Reg. «Roma II»); b) Porque no opera si se trata de una obligación no contractual regida por las normas de conflicto especiales contenidas en el Reglamento «Roma II», y que son las que siguen: artículo 5 [*responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*], artículo 6 [*competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia*], artículo 7 [*Daño medioambiental*], artículo 8 del Reglamento [*infracción de los derechos de propiedad intelectual*], artículo 9 [*acción de conflicto colectivo*], artículo 10 [*enriquecimiento injusto*], artículo 11 [*gestión de negocios*], artículo 12 [*culpa in contrahendo*]); c) Porque la regla *Lex Loci Delicti Commissi* tampoco opera si entra en acción la «cláusula de escape» (art. 4.3 del Reg. «Roma II»). En efecto, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto al país donde se ha producido el daño, la Ley de

(69) M. HANCOCK, *Torts in the Conflict of Laws*, Chicago, Callaghan & Co., 1942, esp. págs. 33-35; ID., «Les obligations délictuelles en Droit International Privé», en *An.IDI*, Annuaire, Session d'Edimbourg, Basilea, 1969.

dicho país no se aplicará, sino que la obligación extracontractual quedará sujeta a la ley del país con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos y no a la *Lex Loci Delicti Commissi*.

66. b) *Razones que explican el carácter subsidiario de la regla Lex Loci Delicti Commissi*. Las razones que explican por qué el legislador comunitario ha convertido la *Lex Loci Delicti Commissi* en una mera regla subsidiaria y no principal son claras: 1.º) El «lugar del daño» puede, en ocasiones, ser fortuito y puede, en tales casos, conducir a una Ley cuya aplicación es imprevisible para las partes; 2.º) Visto que las normas imperativas en materia de obligaciones extracontractuales no son abundantes, la libre elección de Ley debe permitirse, pues en caso de que tal elección se produzca, conduce siempre a la Ley que comporta costes conflictuales menores para las partes y no se daña con ello, ningún interés general o público.

67. c) *Ámbito aplicativo real de la regla Lex Loci Delicti Commissi*. En consecuencia, el ámbito aplicativo real de la regla *Lex Loci Delicti Commissi* ya no es el que era y ha quedado profundamente reducido: su ámbito más relevante son los accidentes de circulación por carretera (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (70). Pero no para España, pues en España la Ley aplicable a tales accidentes se fija con arreglo al Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 y no con arreglo al Reglamento «Roma II».

68. d) *Carácter «residual» y no «general» de la regla Lex Loci Delicti Commissi*. Debe ponerse de relieve con énfasis que, a pesar de que el Cons. 18 del Reglamento «Roma II» afirma que «la norma general en el presente Reglamento deberá ser la del *lex loci damni* mencionada en el artículo 4, apartado 1» y que «el artículo 4, apartado 2, debe considerarse como una excepción a este principio general, creándose una conexión especial cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país», ello no se corresponde con la letra del artículo 4 del Reglamento «Roma II» ni tampoco con la intención del legislador que redactó el Reglamento «Roma II». Ningún dato jurídico positivo apoya la idea de que el punto de conexión «general» sea el «lugar del daño» y ningún dato jurídico positivo apoya la idea de que la residencia habitual común de las partes sea una «excepción» al criterio *Lex Loci Delicti Commissi* que deba ser interpretada restrictivamente. El punto de conexión *Lex Damni* no es el punto de conexión «general» del Reglamento «Roma II». Es sólo el tercer punto de conexión en la cascada de criterios contenidos por el Reglamento.

(70) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

5. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS A DISTANCIA»

69. El punto de conexión *Locus Delicti Commissi* opera sin problemas frente a ilícitos de «naturaleza simple», generados en un país y que producen daños también, exclusivamente, en el territorio de ese mismo país. Sin embargo, suscita serios problemas en relación con los llamados «ilícitos a distancia». Varios puntos deben ser examinados.

70. a) *Ilícitos a distancia. Concepto*. Son los ilícitos en los cuales la acción causal se produce en un Estado mientras que las consecuencias de dicha acción se verifican en otro u otros Estados. Ejemplo 1: vertido de sustancias tóxicas en el río Tajo a su paso por España y que produce daños a plantaciones agrícolas situadas en Portugal. Ejemplo 2: un sujeto extrae el motor de una aeronave en Nueva York, lo que impide al vehículo prestar los servicios pactados entre Nueva York y España (STS de 31 de octubre de 2007 [arrendamiento de motor de aeronave y daños a la misma]). La doctrina internacional-privatista más antigua ya percibió la existencia de estos *Distanzdelikte*. El gran jurista P. VÔET planteó el caso de una flecha que supera la frontera desde un país a otro (*De statutis eorumque concursu*).

71. b) *Distintas teorías*. La doctrina ha forjado tres grandes teorías para precisar cuál es el lugar relevante en los casos de ilícitos a distancia (F. POCAR, H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (71):

1.º) *Teoría de la actividad*. Es lugar relevante es el lugar donde el sujeto presuntamente responsable lleva a cabo el hecho generador o «acto causal» (*Handlungsort*) (E. BARTIN, P. ARMINJON) (72). Argumento: el país donde se localiza el hecho generador es o puede ser el único país en el que el autor del daño es consciente de proyectar su actividad, y además no es justo castigar a un sujeto por un hecho que, aunque puede generar responsabilidad civil en el país donde despliega sus efectos, puede ser perfectamente lícito en el país donde el acto se realiza. Es la tesis que recoge la Ley austríaca de DIPr. 1978 (art. 48.1). Sin embargo, esta tesis no convence. En efecto, el sujeto que realiza un acto está en posición óptima para conocer en qué países surte efectos el acto que realiza en otro Estado. Se le puede exigir que asuma las consecuencias de un acto que está en su «esfera de control».

(71) Muy bien explicadas en F. POCAR, «Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions», en *TCFDIP*, 1985-1986, págs. 71-80, en H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 211-256, esp. págs. 220-222, y en F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit International Privé suisse*, 3.^a ed., Staempfli Editions, S. A., Berne, 2004, págs. 281-299, esp. págs. 286-288.

(72) E. BARTIN, *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol. I, París, 1930, págs. 122-123; P. ARMINJON, *Précis de Droit International Privé*, t. 1, 1934, Dalloz, núms. 120-122.

2.º) *Teoría del resultado*. El lugar relevante es aquél donde se verifica el resultado dañoso. Argumento: el lugar donde se verifica el daño es el único relevante porque el responsable de la actividad que causa el daño debe asumir que una conducta que desarrolla y orienta hacia un determinado país y la víctima no puede verse «sorprendida» con la aplicación del Derecho de un país que para él resulta completamente imprevisible (G. BEITZKE) (73). Además, las normas sobre responsabilidad civil persiguen, hoy día, una función indemnizatoria o reparadora y no una función «culpabilizadora» o «penalizadora» del autor. Y como no hay indemnización sin daño, lo relevante es el «daño» y el país dónde éste se produce. No es relevante el lugar donde se realiza el acto causal, porque no se trata, como sí sucede en Derecho Penal, de aplicar normas para reprimir y castigar conductas inadmisibles, sino de aplicar normas para reparar el daño causado. La tesis del acto causal confunde el problema de los ilícitos penales con el problema de los ilícitos civiles. El Derecho Penal castiga conductas porque son socialmente reprobables como «conductas en sí», mientras que el Derecho Privado establece responsabilidad civil sólo si se produce un daño, y no porque el sujeto ha realizado una conducta u otra (G. BALLADORE PALLIERI, E. VITTA) (74). El Derecho de la responsabilidad civil tiene por objeto la reparación de perjuicios, no la punición de conductas (P. MAYER) (75). La tesis del lugar del daño es la tradicional en la jurisprudencia francesa (CA París, 18 de octubre de 1955; CA París, 7 de marzo de 1988; CA París, 16 de enero de 1997; Cour Cass. Francia, 8 de febrero de 1983), y ha sido seguida también por el artículo 62.1 de la Ley italiana de DIPr., de 31 de mayo de 1995, con matices muy relevantes (Sent. Cass. Italia, de 23 de enero de 1958) (A. DAVI, B. BAREL/ST. ARMELLINI) (76) y ha sido acogido también por la Ley suiza de DIPr. 1987 bajo una sofisticada y muy inteligente formulación (art. 133 de la Ley suiza DIPr. 1987) (A. BUCHER, S. STAJANOVIC) (77).

(73) G. BEITZKE, «Les obligations délictuelles en Droit International Privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, pág. 89.

(74) G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto Internazionale Privato», en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. págs. 357-358; E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pág. 355.

(75) P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit International Privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pág. 505, núm. 685.

(76) A. DAVI, *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo Diritto Internazionale Privato italiano*, Utet, Torino, 1997, esp. págs. 22-28; B. BAREL/ST. ARMELLINI, *Diritto Internazionale Privato*, 2006, págs. 213-227, esp. pág. 223.

(77) A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau Droit International Privé suisse», en *Le nouveau Droit International Privé suisse*, Lausana, 1988, págs. 107-141; S. STAJANOVIC, «Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le Droit International Privé», en *RCDIP*, 1988, vol. LXXVII, págs. 261-289.

3.º) *Teoría de la ubicuidad*. Debe considerarse que el lugar relevante es tanto el lugar donde se realizó el acto causal como el lugar donde se verifica el resultado dañoso, de modo que el actor elige con arreglo a qué Ley desea demandar. Es la tesis seguida tradicionalmente en Alemania.

4.º) *Tesis oscilantes*. Según otros autores, es necesario distinguir según el carácter de la responsabilidad que se imputa. Si se trata de responsabilidad por infracción de comportamientos exigibles o por transgresión de reglas legales, es decir, una responsabilidad «por culpa», se aplicará la Ley del hecho causal, pero si se trata de responsabilidad objetiva sin culpa y derivada de la mera producción de un daño, se debe recurrir a la Ley del lugar del daño (W. WENGLER, D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE) (78).

72. c) *La tesis preferida por el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II»: el lugar del daño (Locus Damni)*. Pues bien, el Reglamento «Roma II» solventa de raíz, y de forma muy simple, la cuestión de los ilícitos a distancia. El Reglamento «Roma II» acoge la «tesis francesa». En efecto, en los supuestos de ilícitos a distancia, se aplicará la Ley del país en cuyo territorio se produce el «daño». No es relevante el país donde haya tenido lugar el «hecho generador del daño». Tampoco es relevante el país donde «se manifiesta el daño». Ello permite que la legislación de un Estado conserve su efecto útil en relación con los ilícitos que «repercuten» en su territorio. Los particulares que dirigen sus actividades hacia el territorio de otro país pueden saber, así, perfectamente, cuál es la Ley aplicable a las actividades transnacionales que dirigen hacia un concreto Estado. Y los sujetos que sufren un daño en el territorio de un país, pueden estar seguros de que la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de tal daño es la Ley de dicho Estado, cualquiera que sea el país donde se haya verificado el hecho generador del daño. País que para las víctimas resulta totalmente imprevisible e incluso, puede ser desconocido. En los casos de promesas unilaterales, el lugar donde se produce el daño es el país donde se emite la promesa (B. BAREL/St. ARMELLINI) (79). Ejemplo: una empresa cacereña vierte aceite industrial en el río Tajo. El agua contaminada produce daños en una fábrica de papel situada en Portugal. La empresa portuguesa reclama daños y perjuicios contra la empresa española. Se trata de un «ilícito a distancia». La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen del mismo es la Ley del país donde se verifica el «resultado dañoso», es decir, la Ley portu-

(78) W. WENGLER, «La responsabilité per fatto illecito nel Diritto Internazionale Privato», en *Annuaire Droit International*, 1966, págs. 1-21; D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit International Privé*, París, Masson, 1987, págs. 606-615, esp. pág. 707; G. LÉGIER, «Les conflits de lois relatifs à l'enrichissement sans cause», en *Mélanges en l'honneur du Professeur J. P. Bégout*, Faculté de Droit. Université de Toulon et du Var, 1985, págs. 167-197.

(79) B. BAREL/St. ARMELLINI, *Diritto Internazionale Privato*, 2006, págs. 213-227, esp. pág. 215.

guesa. La empresa portuguesa sufre un daño «en Portugal» y la empresa española sabe perfectamente y está en la obligación de saber que la actividad de vertido de aceite que lleva a cabo en España podía producir daños «en Portugal». Por ello, la aplicación de la Ley portuguesa es «previsible» para ambos litigantes, suscita costes de transacción conflictuales reducidos para ambas empresas. La Ley portuguesa rige este caso (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

6. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS MOSAICO»

73. Algunos hechos producen daños en diversos países al mismo tiempo: un solo hecho generador, múltiples daños en distintos países. En estos supuestos, el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» sigue la tradicional teoría llamada «teoría del mosaico» (*Mosaic Principle* o *Mosaikbetrachtung*). Que significa lo que sigue: los daños verificados en el territorio de un Estado se rigen exclusivamente por la Ley de dicho Estado. Si se producen daños en varios Estados, es aplicable a cada uno de tales daños la Ley del Estado en cuyo territorio se han verificado los mismos: país por país, territorio por territorio, hasta componer el «mosaico completo» de todos los daños causados por un mismo hecho causal (P. MANKOWSKI) (80) (STS de 31 de octubre de 2007 [arrendamiento de motor de aeronave y daños a la misma]). Esta tesis tiene origen francés (Sent. CA Angers, de 15 de diciembre de 1891 [competencia desleal en Francia e Inglaterra], Sent. CA Tribunal Civil de la Seine, de 1 de abril de 1925 [competencia desleal en Inglaterra y Francia], Sent. Cour Cass. Francia, 14 de enero de 1997 [competencia desleal]). Ejemplo: un *hacker* muy peligroso es contratado por una empresa suiza que desea vengarse de un ex-directivo que se ha fugado de esta empresa con secretos industriales y que ha fundado otra empresa con sede central en España y sucursales en Suiza y Francia. El *hacker* envía virus informáticos que destruyen completamente las bases de datos de la empresa situadas en España, Suiza y Francia. Es un supuesto de daños plurilocalizados. La Ley reguladora de los mismos debe determinarse «país por país» con arreglo a la «tesis del mosaico» (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). En consecuencia, los daños sufridos en Suiza se registrarán por la Ley suiza, los daños experimentados en España quedarán sometidos a la Ley española y los daños que se verifican en Francia quedan sujetos al Derecho francés.

(80) P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrag-und Delittrecht», en *RabelsZ*, 1999, vol. 69, págs. 206-294; ID., «Wider ein transnacionales Cyberlaw!», en *Archiv für Presrecht*, 1999, pág. 138 y sigs.; ID., «Jurisdiction and Enforcement in the Information Society», en R. NIELSEN *et al.* (eds.), *EU Electronic Commerce Law*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2004.

7. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «DAÑOS INDIRECTOS»

74. Algunos hechos producen, al mismo tiempo, daños «directos» y daños «indirectos». El daño directo es aquél que afecta de modo inmediato a una persona, derecho o bien. El daño indirecto es aquél que se padece como consecuencia de otro daño sufrido de modo directo (= «*victime par ricochet*»). Pues bien, el único lugar relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es el lugar donde se ha verificado el «daño directo». No es en ningún caso relevante el lugar donde se ha padecido un «daño indirecto» (D. BUREAU/H. MUIR WATT) (81). Así lo explica el Cons. 17 del Reglamento «Roma II»: «*en casos de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente*». Así lo estimó el TJCE también al tratar la cuestión de la competencia judicial internacional en materia delictual (STJCE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*). Explicación: el causante del daño no puede, de ninguna manera razonable, prever la aplicación a su conducta de la Ley del país donde el sujeto sufre un daño moral indirecto o donde experimenta una disminución de su patrimonio como consecuencia de daños directos verificados en otros países. El causante del daño sólo puede prever razonablemente la aplicación a su conducta de la Ley del país donde se produce el «daño directo». Ejemplo: un asesor financiero con residencia habitual en Bilbao y de nacionalidad suiza sugiere a una familia española con residencia habitual en Madrid que invierta los ahorros familiares de toda la vida en unos chalets situados en Brasil. La familia española transfiere a Brasil 500.000 euros. Tras dos meses, descubren aterrados que el sujeto ha invertido ese dinero en casas desmontables y que no hay noticias del resto del dinero. La familia española decide demandar al asesor financiero ante los tribunales españoles y alega que debe aplicarse la Ley española, pues es España el lugar donde su patrimonio se ha visto reducido a cenizas. Sin embargo la Ley que rige las obligaciones extracontractuales derivadas de la actuación de este sujeto no es la Ley española, porque España es el lugar del «daño indirecto» y es Brasil el lugar del «daño directo». El artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» conduce a la aplicación del Derecho brasileño.

8. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «VÍCTIMAS INDIRECTAS»

75. En el ámbito del artículo 4.1 del Reglamento «Roma II», el único daño que cuenta es el daño directo y la única víctima relevante a efectos del

(81) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, esp. pág. 399.

artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es la víctima directa. No la víctima indirecta. La víctima indirecta es aquélla que experimenta un daño que es consecuencia del daño directamente sufrido por otra persona. Ejemplo: un menor de nacionalidad española sufre una lesión intestinal muy grave durante su estancia veraniega en Irlanda debida a una intoxicación alimenticia. Debe ser internado en un hospital y este hecho deja en estado de *shock* a sus padres, españoles con residencia habitual en Madrid. El padre sufre un infarto y es hospitalizado en España. El abogado de la familia sugiere al padre demandar a la empresa que servía las comidas en la residencia irlandesa. La Ley aplicable a dicha reclamación judicial no es la Ley española. Explicación: el padre es una mera «víctima indirecta». Por ello, no puede reclamar la aplicación de la Ley española con el argumento de que ha sufrido un daño «en España». Podrán reclamar, en su caso, con arreglo a la Ley irlandesa, que es la Ley del país donde se ha producido el «daño directo» (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

9. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y DAÑOS VERIFICADOS A BORDO DE BUQUE O AERONAVE O EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL

76. Deben diferenciarse varios supuestos: 1.º) *Daños verificados en una nave o aeronave situada en el mar territorial o espacio aéreo de un Estado*. En este caso, es aplicable la Ley del Estado en cuyas aguas o espacio aéreo se encuentra el buque o aeronave. El país cuyo pabellón enarbola el buque o aeronave es indiferente (STS, Social, de 15 de marzo de 1984); 2.º) *Daños verificados en buque o aeronave cuando ésta se halla en alta mar o espacio aéreo internacional*. La regla *Lex Loci Delicti Commissi* no puede operar y el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es inaplicable. Deberá recurrirse al artículo 4.3 del Reglamento «Roma II».

77. En cuanto a los daños verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal, cabe afirmar que cuando el acto ilícito se produce en estos espacios no sometidos a la soberanía territorial de ningún Estado, la regla *Lex Loci Delicti Commissi* no puede operar y el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es inaplicable. Es el caso de daños verificados en el espacio exterior, la Antártida, en alta mar, los fondos marinos, etc. En estos supuestos, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales se fijará con arreglo al artículo 4.3 del Reglamento «Roma II».

X. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. CLÁUSULA DE ESCAPE

78. No obstante las conexiones contenidas en el Reglamento «Roma II», y salvo el caso en el que las partes hayan elegido la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales con arreglo al artículo 10 del Reglamento «Roma II», si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» (país donde se ha verificado el daño) o 4.2 del Reglamento «Roma II» (país de la residencia habitual común de las partes), se aplicará la ley de este otro país (art. 4.3 del Reg. «Roma II»). Esta regla constituye una «cláusula de escape» al sistema general de puntos de conexión recogido en el Reglamento «Roma II» (Cons. 14 y 18 del Reg. «Roma II»). Varios aspectos relativos a esta «cláusula de escape» son importantes.

1. FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE

79. Esta cláusula de escape habilita al tribunal competente para descartar la regla de la «residencia habitual común» y/o la regla del «lugar del daño» si comprueba que tales puntos de conexión comportan costes de transacción conflictuales muy elevados para las partes. Es decir, cuando el tribunal comprueba que las partes no pudieron, razonablemente, prever la aplicación de dichas Leyes al supuesto concreto y existe, por el contrario, otro país más vinculado con la situación cuya Ley comporta costes de transacción conflictuales menores para las partes implicadas. Otro país cuya Ley resulta más previsible para las partes, un país más estrechamente vinculado con el supuesto en cuestión. Se trata de una «cláusula de escape», porque todas las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» persiguen la aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto de obligaciones extracontractuales. Sin embargo, cuando se comprueba que en un caso determinado, tales normas de conflicto conducen a la Ley de un país que no es el más estrechamente vinculado con el supuesto, es necesario «escapar» de dicha regla, porque tal regla «traiciona» al principio de proximidad en el que se basa el entero Reglamento «Roma II» (Cons. 14 y 16 del Reg. «Roma II»). El artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» «permite escapar» de una norma de conflicto que conduce a la Ley de un país escasamente vinculado con la situación extracontractual y cuya aplicación generaría costes de transacción conflictuales elevados. Por tanto, el fundamento último de la cláusula de escape radica en la seguridad jurídica y en el «principio de proximidad», ya que dicha cláusula evita la aplicación de Leyes «imprevisibles para las par-

tes» (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, C. BRIÈRE) (82). En particular, la cláusula de escape del artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» es muy útil para evitar la aplicación de la *Lex Loci Delicti Commissi* (= Ley del lugar del daño: art. 4.1 del Reg. «Roma II») cuando el lugar donde se produce el daño es un lugar imprevisible para las partes, fortuito, fugaz, fugitivo, meramente casual (Sent. Cass. Civ. Francia, de 27 de marzo de 2007, *Bureau Veritas* [accidente casual en Madagascar y certificación del buque como «apto para navegar», realizada en Francia]) (J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE) (83).

80. Esta «cláusula de escape» refleja la idea, procedente del Derecho norteamericano, de que los casos de obligaciones extracontractuales (*torts*) no son fácilmente localizables en un país a través de conexiones rígidas. Debe procederse, como hacen los tribunales anglosajones en materia de contratos internacionales, a la búsqueda de la «Ley propia de cada ilícito», la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto. La Ley que corresponde al «centro de gravedad del supuesto». Y dicha Ley sólo puede determinarse caso por caso, contando y pesando los contactos del caso concreto con países determinados (Sent. Supreme Court NY, de 9 de mayo de 1963, *Babcock vs. Jackson*) (G. BEITZKE, P. BOUREL, H. BATIFFOL, F. A. MANN, C. G. J. MORSE, P. E. NYGH) (84). La idea de la *Proper Law Of The Tort* descende de un célebre, excelente y revolucionario trabajo de J. H. C. MORRIS (85). Idea que encontró reflejo en el complicado § 145 del *Restatement Second of Conflict-Of-Laws* de los Estados Unidos de América (T. BALLARINO, F. KNOEPFLER/ PH. SCHWEIZER/

(82) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit International Privé. Cours général», en *RCADI*, 2000, vol. 287, págs. 13-425, esp. págs. 214-216; C. BRIÈRE, «Le règlement (CE), núm. 864/2007 du 11 de juillet de 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»)», en *JDI Clunet*, 2008, págs. 31-74, esp. pág. 52.

(83) J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE, *Droit International Privé*, Dalloz, 15.^a ed., 2005, págs. 129-133, esp. pág. 129.

(84) G. BEITZKE, «Les obligations delictuelles en Droit International Privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, págs. 67-146, esp. págs. 72-75; P. BOUREL, «Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit International Privé», en *RCADI*, 1989, vol. 214, págs. 251-398, esp. págs. 253-254; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du Droit International Privé*, París, 1956, pág. 240; F. A. MANN, «The proper law in the conflict of laws», en *ICLQ*, 1987, vol. 36, págs. 437-451; C. G. J. MORSE, «Choice of law in tort, A comparative study», en *AJCL*, 1984, vol. XXII, págs. 51-97; P. E. NYGH, «Some Thoughts on the Proper Law of a Tort», en *Contemporary Problems in the Conflict of Laws. Essays in Honour of J. H. C. Morris*, Leiden, Sijthoff, 1978, págs. 232-251.

(85) J. H. C. MORRIS, «The Proper Law Of The Tort», en *Harvard Law Review*, 1951, págs. 881-895. En el mismo sentido, también, H. BINDER, «Zur Auflockerung des Deliktsstatuts», en *RabelsZ*, 1955, págs. 401-499. Exponen la idea de la *Proper Law of The Tort*, con claridad y profundidad, M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, «XI tesis sobre el estatuto delictual», en *REEI*, 2004, págs. 1-34, esp. págs. 10-11; J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento «Roma II»», en *Indret*, 2005, págs. 8-9.

S. OTHENIN-GIRARD, D. BUREAU/H. MUIR WATT) (86). Este *New Approach* fue muy bien recibido en Inglaterra, quizá porque J. H. C. MORRIS era inglés: la *House Of Lords* aplicó la Ley inglesa y no la Ley maltesa al accidente de circulación ocurrido en Malta entre dos militares ingleses con residencia habitual en Inglaterra y que se hallaban en Malta de modo temporal (Sent. Hol 1969, *Boys vs. Chaplin*). No obstante, la idea de la *Proper Law Of The Tort* no es original de J. H. C. MORRIS. Antes de su singular y muy valiosa aportación, existen poderosos precedentes: a) El famoso Decreto de 7 de diciembre de 1942, dictado en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, firmado por H. GOERING. Este Decreto indicaba que la Ley alemana era aplicable a los ilícitos no contractuales verificados fuera de Alemania pero que afectaban a ciudadanos alemanes, esto es, en territorios extranjeros que habían sido ocupados o estaban siendo escenario de operaciones bélicas de conquista; b) Ya en 1944, A. SCHNITZER indicó que si el lugar donde se verifica el acto es meramente casual, la responsabilidad civil derivada de tal acto debe regirse por la Ley del Estado con el que el supuesto presenta una mayor relación (87). La idea vertebradora es siempre la misma: aplicar la *Lex Loci Delicti Commissi* no tenía sentido en estos casos, pues el lugar del acto podía ser meramente fugitivo y casual (P. LAGARDE, E. JAYME, D. BUREAU/H. MUIR WATT, L. GARAU JUANEDA) (88). En definitiva, y como ya avanzó el muy poderoso análisis de TH. M. DE BOER, la regla *Lex Loci Delicti Commissi* ha sufrido una fuerte erosión y en la actualidad, puede ser descartada si el supuesto presenta vínculos más estrechos con otro país diferente al país del daño (89).

81. Un ejemplo de caso propicio para el empleo de la cláusula de escape es el que sirvió de base a la Sent. Cass. Civ. Francia, de 27 de marzo de 2007,

(86) T. BALLARINO/A. BONOMI, *Diritto Internazionale Privato*, 3.ª ed., Cedam, 1999, págs. 690-691; F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit International Privé suisse*, 3.ª ed., Staempfli Editions, S. A., Berne, 2004, págs. 281-299, esp. págs. 288-289; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, esp. págs. 388-289.

(87) A. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, Verlag für Recht und Gesellschaft A.-G., Basel, 2.ª ed., 1944, citado por L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed. rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. pág. 470.

(88) P. LAGARDE, «Les principes du Droit International Privé hier, aujourd'hui et demain», en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R. Carande, 1995, págs. 17-33, págs. 22-23; E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne», en *RCADI*, 1995, vol. 251, págs. 9-267, esp. pág. 216; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed. rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. pág. 475; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, esp. págs. 385-287.

(89) TH. M. DE BOER, «Beyond Lex Loci Delicti», en *Conflict Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, Deventer, Kluwer, 1987, *passim*.

Bureau Veritas (JDI Clunet, 2007, págs. 949-955). La Cour indicó que la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual es la Ley del Estado en cuyo territorio se ha producido el hecho dañoso (*Lex Loci Delicti Commissi*). Sin embargo, en el caso de un «delito complejo» en el que el hecho generador tiene lugar en un país y el daño se verifica en otro Estado diferente, el país donde se ha verificado el daño puede ser totalmente fortuito, y por tanto, imprevisible para las partes. En tal supuesto, conviene «escapar» de dicho lugar y aplicar la Ley de otro país con el que la situación presenta un vínculo más estrecho, que puede ser el país donde ha ocurrido el hecho generador. En el caso citado, la Cour de Cassation francesa comprobó que el lugar donde ocurrió el daño era Madagascar, lugar del naufragio del buque, pero se manifestó en dicho país de modo fortuito, pues era un lugar imprevisible para las partes: el buque cubría la ruta China-Gabón y el percance aconteció en Madagascar como podía haber acontecido en cualquier otro lugar. El tribunal decidió aplicar la Ley francesa, ya que fue en Francia donde la sociedad *Bureau Veritas* clasificó el buque como apto para la navegación y el transporte de manganeso, de modo presuntamente negligente, pues el navío se hallaba en un *état pitoyable* de corrosión y ello fue la causa del naufragio de la nave. La aplicación de la Ley francesa resultaba previsible para todos los implicados, pues todos ellos eran perfectamente conocedores de que el buque había sido certificado en Francia, como «apto para navegar» por una sociedad francesa.

82. Otro buen ejemplo de caso en el que debiera operar esta cláusula de escape es el clásico caso que describe éste con Bélgica P. GRAULICH (90). Unos jóvenes originarios de Gante realizan una excursión que se adentra en Holanda. Por desgracia, uno de los jóvenes excursionistas se ahoga en el río Braakman y fallece. Los progenitores del joven fallecido no podían reclamar «daños morales» porque éstos no estaban previstos en el Derecho holandés, aplicable al caso a través de la regla *Lex Loci Delicti Commissi*. El resultado es «injusto». Pero no porque el Derecho holandés no conceda «daños morales», sino porque la aplicación del Derecho holandés como *Lex Loci Delicti Commissi* no está justificada. El «contacto» con Holanda es puramente «accidental» y «casual»: es un supuesto no previsto por la regla *Lex Loci Delicti Commissi*, que puede y debe reducirse teleológicamente. Debe, por tanto, aplicarse el Derecho belga, ya que todos los demás datos del supuesto caso conectan a éste con Bélgica.

(90) P. GRAULICH, «La signification actuelle de la regle de conflit», en *Mélanges offerts a P. Weill*, París, Dalloz, 1983, págs. 295-302.

2. OPERATIVIDAD EN CASOS EXCEPCIONALES

83. Esta cláusula de escape opera sólo en casos excepcionales. En efecto, normalmente el país más vinculado con la situación, es decir, el país cuya Ley comportará costes de transacción conflictuales menores para las partes implicadas, será el país de la residencia habitual común o el país en cuyo territorio se ha verificado el daño, según los casos. Pero cuando ello no sea así, el juez puede hacer aplicable la Ley de otro país diferente, cuya aplicación al concreto supuesto suponga costes de transacción conflictuales menores para las partes implicadas. Los casos en los que se puede aplicar el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» serán escasos y excepcionales, pues es muy difícil que exista un país más vinculado al supuesto que el país de la residencia habitual de las partes y que el país en cuyo territorio ha ocurrido el daño. Las partes pueden reclamar al tribunal la «activación» de la cláusula de escape y el descarte de los artículos 4.1 y 4.2 del Reglamento «Roma II». Aunque nada impide que el juez active por sí solo la cláusula de escape contenida en el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II». Por otro lado, debe indicarse que la cláusula de escape contenida en el artículo 4-3 del Reglamento «Roma II» no puede operar si las partes han elegido la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales dentro de los límites exigidos por el artículo 14 del Reglamento «Roma II».

3. MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE Y «CONEXIÓN ACCESORIA»

84. El juez debe, en todo caso, motivar su decisión de activar la cláusula de escape. Debe explicar las razones que le han inducido a descartar la aplicación, en su caso, de la Ley del país de la residencia habitual común de las partes y/o de la *Lex Loci Delicti Commissi*. Pues bien, el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» proporciona un elemento que el juez debe, en todo caso, tener en cuenta para justificar la activación de la cláusula de escape. En efecto, el precepto indica que *«un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión»*. Ello significa que, en los casos de obligaciones extracontractuales conectados con un contrato u otra relación jurídica previa entre las partes, el juez cuenta con un «ejemplo cualificado» de supuesto en el que las obligaciones extracontractuales presentan vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del país del daño y/o del país de la residencia habitual común de las partes. Se trata del caso en el que el daño se produce en el marco de una *«relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato»*. En el

supuesto de obligaciones extracontractuales conectadas con relaciones jurídicas preexistentes, el juez deberá explicar y motivar por qué la Ley que rige dicha relación jurídica preexistente debe también regular o no, las obligaciones extracontractuales conectadas con la misma. El juez debe motivar su seguimiento o descarte de esta «conexión accesoria» (*akzessorische Anknüpfung*) que le proporciona el legislador. Ello es así porque el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» recibe la doctrina de la «conexión accesoria», a cuyo tenor, las obligaciones extracontractuales surgidas como consecuencia de relaciones jurídicas preexistentes entre las partes, el país más vinculado con tales obligaciones suele ser aquél cuya Ley regula las relaciones jurídicas preexistentes. En efecto, se trata del país cuya Ley las partes esperan ver aplicada a las consecuencias directas, indirectas o accesorias de su relación jurídica inicial. La idea de la conexión accesoria en materia de obligaciones extracontractuales cuenta con un amplio conjunto de adeptos y defensores (G. BALLADORE PALLIERI, G. C. GONZENBACH, K. U. M. PATRZEK, C. VON DER SEIPEN, K. FIRSCHING, F. SCHWIND) (91), pero la idea original es mérito, como tantas otras en este sector del DIPr., de J. KROPHOLLER (92).

85. Un buen ejemplo del método operativo de esta cláusula de escape puede suscitarse en el caso que falló la STS de 31 de octubre de 2007. Una empresa norteamericana arrendó un motor de aeronave a una empresa española y se sujetó el contrato al Derecho del Estado de Georgia. Como la arrendataria no pagaba, el arrendador entró en el hangar del aeropuerto JFK en Nueva York y extrajo el motor. Ello causó enormes daños a la empresa española (STS de 31 de octubre de 2007 [arrendamiento de motor de aeronave y daños a la misma, si bien el tribunal estima que la facultad de extracción del motor estaba prevista en el contrato y por tanto el caso generaba responsabilidad «contractual»]). Pues bien, para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de daño en este caso, el tribunal debe explicar y motivar por qué considera que el supuesto se halla o no se halla más vinculado con el país cuya Ley estatal rige el contrato de arrendamiento del motor de la aeronave. Si el tribunal no motiva por qué ha seguido

(91) G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto Internazionale Privato», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. págs. 354-355; G. C. GONZENBACH, *Die akzessorische Anknüpfung. Ein Beitrag zur Verwirklichung des Vertrauensprinzips im IPR*, Zürich, 1986, págs. 32-39; K. U. M. PATRZEK, *Die vertragsakzessorische Anknüpfung im internationalen Privatrecht: dargestellt anhand des Deliktrechts, der Geschäftsführung ohne Auftrag, des Bereicherungsrechts und der culpa in contrahendo*, München, 1992, págs. 11-18; C. VON DER SEIPEN, *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberg, 1989, págs. 44-49; K. FIRSCHING, «Übereinkommen über das aufertagliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht», *IPrax*, 1981, págs. 37-43; F. SCHWIND, «Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das internationale Privatrecht und ihre Bekämpfung», *RebelsZ.*, 1958, págs. 449-465.

(92) J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1990, págs. 423-446.

o no ha seguido esta «conexión accesoria», la decisión judicial es antijurídica, vulnera el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» y se puede recurrir.

4. CLÁUSULA DE ESCAPE Y DAÑOS VERIFICADOS EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL

86. La cláusula de los «vínculos más estrechos» recogida en el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» resulta útil también para determinar la Ley aplicable en los supuestos en los que no pueda operar la regla *Lex Loci Delicti Commissi* porque el daño se ha producido en espacios no sometidos a la soberanía de ningún Estado (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (93). En este caso, la cláusula recogida en el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» no opera como «cláusula de escape» sino como «guía de determinación directa» de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En efecto, en estos casos, el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» indica al operador jurídico que las obligaciones extracontractuales derivadas de daños ocurridos en estos espacios sin soberanía deben regirse por la Ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos. Ahora bien, el precepto se detiene precisamente ahí y deja las manos libres para que el tribunal concrete, caso por caso, cuál es el país más estrechamente vinculado con el supuesto. Varios aspectos deben precisarse.

87. a) *Daños verificados a bordo de buques o aeronaves que se hallan fuera del espacio de soberanía de los Estados.* Cabe presumir que el país más estrechamente vinculado con el supuesto es el país del pabellón del buque, aeronave o artefacto espacial. Por tanto, las obligaciones extracontractuales derivadas de daños ocurridos a bordo de buques, aeronaves o artefactos espaciales situados fuera del territorio de un Estado, se regirán por la Ley del abanderamiento de la nave (P. DE SENA) (94). Dicho esto, varias observaciones son necesarias: a) En el caso de «pabellones de complacencia», debe descartarse la solución «Ley del país del pabellón», pues no existe conexión «real» o «sustancial» entre el país del pabellón y el supuesto de obligaciones extracontractuales. En el caso de pabellones de complacencia, la aplicación de la Ley del pabellón comportaría costes de transacción conflictuales muy elevados para las partes, pues su aplicación al caso es imprevisible para los particulares implicados. Deberán buscarse otros criterios de vinculación que conduzcan a un Derecho más previsible para las partes; b) Aunque la luna y otros cuerpos celestes no pueden ser objeto de apropiación territorial por la

(93) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 211-256, esp. págs. 219-220.

(94) P. DE SENA, «Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali», en *RDI*, vol. LXXIII, 1990, págs. 294-319.

soberanía de ningún país, el artículo 12.1 del Acuerdo que debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, indica con claridad que «*los Estados Partes retendrán la jurisdicción y el control sobre el personal, los vehículos, el equipo, el material, las estaciones y las instalaciones de su pertenencia que se encuentren en la Luna*» y que «*el derecho de propiedad de los vehículos espaciales, el equipo, el material, las estaciones y las instalaciones no resultará afectado por el hecho de que se hallen en la Luna*». Por tanto, los hechos ocurridos en la Luna y demás cuerpos celestes se consideran ocurridos en el Estado al que pertenezca la instalación espacial, si es que han ocurrido en tales estación espacial o vehículo.

88. b) *Daños verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal*. Cuando el acto ilícito se produce en el espacio exterior, en la Antártida, en los fondos marinos, en alta mar, etc., el principio de proximidad en el que se inspira el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» aconseja ponderar los contactos de la situación extracontractual con los distintos países, para identificar la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación jurídica de que se trate. El tribunal debe realizar un *Balancing Test* en el que «pondera», «cuenta» y «pesa» los contactos de la situación con los diferentes países. Gracias a ese *Balancing Test*, el tribunal detectará el país más vinculado al supuesto y aplicará la Ley de dicho Estado. Por definición, debe tratarse de la Ley cuya aplicación al caso sea la más previsible para las partes implicadas, esto es, la Ley cuya aplicación al supuesto genera los menores costes de transacción conflictuales para las partes. Según los casos concretos, podría darse aplicación a la Ley nacional común de las partes, a la Ley del país de residencia de ambos sujetos, a la Ley del abanderamiento de la nave, aeronave o artefacto implicado en el daño, país de lanzamiento de la nave o artefacto, etc. Ejemplo 1: en los casos de daños verificados en artefactos espaciales internacionales, como la ISS, durante su estancia en el espacio exterior, son criterios que revelan una fuerte vinculación con un país, por ejemplo, el país donde los astronautas han sido entrenados si se trata del mismo país, y la nacionalidad y residencia habitual del astronauta que se encuentre al mando de la misión espacial. Ejemplo 2: en los casos de abordaje marítimo internacional entre buques de la misma nacionalidad en alta mar, cabe recurrir, en defecto de convenio internacional aplicable, a la Ley nacional común de los buques si concurre en el caso, como indicó hace ya más de cien años la jurisprudencia francesa (Sent. CA de París, de 16 de junio de 1882, Sent. CA Aix, de 23 de enero de 1899).

89. c) *Soluciones descartables*. El artículo 4.3 del Reglamento «Roma II», *a sensu contrario*, desautoriza de modo radical y taxativo otras soluciones, que no sintonizan ni respetan el principio de proximidad que vertebra el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II». En este sentido, el artículo 4.3 del

Reglamento «Roma II» rechaza: a) La llamada «solución americana», consistente en aplicar *tout court*, sin más, la *Lex Fori* o Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto, a la responsabilidad derivada de daño acaecido en espacios no sujetos a soberanía estatal. Solución que la *Cour de Cassation* francesa también siguió para fijar la Ley reguladora del abordaje en alta mar entre navíos de diferente nacionalidad (Sent. Cour Cass. Francia, de 9 de marzo de 1966); b) La llamada «solución personal», consistente en aplicar simplemente, la «Ley personal del agresor» a la responsabilidad civil derivada de actos verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal (J. M. DE FARAMINÁN GILBERT). Ejemplo: Tras dos meses en la ISS (*International Space Station*), un astronauta español, en un ataque de miedo espacial, pierde el control, agrede a una astronauta rusa y le provoca diversos daños de notable consideración. De vuelta a la tierra, la astronauta rusa reclama daños y perjuicios ante un tribunal español. El artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» permite al tribunal español llevar a cabo un *Balancing Test* y contar y pesar los contactos del caso con los diferentes países para hallar el país más vinculado con el caso. El supuesto se halla espacialmente muy disperso y conectado con multitud de Estados, pero ambos astronautas, agresor y agredido, saben y podían saberlo antes de la agresión, que el astronauta al mando de la ISS en ese momento, era un astronauta de nacionalidad francesa y con residencia habitual en Francia. La Ley francesa debe regir las obligaciones extracontractuales derivadas de esta agresión.

XI. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE

90. El ámbito de la Ley aplicable designada por el Reglamento «Roma II» como Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales es muy amplio. Las cuestiones que regula la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se relacionan, si bien de modo no exhaustivo, en el artículo 15 del Reglamento «Roma II». En concreto, la Ley designada por el Reglamento «Roma II» regulará los siguientes aspectos (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (95).

91. a) *Fundamento y alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos*. En concreto, la Ley reguladora de la obligación no contractual regirá las siguientes cuestiones: a) Carácter o tipo de la responsabilidad y reglas de imputación de la responsabilidad civil: responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o por generación de riesgo, responsabilidad por presunción de culpa con atribución de la carga de la prueba de la diligencia

(95) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

al presunto responsable, etc.; *b*) Definición de ilícito, incluida la cuestión de saber si una omisión puede constituir un ilícito y hasta qué punto y la exigencia o no de antijuridicidad de la conducta que genera la responsabilidad; *c*) La espinosa cuestión del «vínculo de causalidad» entre el hecho generador y el daño producido y los criterios de imputación de la responsabilidad, así como el tipo de causalidad exigido para que ésta pueda acreditarse; *d*) La determinación de las personas que pueden ser declaradas responsables del daño aunque no sean «autores» o «causantes directos» del mismo, tales como padres, tutores, guardadores de hecho, etc.; *e*) La capacidad delictual del sujeto, es decir, la cuestión de saber si un sujeto dispone de capacidad para ser considerado responsable del ilícito, como ya había indicado la mejor doctrina italiana (E. VITTA) (96).

92. *b*) *Causas de exoneración de la responsabilidad civil, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad.* Ello cubre las siguientes cuestiones: *a*) Limitación legal o contractual de la responsabilidad, límites máximos y mínimos de la misma, reparto de pagos y responsabilidades entre los distintos causantes de un mismo daño, y la llamada «conurrencia de culpas»; *b*) Las típicas causas de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, los hechos de un tercero, el muy frecuente *Factum Principis*, la víctima que provoca su propio daño, personas contra las que no puede reclamarse responsabilidad, etc.

93. *c*) *Existencia, naturaleza y evaluación de los daños o indemnización solicitada.* Esta previsión cubre toda evaluación de todo tipo de daño producido: moral, psicológico, material, de oportunidad, etc. Cubre también el sistema de determinación concreta de la indemnización derivada de los daños producidos.

94. *d*) *Dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales rige las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño.* La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales regula, en el caso de «daños futuros», las medidas jurídicas que pueden adoptarse para prevenir tal daño futuro. Y en el caso de «daño presente», dicha Ley regula las medidas para detener el daño presente y reparar los perjuicios producidos por el mismo. Ahora bien, el artículo 15 del Reglamento «Roma II» permite que el tribunal que conoce del asunto pueda adoptar una medida cautelar prevista por su legislación (*Lex Fori*) pero en relación con bienes determinados respecto de los cuales la medida cautelar no puede adoptarse según la *Lex Fori*, aunque sí según la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales.

(96) E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Torino, UTET, 3.^a ed., 1989, págs. 355-356.

95. e) *Transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización.* La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales con arreglo al Reglamento «Roma II» determina exclusivamente la «cedibilidad» o «transmisibilidad» del crédito, es decir, si dicho crédito es o no es «transmisible». El contrato de cesión de créditos puede afectar a un crédito nacido de obligaciones extracontractuales, pero dicho contrato no se rige por la Ley reguladora de tales obligaciones extracontractuales, sino por la Ley determinada por el artículo 12 CR. La transmisión por herencia de un crédito derivado de obligaciones extracontractuales se regula por la *Lex Successionis*, que es la Ley nacional del causante (art. 9.8 CC). La *Lex Successionis* determina cómo se transmite dicho crédito y las personas que lo reciben. No obstante, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales determina, exclusivamente el carácter transmisible *mortis causa* de dicho crédito nacido de tales obligaciones extracontractuales.

96. f) *Personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente.* La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales con arreglo al Reglamento «Roma II» precisa qué sujetos pueden ser considerados como titulares del derecho a solicitar una indemnización por perjuicios sufridos en los bienes o personas de otros individuos por otras personas. Ejemplo: en el caso de fallecimiento de un familiar, la Ley rectora de las obligaciones extracontractuales determinará qué sujetos pueden solicitar la reparación de dicho daño: padres, cónyuge, descendientes, la propia persona víctima del daño, etc. La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales según el Reglamento «Roma II» indica qué tipo de daños pueden ser reclamados: daños morales, daños económicos, daños «por conexión», etc.

97. g) *Responsabilidad por actos de terceros.* La Ley rectora de las obligaciones extracontractuales regula, por ejemplo, la cuestión de la responsabilidad de los padres por los daños producidos a terceros por los hijos sujetos a su patria potestad.

98. h) *Modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.* La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales regula la prescripción y la caducidad de la acción para solicitar la responsabilidad no contractual. Ello es relevante en relación con ordenamientos jurídicos que consideran que estas cuestiones presentan «carácter procesal» y se rigen por la *Lex Fori*. Dicha calificación ya no puede sostenerse y todas estas cuestiones quedarán sujetas a la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales.

XII. REGLAMENTO «ROMA II». CUESTIONES PARTICULARES

1. ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADOR DEL RESPONSABLE

99. La persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la Ley aplicable a la obligación extracontractual o la Ley aplicable al contrato de seguro (art. 18 del Reg. «Roma II»). Varios puntos deben destacarse al respecto:

1.º) El artículo 18 del Reglamento «Roma II» contiene una remisión doble y alternativa. Ello permite que la persona perjudicada pueda reclamar un resarcimiento del daño sufrido contra el asegurador de la persona responsable si ello está así previsto en la Ley aplicable a la obligación extracontractual o en la Ley aplicable al contrato de seguro. Esta doble remisión alternativa beneficia en gran medida al perjudicado, que puede ejercitar su acción directa si ésta es admitida por cualquiera de dos leyes estatales diferentes. Basta que una de tales Leyes lo admita para que la acción directa pueda ejercitarse contra el asegurador.

2.º) Las obligaciones que asume el asegurador, los límites hasta los que responde, los casos por los que responde y los requisitos bajo los que responde, son cuestiones sujetas, en todo caso, a la Ley que regula el contrato de seguro (vid. *obiter*, SAP de Madrid, Sección 21.ª, de 4 de enero de 1994; Auto AP de Barcelona, Sección 1.ª, de 30 de mayo de 1994).

100. Un ejemplo puede ayudar a comprender esta regla. Un sujeto español es propietario de un chalet de vacaciones sito en los Alpes austríacos. Una noche, y debido al fuerte viento reinante en la zona, una antena parabólica de un chalet vecino se desprende de su ubicación original y colisiona y perfora gravemente el tejado del chalet del sujeto español. El sujeto perjudicado medita accionar directamente contra la compañía de seguros del vecino, que es una compañía de seguros suiza. El contrato de seguro entre el vecino y su compañía de seguros se rige por la Ley suiza. Pues bien, el perjudicado español podrá accionar directamente contra la compañía de seguros suiza si lo permite la Ley suiza, que es la Ley que rige el contrato de seguro, o bien si lo permite la Ley austríaca, que es la Ley que rige las obligaciones extracontractuales derivadas del impacto de la antena (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

2. SUBROGACIÓN

101. Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona («el acreedor») tenga derechos respecto a otra persona («el deudor») y un

tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, éste puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones (art. 19 del Reg. «Roma II»). Ejemplo: una empresa de seguros alemana paga a un sujeto español con residencia habitual en Madrid y víctima de la rotura de una puerta que fue causada por un vecino japonés de dicha víctima. Para determinar si la empresa aseguradora puede emplear contra el vecino japonés los recursos jurídicos y las acciones que dicha víctima pudiera tener contra el responsable del daño, que es el vecino japonés, se aplicará la Ley que regula la obligación de pago del tercero, es decir, la Ley del Estado que regula el contrato de seguro entre la víctima o el responsable del daño y la empresa de seguros.

3. RESPONSABILIDAD MÚLTIPLE

102. Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación extracontractual que tenga dicho deudor respecto del acreedor (art. 20 del Reg. «Roma II»). Varios aspectos deben destacarse:

1.º) Esta regla regula el Derecho aplicable a la «acción de repetición» del deudor que ha satisfecho la reclamación contra los otros codeudores que no han pagado al acreedor o víctima. Esta acción de repetición queda sujeta a la Ley reguladora de la responsabilidad del deudor pagador respecto de la víctima. El artículo 20 del Reglamento «Roma II» confirma la *vis atractiva* de la Ley reguladora de la responsabilidad del «primer pagador», pues la Ley reguladora de la responsabilidad de cada uno de los responsables puede ser distinta.

2.º) El artículo 20 del Reglamento «Roma II» beneficia, sin duda, al primer deudor, y ello es así porque se premia a dicho sujeto por haber pagado antes que los demás deudores responsables. Esta regla es útil porque la responsabilidad de cada deudor puede quedar sujeta a una Ley estatal diferente. Pues bien, el primer pagador puede repetir contra los demás responsables con arreglo a la Ley que regula «su» responsabilidad.

4. VALIDEZ FORMAL

103. Indica el artículo 21 del Reglamento «Roma II» que «un acto jurídico unilateral relativo a una obligación extracontractual será válido en cuan-

to a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rige la obligación extracontractual o de la ley del país donde se haya celebrado el acto». En ciertos casos, como las promesas de pública recompensa y otras obligaciones extracontractuales, el obligado se compromete a través de «actos jurídicos unilaterales». Pues bien, el artículo 21 del Reglamento «Roma II» es una norma de conflicto que contiene diversos puntos de conexión estructurados en modo alternativo con el objetivo de potenciar la validez formal de dicho acto generador de la responsabilidad no contractual. El artículo 21 del Reglamento «Roma II» persigue impedir que el sujeto que se obliga unilateralmente en virtud de un acto jurídico, pueda «autodesvincularse» fácilmente de su propia responsabilidad por meros «motivos de forma».

5. PRESUNCIONES LEGALES Y CARGA DE LA PRUEBA

104. Indica el artículo 22.1 del Reglamento «Roma II», que la ley que regula la obligación extracontractual en virtud del Reglamento «Roma II» rige también las presunciones legales y el reparto de la carga de la prueba, si es que dicha Ley establece normas específicas sobre carga de la prueba y presunciones en materia de obligaciones extracontractuales. El artículo 22.1 del Reglamento «Roma II» evita la aplicación de la *Lex Fori* a estas cuestiones, cuya naturaleza procesal o sustantiva es discutida en ciertos Derechos estatales.

6. MEDIOS DE PRUEBA DE LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

105. Las partes pueden utilizar los medios de prueba de los «actos jurídicos» relacionados con las obligaciones extracontractuales previstos bien por la Ley del foro, o bien por cualquiera de las Leyes estatales contempladas en el artículo 21 del Reglamento «Roma II», precepto que regula la Ley reguladora de la validez formal de tales actos. Se exige, no obstante, que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto con arreglo a la *Lex Fori* (art. 3 LEC).

XIII. ACTOS VERIFICADOS EN INTERNET. LEY APLICABLE

106. *Reglamento «Roma II» e ilícitos en Internet.* Sorprende que el legislador que ha elaborado el Reglamento «Roma II» no haya previsto ninguna norma específica para determinar la Ley aplicable a las obligaciones

extracontractuales que surgen en Internet, visto el contexto tan especial de dicha «red de informaciones». Sin embargo, la postura del legislador es deliberada. Por lo tanto, el Reglamento «Roma II» es plenamente aplicable a dichos ilícitos y las dificultades que surjan debido a las particularidades del muy particular contexto cibernético de Internet, deben solventarse por «vía interpretativa». Algunos datos deben ponerse de relieve:

1.º) Aparte los ilícitos verificados en Internet y que cuentan con una regulación específica en el Reglamento «Roma II» (= infracción de la propiedad intelectual e industrial, competencia desleal, daños derivados de los productos, etc.), caen bajo la órbita de las reglas generales del Reglamento «Roma II» los llamados «daños informáticos». En efecto, una modalidad de responsabilidad no contractual muy usual en Internet es la difusión de contenidos dañinos para los sistemas informáticos en todo el mundo: *virus*, *worms*, *caballos de troya*, etc. Para precisar la Ley aplicable a estos ilícitos, se recurre al artículo 4 del Reglamento «Roma II». La Ley aplicable será, en primer lugar, la Ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento «Roma II». En su defecto, se aplicará la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 del Reg. «Roma II»). En defecto de este criterio se aplica la Ley del país donde se produce el daño (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). El sujeto que comete estos actos asume el riesgo de la aplicación de la Ley del país de residencia del sujeto dañado, pues es país hacia el que «orienta su conducta». Finalmente, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el artículo 4.1 ó 4.2 del Reglamento «Roma II», se aplicará la ley de este otro país. Ejemplo: un *hacker* con residencia habitual en Berlín se dedica a enviar virus informáticos por e-mail. A sabiendas, remite un e-mail contaminado a una empresa española, cuyos equipos resultan dañados e inutilizados. Solución jurídica: se podrá demandar en España (art. 5.3 R. 44/2001) al sujeto alemán y con arreglo a la Ley española, país donde se produce el ilícito y el daño (art. 4 del Reg. «Roma II»).

2.º) Debe tenerse presente que la Ley aplicable a los casos de infracción de los derechos de la personalidad en Internet no se determina con arreglo al Reglamento «Roma II», sino con arreglo al artículo 10.9.I del Código Civil.

XIV. REFLEXIÓN FINAL

107. El Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II»), incorpora un *set* de normas de

conflicto generales que contentará a todos los expertos en el Derecho Internacional Privado: normas de conflicto rígidas, normas de conflicto flexibles, normas inspiradas en criterios tomados del *Law and Economics*, normas internacionalmente imperativas, normas inspiradas en la *Conflict-Of-Laws Revolution* norteamericana, normas herencia de la Estatutaria medieval italiana... El Reglamento «Roma II» es un *perpetuum mobile* de ideas antiguas y nuevas. El legislador comunitario no ha tratado con ello de confundir a tribunales y de aviviar el fuego de los debates doctrinales, sino de proporcionar las reglas que permitan precisar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales de modo tal que se eliminen los obstáculos a la libre circulación de personas y agentes económicos en la UE. Porque el Derecho Internacional Privado es el elemento más eficaz para mantener la diversidad de Derechos Privados en la UE, sin que ello suponga freno a la libre circulación de personas y de factores productivos en el mercado comunitario. El Reglamento «Roma II» no permite decir adiós para siempre al artículo 10.9 del Código Civil, pero sí lo reduce a unos supuestos marginales. Tras el 11 de enero de 2009, la Ley aplicable a la mayor parte de los supuestos relativos a las obligaciones extracontractuales se concretará con arreglo a las normas de conflicto que recoge el Reglamento «Roma II». La riqueza de desarrollos y de ideas creativas que se contienen en las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» contribuirá a que, tras la primera impresión de su primera lectura, aparezcan durante la reflexión de los especialistas y de los tribunales en su aplicación práctica. Porque, como dejó escrito el gran Cicerón, *Posterioribus enim cogitationes, tu aiunt, sapientiores solet esse*: normalmente son más sabios los pensamientos que aparecen en un segundo momento (Cicerón, *Filípicas*).

RESUMEN

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

El Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Reglamento Roma II») constituye un elemento de singular relevancia para el Derecho Internacional Privado español en estos primeros años del siglo XXI. Dicho instrumento legal introduce una serie de reglas generales para la determinación de la Ley reguladora de las

ABSTRACT

EXTRACONTRACTUAL OBLIGATIONS

The Council Regulation (EC) 864/2007 of 11th July de 2007 on the Law applicable to non-contractual obligations («Rome II») represents one of the most relevant legal instruments for current Spanish Private International Law in the first years of the XXst Century. This Council Regulation Rome II introduces a set of general conflict-Of-Laws rules to specify the Law applicable to non-contractual obligations. Those Conflict-Of-Laws rules combine, in equal proportio-

obligaciones extracontractuales. Tales reglas combinan, en su justa proporción, la flexibilidad anglosajona y la rigidez continental de las normas de conflicto. El Reglamento «Roma II» constituye, igualmente, la punta de lanza del Derecho Internacional Privado comunitario en el sector del Derecho aplicable.

ns, the anglosaxon flexibility and continental legal certainty. This Council Regulation Rome II is, also, the forefront of a completely new European Private International Law which aim is to avoid Forum Shopping and to enhance free movement of individuals within the UE.

(Trabajo recibido el 18-04-08 y aceptado para su publicación el 26-01-09)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 26-11-2008
(*BOE* 8-1-2009)
Registro de la Propiedad de Archena.

PACTO COMISORIO PROHIBIDO. OPCIÓN DE COMPRA.

La constitución de un derecho de opción a favor del acreedor con quien el concedente reconoce tener una deuda, y vinculado en su existencia a la referida obligación, supone una vulneración de la prohibición de pacto comisorio recogida en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil.

Resolución de 27-11-2008
(*BOE* 8-1-2009)
Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. SEGREGACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Aunque resulta conveniente la expresión detallada de todos los datos descriptivos de la finca, incluidos los datos registrales, no constituye defecto si dicha finca puede ser identificada por el Registrador. Sí resulta imprescindible la determinación de la superficie de la finca segregada. Asimismo, aún tratándose de una escritura otorgada como ejecución de una resolución judicial, es necesario obtener licencia o declaración de innecesariedad para la segregación.

Resolución de 28-11-2008

(BOE 8-1-2009)

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Practicada una anotación preventiva de prohibición de disponer como consecuencia de un expediente de disciplina urbanística, no pueden inscribirse las transmisiones de participaciones indivisas de la finca, aunque se hayan realizado con anterioridad a la fecha de la anotación.

Resoluciones de 1, 2, 3, 4, 5 y 9-12-2008

(BOE 8 y 14-1-2009)

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1

COMPRAVENTA: PRECIO. ASUNCIÓN DE DEUDA.

A los efectos de lo establecido en el artículo 10 de la LH, es correcto pactar que tanto el precio como el importe del IVA los abona el comprador por el sistema de retener esas cantidades como compensación por la subrogación en el préstamo hipotecario que grava la finca.

Resolución de 1-12-2008

(BOE 8-1-2009)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

Una vez inscrito un proyecto de reparcelación urbanística, no es posible inscribir rectificaciones sustanciales que afectan a las superficies y cargas de las fincas resultantes, sin el consentimiento de los titulares registrales de las mismas. Las cargas de dichas fincas resultantes han de quedar suficientemente determinadas, sin que puedan resultar gravadas las que se adjudican al Ayuntamiento en pago del 10 por 100 que le corresponde legalmente. La modificación de un Plan Parcial o de un Estudio de Detalle han de ser debidamente publicadas en un Diario Oficial, siendo tal extremo susceptible de calificación registral.

Resoluciones de 9, 10, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 y 22-12-2008

(BOE 14, 23, 24 y 26-1-2009)

Registros de la Propiedad de Torrente, número 1;

Massamagrell, Orgaz, Chiva, Valladolid, número 5 y 6;

Vinarós y Valencia, número 16

OBRA NUEVA. LIBRO DEL EDIFICIO. LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.

Tratándose de la declaración de obra nueva hecha por el autopromotor para uso propio de una vivienda, no es exigible el Libro del Edificio, pensado para garantía de compradores usuarios finales de las viviendas. La licencia de primera ocupación no viene exigida por ninguna norma jurídica.

Resolución de 11-12-2008

(BOE 26-1-2009)

Registro de la Propiedad de Cerdanyola del Vallés, número 1

HIPOTECA UNILATERAL: NOVACIÓN. PRIORIDAD REGISTRAL: RANGO HIPOTECARIO.

Para que una ampliación de hipoteca se realice manteniendo el rango hipotecario, es imprescindible el consentimiento expreso del titular de una hipoteca intermedia, aunque éste sea el mismo acreedor que el de la hipoteca ampliada. No cabe deducir dicho consentimiento de la aceptación de la novación de la primera hipoteca. En todo caso, las cantidades ampliadas habrán de distribuirse entre todas las fincas hipotecadas.

Resolución de 11-12-2008

(BOE 7-2-2009)

Registro de Badajoz, número 3

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No es posible la cancelación de las cargas posteriores a una anotación de embargo en virtud de lo ordenado en el correspondiente mandamiento, si cuando se presentan dicho mandamiento y el auto de adjudicación ya había caducado la referida anotación, aunque aún no se hubiera practicado formalmente su cancelación. La caducidad opera automáticamente y frente a ella no cabe alegar los efectos del principio de legitimación, en tanto el mismo no favorece al anotante.

Resolución de 12-12-2008

(BOE 26-1-2009)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL ALEMÁN.

Figurando inscrita la finca a nombre de una señora casada en régimen de participación del Derecho alemán, no es posible anotar el embargo trabado en procedimiento seguido contra su marido.

Resolución de 16-12-2008

(BOE 26-1-2009)

Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz

EXCESO DE CABIDA: DUDAS DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Tratándose de la inscripción de un exceso de cabida sobre la base de una certificación catastral, puede el Registrador denegarlo al tener dudas respecto de la identidad de la finca, dada la magnitud del exceso, así como los cambios de linderos al efecto de la acomodación a los datos catastrales.

Resolución de 16-12-2008

(BOE 24-1-2009)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es posible inscribir una venta de una de las fincas de la propiedad horizontal, una vez que su descripción ha quedado modificada por otro título rectificatorio de la división horizontal que ha accedido al Registro con anterioridad.

Resolución de 23-12-2008

(BOE 26-1-2009)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 12

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. DOCUMENTO PRIVADO. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Una vez practicada una inscripción, no cabe rectificarla a petición del que ya no es titular registral. Tampoco cabe discutir en el recurso gubernativo respecto a la procedencia de asientos ya practicados. El documento privado no es susceptible de provocar ningún asiento registral, ni siquiera el de presentación.

Resolución de 23-12-2008

(BOE 26-1-2009)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE APREMIO TRAMITADO POR UN AYUNTAMIENTO EN EL QUE SE ORDENA EL EMBARGO DE BIENES RADICANTES EN OTRO MUNICIPIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: COMPETENCIA DEL ÓRGANO.

Con arreglo al artículo 8 de la Ley de Haciendas Locales, carece un Ayuntamiento de competencia para realizar actuaciones de recaudación ejecutiva respecto de bienes radicantes en otros municipios. En consecuencia no cabe anotar el embargo trabado en expediente administrativo seguido por un Ayuntamiento sobre una finca ubicada en otro término municipal, siendo este extremo —competencia del órgano administrativo que expide el documento— de aquellos a los que se extiende la calificación registral de los documentos administrativos.

Resolución de 7-1-2009

(BOE 7-2-2009)

Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO RESPECTO A REQUISITOS ADMINISTRATIVOS.

El cumplimiento de requisitos establecidos por la normativa administrativa andaluza, en relación con el sector turístico, no puede afectar a la inscripción, a menos que expresamente se fije el cierre registral como efecto de su incumplimiento.

Resoluciones de 8, 9, 10, 12, 13, 14, 21-1-2009

(BOE 7, 11, 24-2-2009)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10;

Izanalloz, Vélez-Málaga, número 3; Vinarós, León, número 2;

Vilanova i la Geltrú, Ponferrada, número 2

OBRA NUEVA. LIBRO DEL EDIFICIO. LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.

Tratándose de la declaración de obra nueva hecha por el autopromotor para uso propio de una vivienda, no es exigible el Libro del Edificio, pensado para garantía de compradores usuarios finales de las viviendas. La licencia de primera ocupación no viene exigida por ninguna norma jurídica.

Resolución de 15-1-2009

(BOE 7-2-2009)

Registro de la Propiedad de Olivenza

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES: COMPETENCIA DEL JUEZ. NOTA DE CALIFICACIÓN: NOTIFICACIÓN.

Si no consta haberse notificado fehacientemente la calificación negativa, no comienzan a contarse los plazos para la interposición del recurso. La competencia territorial del juez, en el caso de un expediente de dominio, al estar determinada con carácter imperativo por la ley, constituye uno de los extremos que entran dentro del ámbito de la calificación registral.

Resolución de 15-1-2009

(BOE 11-2-2009)

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4

SEGREGACIÓN: LICENCIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

La aplicación conjunta de la normativa administrativa e hipotecaria lleva al Centro Directivo a considerar que, transcurrido el plazo legal para que opere el silencio positivo (contado desde la fecha de presentación de la soli-

cidad de licencia), podrá inscribirse la segregación, siempre que el interesado manifieste en el documento público que no ha recibido resolución desestimatoria de parte de la administración.

Resolución de 16-1-2009

(BOE 11-2-2009)

Registro de la Propiedad de Casas Ibáñez

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

Considerando la especial naturaleza de la comunidad patrimonial existente en el periodo que media entre la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales, parece evidente que no es posible anotar el embargo de una mitad indivisa en un proceso dirigido contra uno sólo de los excónyuges.

Resolución de 22-1-2009

(BOE 24-2-2009)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE EXCESO DE CABIDA. CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Admite la Dirección General que pueda inscribirse un expediente de dominio sobre exceso de cabida referido a un elemento privativo de una propiedad horizontal si el mismo queda suficientemente identificado y no se afecta a elementos comunes. Por otro lado, señala que también en los expedientes de dominio para la inscripción de excesos de cabida que superen la quinta parte, será preciso aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica.

Resolución de 29-1-2009

(BOE 24-2-2009)

Registro de la Propiedad de Totana

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS. RESOLUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Como cuestiones previas se aclara que en el documento presentado ha de expresarse los datos de identificación de la finca afectada, aunque no hay necesidad de indicar el concreto asiento que ha de ser practicado. En cuanto a la cuestión de fondo se confirma que tratándose de un contrato administrativo especial, y siendo claramente jurídico-administrativas las cláusulas determinantes de la resolución del derecho de superficie, es suficiente a los efectos de la inscripción de dicha resolución contractual la certificación administrativa de la resolución que ponga fin a la vía administrativa.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 5-12-2008
(BOE 12-1-2009)
Registro Mercantil de Cádiz

CUENTAS ANUALES. CALIFICACIÓN.

La calificación se efectúa a la vista de los documentos presentados, de los que se desprende que la sociedad debe presentar balance ordinario, informe de auditoría y de gestión, conforme al artículo 181 de la LSA. Si como alega el recurrente se produjo un error en la documentación al consignar el número de trabajadores, lo procedente es subsanar los documentos y volver a presentarlos en el Registro Mercantil para ser nuevamente calificados.

Resolución de 10-12-2008
(BOE 14-1-2009)
Registro Mercantil de Santander

CUENTAS ANUALES. CALIFICACIÓN. CAPITAL SOCIAL. DENOMINACIÓN. OBJETO.

El Registrador debe calificar los documentos presentados a depósito por lo que resulte de ellos y del Registro. No puede efectuarse el depósito si el capital social que figura en el balance no coincide con el inscrito.

Por el mismo motivo, no cabe señalar en la memoria que la sociedad es profesional y por tanto con denominación y objeto distintos de los inscritos. Para la existencia de la sociedad profesional se requiere, además de escritura pública, inscripción en el Registro Mercantil y la modificación de denominación y objeto deben cumplir los requisitos de los artículos 71 y siguientes de la LSRL.

Las cuentas depositadas sirven para reflejar la publicidad formal registral y que coincidan con la extrarregistral. Si ello no es así es porque la sociedad no ha llevado al Registro la documentación necesaria para ello, para su calificación e inscripción.

Resolución de 17-1-2009
(BOE 24-2-2009)
Registro Mercantil de Barcelona, número VII

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO. ESTATUTOS. MAYORÍA PARA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.

La prestación de servicios profesionales relacionados con el asesoramiento laboral y de seguridad social no es una actividad exclusiva de los Graduados

Sociales, sino que puede ser también realizada por otros profesionales como los Abogados.

En las sociedades profesionales multidisciplinares deben existir socios profesionales respecto de cada una de las actividades constitutivas del objeto social.

La previsión estatutaria de que cada socio tiene derecho a un voto y que la Asamblea de socios resolverá por mayoría de socios, establece un sistema de adopción de acuerdos por el sistema exclusivamente «viril» o «por cabezas» que no se ajusta al régimen legal, puesto que éste determina que los estatutos puedan acentuar el grado de personalización de la sociedad, exigiendo el voto favorable de un determinado número de socios, pero sólo como complemento al principio de adopción de acuerdos por la mayoría del capital.

Resolución de 28-1-2009

(BOE 24-2-2009)

Registro Mercantil de Barcelona

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO. SOCIEDAD ANTERIOR A LA LEY 2/2007. DENOMINACIÓN.

Presentada escritura de cambio de domicilio, la Registradora declara cerrada la hoja social por transcurso del plazo establecido en la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley 2/2007, al apreciar que las actividades contenidas en el objeto social son profesionales, sin que de los estatutos resulte indicio que permita calificar a la sociedad como de medios.

La Dirección estima que en los supuestos en que la definición estatutaria del objeto se muestre insuficientemente expresiva sobre el carácter profesional de una sociedad, dicho carácter no puede presumirse, sin perjuicio de que entre en juego el apartado 1 de la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 2/2007. No puede descartarse que la actividad sea la de una sociedad de intermediación, máxime si se tiene en cuenta que su inscripción en el Registro Mercantil se permitía en su día por entender que la prestación de los servicios profesionales no era realizada directamente por la sociedad sino a través de profesionales titulados.

La inclusión en la denominación social de la expresión «Abogados» hace referencia, no a una sociedad que ejerza directamente la profesión de Abogado, sino al ejercicio de una actividad por Abogados bajo forma societaria sin constituirse en sociedad profesional. Por otra parte, la Ley 2/2007 no establece una reserva de las denominaciones alusivas a una profesión a favor de las sociedades profesionales.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA INTEGRACIÓN ESPAÑOLA COMO CAUSA DE OTORGAMIENTO O DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA: EL SUPUESTO DE LA POLIGAMIA

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos:

- unos de *carácter definido*, como la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, según los casos;
- y otros configurados como *conceptos jurídicos indeterminados*, bien de carácter positivo, como la justificación de buena conducta cívica y el *suficiente grado de integración en la sociedad española*, o bien de carácter negativo, como los motivos de orden público o interés nacional.

Los primeros no plantean problemas para su apreciación.

En cuanto a los segundos, por su propia naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso, cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente revisable, sin que quepan soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa.

Hoy vamos a analizar el concepto jurídico de suficiencia de grado de la integración en la sociedad española, referida al supuesto de la *poligamia*.

II. CONCEPTO INDETERMINADO CONCRETADO JURISPRUDENCIALMENTE

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de que la integración en la sociedad supone «la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos» (1).

La nacionalidad española concede un *status* y unos derechos superiores a los derivados de la mera residencia legal en España, y por ello se establece en nuestro ordenamiento jurídico la exigencia de un grado de adaptación superior para los peticionarios de nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes, en cuanto aquéllos pretenden su total equiparación, política y jurídica, a los ciudadanos españoles, lo que sería incongruente con una residencia que, al margen de su duración, se desarrollase con desconocimiento de la forma de vida, costumbres y valores que conforman nuestra sociedad.

Consecuentemente, la mera residencia en España durante un largo período de tiempo tan sólo justifica el cumplimiento de uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la nacionalidad española —residencia legal y continuada— pero resulta por sí misma insuficiente, si no va acompañada de una integración real y efectiva en las costumbres y forma de vida españolas (2).

La *integración social*, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, implica la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen reflejo constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de justificarse por el interesado, o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo.

III. ACREDITACIÓN DE UN GRADO DE INTEGRACIÓN EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA SUFICIENTE

Si el sujeto viene residiendo legalmente en España desde más de diez años, contando además con un permiso de residencia permanente; carece de antecedentes penales en su país de origen y en España; y desarrolla una actividad laboral por cuenta ajena con contrato indefinido, siendo propietario de la vivienda en la que habita. Se demuestra que habla correctamente el castellano, como puede constar, por ejemplo, en el acta de audiencia personal ante el Juez Encargado del Registro Civil. La autoridad judicial informará favorablemente para la concesión de nacionalidad.

El argumento contrario a esta tesis podría basarse en (3) una posible infracción del artículo 22.4 del Código Civil por que dicho precepto legal exige

(1) Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, sentencia de 10 de junio de 2008, recurso 168/2006. Ponente: TERRERO CHACÓN, José Luis. Número de recurso: 168/2006. LA LEY 89541/2008.

(2) Vid. STS Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, sentencia de 11 de octubre de 2005, recurso 4411/2002. Ponente: LECUMBERRI MARTÍ, Enrique. Número de recurso: 4411/2002. LA LEY 10257/2006.

(3) Como hizo el recurrente, polígamo en el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 19 de junio de 2008 (rec. 6358/2002. Ponente: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis Marfá. Número de

acreditar que el grado de integración en la sociedad española debe ser «suficiente», pero no necesariamente «total».

Por ejemplo, se puede sostener que su grado de integración es suficiente, pues lleva «una residencia legal y continuada durante más de diez años, con un trabajo estable, con unas relaciones sociales absolutamente normales», y que «el hecho de estar casado con dos mujeres no implica que sea una situación contraria a la legislación española, puesto que según dispone el artículo 9.2 del Código Civil la ley aplicable a ambos matrimonios es la ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración, en este supuesto la ley de Senegal que permite el matrimonio hasta con cuatro mujeres».

IV. LA CUESTIÓN DE LA POLIGAMIA

Se cita en la STS de 19 de junio de 2008, la STS de 14 de julio de 2004 donde se sostuvo que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del «suficiente grado de integración en la sociedad española» del artículo 22.4 del Código Civil, ya que no es lo mismo residir en España —algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese— que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas.

No cabe acreditar que el grado de integración requerido es «suficiente» —no «total»— y que el hecho de estar casado con dos mujeres no le ha impedido el arraigo laboral y social en España. Y es verdad, asimismo, que quizá no sea suficiente decir, como prudentemente hizo la resolución administrativa recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil. No toda situación personal, extraña al ordenamiento jurídico español, implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Dicho esto, la solución debe ser ahora la misma que la adoptada por la citada STS de 14 de julio de 2004 y, en el fondo, por la misma razón: *la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC).*

Entendido el *orden público* como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos.

Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). *Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española».*

Cuestión distinta es la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de junio de 2008, donde se expone que la recurrente se casó en su país de origen, Senegal, en régimen de poligamia,

recurso: 6358/2002. Diario «La Ley», núm. 7052, Sección Jurisprudencia, 10 de noviembre de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 74165/2008).

pero con independencia del régimen formal *al que se sujetara el matrimonio de la recurrente, durante su permanencia en España ha mantenido una situación matrimonial conforme al estándar medio de nuestro país, conviviendo en régimen de monogamia con su marido y habiendo tenido dos hijos de nacionalidad española, lo que denota su integración en nuestra sociedad.*

Por otro lado, en comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil, la recurrente manifestó que se había casado en régimen de poligamia porque resultaba obligatorio en su país, pero que estaba dispuesta a constituir un matrimonio monógamo (4).

En definitiva, la poligamia supone un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica.

Y todo ello con independencia de que el Código Civil, a efectos de resolver los conflictos de leyes, establezca que el estado civil de las personas se rige por su ley personal y que ésta viene determinada por su nacionalidad, lo que no equivale a dar por bueno el contenido de todas las legislaciones nacionales sobre el estado civil existentes en el mundo (5).

RESUMEN

NACIONALIDAD Y POLIGAMIA

La poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC). Es

ABSTRACT

NATIONALITY AND POLYGAMY

Polygamy is not just contrary to Spanish legislation. It is repugnant to Spain's public order, and the public order always constitutes an insurmountable constraint on the efficacy of foreign law (Civil Code, art. 12.3). It

(4) Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, sentencia de 10 de junio de 2008, recurso 168/2006. Ponente: TERRERO CHACÓN, José Luis. Número de recurso: 168/2006. LA LEY 89541/2008. La aceptación formal de una situación de poligamia al tiempo de contraer matrimonio en el país de origen, probablemente condicionada por las presiones familiares, religiosas y sociales de aquel país, no puede obstar el reconocimiento de la integración efectiva en la sociedad española, máxime cuando durante su permanencia en España ha mantenido una situación matrimonial de monogamia con su marido, alegando ante el juez del Registro Civil que estaba dispuesta a constituir un matrimonio monógamo.

(5) Por lo que se refiere a la invocación del artículo 9.2 del Código Civil hecha por el recurrente, es irrelevante. Que el Código Civil, a efectos de resolver los conflictos de leyes, establezca que el estado civil de las personas se rige por su ley personal y que ésta viene determinada por su nacionalidad no equivale a dar por bueno el contenido de todas las legislaciones nacionales sobre el estado civil existentes en el mundo. Ciertamente, las autoridades administrativas y judiciales españolas están obligadas por el artículo 9.2 del Código Civil a considerar que el estado civil de cada persona es el regulado en la legislación del país del que dicha persona es nacional; pero ello en nada obsta a que esas mismas autoridades deban aplicar las normas jurídicas españolas, entre las que se halla el artículo 22.4 del Código Civil, con rigurosa observancia del orden público español. En otras palabras, la llamada a la correspondiente legislación nacional para regular el estado civil de las personas no puede servir de pretexto para soslayar el orden público español, que incluye, sin duda, la prohibición de la poligamia.

perfectamente ajustado a derecho que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española».

is perfectly lawful for the Spanish authorities to regard someone whose marital status constitutes an attack on the public order in Spain not to have accredited «a sufficient degree of integration into Spanish society».

2. Derecho de familia

ALTERACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS PROGENITORES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de visitas tiene como finalidad facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad.

Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, y por ello es recomendable, en principio siempre, que se ejerza con generosidad, adaptándose a las necesidades de los hijos, con la mira puesta en su beneficio.

El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores.

Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, sólo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo.

La separación de los padres no debe suponer nunca un alejamiento de uno de sus progenitores, sino que deben adoptarse las medidas precisas para que pueda tener análogo grado de relación con ambos progenitores, procurando la misma participación de los dos en todas las actividades y circunstancias de la

vida del hijo común, de tal manera que aunque los padres estén separados, el hijo tenga conciencia de que su relación con ambos es igual, que ambos le cuidan y atienden, que participan en la misma medida en su educación, formación, desarrollo y bienestar, que le dan análoga afectividad y que, no obstante la separación matrimonial, los vínculos paterno-filiales con ambos progenitores son similares.

En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, y no ponerle trabas innecesarias, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones horarias, manteniendo la relación durante las veinticuatro horas de los días que se establezca que hijo y padre no custodio estén juntos.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de julio de 2002, concretó que «el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resulten difíciles de recuperar» (1).

Los artículos 90, párrafo 3.º, y 91 inciso final del Código Civil, establecen la posibilidad de que, a solicitud de los cónyuges o del Ministerio Fiscal habiendo hijos menores o incapacitados, se modifique el convenio regulador judicialmente aprobado en la sentencia de separación o divorcio, así como las medidas judiciales acordadas en defecto de convenio de los cónyuges, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar la propuesta de convenio presentada por los cónyuges, o, en su caso, al adoptar judicialmente las medidas en defecto de acuerdo de los esposos.

II. MODIFICACIÓN DEL REGIMEN DE VISITAS. SUS REQUISITOS

El régimen de visitas se recoge en el convenio regulador pactado por las partes o, a falta de acuerdo, en la sentencia de separación.

El requisito necesario para que prospere una modificación de las medidas establecidas en el convenio regulador es:

- La concurrencia de una *alteración de las circunstancias* tenidas en cuenta por los esposos o por la autoridad judicial para la fijación de dichas medidas en defecto de acuerdo de los cónyuges.

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 9 de julio de 2002, recurso 482/1997. Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso. Número de sentencia: 720/2002. Número de recurso: 82/1997. LA LEY 306/2003. La despreocupación y alejamiento temporal, al menos externo y formal, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad, ya que tampoco estamos ante un supuesto de desamparo total al menor (sentencias de 5 de octubre de 1987 y 11 de octubre de 1991), razones todas suficientes para el rechazo del motivo.

También se exige que concurren ciertos requisitos en la señalada «alteración de las circunstancias» que:

- Deberá ser *sustancial* y no afectar únicamente a las circunstancias accidentales o de poca entidad (2).
- Deberá ser *objetiva y sustancial* de las circunstancias relativas a la fortuna de uno u otro cónyuge o a las necesidades de los hijos, que suponga la aparición de hechos o *situaciones nuevas* y de algún modo *imprevistas*, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias o habituales (3).
- Deberán revestir cierto grado de *permanencia en el tiempo*.
- Deberá resultar debidamente *acreditada por la parte que la hace valer* para obtener la modificación de las medidas acordadas judicialmente, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC de 2000) (4) y ser acontecimientos *ajenos a la voluntad del cónyuge* en el instante de la modificación (5).

(2) Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, sentencia de 31 de julio de 2006, recurso 167/2006. Ponente: PUEBLA POVEDANO, Antonio. Número de sentencia: 202/2006. Número de recurso: 167/2006. LA LEY 249445/2006. Medidas acordadas mediante convenio aprobado en anterior proceso de separación matrimonial. Las medidas adoptadas fueron en su día objeto de convenio regulador y por tanto libremente pactadas y aceptadas por los cónyuges litigantes, por lo que quedan sujetos a las normas generales que consagran la obligatoriedad de los contratos, de modo que sólo pueden modificarse o alterarse por alteraciones *sustanciales de las circunstancias que existían al tiempo de celebrar el contrato*, debiendo añadirse que esa obligatoriedad no sólo procede del contrato sino de la sentencia que aprobó el convenio regulador.

(3) Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, sentencia de 31 de julio de 2006, recurso 601/2005. Ponente: CONDE NÚÑEZ, Manuel. Número de sentencia: 308/2006. Número de recurso: 601/2005. LA LEY 245440/2006. La modificación de las medidas o efectos secundarios de carácter económico, consecuentes a la separación conyugal o al divorcio, acordados en la sentencia correspondiente, únicamente puede tener lugar cuando, por causas ajenas a la voluntad del solicitante, se produzca una *alteración objetiva y sustancial de las circunstancias relativas a la fortuna de uno u otro cónyuge o a las necesidades de los hijos, que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias o habituales*.

(4) Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, sentencia de 8 de marzo de 2007, recurso 1044/2006. Ponente: DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA, José Enrique. Número de sentencia: 154/2007. Número de recurso: 1044/2006. LA LEY 139641/2007. «FJ 2: debe, asimismo, recordarse que, en estos procedimientos, muy especialmente rige la carga de la prueba según la cual todo hecho trascendente en derecho que se quiera hacer valer ante los Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o, por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, en virtud del principio *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza».

(5) La SAP de Álava, dictada el 30 de noviembre de 2005, establece al respecto que «...el actor deberá justificar: que se trate de *hechos de nueva consideración*, surgidos

- Deberán ser hechos nuevos, *surgidos tras el acuerdo judicial* (6).
- La parte que desea la modificación o alteración del régimen puede alegar como causa directa el *empeoramiento de la situación* (7).
- No procede dejar sometido únicamente a la voluntad de los hijos (8) el ejercicio de este derecho (9).
- Ni tampoco dejarlo al *libre albedrío de una de las partes* (10).

después de la sentencia; que supongan una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de adoptar los efectos; que la alteración revista cierto grado de permanencia en el tiempo; y, que se trate de acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge instante de la modificación.

(6) Vid. SAP de Álava, dictada el 30 de noviembre de 2005.

(7) Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, sentencia de 7 de marzo de 2007, recurso 140/2007. Ponente: CALVET BOTELLA, Julio. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 140/2007. LA LEY 333612/2007.

(8) La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, sentencia de 24 de noviembre de 2006, recurso 459/2006 (Ponente: GARCÍA DE YZAGUIRRE, Mónica. Número de sentencia: 489/2006. Número de recurso: 459/2006. LA LEY 212070/2006) señala que no existe ningún interés acreditado de las menores que justifique la alteración del régimen de visitas, *no procediendo el establecimiento de un régimen flexible supeditado a la voluntad de las hijas, en la medida que éstas se encuentran lejos todavía de la mayoría de edad*.

FJ 3.º: «La flexibilidad existe desde el momento en que el régimen de visitas que establece la sentencia de instancia es aplicable en defecto de mutuo acuerdo de los progenitores, quienes podrán en todo momento flexibilizar con el consentimiento de ambos y adaptar a las circunstancias cotidianas y concretas el régimen judicial, teniendo en cuenta, si así lo estiman oportuno, la opinión de las hijas.

Pero no resulta adecuado supeditar la relación del padre con las hijas a la voluntad libérrima de éstas, pues no olvidemos que no tienen diecisiete años ni tampoco una edad próxima a la mayoría de edad, y, además, la relación con el padre ha sido correcta y continuada, pues pese a la separación de hecho de sus padres que dura ya diez años, han visto a su padre todos los días».

(9) Audiencia Provincial de Zamora, sentencia de 19 de octubre de 2007, recurso 210/2007. Ponente: BRUALLA SANTOS-FUNCIA, Luis. Número de sentencia: 214/2007. Número de recurso: 210/2007. LA LEY 273285/2007.

No procede dejar sometido únicamente a la voluntad de los hijos el ejercicio de este derecho, que es, a la vez, una obligación para los progenitores, por lo que se establece a favor de la madre un régimen de visitas más amplio, en orden a conseguir la mejor estabilidad y equilibrio de los menores, eliminándose exclusivamente el derecho de visitas los días intermedios de la semana a la salida del colegio. La madre tiene la obligación de comunicar al otro progenitor o a los hijos cualquier alteración que haya de sufrir su ejercicio por imposibilidad o dificultad de llevarlo a cabo.

(10) Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, sentencia de 10 de octubre de 2007, recurso 379/2007. Ponente: GUERRERO ROMEO, María Mercedes. Número de sentencia: 277/2007. Número de recurso: 379/2007. LA LEY 232628/2007. *No podemos dejar algo tan importante como es el régimen de visitas al libre albedrío de una de las partes que lo que pretende es que no se fije un fin de semana en concreto*. Además, determinar con antelación el fin de semana que corresponden las visitas beneficia no sólo al padre que puede así organizar su trabajo, sino también al menor en sus tareas actividades escolares y extraescolares, e incluso a la madre. Respecto de las vacaciones escolares, debe concluirse que el régimen establecido favorece al padre, toda vez que, si bien la madre no trabaja, también tiene derecho a conciliar su vida familiar con el régimen de visitas de su hijo, máxime teniendo en cuenta que tiene una nueva pareja y otra hija.

- Cuando exista conflictividad entre los progenitores y se ha acordado judicialmente el régimen de visitas, *no podrá modificarse de común acuerdo por los progenitores* (11).
- Y siempre *beneficiosa* para los hijos (12).

III. MODALIDADES DE MODIFICACIÓN

La modificación puede ser de distinta índole, puede referirse a una ampliación del régimen de visitas de un progenitor en el tiempo (13), o a la eli-

(11) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 12 de marzo de 2008, recurso 729/2007. Ponente: VIÑAS MAESTRE, María Dolores. Número de sentencia: 175/2008. Número de recurso: 729/2007. LA LEY 56213/2008. Fijación del régimen denominado ordinario a favor del progenitor no custodio, sin que sea procedente la prohibición de que los progenitores puedan de común acuerdo alterarlo, al tener carácter subsidiario el régimen de visitas fijado judicialmente, pues si bien la conflictividad existente entre ambos progenitores es causa para su determinación, a fin de evitar que la voluntad de uno de los padres se imponga sobre el otro, no obsta a la asunción de acuerdos por los mismos.

(12) Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, sentencia de 24 de octubre de 2000, recurso 390/1999. Ponente: TINTORE LOSCOS, Fernando. Número de sentencia: 510/2000. Número de recurso: 390/1999. LA LEY 191153/2000. La modalidad de régimen de visitas establecido en el convenio regulador aprobado en la sentencia de separación y ratificado en la de divorcio no se considera *beneficiosa para las hijas*, porque otorga a dicho régimen una amplitud excesiva, que se compadece mal con la fijación concreta de tales visitas que exige la estabilidad de la relación paterno-filial en perjuicio de las hijas. Estas pueden ver alterado, en el momento más inesperado, su normal y cotidiano modo de vida y también de la madre, que no tiene por qué estar obligada a tenerlas continuamente en casa por sí a su padre, cuando lo estime conveniente, se le ocurre ir a visitarlas.

(13) Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, sentencia de 21 de febrero de 2008, recurso 519/2007. Ponente: GUERRERO ROMEO, María Mercedes. Número de sentencia: 58/2008. Número de recurso: 519/2007. Diario «La Ley», número 7079, Sección Reseña de Jurisprudencia, 18 de diciembre de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 39259/2008. Lo que se solicita en este procedimiento es la *ampliación del horario de visitas los fines de semana, desde la tarde del viernes a la salida del centro escolar hasta las veinte horas del domingo, y esto en fines de semana alternos*. Sólo se está pidiendo las visitas que corresponden a cualquier padre que vive separado de su cónyuge y que no tiene la guarda y custodia, entendiéndose que en este caso están justificadas por la asistencia permanente que requiere el hijo y el trabajo continuo para la persona que le cuida, no sería justo eximir al padre de esta obligación sólo porque tiene una ocupación que no es su trabajo habitual ni depende de ello para vivir, al progenitor este trabajo le supone una remuneración extra, por lo que no puede ser un obstáculo para no hacerse cargo del hijo mayor. La madre necesita descansar al menos dos fines de semana al mes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 13 de diciembre de 2007, recurso 650/2007. Ponente: JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN, Juan Miguel. Número de sentencia: 764/2007. Número de recurso: 650/2007. LA LEY 283048/2007. *Ampliación del régimen de visitas a favor del padre en cuanto a «puentes» y mitad de vacaciones escolares en atención al fomento de las correctas relaciones entre el padre y sus hijos.*

minación de visitas intersemanales a la salida del colegio (14), o la suspensión durante un periodo de tiempo de las mismas (15).

También la modificación puede referirse respecto a uno de los hijos con necesidades especiales (una ampliación en el régimen de visitas del padre hacia uno de los hijos que es discapacitado) (16).

Por otro lado, si las condiciones personales y patrimoniales de los cónyuges se modifican cualitativamente con una entidad permanente y estable, como puede ser el cambio de residencia originará, a su vez, una modificación en el régimen de visitas establecido (17).

En cuanto a la *forma* de las visitas no debemos olvidar que no puede impedirse a familiares próximos al menor la recogida o entrega del mismo (abuelos, tíos) (18).

(14) Audiencia Provincial de Zamora, sentencia de 19 de octubre de 2007. LA LEY 273285/2007. Se establece a favor de la madre un régimen de visitas más amplio, en orden a conseguir la mejor estabilidad y equilibrio de los menores, *eliminándose exclusivamente el derecho de visitas los días intermedios de la semana a la salida del colegio*.

(15) Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, sentencia de 17 de mayo de 2005, recurso 210/2005. Ponente: BOTE SAAVEDRA, Juan Francisco. Número de sentencia: 199/2005. Número de recurso: 210/2005. LA LEY 110389/2005. *El actor tiene suspendido el régimen de visitas, en virtud de resolución judicial, durante el tiempo que permanezca ingresado en un centro penitenciario*. En la actualidad sigue cumpliendo condena por lo que no se ha producido una alteración sustancial de circunstancias que sólo podrá darse cuando sea excarcelado y por los miembros del equipo psicosocial se observe un cambio sustancial en su conducta y modo de vida. La medida adoptada lo es en beneficio de los hijos.

Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4.^a, sentencia de 25 de septiembre de 2006, recurso 289/2006. Ponente: GELABERT FERRAGUT, Juana María. Número de sentencia: 391/2006. Número de recurso: 289/2006. LA LEY 135791/2006. Se admite el cambio en la situación económica del actor, debido a sus problemas con el alcohol y a la crisis de su empresa, estando en la actualidad jubilado. No existe prueba alguna que acredite que el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre venga motivado por una actuación obstaculizadora de la madre. *Debido al reiterado incumplimiento por parte del actor del régimen de visitas, se acuerda la suspensión del mismo, resultando lo más beneficioso para el menor*.

(16) Vid. Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, sentencia de 21 de febrero de 2008.

(17) Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.^a, sentencia de 12 de septiembre de 2001, recurso 311/2001. Ponente: SEJAS QUINTANA, José Antonio. Número de sentencia: 393/2001. Número de recurso: 311/2001. LA LEY 159482/2001. Para que se reconozca como sustancial una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para adoptar las medidas reguladoras de la crisis matrimonial, se precisa que las condiciones personales y patrimoniales de los cónyuges aparezcan modificadas cualitativa y cuantitativamente y que dichas modificaciones tengan una entidad permanente y estable. Estas circunstancias concurren en el presente caso, en el que *el hijo de los litigantes ha alterado su lugar de residencia, lo que tendrá como consecuencia una modificación en el régimen de visitas establecido*.

(18) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 18 de octubre de 2007, recurso 615/2006. Ponente: VIÑAS MAESTRE, María Dolores. Número de sentencia: 507/2007. Número de recurso: 615/2006. LA LEY 219828/2007. La segunda de las peticiones debe ser estimada por razones obvias, al no concurrir causa alguna que justifique impedir a familiares próximos al menor la recogida o entrega del mismo, considerando con carácter general *beneficioso para el niño la relación con la familia extensa de ambos progenitores*.

RESUMEN

REGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas de los progenitores se recoge en el convenio regulador pactado por las partes o, a falta de acuerdo, en la sentencia de separación. Dicho régimen puede modificarse siempre pensando en el beneficio de los hijos en caso de alteración de las circunstancias cuyos requisitos suelen ser sustanciales, objetivos que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, con un grado de permanencia en el tiempo, acreditada por la parte que la hace valer y consistir en acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge en el instante de la modificación. No procede dejar sometido únicamente a la voluntad de los hijos el ejercicio de este derecho, ni tampoco dejarlo al libre albedrío de una de las partes. Cuando exista conflictividad entre los progenitores y se ha acordado judicialmente el régimen de visitas, no podrá modificarse de común acuerdo por los progenitores.

ABSTRACT

VISITING RIGHTS

Parents' visiting rights are addressed in the regulating agreement set up by the parents upon separation or, if there is no regulating agreement, visiting rights are stipulated in the separation order. With the children's benefit foremost in mind, visiting rights can be changed, but only if there are changes in certain circumstances. These changes must be substantial and objective, must involve the appearance of new and somehow unforeseen facts or situations, must involve the appearance of new and somehow unforeseen facts or situations, must last over time, must be proved by the party petitioning for a change of visiting rights and must consist in events beyond the control of the petitioning spouse. It is not appropriate to leave the exercise of visiting rights subject solely to the children's wishes or the free will of either of the parties. When there is any conflict between the parents and the visiting rights have been declared by a judge, the parents cannot by themselves agree to any change in visiting rights.

1.3. Derechos reales

*LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE SERVIDUMBRES,
EN VIRTUD DEL DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE

Los modos de adquisición de las servidumbres los encontramos en la sección 2ª del título VII del Libro segundo del Código Civil, en los artículos 537-542.

En primer lugar, hay que distinguir las servidumbres que se establecen por la Ley, servidumbres legales, que, en algunos casos, son verdaderas limitaciones dominicales, de las servidumbres voluntarias que se establecen por un acto de voluntad del propietario. Estas últimas pueden constituirse por negocio jurídico, es decir, a través del título correspondiente (arts. 537 y 539 CC), en el que el propietario manifiesta su voluntad de gravar su finca con este derecho real, y también pueden adquirirse por prescripción adquisitiva, cuando transcurran veinte años si se trata de servidumbres continuas y aparentes (art. 537 CC) (1). Por último, si falta ese título constitutivo, y para las servidumbres que no puedan adquirirse por usucapión, podrá suplirse el título por una escritura de reconocimiento del sueño sirviente o sentencia firme (art. 540 CC).

Pero, además, el derecho de servidumbre tiene una peculiar forma de constitución, que es la constitución por signo aparente o destino del padre de familia. Merece la pena detenernos a examinar esta figura, pues tiene una naturaleza discutida, y sus requisitos se han ido delimitando jurisprudencialmente, adaptándose la ley a las circunstancias de hecho concretas que exigen nuevos perfiles.

II. LA CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE O DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA: FUNDAMENTO Y NATURALEZA

Dice el artículo 541 del Código Civil que: «La existencia de un signo aparente de servidumbres entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

Parece, entonces, que cuando existe un signo aparente de servidumbre entre dos fincas del mismo propietario, al venderse una de ellas, sin que se diga lo contrario, la servidumbre «latente» hasta ese momento, surge, o se manifiesta como vigente desde entonces. Varias son las cuestiones que se discuten en torno a esta peculiar forma de constitución de servidumbres.

(1) Existe una discusión doctrinal sobre si las únicas servidumbres que se pueden adquirir por usucapión son las continuas y aparentes. Parte de la doctrina considera que es así por el tenor literal de este artículo 537, y el hecho de que el artículo 539 del Código Civil insista en que las discontinuas y las no aparentes sólo se pueden adquirir en virtud de título. Sin embargo, LACRUZ BERDEJO y DIEZ PICAZO ponen en entredicho esta tesis, pues se puede interpretar que el artículo 537 del Código Civil se está refiriendo a la usucapión extraordinaria, que no requiere más que la posesión y el transcurso de ese especial plazo de veinte años; pero que sí que podrían adquirirse por usucapión ordinaria (justo título y buena fe) las servidumbres discontinuas y no aparentes, pues ellas siempre requieren título (art. 539 CC), y con el transcurso de diez años podrían llegar a adquirirse. Consideran que en este tipo de servidumbres sí se dan los requisitos de la posesión pública, pacífica, en concepto de dueño e ininterrumpida, porque aunque sean discontinuas, no impiden este requisito.

Véase, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 2.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 114-117; y DIEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, III*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 380-382.

En primer lugar, hay que señalar que «aparece» o se constituye de esta forma el derecho real de servidumbre, cuando se cumplen o se dan los presupuestos necesarios para la existencia de toda servidumbre: la existencia de dos fincas que ya se da incluso cuando la servidumbre está latente, y sobre todo, la ajenidad de fincas. En el momento que una de las fincas se enajena, es decir, pasa a ser propiedad de otra persona, se cumple el requisito de ajenidad, básico para la constitución de una servidumbre, pues de otro modo, nos encontraríamos con una servidumbre de propietario, rechazada en nuestro ordenamiento. Existe la necesidad legal de que los dos predios vinculados a una servidumbre predial pertenezcan a distinto dueño (arts. 530 CC y 546.1 CC), y la misma es reconocida por la jurisprudencia, entre otras en las sentencias STS de 26 de junio de 1980, 12 de julio de 1984, 7 de octubre de 1984, 3 de enero de 1992, 2 de febrero de 1996, rechazando de forma expresa las llamadas servidumbre de propietario en las SSTs de 12 de julio de 1984 y 3 de enero de 1992.

Sin embargo, y como recoge LUNA SERRANO (2), hay veces en las que «la realidad social plantea con frecuencia la conveniencia de que un mismo propietario quiera ordenar el conjunto de varias fincas a través de asegurar que cada una de ellas podrá gozar de ciertos servicios que podrán darle las otras», y para dar salida a estas necesidades se ha admitido «el recurso de constituir las servidumbres sobre dos fincas propias bajo condición suspensiva de que las mismas nazcan cuando un tercero adquiera alguna de las fincas registrales entre las que intercorre la servidumbre, ya que a partir de ese momento se recupera el presupuesto de la ajenidad, tal y como pone de manifiesto la STS de 21 de octubre de 1976». Se admite, por tanto, la posibilidad de constituir servidumbres bajo condición suspensiva de que se cumpla el requisito de que se establezca sobre fincas de distinto propietario, es decir, que nazcan efectivamente cuando una de las fincas se enajene a otra persona. En el mismo sentido, COBACHO GÓMEZ (3) afirma que el principio *naemis res sua servit iura servitudes*, característico en el derecho de servidumbre, y en cuya virtud es necesario que las fincas pertenezcan a distinto propietario pues, de otro modo, la propiedad ya incluiría la facultad o utilidad que la finca le proporciona, se pone en cuestión al existir situaciones en las que la servidumbre sobre cosa propia puede ser útil al propietario, como es el caso de las servidumbres impuestas sobre un fundo cuyo propietario es asimismo copropietario del fundo dominante. La utilidad económica se pone de manifiesto como fundamento de estas excepciones.

Estos supuestos son muy similares al que analizamos, sólo que en la servidumbre constituida por destino de padre de familia, ni siquiera es necesario hacer constar expresamente la condición suspensiva, sino que la servidumbre surge en cuanto se da el presupuesto de ajenidad. No se contradice, de este modo, la prohibición de servidumbre de propietario, porque la servidumbre no nace hasta la enajenación, pero sí podemos hablar de un estadio previo, de «servidumbre pendiente» o «latente pero aparente» que se materializa con la venta de una de las fincas. El fundamento de esta especial constitución,

(2) LUNA SERRANO, A., «Las servidumbres y el Registro de la Propiedad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, CER, Madrid, 2006, pág. 1075.

(3) COBACHO GÓMEZ, J. A., «Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el Derecho Civil catalán», en *Libro Homenaje a Diez Picazo*, tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 3665 y sigs.

al igual que en los supuestos anteriores, ha de buscarse, como dice LACRUZ, en razones puramente económicas y que favorecen la utilidad que una finca venía realizando a la otra, que estableció el común propietario para obtener un mejor rendimiento o aprovechamiento de ambas.

Esto nos hace plantearnos, como ya lo ha hecho la doctrina, si la servidumbre que nace al enajenarse una de las fincas del mismo propietario, es una servidumbre nueva, *ex novo*, que se ha constituido de forma originaria, o si por el contrario, la servidumbre ya existía, y no es por tanto originaria, sino que continúa cumpliendo su función una previa servidumbre ya existente.

El propio artículo 541 del Código Civil habla de que la servidumbre «continúe activa», lo que parece indicar que la servidumbre ya existía y que la enajenación de la finca la hace continuar, es decir, no se constituye una nueva servidumbre, de carácter originario, sino que es la misma que ya se encontraba sobre las fincas que se prestaban un servicio. Sin embargo, la mayoría de la doctrina niega esta tesis, y se inclina por considerar que se constituye una servidumbre nueva, que nunca existió, precisamente, porque lo impedía el hecho de que las fincas pertenecieran al mismo propietario, *nula res sua servit*, como afirma MORILLO GONZÁLEZ (4). En el mismo sentido se manifiesta LACRUZ BERDEJO (5), que afirma que se trata de un supuesto de adquisición originaria de la servidumbre, al igual que la usucapión, que tiene lugar por determinación legal cuando concurren los elementos del supuesto de hecho del artículo 541 del Código Civil, sin que sea una continuación, como dice el precepto. De forma muy parecida se expresa Díez PICAZO (6), diciendo que se trata de una creación *ex novo* y no de una continuación de una servidumbre anterior. Queda claro, por tanto, que la servidumbre se constituye en ese momento de la enajenación y siempre y cuando se den los presupuestos legales, y no antes, ya que entonces era imposible su existencia por las reglas generales de todas las servidumbres (7).

Pero, si se crea cuando se cumplen los presupuestos legales, nos debemos preguntar si se trata de una constitución o adquisición de servidumbre legal, o si, por el contrario, es voluntaria, consecuencia de la voluntad del hombre que decide conservar la servidumbre mediante la conservación del signo y su no oposición manifiesta en el título transmisivo, es decir, cuál es su naturaleza jurídica.

Defiende que se trata de una servidumbre de constitución legal LACRUZ BERDEJO (8), para quien esta servidumbre se constituye por ministerio de la ley, *ope legis* si se dan todos los presupuestos de la norma, entre los que se encuentra, precisamente, el que no exista destrucción del signo aparente, ni declaración en contrario, sin que esto altere su carácter; pues como bien dice el autor,

(4) MORILLO GONZÁLEZ, F., «Comentario al artículo 541 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 663-665.

(5) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III, vol. 2.º, *ob. cit.*, pág. 118.

(6) Díez PICAZO, L., «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 379.

(7) En el mismo sentido, AMAT LLARI afirma que aunque el artículo 541 del Código Civil hable de continuar la servidumbre, se trata en realidad de constituir una servidumbre. AMAT LLARI, M. E., «Servidumbre de luces y vistas. Constitución de servidumbre por destino del padre de familia. Aplicación a Cataluña del artículo 541 del Código Civil», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 22, 1990, págs. 291-298.

(8) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III, vol. 2.º, *ob. y loc. cit.*

puede ocurrir que al separarse una finca en dos, tanto el adquirente del predio sirviente como el del dominante desconozcan la existencia del signo de la servidumbre, «lo que impidiendo la voluntariedad, no obsta, desde luego a que opere el precepto citado». La jurisprudencia, que es oscilante en este aspecto, ha manifestado en algunas ocasiones que el título constitutivo es el propio signo aparente por ministerio de la Ley (STS de 20 de diciembre de 1965, 6 de junio de 1963 y 6 de enero de 1932).

Entre los defensores de la tesis voluntarista encontramos a BONET CORREA (9), para quien el supuesto del artículo 541 del Código Civil es claramente un supuesto de constitución voluntaria de servidumbre. También PEÑA (10) considera que la adquisición de la servidumbre en este caso se realiza por negocio jurídico, que es precisamente el de enajenación de las fincas, afirmando que «lo único que aclara el artículo 541 del Código Civil es el alcance del acto dispositivo de la finca, el cual debe entenderse en el sentido de transferir o retener no la desnuda geometría de la finca —pues quedarían perturbadas las unidades económicas— sino la unidad económica o unidad real, y, por tanto —si no se expresa lo contrario— con tales servidumbres, las cuales lo eran ya en sentido económico aunque no en rigor jurídico». Igualmente, AMAT LLARI (11) afirma la importancia que tiene la voluntad de las partes en la constitución de la servidumbre, que puede ser a favor o en contra de la misma, y que en esos casos llega a decir que, a veces, no hay que hablar siquiera de destino del padre de familia. El Tribunal Supremo también se ha pronunciado en este sentido, considerando que la conservación del signo aparente manifiesta la voluntad de los propietarios de mantenerla en las SSTs de 26 de enero de 1971, 27 de octubre de 1974 y 31 de diciembre de 1999.

Siendo un supuesto de constitución especial, me resulta más acorde con el propio artículo 541 del Código Civil, su carácter de adquisición automática, pues está claro que puede rechazarse e impedirse su constitución, es decir, su no existencia puede ser voluntaria, pero su existencia, su nacimiento, depende del cumplimiento de los requisitos o presupuestos legales directamente, sin intervención de la voluntad en positivo.

III. REQUISITOS: EXAMEN JURISPRUDENCIAL

Corresponde ahora analizar esos requisitos o presupuestos que determinan la constitución de un derecho de servidumbre por la adquisición del fundo sirviente.

(9) Sobre la constitución de servidumbres por signo aparente, BONET CORREA ha escrito varios artículos de interés en los que pone de manifiesto su carácter voluntario. Véase: BONET CORREA, J., «La constitución tácita de la servidumbres en el Código Civil español», en *ADC*, IV, 1, 1951, pág. 73 y sigs.; «La constitución tácita de las servidumbres en el Derecho Común», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXVII, 1967, pág. 531 y sigs.; «La inaplicabilidad de la constitución de servidumbres por signo aparente en Cataluña», en *ADC*, XXXI, núm. 1, 1978, págs. 193-200; *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, Madrid, 1970.

(10) Véanse las palabras de PEÑA, recogidas por LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III, vol. 2.º, *ob. cit.*, pág. 118.

(11) AMAT LLARI, M. E., «Servidumbre de luces y vistas. Constitución de servidumbre por destino del padre de familia. Aplicación a Cataluña del artículo 541 del Código Civil», *ob. cit.*, pág. 296.

Tradicionalmente, se ha considerado que esos presupuestos son: 1. Existencia de dos fincas pertenecientes a un mismo propietario. 2. Existencia de un signo aparente de servidumbre. 3. Establecimiento del signo aparente por el propietario de las fincas. 4. Enajenación de uno de los fundos a favor de otra persona. 5. Que no se exprese nada en contra de la existencia del derecho y no se destruya el signo aparente.

1. EXISTENCIA DE DOS FINCAS PERTENECIENTES A UN MISMO PROPIETARIO

Este primer requisito es el punto de partida de esta especial forma de constitución. La existencia de dos fincas es necesaria como requisito objetivo de cualquier servidumbre, pues una va a poder obtener de la otra cierta utilidad. Sin embargo, aquí se añade la especialidad de que ambas fincas deben pertenecer a un mismo propietario, desde el inicio, o sea, cuando decimos que la servidumbre está todavía latente y no ha nacido, pues, como luego veremos, es lo más lógico para cumplir el requisito de que sea el propietario quien establezca el signo aparente.

La jurisprudencia sí que ha matizado este requisito admitiendo que también pueda constituirse una servidumbre cuando la finca era una, pero luego se divide en dos o más, que se enajenan a distintos propietarios cuando ya existía en ella un signo aparente de servidumbre (SSTS de 30 de octubre de 1959, 21 de junio de 1971 y 3 de julio de 1982).

2. EXISTENCIA DE UN SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE

Este requisito es lógico, pues es la clave que revela la existencia de una servidumbre, y ese signo es el que manifiesta «la relación de servicio entre dos predios pertenecientes al mismo dueño, que podría configurarse como servidumbre si ambos pertenecieran a distintos propietarios» (STS de 21 de noviembre de 1985).

Si no existe un signo inequívoco de que una de las fincas debe prestar un servicio o utilidad a la otra, nunca podrá surgir el derecho de servidumbre con la posterior enajenación. El Tribunal Supremo ha entendido que este signo aparente debe ser claro, visible e inequívoco, no bastando cualquier indicio, sino que debe comprobarse y constatare fácilmente la existencia de ese servicio entre fincas, por la interpretación restrictiva que ha de hacerse de esta constitución de servidumbres (SSTS de 6 de diciembre de 1985, 7 de marzo de 1991, 16 de mayo de 1991, 24 de febrero de 1997 y 18 de marzo de 1999). Ejemplos de estos signos pueden ser: ventanas, pasarelas, caminos, puertas, etc.

Como añade o perfila la STS de 31 de diciembre de 1999, ese signo aparente «debe ser constitutivo de una relación de servicio que reúna las características de lo que puede ser una servidumbre, y obviamente entre ellas el carácter durable y permanente (nota de la permanencia no reñida con la temporalidad), y no coyuntural o pasajero, que ...no sólo está en el espíritu, sino también en la letra del artículo 541 (que habla de signo de «servidumbre» para que «la servidumbre»), y a lo que debe añadirse que igualmente es preciso que se dé la especificación o concreción (determinación), en unión de la parcialidad de la utilidad del fundo «sirviente» (especialidad); y no concurre la primera si el signo —estado de hecho— no está perfectamente configurado, y falta

la segunda si el servicio no consiste en un uso parcial, sino en una utilización plena e integral de la finca (lo que puede, teóricamente, ser otro derecho real, pero no una servidumbre).

Por último, hay que decir que el signo aparente debe existir en el momento que se produce la transmisión de la finca (SSTS de 16 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1993 y 18 de marzo de 1999).

3. ESTABLECIMIENTO DEL SIGNO APARENTE POR EL PROPIETARIO DE LAS FINCAS

Ha de ser el propietario de las dos fincas —o de la finca que posteriormente se divide— quien establezca el signo aparente de la servidumbre, precisamente para que sea efectiva la utilidad que una finca proporciona a la otra, por razones de economía funcional, como explicábamos antes cuando hablábamos del fundamento de este modo de constitución de servidumbres, y porque es una facultad que emana del dominio.

Es el propietario quien quiere obtener un servicio o utilidad de una de sus fincas a favor de la otra, y por eso debe ser él quien constituya ese signo (SSTS de 27 de septiembre de 1984, 6 de diciembre de 1985, 15 de marzo de 1993 y 14 de julio de 1995); aunque también es posible que el signo aparente lo constituyera un propietario anterior al que va a segregar el dominio, siempre que éste mantuviera el signo previamente establecido (STS de 10 de octubre de 1957, 26 de enero de 1971 y 8 de abril de 1988). Si fueran varios los propietarios de la finca, debería establecerse de común acuerdo por todos ellos.

4. ENAJENACIÓN DE UNO DE LOS FUNDOS A FAVOR DE OTRA PERSONA

Este requisito es el presupuesto que determina (si no hay nada en contrario, como a continuación veremos) automáticamente la constitución de la servidumbre, ya que es entonces cuando se cumple el requisito de ajenidad propio de las servidumbres. Hasta que no existe enajenación, no existe servidumbre, aunque antes, como ya se ha indicado, pudiera parecer que existía una, si no fuera porque los predios pertenecían al mismo dueño.

La enajenación hay que entenderla en sentido amplio, por tanto, en virtud de un negocio a título oneroso o gratuito, admitiéndose también *mortis causa*, consecuencia de una adjudicación hereditaria (27 de octubre de 1974 y 17 de noviembre de 1911). Igualmente, se ha equiparado a la enajenación, la división de finca, como ya se ha dicho, o la segregación de parte con la consecuente enajenación parcial de una sola finca (SSTS de 18 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1993, 27 de octubre de 1970, 30 de octubre de 1959, 6 de febrero de 1904 y 7 de noviembre de 1833); en definitiva, lo que tiene que producirse es una separación de propiedades. Del mismo modo, se ha admitido la división de una finca poseída en común por varios dueños (STS de 10 de octubre de 1957), o cuando se establece entre una finca propia y otra ganancial (STS de 17 de diciembre de 1954). El Tribunal Supremo entiende que puede constituirse una servidumbre por signo aparente en la Propiedad Horizontal, normalmente entre dos pisos, pero cuando la servidumbre se establece entre uno de los pisos privativos y un elemento común del edificio —predio sirviente— la cuestión es más dudosa, al no existir separación o enajenación de propiedades

entre ambos, sino configuración normal del derecho de propiedad horizontal (STS de 16 de octubre de 1992) (12).

5. QUE NO SE EXPRESE NADA EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO Y NO SE DESTRUYA EL SIGNO APARENTE

Para que se constituya de forma automática la servidumbre, bastan los cuatro requisitos que se acaban de exponer, si no se dice o hace nada más —en contrario—, la servidumbre se ha constituido. Sin embargo, puede que, a pesar de cumplirse los presupuestos previstos, no surja la servidumbre debido a un acto de voluntad expreso del propietario del fundo: bien porque así lo haga constar en el título de enajenación, o bien porque destruya o haga desaparecer el signo aparente de servidumbre, que manifiesta su voluntad de que ésta no exista. Es decir, dos son los supuestos de exclusión de la servidumbre: el verbal o declaración de la voluntad o el hecho físico de la destrucción.

Como vemos, más que un presupuesto para la existencia de la servidumbre, son obstáculos a su nacimiento, y como tales han de interpretarse de manera estricta. Por eso, la manifestación de voluntad contraria a la servidumbre tiene que ser clara y terminante, sin que quepa duda sobre la misma, y sin que baste que en el documento se diga que se adquirió la finca libre de cargas (SSTS de 2 de enero de 1972, 13 de mayo de 1986, 11 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1990 y 20 de diciembre de 1997). Igualmente, la desaparición del signo exige una prueba inequívoca y concluyente de la misma (STS de 22 de junio de 1959). La desaparición del signo ha de ser, por regla general, antes del momento de otorgamiento del título, porque si persiste en el momento de la transmisión a tercero, se entiende que existe servidumbre (STS de 30 de diciembre de 1975), salvo, como dice la STS de 21 de enero de 1960, que existiera convenio expreso de su desaparición en un futuro.

No hay que olvidar que la constitución de las servidumbres por destino del padre de familia o signo aparente es un supuesto excepcional, y por tanto han de cumplirse todos y cada uno de sus requisitos; la falta de cualquiera de ellos, impediría el nacimiento de la servidumbre.

RESUMEN

SERVIDUMBRE

El derecho real de servidumbre puede constituirse de forma tácita, es decir, sin que expresamente el propietario de la misma manifieste su voluntad de constituir tal gravamen. Se trata de la constitución de servidumbre por signo aparente o destino de padre de familia.

ABSTRACT

EASEMENT

A real right of easement may be created tacitly, that is to say, without the owner of the easement ever expressly stating his intention to create such a lien. That would be the creation of an easement by an apparent sign or intention by the pater familias. This stu-

(12) Véase sobre este asunto, DÁVILA GONZÁLEZ, J., «Comentario a la STS de 16 de octubre de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, 1992, págs. 895-904.

Es un supuesto muy particular, al que se dedica este estudio para analizar cuál es su fundamento, sus requisitos y sus peculiares efectos constitutivos. Se hace el análisis partiendo de la doctrina jurisprudencial en torno al mismo.

dy analyses the foundations, the requirements and the unique constitutive effects of this very particular case. The analysis is based on case law dealing with the subject.

1.4. Sucesiones

LA PARTICIÓN PARCIAL DE LA HERENCIA

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

1. PLANTEAMIENTO

Frente a la gran cantidad de sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que hay en algunas áreas como ocurre en materia de responsabilidad civil, por poner algún ejemplo, y que tiende a seguir creciendo, en materia de sucesiones, las sentencias de nuestro Alto Tribunal son escasas. Sin embargo este hecho no quiere decir que la sociedad muestre poco interés por la materia sucesoria con la que se va a topar la casi totalidad de la población una o varias veces a lo largo de la vida.

Uno de los momentos de mayor trascendencia y conflictividad en relación con la herencia, lo constituye la partición de la misma, tarea siempre difícil y que genera muchas tensiones entre las distintas personas llamadas.

Cuando hay varios herederos es necesario proceder a la partición para poner fin a la comunidad hereditaria, haciendo que la cuota que cada uno de ellos posee en la masa hereditaria se transforme en una titularidad sobre un bien concreto y perfectamente determinado. Antes de la partición, como decía la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de septiembre de 1924, los herederos «son propietarios *in potencia* de cada uno de los bienes y de todos ellos, sin tener parte expresamente adjudicada».

La partición comprende todos los bienes y derechos que integran la comunidad hereditaria. A veces se realiza la partición de una parte de los bienes sin perjuicio de que posteriormente se lleve a cabo una partición adicional.

2. PARTICIÓN PARCIAL

A la partición parcial hacen referencia las recientes sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de octubre, 15 de octubre y 4 de noviembre de 2008, por lo que hemos considerado interesante estudiar el tratamiento que nuestro Alto Tribunal otorga a este tema.

La partición parcial se produce bien por que el/la testador/a haya realizado la partición solamente de una parte de sus bienes, bien porque se haya reali-

zado de forma contractual o por el contador-partidor. También se da en aquellos supuestos en que, después de haberse llevado a cabo la partición, se tiene constancia de la existencia de otros bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008, señala que no es preciso que la partición comprenda todos los bienes del causante, cabiendo realizar más tarde una partición adicional de los no comprendidos en ella.

Sigue esta sentencia la línea de otras como la de 22 de febrero de 1994, 13 de mayo de 1974 y 17 de marzo de 1955, que señalaban que la omisión de algunos objetos o valores no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complemente o adicione.

3. PARTICIÓN DE UNA PARTE DE LOS BIENES REALIZADA POR EL TESTADOR

La voluntad del testador ha de observarse cuando hubiese hecho la partición de sus bienes, siempre que respete las legítimas, según establece el artículo 1.056 del Código Civil.

Es frecuente que la partición realizada no comprenda la totalidad de los bienes hereditarios por ser anterior a la muerte del causante, mediando a veces un largo lapso de tiempo entre la disposición de los bienes y el momento del fallecimiento, o bien, simplemente, porque sólo realizó la partición de una parte del caudal hereditario, ya lo hiciera intencionadamente ya fuera debido a un error u olvido.

Es importante distinguir si se trata de una partición parcial o de una mera recomendación del testador/a para cuando se lleve a cabo la partición. Habrá que examinar la voluntad del testador/a en cada caso en particular.

La sentencia de 9 de marzo de 1961 consideró no realizada la partición de la herencia sino una mera adscripción por parte de la testadora de algunos bienes a los herederos: «como quiera que del estudio del testamento de la causante se desprende que la testadora adscribe bienes de la herencia a cada uno de los herederos, individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio, y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes, es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por el causante y no cabe aplicar el precepto del párrafo 1.º del artículo 1.056 del Código Civil».

La sentencia del Supremo, de 15 de febrero de 1988, recoge la sentencia anteriormente mencionada (STS de 9 de marzo de 1961) poniendo de manifiesto los supuestos contemplados en una y en otra son diferentes ya que en aquella «la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de los herederos individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio», en consecuencia no ha habido partición.

En la sentencia de 1988 sí se ha producido la partición de la herencia a pesar de que no estuvieran incluidos la totalidad de los bienes, habiéndose realizado la distribución tanto del activo como del pasivo de la herencia ya que dice que dispone esta repartición de todo su haber: «todo cuanto dispongo me lo ha dictado el corazón y abrigo la esperanza de que comprenderéis que al disponer esta repartición entre vosotros sólo me guía el deseo de que ningun-

no de vosotros salga perjudicado respecto de los demás y querría haber acertado para que al disfrutar de ello guardéis el mejor recuerdo mío y no dudéis de cuanto os he querido siempre a todos». Además hay otro documento (codicilo en el que se incluyen bienes que no figuraban en el testamento, según el testador, en un caso fue por olvido y en el otro por haberse adquirido con posterioridad a la fecha en la que testó. No se admitió la alegación de que faltaba un bien por incluir por entender que no era contrario al artículo 1.056 del Código Civil, ya que sólo afectaba a una pequeña parte del activo hereditario, pues el artículo 1.079 establece que la omisión de algún objeto o valor de la herencia no da lugar a la rescisión de la partición, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

La sentencia de 15 de octubre de 2008 consideró partición contractual parcial de las herencias de los padres la recogida en un documento privado mediante el cual se le adjudicaban tres fincas a una de las herederas que dio su aceptación expresa, subsistiendo la comunidad hereditaria sobre los restantes bienes inmuebles con respecto al resto de los herederos.

La sentencia de 14 de octubre de 2008 del Tribunal Supremo, plantea la compatibilidad de la partición contractual de parte de la herencia y una partición realizada por el contador-partidor de los bienes hereditarios que no fueron objeto de participación contractual por no existir sobre ello acuerdo de los herederos sobre su reparto. Señala el Supremo que no hay precepto legal alguno que lo impida, ya que no está prohibido que el contador acceda a la partición que le proponen algunos herederos. El argumento fundamental de la recurrente se basa en que la actuación de todos los coherederos en la escritura de partición de la herencia de su madre implica una renuncia a la intervención del contador-partidor designado testamentariamente, por lo que solicitaba la nulidad de la partición posterior llevada a cabo por el contador-partidor sobre los bienes hereditarios no incluidos por falta de acuerdo entre los coherederos. El Tribunal Supremo cree que es lógico acudir al contador-partidor para que ejerza sus funciones y el bien o bienes no queden en indivisión evitando un procedimiento judicial.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008, señala que, tal como prevé el primer párrafo del artículo 1.056 del Código Civil, citado explícitamente por la testadora en su testamento, cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos; y la testadora expresamente lo recogió con las siguientes palabras: «haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1.056 del Código Civil». Según esta sentencia, «no es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así, la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio.

Como dice esta sentencia, la partición hecha por el testador tiene ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, al realizar por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre los coherederos, así puede proveer mejor a las necesidades familiares. Ya lo admitía el Derecho romano, lo reconoció el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno.

La anterior sentencia sigue la línea de la sentencia de 6 de marzo de 1945, que destacaba que la partición implica siempre un acto de última voluntad,

que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados (STSS de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998).

El Tribunal Supremo dice claramente, en la sentencia de 4 de noviembre de 2008, que es partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como la que no comprende la totalidad de los bienes. La sentencia de 6 de marzo de 1945 al decir que «ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1.079, causa de rescisión de las particiones».

Considera el Supremo que «se trata de una efectiva participación llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1.056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarla no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados (STS de 4 de febrero de 1994).

Podemos concluir con el Supremo (sentencia de 4 de noviembre de 2008) que la partición hecha por la testadora es una auténtica partición, que no consta que se haya perjudicado la legítima del hijo demandante, por tanto, «Ha sido una verdadera partición, en el sentido de que la testadora ha partido su patrimonio, aunque no incluya la totalidad del patrimonio hereditario y se haga precisa una nueva partición referida a los bienes no incluidos en la fecha por la testadora. Ésta, incluso, la ha hecho sin preocuparse de la posible igualdad que contempla el artículo 1.061».

Por otra parte, el artículo 1.079 del Código Civil contempla la posibilidad de que no se incluyan todos los bienes del patrimonio hereditario en la partición, sin que ello produzca la ineficacia de la misma, no es preciso, por tanto, que la partición incluya todos los bienes del patrimonio hereditario.

RESUMEN

PARTICIÓN DE LA HERENCIA

La partición de la herencia ha de comprender la totalidad de los bienes y derechos que forman parte de la misma, si bien en numerosas ocasiones se hace una partición parcial que posteriormente deberá ser completada. Puede hacerla el testador, ser contractual o realizarla el contador partidor.

ABSTRACT

ESTATE PARTITION

Estate partition must encompass all property and rights belonging to the estate, although on numerous occasions there is a partial partition that must later be supplemented until the entire estate has been partitioned. Partial partitions may be done by the testator, they may be done by contract or they may be done by the partitioner.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA EFICACIA DE LA OBLIGACIÓN DEPENDE DE SU TÉRMINO O PLAZO

por

ISABEL MORATILLA GALÁN

Licenciada en Derecho

Siendo la obligación a plazo aquella cuya eficacia, deber del deudor y derecho del acreedor viene determinada por un plazo a partir del cual se produce o hasta el cual se produce, tal y como hemos manifestado en el resumen que antecede a este estudio, si se trata de término inicial, la obligación despliega su eficacia a partir de la llegada del término inicial, «serán exigibles cuando el día llegue», dispone literalmente el artículo 1.125 del Código Civil, pero si el término es final, la obligación despliega su eficacia desde que nace, pero sólo hasta que llega aquel término final. Por lo tanto, definimos el término o plazo como el hecho futuro y objetivamente cierto del que depende la eficacia de la obligación, porque tenemos la certeza de que llegará aunque no se sepa cuándo.

Se trata de un término de ejecución que se ha dado en una obligación pura, por ejemplo, la de pagar el precio en un contrato de obra, cuyo cumplimiento, que es el pago del precio, debe hacerse a la llegada del tiempo. El término de ejecución se refiere, pues, a la realización de la prestación. Las SSTs de 5 de mayo de 1986 y 13 de marzo de 1987, así lo manifiestan.

Del mismo modo que puede ser exigido inmediatamente el cumplimiento de las obligaciones no sometidas a condición suspensiva a plazo inicial, el de las obligaciones recíprocas que, además de no condicionadas o aplazadas, no estén sujetas a un orden sucesivo de ejecución, resulta exigible no sólo inmediata sino también simultáneamente, tal y como declara la STS de 1 de julio de 2005.

En las obligaciones a plazo, con término inicial, aquéllos existen desde su constitución pero no despliegan su eficacia hasta la llegada del término, por tanto, ni el acreedor puede exigir ni el deudor tiene el deber, hasta el momento, del cumplimiento.

En caso de pago anticipado por el deudor, es decir, cumplimiento de la obligación, tan sólo puede hacerse si lo acepta el acreedor, por tanto, no sería más que una modificación convencional, supresión o reducción del plazo, de la obligación. De ahí que, si el deudor anticipa el cumplimiento y lo acepta el acreedor, aquél no podrá repetir, tal como ordena el artículo 1.126 del mismo texto legal, lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, aunque en tal supuesto el deudor podría reclamar intereses y frutos, y el que pagó, que ignoraba cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa.

El plazo puesto a una obligación no es un beneficio para el deudor o para el acreedor, sino que se entiende establecido en beneficio de acreedor y deudor, tal y como dispone el artículo 1.127 del Código Civil. Al estar el plazo establecido «en beneficio» de los dos sujetos de la obligación, les sujeta a ambos y se les aplicará lo que haya dispuesto al constituirse la obligación. Esta regla es considerada por el Código Civil como una presunción, pues dispone «se

presume...» y la jurisprudencia matiza que es una presunción *iusuris tantum*, pero en realidad es, más bien, una regla de interpretación de la voluntad de ambos sujetos de la obligación, y puede estimarse que la regla es la contraria, así se ha establecido en beneficio y bajo disponibilidad del deudor y del acreedor, y así se deduce de la voluntad expresa o tácita de los propios sujetos, o de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias del caso.

El artículo 1.128 del Código Civil contempla la determinación judicial del plazo, exigiendo que se haya pedido por la parte, ya que de lo contrario se daría una incongruencia, inadmisibles procesalmente, tal y como dispone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y constitucionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española, pues no cabe la posibilidad de que se otorgue de oficio, como ya manifestó la STS de 11 de abril de 1996. También la STS de 29 de enero de 1982, presume que el término responde a beneficio o interés común de los contratantes y, por lo tanto, si descarta la posibilidad de reclamar el pago en lo que concierne al acreedor, tampoco autoriza al deudor a la liberación anticipada y, además establece que en el supuesto de indeterminación del plazo, el mismo será el transcurrido desde su celebración al de la presentación de la demanda, a no ser que se justifique la necesidad por el deudor de uno mayor o se desprenda de la voluntad del acreedor, no obstante, hemos de decir que en el contrato de préstamo siempre hay plazo. Pero jurisprudencialmente, esta regla general puede verse modificada atendiendo a la naturaleza del negocio y a las circunstancias concurrentes y que el juicio sobre el particular es cometido del Tribunal de instancia.

En la obligación a plazo, la obligación no tiene eficacia hasta que éste llegue y ni el deudor debe cumplir ni el acreedor puede exigir su crédito, por lo tanto, así como el artículo 1.126 del Código Civil, ya mencionado, contempla el pago o cumplimiento anticipado, el artículo 1.129 del mismo texto legal prevé el vencimiento anticipado. Vencimiento anticipado por el cual el acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de la obligación a plazo, antes de la llegada de éste, se dan tan sólo en los supuestos excepcionales que prevé el citado artículo 1.129 y que se concretan en:

- la sobrevenida insolvencia del deudor: «cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda»;
- la falta de garantías a que estuviere comprometido, y
- la disminución culposa o desaparición fortuita de las garantías prestadas: «cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, «cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

Todas se fundamentan en una desconfianza por parte del deudor por su insolvencia o falta de garantías que fundamentan que el acreedor no tenga que esperar la llegada del plazo, sino que vence éste de manera anticipada.

Y, finalmente, en base a lo dispuesto en el artículo 1.130, se determina literalmente que si el plazo de la obligación está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, y deberá empezar en el día siguiente.

CONCLUSIONES

En la práctica habitual es frecuente que se plantee el problema de que se haya constituido una obligación a plazo y no se haya determinado la duración del mismo, pudiendo prever que se deduzca de la naturaleza o circunstancias de la obligación que se ha puesto un plazo en beneficio del deudor, hay una obligación a plazo, pero la duración de éste depende del deudor, la fijarán los sujetos de la obligación, si hay acuerdo, porque si no lo hay, lo fija el proceso declarativo que corresponda según la cuantía. Si el plazo queda a la voluntad del acreedor, no aplicaríamos lo que acabamos de ver y dicho respecto al artículo 1.128 del Código Civil, pues en tal caso es el acreedor quien podrá exigir cuando quiera el cumplimiento. Tal precepto se aplica en caso de plazo en beneficio del deudor, aunque no cuando el plazo es en beneficio del acreedor en que se asimila a la obligación pura. Por lo tanto, en las obligaciones a plazo, se estará al tenor o circunstancias de la obligación, requiriendo prueba de lo contrario y siempre pactando la modalidad de la obligación a término de un modo expreso, aunque la fijación del plazo puede ser tácita, como hemos visto según se deduce del reiteradamente citado artículo 1.128 del Código Civil, al disponer que si la obligación no señala plazo, pero si de su naturaleza y circunstancias se deduce que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél, plazo que siempre existe en el contrato de préstamo, puesto que el deudor ha de disponer de un término más o menos largo para la devolución de lo que recibió, pero si se justifica que la voluntad del acreedor fue conceder al deudor uno mayor que el transcurrido, el deudor se haya obligado a la devolución cuando el acreedor lo reclame.

RESUMEN

OBLIGACIÓN A PLAZO

Obligación a plazo es aquella cuya eficacia, deber del deudor (deuda) y derecho del acreedor (crédito) viene determinada por un plazo a partir del cual (término inicial) o hasta el cual se produce (término final). La obligación a plazo del término de ejecución debe hacerse a la llegada del término, es decir, en la obligación a plazo, el término juega como tiempo de la obligación porque de ésta dependen sus efectos: como el deber del deudor y el derecho del acreedor, de la llegada del término. Por el contrario, el término de ejecución se refiere a la realización de la prestación que constituye el objeto de la obligación porque es el tiempo de la prestación o el tiempo de su cumplimiento.

ABSTRACT

TIME OBLIGATION

A time obligation is an obligation whose efficacy, the borrower's duty (debt) and the lender's right (credit), is determined by the time as of which (starting point) or until which (ending point) the obligation occurs. The time obligation must be enforced when the time has been completed; that is, in the time obligation, the point is the time of the obligation, because its effects depend on the obligation, just as the borrower's duty and the lender's right depend on the starting or ending point. On the other hand, «enforcement» refers to the performance constituting the object of the obligation, because it is the time of performance or the time of discharge.

**GASTOS Y MEJORAS COMO DETERMINANTES DE LA POSICIÓN
JURÍDICA DEL ARRENDADOR Y ARRENDATARIO EN LA LEY
DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS**

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

Ya desde el Derecho romanista, el arrendamiento rústico procede tanto en su esencia como en su regulación de la *locatio conductio* romana y en concreto del contrato de colonato que constituye su variedad rústica. Sin embargo, como señala DE LOS MOZOS (1): «a lo largo del derecho intermedio viene directamente influido, en su pureza técnico-jurídica, como relación jurídica obligatoria, no sólo por el precario postclásico, sino también por otras formas de uso y disfrute de la tierra, procedentes de la tradición vulgar y del confusionismo feudal que le atribuyen rasgos diferentes».

La regulación que hace el Código Civil de esta materia, así como su insuficiencia para resolver los problemas planteados en la práctica, dieron lugar a la aparición de una legislación especial en la materia. Se inicia así una legislación intervencionista que culminaría con la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, según la cual, el propietario tenía libertad para arrendar o no, pero si lo hacía, el contrato se regía por normas imperativas, idea reiteradamente declarada por la jurisprudencia en sentencias de 29 de octubre de 1945 y de 5 de abril de 1949, entre otras. Esta concepción social e institucional del arrendamiento rústico se distancia bastante de los principios reguladores de esta figura jurídica en el Código Civil.

La reforma de esta legislación tiene lugar por Ley de 31 de diciembre de 1980, la cual se caracterizaba por su tendencia social manifestada en la protección al arrendatario, concediéndole derechos tan importantes como el de tanteo y retracto, contempla el derecho de adquisición forzosa, el carácter restrictivo de la renunciabilidad de derechos, regula la intervención administrativa en defensa de los pequeños agricultores y la creación de Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos.

La necesidad de la reforma vino motivada por su excesiva rigidez y la deficiencia estructural de la agricultura española, que aconsejaban un cambio liberalizador en la legislación especial arrendaticia.

El primer paso en esta línea liberalizadora viene representado por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, la cual establece una duración mínima de los arrendamientos de cinco años frente a los veintinueve de la anterior regulación, y suprime las prórrogas forzosas, abriéndose una etapa en la legislación arrendaticia rústica, conducente a una mayor movilidad de la tierra y la modernización de nuestras explotaciones agrarias.

El establecimiento de una adecuada regulación de los arrendamientos rústicos se convierte, no ya en un instrumento de política económica y social,

(1) Véase DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. Dykinson, 2005, pág. 22.

sino también en un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos ex artículo 130 CE.

Fruto de todo ello es la nueva LAR 49/2003, de 26 de noviembre, que tiene como finalidad lograr una flexibilización del régimen de arrendamientos rústicos siguiendo la línea iniciada en 1995. En su artículo 1 otorga primacía a la autonomía de la voluntad de las partes en todo aquello que no sea contrario al muy limitado contenido imperativo de la Ley. Esta Ley trata de lograr un aumento de eficiencia de las explotaciones que compense posibles pérdidas de renta a agricultores y ganaderos, sigue así las directrices implantadas por la Política Agraria Común de la UE (PAC) que para ello exige explotaciones de dimensiones superiores a las anteriores y una correlativa dinamización del mercado de la tierra.

Esta Ley ha sido modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, cuyo objeto principal, como señala su Exposición de Motivos, es «servir de instrumento de movilización de tierras y recursos agrarios para posibilitar el aumento de las explotaciones agrarias viables y hacerlo en el marco de una agricultura fuertemente tecnificada y para unos activos agrarios que sean profesionales de la agricultura».

Vamos a analizar en este trabajo la parte correspondiente a gastos y mejoras que tienen una gran importancia en esta materia en cuanto determinan las posiciones jurídicas del arrendador y del arrendatario y que se encuentran regulados en el Capítulo VI de esta Ley en el que se pretende determinar a quién corresponde el derecho o el deber de realizar obras de conservación o mejora en el predio rústico.

II. GASTOS Y MEJORAS: PRINCIPIO GENERAL

La terminología empleada por la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos, al aludir a «gastos», fue criticada doctrinalmente por su excesiva amplitud y quizá hubiera sido más conveniente referirse a obras o reparaciones que da una idea más ajustada al espíritu de la ley, ya que se pretende determinar a quién le corresponde realizar las obras y reparaciones necesarias para mantener la finca en condiciones de servir al aprovechamiento o explotación estipulado al concertar el contrato.

El contenido del Capítulo VI ha sido notablemente simplificado en relación con la regulación contenida en la LAR de 1980 (2).

El artículo 17 de la LAR señala el principio general: «El arrendador y el arrendatario están obligados a permitir la realización de las obras, reparaciones y mejoras que deba o pueda realizar la otra parte contratante. Tales reparaciones y mejoras se realizarán en la época del año y en la forma que menos perturben, salvo que no puedan diferirse».

Este artículo impone a las partes la obligación de soportar reparaciones y mejoras en la finca arrendada, se trata de una obligación de tolerancia *ex lege*, tiene su origen en la ley, y es una obligación recíproca que tiene su fundamen-

(2) Véase TORRELLES TORREA, E.: «Comentario al capítulo VI LAR», en *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, dirigida por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Ed Lex Nova, 2004, pág. 327, señala un cambio en la regulación de esta materia, ya que la anterior legislación partía de un punto de vista objetivo, mientras que la actual sigue un enfoque subjetivo basándose sobre todo en el sujeto que realiza las obras.

to en la buena fe contractual tipificada en el artículo 1.258 del Código Civil y en la prohibición del *ius abutendi* ex artículo 7.2 del Código Civil.

La ejecución puede realizarse tanto por el arrendador como por el arrendatario o incluso por un tercero contratado por ellos, pero se impone un deber de cuidado diligente en su ejercicio consistente en que las reparaciones y mejoras se realicen en la época del año y en la forma que menos perjudiquen, cuyo límite se encuentra en la urgencia, es decir, salvo que no puedan diferirse. En el supuesto de que aún buscando la época del año más adecuada, las obras se prolonguen indebidamente en el tiempo, la parte a quien perjudiquen podrá pedir al juez que señale un plazo para su terminación ex artículo 1.128 del Código Civil, pero entiendo que no podrá pedir reducción de renta, ya que dicha posibilidad se recogió en el texto de 1980, pero se suprime en la ley actual.

Llegados a este punto nos podemos preguntar si es aplicable el artículo 1.558 del Código Civil que dice: «Si durante el arrendamiento es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada que no pueda diferirse a la conclusión del arriendo, tiene el arrendatario obligación de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca. Si la reparación dura más de cuarenta días, debe disminuirse el precio del arriendo a proporción del tiempo y de la parte de finca de que el arrendatario se vea privado. Si la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación, puede éste rescindir el contrato». Doctrinalmente se impone la opinión favorable a su aplicación (3). Este deber de tolerancia no se aplica en todos los casos sino sólo respecto de obras, reparaciones y mejoras que deba o pueda realizar la otra parte interviniente en el contrato.

El incumplimiento de estos deberes, es decir, si el arrendador o el arrendatario en la ejecución de las obras desatienden los deberes de cuidado o se dilatan en el tiempo causando graves perjuicios para el otro, éste podrá reclamar la indemnización de daños y perjuicios que resulte oportuna, ex artículo 1.101 del Código Civil.

III. GASTOS DE CONSERVACIÓN A CARGO DEL ARRENDADOR

El artículo 18 de la LAR impone al arrendador la obligación de realizar las obras y reparaciones necesarias con el fin de conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertar el contrato, lo cual entiendo que es una aplicación del artículo 1.554 del Código Civil, el cual contempla uno de los deberes básicos del arrendador. Tiene carácter eventual, ya que como señala DÍAZ DE ENTRE-SOTOS (4), no es exigible hasta el momento en que la reparación se hace necesaria para poder usar la cosa de acuerdo con el destino pactado.

(3) Así destacamos a COBACHO GÓMEZ, J. A., *La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil*, 1989, pág. 41: «Pienso que el artículo 1.558 del Código Civil, por el lugar donde está emplazado en el Código Civil, se refiere tanto a arrendamientos rústicos como urbanos, y por supuesto su párrafo 3.º está referido a toda clase de arrendamientos. Aunque el texto del artículo pudiera hacer creer que está referido a los arrendamientos urbanos, no es así, y hay que entenderlo referido a cualquier goce esencial del arrendamiento de que se trate».

(4) Ver DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, M., *Obligaciones del arrendador: artículo 1.554 del Código Civil*, Ed. Tecnos, 1997, pág. 53.

Es una obligación que nace del contrato, pero que se encuentra integrada por la ley con la finalidad de que se cumpla el fin perseguido en el contrato, que es la utilización de la cosa por el arrendatario. En principio podemos entender que esta obligación legal tiene carácter dispositivo, en base al espíritu de esta ley concretado en su artículo 1.2, que señala que estos contratos se rigen por lo expresamente acordado por las partes, siempre que no se opongan a ella.

La posible admisibilidad del pacto que exonere al arrendador de la obligación de conservar considero que eliminaría una de las obligaciones fundamentales que integran el contenido del contrato, constituyendo su causa y que se da tanto en los arrendamientos urbanos como en los rústicos, por ello si se admite debe ser interpretado restrictivamente al tratarse de una derogación de la regla general.

El apartado 2 del artículo 18 regula las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento por parte del arrendador de su deber de conservación, señalando: «Si requerido el arrendador, no realiza las obras a que se refiere el apartado anterior, el arrendatario podrá optar, bien por compelerle a ello judicialmente o resolver el contrato u obtener una reducción proporcional de la renta o por realizarlas él mismo, reintegrándose mediante compensación con las rentas pendientes a medida que vayan venciendo. Asimismo, podrá reclamar los daños y perjuicios causados».

Todas estas medidas concedidas al arrendatario reproducen soluciones ya conocidas en el Código Civil, pero es favorable que se contemplen también en una ley especial para reforzar la seguridad jurídica de los contratantes. Si el incumplimiento por parte del arrendador causa daños, el arrendatario podrá reclamar el resarcimiento de dichos daños, lo cual fue introducido por Ley 26/2005, considerando la doctrina muy acertada esta incorporación expresa al texto legal.

Para que el arrendatario pueda ejercitar las posibilidades que el artículo 18 le concede, es necesario que se realice un requerimiento al arrendador, comunicándole la necesidad de las reparaciones (5), ya que es el arrendatario el que está utilizando la finca y tiene conocimiento de las obras que ésta necesita. Por tanto, el requerimiento se configura como una especie de reclamación extrajudicial que tiene carácter previo al ejercicio de las acciones señaladas, que son: el arrendatario puede optar bien por compeler al arrendador judicialmente, resolver el contrato (lo cual implica una aplicación del art. 1.124 del Código Civil, configurándose así el arrendamiento rústico como un claro ejemplo de obligación recíproca o sinalagmática), obtener una reducción proporcional de renta, o realizar las obras él mismo, reintegrándose mediante compensación con las rentas pendientes a medida que vayan venciendo. Además podrá reclamar los daños y perjuicios causados ex artículo 1.101 del Código Civil.

La obligación del arrendador de conservar y reparar la finca tiene una serie de límites que se encuentran regulados en el párrafo 3 del artículo 18: «Cuando por causa de fuerza mayor la finca arrendada sufra daños no indemnizables, cuya reparación tenga un coste superior a una anualidad de renta, no estará obligado el arrendador a dicha reparación, debiendo comunicárselo al arrendatario en tal sentido, el cual podrá optar por rescindir el contrato, co-

(5) Esta exigencia legal ya estaba regulada en el artículo 1559.2 del Código Civil, en el que se impone al arrendatario la obligación de poner en conocimiento del dueño, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones señaladas en el artículo 1554.2 del Código Civil y en el artículo 21.3 de la LAU.

municándoselo por escrito al arrendador o continuar el arriendo con la disminución proporcional de la renta a que hubiese lugar».

Es necesario, por tanto, que se hayan producido por fuerza mayor daños no indemnizables, si bien la doctrina entiende ante la elasticidad del artículo 1.105 del Código Civil que se encuentra también incluido el caso fortuito; por daños no indemnizables entendemos aquéllos respecto de los cuales no existe nadie obligado a repararlos, ni contractual ni extracontractualmente y además que tengan un coste superior a una anualidad de renta. Exige la norma la comunicación al arrendatario, el cual tiene dos opciones: rescindir el contrato, comunicándoselo por escrito al arrendador, o continuar el arriendo con la disminución proporcional de la renta que proceda.

Además de los señalados existen también otros gastos que corresponde realizar al arrendador y que vienen regulados en el artículo 19 de la LAR: «Incumben también al arrendador las obras, mejoras o inversiones que por disposición legal o por resolución judicial o administrativa firme o por acuerdo firme de la comunidad de regantes sobre la modernización de regadíos para el cambio de sistema de riego, hayan de realizarse sobre la finca arrendada».

Se impone, por tanto al arrendador, un deber jurídico de mejorar que tiene su base en la función social propia del arrendamiento rústico (6). Las obras, mejoras o inversiones a las que se refiere este precepto son actividades que se dirigen a mejorar la finca arrendada aumentando su valor y productividad, no obedecen a desperfecto o deterioro alguno, y además se trata de mejoras obligatorias, ya que no derivan de la voluntad de las partes, sino que vienen impuestas por ley, resolución judicial o administrativa firme o por acuerdo firme de la comunidad de regantes.

El apartado 2.º del artículo 19 regula un supuesto específico: si como consecuencia de las mejoras obligatorias impuestas al arrendador se produce una transformación de la finca que redunde en el incremento de la producción, el arrendador tiene derecho a la revalorización proporcional de la renta y si el arrendatario no está conforme con dicha revalorización tiene derecho a la rescisión del contrato. Esta idea se encuentra también reflejada en el artículo 8.2 de la ley, que dice: «Cuando la determinación del destino suponga mejoras extraordinarias, sólo podrán hacerse mediante acuerdo expreso de las partes y en su caso en cumplimiento de las normas legales o reglamentarias pertinentes».

IV. OBRAS Y MEJORAS A CARGO DEL ARRENDATARIO

El artículo 20 de la LAR regula una serie de obras y mejoras que corresponde realizar al arrendatario, en concreto le corresponde efectuar las reparaciones, mejoras e inversiones que sean propias del empresario agrario en el

(6) Así VATTIER FUENZALIDA, C.: «Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico», en *ADC*, 1984, pág. 75: «Ello pone de relieve que estamos en presencia de algo más que de simples mejoras obligatorias, algo cuya sustantividad nos permite entender que existe en la Ley un auténtico deber jurídico de reparar y mejorar; se trata de una expresión del contenido normal del contrato en la que descansa, justamente “la función social concreta y específica del mismo”, la que se manifiesta tanto en tema de reparaciones como de mejoras útiles y sociales impuestas mediante normas generales y particulares, lo mismo que de forma atenuada, en materia de mejoras favorecidas por la Administración sin vincular a las partes».

desempeño normal de su actividad y las que le vengan impuestas por disposición legal o resolución judicial o administrativa o por acuerdo firme de la comunidad de regantes relativo a la mejora del regadío que sea también propia del empresario agrario en el desempeño normal de su actividad, sin que por ello tenga derecho a disminución de renta, ni a la prórroga del arriendo, salvo que por acuerdo de las partes o de las propias disposiciones legales o resoluciones judiciales o administrativas, resultase otra cosa.

Considero que al reconocerle la cualidad de empresario agrario se le está atribuyendo facultades en la iniciativa, organización y gestión de su explotación agraria.

El arrendatario no puede, salvo acuerdo expreso de las partes, hacer desaparecer las paredes, vallas, setos vivos o muertos, zanjas y otras formas de cerramiento o cercado del predio arrendado, si separan dos o más fincas integradas en una misma unidad de explotación, salvo en los tramos en que sea necesario para permitir el paso adecuado de tractores, maquinaria agrícola y cuando las labores de cultivo lo requieran, sin perjuicio de lo que establezca la legislación sobre protección del medio ambiente y protección del patrimonio histórico y de la obligación de devolver las cosas al término del arriendo tal como las recibió, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.561 del Código Civil (siendo este un supuesto de hecho introducido por la modificación de la LAR en 2005).

El artículo 20.3 de la LAR contempla la presunción legal de que las mejoras realizadas durante el arrendamiento han sido efectuadas a cargo del arrendatario, se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario y por tanto el arrendador puede destruirla probando que no existe la mejora o que fue él quien la realizó.

Finalizado el contrato de arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a pedir una indemnización al arrendador por el aumento de valor de la finca arrendada como consecuencia de las mejoras realizadas, siempre que éstas se hayan efectuado con el consentimiento del arrendador.

RESUMEN

GASTOS Y MEJORAS

La Ley de Arrendamientos Rústicos regula en su Capítulo VI los gastos y mejoras determinando a quién corresponde el derecho o el deber de realizar obras de conservación o mejora en el predio rústico.

La regla general es que tanto el arrendador como el arrendatario están obligados a permitir la realización de las obras, reparaciones y mejoras que deba o pueda realizar la otra parte contratante, las cuales deberán realizarse en la época del año y en la forma que menos perturben, salvo que no puedan diferirse.

ABSTRACT

EXPENSES AND IMPROVEMENTS

Chapter VI of the Rural Lease Act regulates expenses and improvements, stating who has the right or duty to have improvement and upkeep work done on rural property.

The general rule is that both the landlord and the tenant are obligated to permit any construction, repair and improvement work that the other party to the lease must or may do, and such work must be done at the time of the year and in the fashion that cause the least disturbance, unless the work cannot be delayed.

El arrendador está obligado a realizar las obras y reparaciones que sean necesarias para conservar la finca en estado de poder servir al aprovechamiento que se concertó en el contrato; también le corresponde realizar las obras, mejoras o inversiones que por disposición legal o resolución judicial o administrativa firme hayan de realizarse sobre la finca arrendada.

Por otro lado, corresponde al arrendatario efectuar las reparaciones, mejoras e inversiones que sean propias del empresario agrario, presumiéndose que las mejoras hechas durante el arrendamiento han sido efectuadas a su cargo.

The landlord is obligated to do any construction or repairs needed to keep the property in the proper condition so that it can be used for the purpose stated in the lease. The landlord also has the duty to perform any construction work or improvements or make any investments that are required by law or by a final judgment or administrative decision.

The tenant, on the other hand, has got to make any repairs, improvements or investments characteristic of the owner of an agricultural concern, and it is presumed that the improvements made during the lease have been done at the tenant's expense.

1.6. Responsabilidad Civil

NO ES POSIBLE EQUIPARAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES CON LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

Una fundación es una organización que no tiene ánimo de lucro y que se constituye por una o varias personas físicas o jurídicas, con un fin de interés general, afectando el propio patrimonio de la fundación para la consecución del mismo y para todo ello se le permite desarrollar actividades económicas e intervenir en actividades económicas a través de su participación en sociedades. El gobierno y representación de la fundación es el Patronato, cuyas funciones son hacer cumplir los fines fundacionales y administrar el patrimonio de la fundación.

El Patronato compuesto por los denominados patronos que pueden ser personas físicas o jurídicas (1), al ser el encargado del gobierno y representación de la fundación, es el órgano responsable de una buena gestión frente a la propia fundación, al Protectorado y también respecto de terceros que pue-

(1) Como establece el artículo 15.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, *BOE* de 27-12-2002, las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos.

dan entablar relaciones jurídicas en esa actividad empresarial que puede ser llevada a cabo por la Fundación.

Pero claro, no debemos olvidar que el cargo de patrono no es remunerado, es un cargo gratuito, así lo establece el artículo 15.4 de la Ley de Fundaciones de ámbito estatal (2), seguida en este sentido por algunas leyes autonómicas (3). Pero la gratuidad en el cargo no exime a los Patronos de responsabilidad y así viene reflejado en el artículo 17 de la Ley de Fundaciones, aunque de manera incompleta, tan sólo se contempla la responsabilidad de los patronos frente a la propia fundación, pero no frente a terceros a los que se les puede haber ocasionado un perjuicio.

Los terceros que ven un perjuicio en sus intereses como consecuencia de la actividad desempeñada por la fundación, intentan la implicación directa a través de una acción individual contra los patronos, como si fueran administradores de una sociedad mercantil. Sin embargo, la aplicación analógica no es posible porque, como bien expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de enero 2008:

«La aplicación analógica a la fundación de las normas sobre sociedades, y en concreto de las normas de los artículos 133, 135 y 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, el artículo 4.1 del Código Civil dispone que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regule otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, por lo que la analogía se configura en la doctrina como el procedimiento de aplicación del derecho en virtud del cual se aplica la norma establecida para un caso previsto a la solución de otro no previsto, atendida la esencia igualdad que existe entre ambos, de modo que responde al principio de que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta (...) Y es doctrina comúnmente admitida (STS de 16 de marzo

(2) No obstante, el apartado segundo del artículo 15.4 admite la posibilidad, salvo que el fundador haya dispuesto otra cosa, de fijar una retribución a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de la función de patrono.

(3) En el ámbito autonómico el criterio seguido es plural. Así, la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León puntualiza que los patronos no pueden percibir retribución por el ejercicio de sus funciones, en principio seguiría el criterio de la ley estatal, sin embargo, no hace como ésta ninguna salvedad respecto de la posibilidad de poder ejercer un servicio distinto. La ley navarra lo prohíbe expresamente, declarando incompatible el cargo de patrono con cualquier prestación de servicios a la entidad con carácter retribuido, pero además extiende esta incompatibilidad al fundador y a su cónyuge.

En una situación intermedia, la ley gallega contempla la posibilidad de remuneración a un miembro del patronato. Establece en el artículo 14.4 *in fine*, que cuando el apoderado general de una fundación fuese miembro del órgano de gobierno y éste ejerciese sus funciones con una dedicación exclusiva se puede determinar la posibilidad de retribución. No se especifica si esta retribución ha de ser notificada o aprobada por el Protectorado, simplemente se requiere que sea aprobada reglamentariamente.

En sentido opuesto, la ley del País Vasco permite que los miembros del órgano de gobierno realicen actividades remuneradas, considerando estos gastos como gastos de administración. En esta línea, siguiendo por tanto a lo establecido en la ley estatal, la ley del Parlamento andaluz, que previa autorización del Protectorado permite que los patronos desempeñen servicios distintos a los propios del patronato y sean remunerados por ello.

El resto de leyes autonómicas se limitan a establecer la gratuidad del cargo y en todo caso el reembolso que les haya ocasionado el desempeño del cargo.

de 2006) la que viene manifestándose en contra de la aplicación analógica de las normas de las sociedades mercantiles a aquellas otras entidades en las que hay un claro predominio del interés general sobre el particular. Por lo tanto no puede apreciarse que concurran en este caso los presupuestos exigidos por el artículo 4.1 del Código Civil para la aplicación analógica a los patronos de la fundación de los artículos (...) sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, por faltar la igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, procediendo por consecuencia a la desestimación del motivo de apelación».

Lo cierto es que aunque no se puede hacer una aplicación analógica porque no se cumplen los requisitos para ello, existe una cuestión no tratada ni en el ámbito nacional ni en el autonómico. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (4), sólo contempla la responsabilidad de los patronos en su relación con la propia Fundación por los daños que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o aquellos que hayan realizado negligentemente. Y además sólo legitima para el ejercicio de la acción a cualquier miembro del órgano de gobierno, al Protectorado y a los patronos disidentes de un acuerdo.

Esto nos lleva a preguntarnos sobre la resolución ante la existencia de diferentes tipos de responsabilidad y el ejercicio de la acción por parte de terceros.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

El régimen de responsabilidad de los patronos gira en torno al binomio diligencia-responsabilidad (5). Debido a las especiales circunstancias en las que se encuentran los miembros del Patronato, hubiese sido conveniente hacer una regulación precisa sobre la responsabilidad de los patronos en sus distintas facetas de actuación. Sin embargo, ello no se ha hecho ni en el ámbito estatal ni en el ámbito autonómico.

La Ley de Fundaciones, tras establecer que el cargo de patrono se debe desempeñar con la diligencia de un «representante leal», se limita simplemente a establecer una responsabilidad solidaria frente a la fundación. De aquí se derivan varias cuestiones.

1. RESPONSABILIDAD FRENTE A LA FUNDACIÓN

El patrono responde de sus actos, por un lado frente a la propia fundación. En este caso y a falta de regulación la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que estamos en presencia de una responsabilidad contractual (6). El razonamiento que fundamenta esta opción tiene su base en que el cargo de patrono ha de ser aceptado, por lo tanto ha existido una relación jurídica anterior al nacimiento de la responsabilidad (7).

(4) Artículo 17.

(5) RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros», en *RCDI*, núm. 664, pág. 723.

(6) DE LORENZO GARCÍA, «Comentario al artículo 15», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pág. 135.

(7) RIVERO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, «Responsabilidad...», pág. 724.

2. RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

La Ley de Fundaciones no contempla la posible responsabilidad de los patronos frente a terceros. Como se puso de manifiesto en su momento, el órgano de gobierno de la fundación tiene dos funciones básicas, que son la de administración y gestión del patrimonio de la fundación y la otra la representación de la fundación.

Es necesario señalar que cuando los miembros del Patronato están relacionándose con terceros (8) en representación de la Fundación, es ésta la que responde como persona jurídica que es. Otra cosa es que si la actuación del patrono como representante de la fundación ha sido negligente o ilícita, la Fundación pueda repetir contra el patrono.

Ahora bien, en otras ocasiones se originan daños a terceros actuando el patrono como miembro del órgano de gobierno, en su tarea de administración de la Fundación. Esta responsabilidad, en opinión de la doctrina, tiene su base en el artículo 1.902 del Código Civil, es decir, es una responsabilidad extracontractual (9).

Lo cierto es, como se decía anteriormente que la ley se abstiene de contemplar el tipo de responsabilidad en la que incurrir los patronos. Quizá el motivo sea la complejidad del asunto ante la variedad de situaciones que pueden desencadenarse. Sin embargo, establecer al menos el tipo de responsabilidad tiene especial trascendencia, ya que los plazos para el ejercicio de la acción varían dependiendo de si estamos ante una responsabilidad contractual o extracontractual (10).

Además de la responsabilidad civil, también se puede incurrir en responsabilidad penal o en responsabilidad fiscal. Tampoco están previstos en la Ley de Fundaciones estos supuestos, pero como afirman CUSCÓ y CUNILLERA (11), si se está ante una responsabilidad penal, la cobertura legal se encontraría en el artículo 31 del Código Penal (12); si se trata de una responsabilidad fiscal sería de aplicación el artículo 40 de la Ley General Tributaria (13).

(8) Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, los terceros que aquí interesan son aquéllos que puedan resultar perjudicados, y pueden ser los que se relacionan con la fundación en el tráfico jurídico, bien como contratantes, proveedores, etc.; también pueden ser perjudicados los propios beneficiarios e incluso el propio fundador, en tanto que una vez constituida la persona jurídica, ésta es independiente de la persona del fundador. RIVERO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, «Responsabilidad...», pág. 729.

(9) Así lo afirma, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, «Responsabilidad...», pág. 729.

(10) Véase artículos 1.961 y sigs. del Código Civil.

(11) CUSCÓ, M., y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, 2005, pág. 130.

(12) Establece este artículo que: *...aquellos que actúen como administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responden personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».*

(13) La Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia de 4 de mayo de 2007, en un supuesto de adaptación de una Fundación a la nueva legislación, en donde se denegó la inscripción de la misma por no reunir los requisitos, consideró la responsabilidad de los patronos, afirmando que: «...aunque la Fundación se hubiese extinguido, ello podría suponer la extinción de la responsabilidad de quienes durante la vida de la Fundación

Tanto la ley estatal (14) como algunas leyes autonómicas (15), contemplan causas de exoneración de la responsabilidad de los patronos. No se contempla sin embargo en la de Castilla-León (16) la de la Comunidad Valenciana, la ley de la Comunidad de Madrid y la Ley Foral Navarra.

Antes de precisar las causas de exoneración de responsabilidad, es necesario hacer una puntualización. La exención de la responsabilidad que contemplan las distintas leyes, como tendremos ocasión de ver a continuación, sólo tienen cabida por los daños producidos por una decisión del Patronato en su actuación colegiada, no si esa actuación ha sido individual.

Las causas de exoneración son:

1. El haber votado en contra del acuerdo que produjo la lesión. Algún sector de la doctrina se plantea si es suficiente para exonerar de responsabilidad el voto en contra o si en su caso, debe de impugnarse el acuerdo para considerar que se ha hecho todo lo posible. Parece excesivo exigir al patrono que ha votado en contra la obligación de impugnar el acuerdo.

2. Y aquellos patronos que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución, desconocían su existencia, o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño, o al menos se opusieron expresamente a aquél. En este supuesto habrá que tener en cuenta si el patrono fue diligente o no lo fue. Si el patrono que estaba ausente de la sesión conocía el orden del día de la misma y las consecuencias que pudiesen tener una u otra decisión, es posible exigirle una actuación adecuada al caso concreto (17).

3. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Según establece la ley, la acción de responsabilidad se entablará ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación se puede entablar por:

1. El propio órgano de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.

2. El Protectorado, según establece el artículo 25.2 de la ley.

hubiesen actuado en el ejercicio de sus cargos, pues se encuentran sujetos a una responsabilidad personal de carácter legal, que nada tiene que ver con las vicisitudes de la persona jurídica en cuyo nombre actuaron».

(14) Artículo 17.2 *in fine*.

(15) Ley andaluza, artículo 25.2; Ley catalana, artículo 21.2 (derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 4/2008, de 24 de abril, la citada ley aprueba el libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas); Ley canaria, artículo 23.2; Ley vasca, artículo 17.2, y Ley gallega, artículo 22.

(16) Hace una remisión en el artículo 16 a la Constitución y a la Ley estatal.

(17) Como afirma RIVERO HERNÁNDEZ, «En el caso de que un patrono no haya participado en la asunción de un acuerdo o decisión lesiva (el supuesto más claro puede ser el de adopción de ésta por otro patrono en quien se hizo delegación de funciones), parece que le es exigible al primero (como a los demás miembros del patronato) un deber de diligencia y control de los actos del delegado; y si aquél tiene noticia de una actuación dañosa del o de los patronos delegados deberá promover la reunión del patronato para revocarla o rectificarla. En caso de que haga tal habrá dejado de cumplir aquella obligación de vigilancia y control y puede incurrir en responsabilidad: no quedará exonerado de ésta (aun no habiendo intervenido directamente en la adopción del acuerdo lesivo). RIVERO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, «Responsabilidad...», pág. 749.

3. Los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 del artículo 17 de la Ley de Fundaciones, así como por el fundador cuando no fuera patrono.

Se puede observar que no se señala en la ley estatal ni en la mayoría de las autonómicas (18) al tercero como posible sujeto activo de la acción (19).

III. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto podemos concluir que la regulación respecto a la responsabilidad de los patronos es incompleta. Debido a la actividad empresarial que cada día y con mayor frecuencia realizan las fundaciones con el propósito de obtener ingresos que les permitan cumplir los fines fundacionales, la actuación de los patronos es complicada. Si a ello le añadimos que el cargo es gratuito, parece una paradoja que alguien que realiza una actividad con fines altruistas se vea inmerso en una acción de responsabilidad. No está muy clara la diferencia respecto de la actuación del patrono como administrador y gestor. El gestor suele ser un cargo remunerado, por lo tanto considerar que sí responde cuando actúa como gestor en una actividad que es gratuita, podría resultar injusto. Quizá habría que establecer un régimen de responsabilidad valorando la finalidad de la actuación del patrono y si ha existido o no negligencia o dolo.

BIBLIOGRAFÍA

- CUSCÓ, M., y CUNILLERA, M., *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, 2005.
- DE LORENZO GARCÍA, «Comentario al artículo 15», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros», en *RCDI*, núm. 664 pág. 723.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

Si bien es cierto que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, regula la responsabilidad de los patronos en el artículo 17, lo hace de manera incompleta. Prevé una responsabili-

ABSTRACT

TRUSTEE LIABILITY

Although it is true that section 17 of Act 50/2002 of 26 December on foundations regulates trustee liability, it does so incompletely. It states that trustees are severally liable toward the foundation of which they are trustees,

(18) Se incluye al tercero como sujeto activo en la ley catalana (art. 21.3).

(19) Aunque, como afirmamos anteriormente, queda protegido con la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil.

dad solidaria frente a la fundación, pero no hace referencia a la posible responsabilidad de los patronos frente a terceros. En estos casos no es posible la aplicación analógica de normas previstas para los administradores de sociedades mercantiles, en las que prima el interés particular frente al interés fundacional en las que predomina el interés general.

but the act fails to mention the possible liability of trustees toward third persons. In these cases rules written to be applied to the administrators of commercial enterprises, where private interest prevails, cannot be applied by analogy to foundations, where the general interest holds sway.

2. MERCANTIL

LA TOMA DE PARTICIPACIÓN EN EMPRESAS ESPAÑOLAS ENERGÉTICAS A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

I. INTRODUCCIÓN

Pese a la postura privatizadora que llevó a cabo el Estado español en los años noventa del pasado siglo sobre determinadas empresas, dicha liberalización no fue total. De esta forma el Estado español se reservó la posibilidad de injerencia en el devenir de las empresas privatizadas, fundamentalmente a través de lo que se conoció como «acción de oro» (*Golden Share*) que, entre otras cosas, implicaba un régimen de autorización administrativa previa a la adquisición de una toma de participación en el capital de las mismas.

Esta regulación se llevó a cabo mediante la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y por el Real Decreto 1525/1995, que la desarrollaba (1); legislación que fue recurrida por la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE»), al haberse considerado dicho régimen de autorización administrativa previa contrario a los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales que se declaran en los artículos 43 y 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea («Tratado CE»).

Antes de resolver sobre dicho recurso contra la normativa española de las *Golden Share*, el TJCE, mediante sentencia de 4 de junio de 2002, resolvió los asuntos C-367/98, Comisión c. Portugal; C-483/99, Comisión c. Francia; y C-503/99, Comisión c. Bélgica, también sobre *Golden Share*. Así, declaró compatible con el Tratado CE la legislación belga, puesto que el veto gubernamental de carácter objetivo se limita a aquellas decisiones que pongan en peligro la política energética belga, declarándose, por otro lado, incompatibles con el Tratado CE las legislaciones portuguesa y francesa, puesto que las acciones de dichos gobiernos no estaban sujetas a ninguna condición, ni se aclaraban las circunstancias que permitían el ejercicio de las mismas.

Con estos precedentes, el TJCE declaró en su sentencia, de 13 de mayo de 2003 (asunto C-463/00), que la citada normativa española sobre *Golden Share*, era también contraria al Tratado CE por vulnerar los derechos de establecimiento y de libre circulación de capitales.

(1) Para las empresas específicas, su régimen jurídico se individualizó del siguiente modo: Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, de aplicación a Repsol, S. A.; Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, de aplicación a Telefónica de España, S. A.; Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, de aplicación a Corporación Bancaria de España, S. A. (Argentina); Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, de aplicación a Tabacalera, S. A., y Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, de aplicación a Endesa, S. A.

Con el objeto de intentar dar cumplimiento a la referida sentencia del TJCE y por considerarse necesario el control administrativo previo en determinadas situaciones, el Reino de España procedió a modificar su particular régimen de *Golden Share*, mediante la Disposición Adicional vigésima quinta de la Ley 60/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. No obstante dicha modificación normativa, la Comisión Europea mediante carta de emplazamiento dirigida al Gobierno español el día 7 de julio de 2004, le comunicó que el régimen normativo fruto de dicha reforma tampoco resultaba conforme con el Derecho Comunitario Europeo.

En este contexto, finalmente la Ley 13/2006, de 26 de mayo, derogó finalmente el régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, establecido por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo, entre las que se encontraba la Disposición Adicional vigésima quinta y la Disposición Adicional vigésima sexta de la Ley 60/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, siendo la razón de dicha norma —según su Preámbulo— «...superar de manera definitiva las dificultades surgidas en orden a la adaptación de la normativa española al Derecho Comunitario Europeo, y dar debido cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto indicado anteriormente, evitando así la inminente imposición a España de sanciones ex artículo 228.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Y por otro lado, de dar la solución que un análisis objetivo y realista de la situación actual muestra como más adecuada. Dicha solución consiste en desactivar el sistema de controles públicos que, hasta ahora, se aplicaba a las operaciones objeto de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, dado que, como se ha expuesto anteriormente, la situación actual refleja su innecesariedad. Siendo así, carecería de sentido prorrogar la vigencia de dichos controles una vez que su finalidad se ha cumplido».

De esta forma, una vez derogado el régimen español de *Golden Share*, el control administrativo para la toma de participación en empresas energéticas españolas pivotaba fundamentalmente mediante dos disposiciones normativas, a saber: i) la Disposición Adicional vigésima séptima de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada a la misma por el artículo 94 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que limitan los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por entidades públicas en las empresas españolas del sector energético (la conocida como «Ley Rato»); y ii) la función decimocuarta de la Comisión Nacional de la Energía enumerada en la Disposición Adicional undécima, tercero 1, de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, modificada por el artículo único del Real Decreto-Ley 4/2006 (la conocida «función 14 de la CNE»).

Pues bien, a la Ley Rato se ha dedicado la sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 2008, mientras que a la función 14 de la CNE lo ha sido la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008, para declarar la no compatibilidad de las mismas con los principios del Tratado CE, cuyos argumentos expondremos a continuación.

No obstante las mencionadas sentencias recientes del TJCE, entendemos que de las mismas y al amparo del propio Tratado CE, existen posibilidades para los Estados miembros de restringir los principios de libertad de derecho de establecimiento y de libre circulación de capitales cuando la operación en sí afecte a la seguridad del Estado en cuestión.

Por ello, es importante recordar que el propio artículo 58 del Tratado CE permite a los Estados miembros: «...establecer procedimientos de declaración

de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública...».

Pero igual de importante es traer a colación el mecanismo normativo existente en nuestro Ordenamiento Jurídico que al amparo de lo dispuesto en el Tratado CE, prevé la existencia de la suspensión particular del régimen de liberalización de inversiones cuando se vea afectada la «seguridad pública». Así, el artículo 10 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, prevé expresamente lo siguiente:

«ARTÍCULO 10. Suspensión del régimen de liberalización.

1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia, y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores podrá acordar, de forma motivada, con carácter general o particular, la suspensión del régimen de liberalización establecido en el presente Real Decreto y siempre que las inversiones por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas aunque sólo sea de modo ocasional con el ejercicio de poder público, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud públicas.

2. Una vez suspendido el régimen de liberalización, el inversor afectado deberá solicitar autorización administrativa previa respecto de las operaciones de inversión que, a partir del momento de la notificación de la suspensión se propusiera realizar. La solicitud de autorización se dirigirá al Director General de Política Comercial e Inversiones Exteriores, correspondiendo su resolución al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

Transcurridos seis meses desde el día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente para resolver, sin que haya recaído resolución expresa se producirán los efectos previstos en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Las inversiones autorizadas, de acuerdo con el apartado anterior, deberán realizarse dentro del plazo que específicamente hubiere señalado la autorización o, en su defecto, en el de seis meses, transcurrido el plazo sin haberse realizado la inversión, se entenderá caducada la autorización, salvo que se obtenga prórroga».

Es decir, el propio Derecho Comunitario considera contrario a los principios de derecho de establecimiento y de libre circulación de capitales las restricciones administrativas a una inversión, aunque por otro lado, también estima como conforme al Derecho Comunitario la existencia de un régimen de autorización administrativa previa para la inversión en cuestión cuando la misma pueda afectar a la «seguridad pública». Pues bien, ésa es evidentemente nuestra opinión en el marco de las adquisiciones de participaciones en empresas energéticas españolas, cuando en función de las circunstancias objetivas y subjetivas de la adquisición en cuestión pueda ponerse en peligro la «seguridad pública», concepto dentro del cual ha de comprenderse necesariamente también la «seguridad energética», según los argumentos que expondremos

con posterioridad en el presente trabajo, en cuanto al alcance y contenido de dicho concepto en el marco energético español.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 14 DE FEBRERO DE 2008

La Disposición Adicional vigésimo séptima de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada a la misma por el artículo 94 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, tiene el siguiente contenido:

«**DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA SÉPTIMA.** *Participaciones públicas en el sector energético.*

1. *Las entidades o personas de naturaleza pública y las entidades de cualquier naturaleza, participadas mayoritariamente o controladas en cualquier forma por entidades o Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que directa o indirectamente tomen el control o adquieran participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos deberán notificar a la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y PYMES de la toma de control o adquisición que se haya efectuado, con especial referencia a las características y condiciones de la adquisición.*

2. *La Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y PYMES, cuando haya sido notificada, o de oficio en el caso en que dándose el supuesto del número anterior no haya tenido lugar la notificación, instruirá un expediente, de conformidad con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto tenga conocimiento, y en el que informará preceptivamente la Comisión Nacional de Energía.*

3. *El Consejo de Ministros previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en el plazo máximo de dos meses podrá resolver reconociendo o no el ejercicio de derechos políticos correspondientes, o sometiendo el ejercicio de los mismos a determinadas condiciones en atención, entre otros, a los principios de objetividad, transparencia, equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y sistemas energéticos.*

En todo caso, desde que se produzca la toma de control o la adquisición de participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos y hasta que no se pronuncie el Consejo de Ministros, por resolución expresa o por silencio, si no resuelve expresamente dentro del plazo máximo de que dispone, las entidades o personas a que se refiere el número 1 de la presente disposición no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a las participaciones en el mismo indicadas.

La resolución del Consejo de Ministros, que será motivada, tendrá en cuenta si la toma de control o adquisición de participaciones significativas tiene como consecuencia la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades desarrolladas por las empresas en los mercados energéticos con el fin de garantizar la adecuada gestión y prestación de servicios por las mismas dentro del sistema energético, de conformidad con los criterios objetivos que se especifica en el apartado siguiente.

La falta de resolución del expediente, en el plazo a que se refiere el párrafo primero del presente apartado, permitirá el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las mismas.

4. *A los efectos previstos en el apartado anterior, la existencia de riesgos significativos o efectos negativos se apreciará en función de:*

- a) La transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda incorporarse la entidad como consecuencia de la operación y, en general, la existencia de dificultades para obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades.*
- b) Los vínculos que, como consecuencia de la operación, la entidad en cuestión pueda mantener con otras personas físicas o jurídicas, siempre que tales vínculos puedan obstaculizar el buen ejercicio de la ordenación y supervisión de la correspondiente entidad.*
- c) La posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de cualesquiera otras actividades desarrolladas por los adquirentes.*
- d) El riesgo que la estructura financiera de la operación haga recaer sobre las actividades de la entidad sometidas a regulación, y sobre los recursos obtenidos por dichas actividades, en especial cuando se trate de rentas de origen regulados que se transfieren a actividades distintas de aquellas que las originan.*
- e) Seguridad del suministro o de la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios y, en particular, en la necesidad de preservar y desarrollar la estructura de los mercados en cuestión con una calidad adecuada, y de forma accesible a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica; en especial, la protección frente al riesgo de una inversión insuficiente en infraestructuras a largo plazo que no permita garantizar, de forma continuada, la disponibilidad de una capacidad suficiente.*
- f) Protección del interés general en el sector correspondiente afectado y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial.*

La anterior resolución se entenderá sin perjuicio de las autorizaciones que resulten pertinentes en virtud del ordenamiento jurídico vigente.

5. *A los efectos de la presente disposición, se considerarán participaciones significativas aquellas que, directa o indirectamente, alcancen al menos el 3 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la sociedad.*

6. *Se entenderá que existe una relación de control a los efectos de esta disposición, siempre que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores».*

Pues bien, en relación con el análisis sobre dicha Disposición Adicional vigésimo séptima y como apreciaciones previas al respecto, el TJCE declara que la libre circulación de capitales puede verse limitada por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 TCE o por razones imperiosas de interés general, no pudiéndose negar que el objetivo de garantizar, en caso de crisis, la seguridad del abastecimiento de energía en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública (véanse las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, C-483/99, y Comisión/Bélgica C-503/99) que pueden justificar, even-

tualmente, un obstáculo a la libre circulación de capitales. Aunque la seguridad pública, a estos efectos, sólo puede alegarse cuando exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase, en particular, la sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, C-54/99).

Es decir, conforme a lo anterior, la seguridad pública puede suponer una justificación a la libre restricción de capitales, según prevé el propio artículo 58 del TCE.

Ahora bien, el carácter público del inversor, por sí sólo, que recoge la mencionada Disposición Adicional vigésimo séptima, no supone, a juicio del TJCE, un peligro para el abastecimiento de energía de un Estado miembro, no pudiendo consistir el interés en reforzar la estructura competitiva del mercado de que se trate una justificación válida para el establecimiento de restricciones a la libre circulación de capitales (sentencia Comisión/Italia, C-174-04).

Además, y como alegó la Comisión Europea, el TJCE considera que la supervisión de la entidad pública exclusivamente en el momento en que ésta tome el control de una empresa española que opere en el sector de la energía o en el momento en que adquiriera una participación significativa en ella no permite garantizar que, una vez reconocidos los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por dicha entidad, ésta vaya a utilizarlos de una forma adecuada que garantice la seguridad del abastecimiento energético.

Por otro lado, el TJCE recuerda que el régimen de la Disposición Adicional vigésimo séptima analizado no es asimilable al examinado en el asunto Comisión Europea/Bélgica, antes citado, ya que este último constituye un régimen de oposición *a posteriori* a los acuerdos adoptados por la sociedad, mientras que la norma española suspende el ejercicio de los derechos de voto y permite su no reconocimiento o su limitación, produciendo sus efectos aun antes de que la sociedad haya adoptado una decisión, es decir, sin que haya demostrado la existencia de un riesgo, siquiera potencial, de perjudicar a la seguridad del abastecimiento de energía.

III. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 17 DE JULIO DE 2008

En esta sentencia el TJCE falla sobre el recurso planteado por la Comisión Europea en relación con la medida que establece el régimen de autorización previsto en el apartado 1, párrafo segundo, de la función decimocuarta atribuida a la Comisión Nacional de la Energía.

Dicha norma sectorial prevista en la Disposición Adicional undécima de la Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos, modificada por el Real Decreto-Ley 4/2006, establece lo siguiente:

«La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10 por 100 del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades».

Con carácter preliminar a las apreciaciones sobre la legalidad de dicha norma, el TJCE recuerda que el artículo 56 del TCE, apartado 1, hace efectiva la libre circulación de capitales entre los Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. A tal fin, esta disposición establece que quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y países terceros.

Ante la inexistencia de un concepto de «movimientos de capitales» en el sentido del referido artículo 56 del TCE, ha de entenderse por tal cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de la actividad económica (vid. sentencias del TJCE, de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania, C-112/05, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, C-274/06). Debiendo entenderse por «restricciones», las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las sociedades afectadas o disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas (vid., por ejemplo, la sentencia del TJCE, de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98).

El TJCE, acogiendo las alegaciones de la Comisión Europea en el análisis del régimen de autorización administrativa analizado, considera que no necesariamente todas las adquisiciones de participaciones en una sociedad superiores al 10 por 100 de su capital ni todas las adquisiciones directas de activos permiten ejercer una influencia real en las decisiones de la sociedad en cuestión y determinar sus actividades. Por ello, dicho régimen de autorización administrativa previa puede vulnerar no sólo la prohibición de restricciones a los movimientos de capitales en aplicación del artículo 56 del TCE, sino también el relativo a la libertad de establecimiento que establece el propio artículo 43 del TCE (vid. sentencia del TJCE, de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimant in the FII Group Litigation*, C-446/04).

De sumo interés resulta la declaración del TJCE consistente en que la libre circulación de capitales puede verse limitada por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 del TCE (ya recogido con anterioridad en este trabajo) o por razones imperiosas de interés general, siempre que no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses (vid., por ejemplo, la sentencia del TJCE, de 28 de septiembre de 2006, *Comisión/Países Bajos*, C-282/04).

A este respecto, el TJCE concluye que en este caso no existe la armonización comunitaria antes citada, ya que la Directiva 2004/67/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a las medidas para garantizar el suministro del gas natural, y la Directiva 2005/89/CE del Parlamento y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura, aunque formulan medidas dirigidas a proteger un nivel adecuado de seguridad en el suministro, respectivamente, de gas natural y electricidad, sólo establecen únicamente un marco dentro del cual los Estados miembros han de definir las políticas generales en materia de seguridad del suministro energético.

Por lo tanto, hasta ahora puede comprobarse cómo en función de los anteriores razonamientos del TJCE, la libre circulación de capitales puede verse mermada en determinados casos que afecten a la seguridad del Estado en cuestión, por ello, el TJCE afirma también que el objetivo de garantizar la energía en

el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública (vid. las sentencias del TJCE, de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, C-483/99, y la propia sentencia antes citada de 14 de febrero de 2008, Comisión/España).

No obstante, el TJCE ha mantenido que las exigencias de seguridad pública, como excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales, han de interpretarse en sentido estricto, pudiendo invocarse tan sólo en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (vid. la sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, C-54-59).

Por ello, el TJCE confirmó la postura de la Comisión Europea al mantener que el Reino de España había incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud del TJCE, al haber adoptado las disposiciones que figuran en el apartado 1, párrafo segundo, de la función decimocuarta de la Comisión Nacional de la Energía, con el fin de someter a autorización previa de este órgano administrativo español la adquisición de ciertas participaciones en las empresas que realicen determinadas actividades reguladas del sector de la energía, así como la adquisición de los activos precisos para desarrollar tales actividades, vulnerándose también con esta medida el artículo 43 del TJCE, relativo a la libertad de establecimiento, ya que se encuentra dentro de dicha libertad las disposiciones nacionales que son de aplicación a la posesión de un nacional del Estado miembro de que se trate de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiera una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permita determinar las actividades de ésta [vid. las sentencias del TJCE, *Baars* (TJCE 200, 87), *Cadbury Sweppes* y *Cadbury Sweppes Overseas* (TJCE 2006, 243) y *Test Claimants in the Tin Cap Group Litigation* (TJCE 2007, 59)].

En resumen, cabe reseñar que el TJCE en esta sentencia no rechaza la posibilidad de un mecanismo de control consistente en una autorización previa, sino que exige que ésta se configure y regule de modo proporcional respecto al fin perseguido.

IV. LA FUNCIÓN DECIMOCUARTA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA TRAS LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 17 DE JULIO DE 2008

Como hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad, la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008, ha declarado incompatible con el Derecho Comunitario el párrafo segundo del apartado 1 de la Función 14.^a que le incumbe a la Comisión Nacional de la Energía, quien ha decidido en tanto no se produzca a su derogación o modificación no aplicarlo en lo sucesivo (vid. Acuerdo de la Comisión Nacional de Energía en relación con la consulta de Gas Natural SDG, S. A., de fecha 4 de septiembre de 2008, sobre su intención de adquirir el control sobre Unión Fenosa, S. A.) (2).

El hecho de que el propio TJCE haya excluido del alcance de la referida sentencia al párrafo primero del apartado 1 de la Función 14.^a, ha provocado que existan opiniones discrepantes incluso en el seno de la propia Comisión Nacional de Energía en cuanto a la aplicabilidad del mismo o no.

(2) Disponible en la página web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es

Si bien la redacción originaria de la Función 14.^a sólo requería autorización administrativa cuando una sociedad con actividades reguladas tomase participaciones en otra que realizase actividades mercantiles (reguladas o no), la redacción de dicha Función 14.^a tras el Real Decreto-Ley 4/2004 extiende el régimen de dicha autorización a los casos en que cualquier sociedad (energética o no, regulada o mercantil) tome una participación significativa en una sociedad que ejecute operaciones reguladas.

Dicho párrafo primero, tras la mencionada reforma, prevé expresamente la siguiente intervención de dicho órgano administrativo:

«Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español».

Pues bien, el referido Acuerdo de 4 de septiembre de 2008, de la Comisión Nacional de Energía, estimó que ha de prevalecer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación subsistente de la Función 14.^a (en lo no afectado expresamente por la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008), en particular del concepto «sociedad con actividad regulada», por lo que el citado órgano administrativo estimó que la operación de toma de control de Unión Fenosa, S. A., por parte de Gas Natural SDG, S. A., sociedad holding matriz del Grupo Gas Natural (que no desarrolla por sí misma actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial previstas en la Ley), no se encuentra sujeta tampoco a lo establecido en el párrafo primero del apartado 1 de la Función 14.^a de la Comisión Nacional de Energía (3).

Sin embargo, a favor de una inaplicabilidad de la totalidad de la Función 14.^a tras la meritada sentencia del TJCE, se pronuncia el Consejero don Jorge Fabra Utray en su explicación de voto concurrente a dicha decisión de la Comisión Nacional de Energía, al manifestar que: *«...la parte subsistente de la Función 14.^a no satisface en modo alguno los objetivos cuya tutela se perseguía con la Función 14.^a introducida por la reforma del Real Decreto-Ley 4/2006, además de resultar contraria en sí misma al Derecho comunitario e incluso a nuestro Texto Constitucional»* (4).

Es decir, sin entrar a valorar los argumentos existentes a favor o en contra de la subsistencia o vigencia del párrafo primero del apartado 1 de la Función 14.^a por no ser éste el objeto de este trabajo, sí que cabe al menos expre-

(3) Vid., por su interés, el voto particular que formula el Consejero Jaime GONZÁLEZ al acuerdo del Consejo de Administración de la CNE, por el que se decide no aplicar a la operación de toma de control de Unión Fenosa por Gas Natural SDG, S. A., la Función 14.^a, párrafo primero, apartado 1. Disponible en la página web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es

(4) Para mayor extensión sobre el análisis de dichos argumentos, también puede consultarse la explicación de este voto concurrente en la página web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es

sar nuestra opinión coincidente con la incompatibilidad de dicho apartado de la Función 14.^a no analizado en la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008, con los propios principios del TCE alegados en esta sentencia, a saber, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, por lo que el legislador español debería reaccionar ante tal sentencia si considera conveniente seguir manteniendo el régimen administrativo de control en los parámetros autorizados por el TJCE, pero hasta tanto, consideramos que las «barreras de entrada», de ser posibles, han de venir por la aplicación de otra normativa distinta a la propia y específica del sector energético, a saber, la normativa de inversiones extranjeras y la de control de concentraciones, en cuanto resulten aplicables, sobre todo desde el punto de vista de la afección de la operación de toma de control a la seguridad pública energética.

V. LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO EXCEPCIÓN. UNA REFLEXIÓN FINAL

Ya hemos manifestado como el TJCE ha admitido, si bien entendido de forma restrictiva, como la seguridad pública puede fundamentar una excepción a la libertad de movimientos de capitales tanto entre nacionales de la Unión Europea como con terceros países.

Excepciones que realmente se encuentran recogidas tanto en nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 10 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores) como en el Ordenamiento Comunitario. Así el artículo 21.4 del Reglamento CE, número 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») prevé que: *«los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho Comunitario. Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales»*. Posibilidad establecida por el referido artículo 21.4, que no está de más recordar, ya fue alegada por el Reino de España en el Asunto número COMP/M.4197 - EON/Endesa - C (2006), relativo a las condiciones que fijó la Comisión Nacional de Energía para la adquisición por parte de EON del control sobre Endesa, si bien la sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 2008, sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de tales medidas mantuvo que: *«...procede señalar, sin que sea necesario examinar si las medidas nacionales controvertidas se adoptaron para proteger un interés legítimo, como la seguridad pública en el sentido del artículo 21, apartado 4, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones (LCEur 2004, 278), que la validez de las decisiones de la Comisión no pueden cuestionarse en el marco del presente recurso por incumplimiento»*.

En relación con el concepto de seguridad pública y más concretamente de seguridad energética, cabe señalar que la misma es *«...un concepto elusivo con un componente subjetivo importante que conviene definir de forma tan precisa como sea factible para poder emplearlo como instrumento de análisis. El aspecto al que normalmente se alude es, en realidad, la seguridad de abastecimiento, dejando de lado otras dimensiones de la seguridad energética como la social, la medioambiental, la seguridad de las instalaciones o la eficiencia de los mercados. En términos operativos, la política de seguridad de los suministros puede definirse como una estrategia para gestionar los riesgos que plantean la dependencia,*

la vulnerabilidad y el aislamiento, variables todas ellas que pueden ser cuantificadas sólo con relativa objetividad...» (5).

Por ello, a nuestro juicio, es y con carácter eminente la seguridad de abastecimiento, y como consecuencia de ello, el análisis de la dependencia de España de las importaciones de energía las que han de servir como parámetro para la valoración de la seguridad energética como cuestión de seguridad pública, a los efectos aquí analizados.

En este contexto resulta de interés el trabajo de Paul ISBELL, *La dependencia energética y los intereses de España* del Real Instituto Elcano (marzo, 2006) donde concluye que: «España padece una alta dependencia tanto de los hidrocarburos problemáticos (petróleo y gas) como de su importación. Por lo tanto, la economía española es bastante vulnerable a los volátiles cambios en los precios internacionales del petróleo y del gas. Geográficamente, esta dependencia se concentra en países no totalmente fiables ni en sus suministros o en sus políticas. Las perspectivas para el futuro sugieren que el escenario energético se complicará más a medio y largo plazo. Por eso, España debe considerar el reto de diversificar su mezcla energética y de reducir su dependencia de los hidrocarburos como una prioridad nacional». Afirmando, por otro lado, en su análisis económico que: «En términos generales, España depende en la actualidad de un grupo reducido de países para sus importaciones de energía, principalmente Rusia, Argelia, Nigeria, Libia, Arabia Saudí y México... Más del 54 por 100 de todas las importaciones energéticas de España provienen de estos seis países, y las cuotas de Rusia y Nigeria han aumentado casi un 75 por 100 en los últimos cuatro años». El análisis geopolítico de las importaciones de petróleo españolas es realizado por ISBELL, afirmando lo siguiente:

«...Lo que es más, España importa más del 50 por 100 de su petróleo total de seis miembros de la OPEP (Arabia Saudí, Libia, Nigeria, Irán, Irak y Argelia), que son países que no están consolidados democráticamente o que tienen regímenes que no son estables o predecibles. Otro 11 por 100 proviene de países africanos con características semejantes. Los socios europeos (como el Reino Unido y Noruega), que sí son fiables, contribuyen apenas el 6 por 100 de las importaciones españolas, sin la posibilidad de aumentar esta proporción mucho más, dada su producción limitada. México sigue siendo un socio importante (el segundo proveedor en el período 2002-2005, y el primero en 2005), pero no tiene la posibilidad de aumentar su producción fácilmente.

Queda Rusia, el proveedor de petróleo más importante para España en los últimos años, pero que tampoco tiene la capacidad de aumentar sus exportaciones rápidamente en el corto plazo, ni es el régimen más fiable en términos de suministro energético, como se ha puesto de manifiesto con la última crisis de Ucrania y con la deriva en general de la política energética rusa durante los últimos años. Al fin y al cabo, si consideramos el hecho de que más del 75 por 100 del total de las importaciones españolas de petróleo (equivalente al 40 por 100 de la energía primaria consumida) viene de regímenes no democráticos o inestables (los de Oriente Medio, África y Rusia), llegamos rápidamente a la conclusión de que la economía española padece un alto grado de riesgo político».

(5) Vid. Gonzalo ESCRIBANO, *Seguridad energética: concepto, escenarios e implicaciones para España y la Unión Europea*. Documento de Trabajo, núm. 33/2006, diciembre de 2006. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.

Así pues, la situación energética española pasa por depender de un elevado grado de inestabilidad política de sus importadores lo que, en definitiva, implica que cualquier toma de posición que pudiera afectar a la antes mencionada seguridad de abastecimiento se convierta en España, con mayor acento que en otros países comunitarios, como de una auténtica cuestión de seguridad pública, incluso perteneciente al ámbito de la estrategia en seguridad nacional. Ya conocemos, como recientemente se han elaborado estrategias de seguridad nacional en Holanda, Reino Unido, Alemania y recientemente Francia. En este contexto, el Gobierno español ya ha mostrado su interés en la elaboración de un plan de estrategia de seguridad nacional, entre la que debe incluirse en nuestra opinión las cuestiones de seguridad energética, por las razones apuntadas, en las que debería definirse con mayor precisión este concepto a los efectos, entre otros, de poder ser utilizado como excepción o restricción (si se prefiere) a los principios de libertad de movimiento de capitales y de derecho de establecimiento en operaciones de toma de posición en empresas energéticas españolas, que pudieran comprometer la seguridad pública.

Por ello, aunque es cierto que tras la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha mermado considerablemente el ámbito de actuación del Gobierno español a la hora de someter a autorización administrativa previa estas operaciones de toma de participación en empresas energéticas españolas, no es menos cierto que existen instrumentos jurídicos tales como la normativa de inversiones extranjeras en España y la normativa comunitaria de concentraciones empresariales que ponen en manos del Gobierno la posibilidad de adopción de medidas que supongan un análisis de la operación empresarial a realizar en aras de velar por la seguridad energética española y más ampliamente, por nuestra seguridad pública.

Al margen de lo anterior, no estaría de más volver a apuntar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es que haya negado con carácter absoluto la posibilidad de tales medidas preventivas, sino que éstas deberían adecuarse escrupulosamente a los dictados del acervo comunitario, por lo que debe ser tarea responsable del buen gobernante reformular las disposiciones normativas españolas enjuiciadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con el objeto de salvaguardar las seguridades señaladas, la energética, y por ende la pública y nacional.

Esta preocupación por el sector energético se ha visto también en el ámbito comunitario. Por ello el pasado 10 de octubre de 2008, el Consejo de Energía de la Unión Europea acordó la llamada «cláusula Gazprom», que establece que el control de las redes por parte de compañías de terceros países debe asegurar, de forma no proteccionista, que las compañías afectadas cumplen con las mismas leyes que se aplican a las empresas europeas. Al menos en las adquisiciones de redes, se vienen tomando medidas por parte de las instituciones europeas, lo que debería servir de estímulo para que las autoridades nacionales en el ámbito de sus competencias puedan también ejecutar actuaciones consecuentes para la defensa de la seguridad energética.

RESUMEN

*PARTICIPACIÓN EN EMPRESAS
ENERGÉTICAS*

En el presente trabajo se exponen las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que analizan la incompatibilidad con el Tratado CE de ciertas medidas de control administrativo por el Estado español sobre las participaciones en empresas energéticas, así como el concepto de seguridad pública como legitimadora de las mismas.

ABSTRACT

INTERESTS IN POWER COMPANIES

This paper covers the recent rulings of the Court of Justice of the European Communities analysing the incompatibility with the EC Treaty of certain administrative control measures taken by the Spanish national government concerning interests in power companies, as well as the concept of public security as a legitimising basis for such measures.

3. URBANISMO

LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE OBRAS ANTIGUAS

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN de 25 de agosto de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Conil de la Frontera, por la que suspende la inscripción de una escritura pública de ampliación de obra nueva.

I. HECHOS

1. Mediante escritura de fecha 22-1-2008, se amplía una obra nueva. Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera, fue objeto de la nota de calificación por la que se suspendió su inscripción en base a los siguientes: «Fundamentos de derecho: Primero: Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la LH, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Segundo: En el presente caso, la descripción de la obra que se hace en el título no es coincidente con la reflejada en la Certificación Catastral, tal y como establece el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística. De igual forma, parece que existe un error en la división realizada en su día en la finca matriz (uso exclusivo de parcela); dicha rectificación no ha tenido acceso a este Registro, por lo que mientras que no lo haga seguiría la finca, según el Registro, con derecho al uso exclusivo y privativo de una parcela de 527,58 m². Tercero: La calificación de los documentos presentados en el Registro se ha de entender a los efectos de practicar, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedir el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales para que los interesados contiendan entre sí sobre la validez o nulidad del título, ni prejuzgar los resultados del mismo procedimiento, de conformidad con los artículos 66 y 328 de la LH. Parte dispositiva: Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, el Registrador acuerda: 1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los fundamentos jurídicos antes citados. 2.º Suspender el despacho del título hasta la subsanación, en su caso, de los defectos observados, desestimando entre tanto la solicitud de la práctica de los asientos registrales. 3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento, y al Notario o autoridad judicial o administrativa que lo ha expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la LH y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Admi-

nistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el párrafo precedente. Contra esta calificación podrá interponerse recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes desde su notificación, en la forma y por los trámites previstos en los artículos 322 y siguientes de la LH. Asimismo, podrá solicitarse procedimiento para la intervención de Registrador Sustituto a efectos de una nueva calificación, conforme a las Reglas contenidas en el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto. También podrá ser impugnada en el plazo de dos meses directamente ante los Juzgados de Cádiz, conforme al artículo 324 de la Ley Hipotecaria. El Registrador interino».

2. Contra esta nota de calificación se interpone recurso mediante escrito de fecha 11 de febrero de 2008, en base, en síntesis, a los siguientes argumentos: que el registrador está calificando lo que ya figura inscrito en el Registro, lo cual está bajo la salvaguarda de los tribunales; lo que es objeto de declaración en la escritura calificada es una planta de sótano, cuya descripción, superficie y antigüedad se declaran en términos absolutamente coincidentes entre lo consignado en título calificado y lo que resulta de la certificación catastral incorporada. En el Registro de la Propiedad figura inscrita una vivienda de una sola planta, con una superficie de 140 m², con una pérgola de 6,88 m² y patio tendadero de 10 m². En la escritura calificada dichos hechos previamente inscritos no se modifican. La presunción de exactitud y validez del contenido del Registro y la salvaguarda judicial de sus asientos impiden al registrador revisar la calificación de lo inscrito (Resolución de 30 de julio de 1992). Por tanto, so pretexto de que ahora accede una planta sótano no puede de nuevo entrar a calificar si está correctamente inscrita la planta baja previamente inscrita con una superficie de 140 m² y ello aunque el certificado catastral incorporado a la escritura resulte una superficie distinta, por cuanto sólo el titular registral o en su caso la autoridad judicial están legitimados para rectificar dicha inscripción. En definitiva, la declaración de planta sótano con 131 m² se ajusta estrictamente a lo que resulta del certificado catastral telemático descriptivo y gráfico incorporado a la escritura calificada.

3. El Registrador emitió informe el día 27 de febrero de 2008 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística.

1. Al no haberse recurrido el segundo párrafo del Fundamento de Derecho segundo de la nota de calificación, queda circunscrito este recurso a decidir si es inscribible en el Registro de la Propiedad la ampliación de una obra nueva, en cuanto a una planta sótano destinada a aparcamiento de 131 m², justificada por una certificación catastral descriptiva y gráfica que coincide con la ampliación de obra descrita en el título y cuya inscripción se pretende, pero que no es totalmente coincidente en cuanto a la superficie total de la finca tal como figura inscrita en el Registro de la Propiedad.

2. Se trata, por tanto, de una vivienda que registralmente tiene 140 m² totales construidos (más 6,88 m² de pérgola y 10 m² de patio tendadero), a la que se quiere incorporar la declaración de una ampliación de obra nueva de una planta sótano de 131 m². Para acreditar la finalización de la obra y que han prescrito las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, se acompaña certificación catastral acreditativa de que el inmueble, con la superficie total de 285 m², fue construida en 1999. Esos 285 m² son suma de los 131 correspondientes a la vivienda, 23 m² correspondientes al porche y de los 131 m² del sótano aparcamiento que ahora se pretende inscribir por vez primera. La descripción de la finca resultante, según el título, quedaría con una superficie total construida de 271 m², incluyendo el aparcamiento, más 6,88 m² de pérgola y 10 m² de patio tendadero que no se modifican.

3. En la resolución de este recurso deben distinguirse dos cuestiones distintas: la ampliación de la obra nueva (planta sótano destinada a aparcamiento) y la descripción de la vivienda resultante, cuya inscripción también se pretende.

4. Respecto de la primera cuestión, deberán respetarse las superficies inscritas en el Registro, dado la presunción de exactitud de los asientos registrales (art. 38 LH) y la salvaguarda judicial de los mismos (art. 1 LH). En definitiva, sólo se debe analizar si la ampliación de la obra se ajusta o no a la certificación catastral, a los efectos de entenderse o no cumplido el requisito del artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Y en este aspecto debe darse la razón al recurrente, pues la identidad es completa, coincidiendo los 131 m² de planta sótano tanto en el título como en la certificación catastral. En este sentido, el propio registrador admite la coincidencia entre la descripción en el título de la ampliación de obra que se pretende inscribir, con la descripción de la misma en la certificación catastral y gráfica que se testimonia en la escritura. Es este el único extremo que debería tener en cuenta, si fuera lo único que pretendiera inscribir.

5. Ahora bien, en el título calificado no sólo hay una ampliación de declaración de obra nueva, sino una nueva descripción de la totalidad del inmueble, resultante de aquella ampliación, y aquí tampoco hay contradicción que impida la inscripción, entre la certificación descriptiva y gráfica y el título calificado. En la escritura se pretende que la superficie total registral de la vivienda pase de 140 metros construidos a 271 m², exceso que equivale a la suma con los nuevos 131 m² inscritos destinados a sótano y que en la escritura se describen como parte de la vivienda. Y aunque en la certificación catastral figuran un total de 285 m², suma de los diversos componentes de inmueble, es muy similar a la suma de los mismos, tal como se pretende reflejar en el Registro, que sumando los 271 de vivienda a los 16,88 de pérgola y patio (porches) dan 287,88 m². Es cierto que no es una total coincidencia, pero no estamos ante supuestos (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística; y que no haya duda de la identidad de la finca entre el título y el documento justificativo de aquéllos extremos, cuestiones todas que han quedado acreditadas sobradamente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos resultantes de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

III. COMENTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de la Resolución que se acaba de transcribir está constituido por la forma en que debe acceder al Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva referente a una edificación realizada sin licencia pero habiendo transcurrido desde su terminación el plazo establecido por la legislación del suelo para la prescripción de la ilegalidad cometida.

Se trata de una cuestión específicamente contemplada por el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. El marco legal en el que debe encuadrarse la interpretación de dicho precepto ha variado sensiblemente desde el momento de su entrada en vigor como consecuencia de las diversas Leyes del Suelo que se han sucedido hasta nuestros días y plantea algunas dudas interpretativas que, en cierta medida, cabe considerar solventadas por la presente Resolución de la Dirección General.

En especial interesa la delimitación del ámbito de aplicación de dicho artículo, que ha sido objeto de un intenso debate doctrinal y su posible extralimitación, circunstancias para las que esta Resolución aporta cierta luz, como veremos más adelante.

El Real Decreto 1093/1997 contempla la inscripción de la declaración de obra nueva en su Capítulo VI, comprensivo de los artículos 45 a 55. En ellos se desarrolla el control por parte de los notarios y, en especial, de los registradores del cumplimiento de los requisitos urbanísticos que debe cumplir la obra nueva objeto de declaración, que se reducen, fundamentalmente, a la acreditación de la licencia de edificación que ampare las obras y la certificación de técnico competente que atestigüe que la obra material se ajusta al correspondiente proyecto. La vigente ley del suelo estatal amplió tales requisitos, como veremos más adelante.

2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA REGULADORA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

Los acontecimientos normativos más relevantes en torno a la inscripción de la declaración de obra nueva pueden relatarse de manera sintética como sigue:

- a) La regulación de la inscripción de las declaraciones de obra nueva tiene su punto de partida en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria, que fue desarrollado por el artículo 308 de su Reglamento. Tradicionalmente, la inscripción registral de la obra nueva se desarrollaba al margen de las normas sobre la legalidad urbanística. Por eso,

la Dirección General señaló, en su Resolución de 16 de noviembre de 1981, que no era necesario acreditar el otorgamiento de la licencia municipal, al no venir exigido este requisito por la legislación hipotecaria y no corresponder al notario ni al registrador velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística.

- b) Con la Ley 8/1990, de Reforma de la Ley del Suelo, y el posterior Texto Refundido de 1992 a que aquélla dio lugar, se puso de manifiesto la idoneidad de aprovechar las instituciones notarial y registral para el control de la legalidad urbanística. En efecto, el artículo 37.2.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo (que reprodujo el contenido del art. 25.2.º de la Ley de Reforma), contenía un mandato dirigido a notarios y registradores en cuya virtud los primeros no podían autorizar ni los segundos inscribir escrituras de declaración de obra nueva sin acreditar la previa obtención de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado o, si la obra no se encontraba terminada, certificación acreditativa del ajuste de su descripción al proyecto para el que se obtuvo la licencia.
- c) El Real Decreto 1093/1997 desarrolló los aspectos formales de los anteriores requisitos urbanísticos para el acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas.
- d) Más tarde, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, introdujo un nuevo requisito dirigido a notarios y registradores en su artículo 20.1, según el cual: «No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19», en referencia al denominado seguro decenal.
- e) La Ley del Suelo Estatal de 1998 reguló esta materia en su artículo 22 sin innovación destacable respecto del artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.
- f) Fue la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, la que introdujo una importante novedad en esta materia, que posteriormente fue recogida por el actual Texto Refundido de 2008, cuyo artículo 20 establece lo siguiente:

- «1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizacio-

nes administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.

2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior».

De este modo, a los requisitos urbanísticos y a las garantías del artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación se incorporan de modo expreso a las normas notariales y registrales otros requisitos establecidos por la Ley de Ordenación de la Edificación. Estos últimos son desenvueltos por la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de julio de 2007, y se traducen en la entrega del Libro del Edificio regulado en la Ley.

3. LAS EDIFICACIONES TERMINADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE REFORMA DE 1990

La redacción originaria de la Ley de Reforma de 1990 contenía una norma dirigida a atemperar los efectos de la incorporación a la práctica notarial y registral del deber de velar por el cumplimiento de los requisitos urbanísticos de la obra nueva en relación con las preexistentes a la entrada en vigor de aquella. Dicha norma era la Disposición Transitoria 8.^a, según la cual: «la disposición contenida en el artículo 25.2.^o no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizadas al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley». En otras palabras, la irretroactividad de la ley consagrada en el artículo 2.3.^o del Código Civil imponía no aplicar las restricciones registrales impuestas *ex novo* por el citado artículo 25.2.^o a las edificaciones realizadas con anterioridad.

La transcrita Disposición Transitoria 8.^a de la Ley de Reforma de 1990 fue suprimida, a nuestro juicio de manera errónea, por la discutible vía de la corrección de errores, si bien quedó a salvo su Disposición Transitoria 6.^a, que después se recogería en la Disposición Transitoria 5.^a del TRLS 92, según la cual: «Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular».

A pesar de que esta última Disposición no apuntaba directamente al artículo 25.2.^o de la Ley de Reforma (que contenía los nuevos requisitos de la inscripción de obra nueva) sino al 25.1.^o («el derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística»), la Dirección General de los Registros y del Notariado optó por aplicarla a la hipótesis que contemplamos (1).

Así lo refleja, por ejemplo, la Resolución de 4 de febrero de 1992, cuando señala que: «Una vez que se acredite suficientemente (...) que a la entrada en vigor de la Ley 8/1990 preexistía la edificación (...), debe bastar con justificar alternativamente: a) Que esa edificación ha sido realizada de conformidad con

(1) Resoluciones de 4 de febrero de 1992, 17 de junio de 1993, 4 de marzo de 1996, 1 de diciembre de 1998 y 3 de octubre de 2002, entre otras.

la legislación urbanística entonces aplicable. *b)* Que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (...). El extremo *b)* requiere la acreditación de que la edificación ha sido terminada hace más de cuatro años, siempre que no conste en el Registro de la Propiedad la incoación del expediente de disciplina urbanística».

4. EL ARTÍCULO 52 DEL REAL DECRETO 1093/1997

El artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística parece generalizar los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias antes citadas mediante su aplicación, no ya a las edificaciones preexistentes a la reforma de 1990, sino a las que fueran construyéndose después sin acreditar los extremos recogidos sucesivamente por las Leyes del Suelo que le siguieron. Dicho precepto establece lo siguiente:

«Artículo 52. Reglas aplicables a otras construcciones.

Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:

- a)* Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.
- b)* Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.
- c)* Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

La irrupción de este precepto en el contexto del TRLS 92 dio lugar a una interesante discusión doctrinal acerca de su ámbito de aplicación.

Un sector de la doctrina advirtió de la posible extralimitación de esta norma reglamentaria por entender que no tenía la suficiente cobertura de una norma con rango de Ley. En este sentido se manifiesta CORVINOS BASECA (2) cuando afirma que: «Llegados a este punto, es preciso insistir en el posible exceso del Reglamento al considerar la accesión como título para la adquisición del dominio sobre lo edificado en un terreno. Según ha quedado argumentado, no es posible seguir manteniendo, como resulta de lo establecido en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, que el dominio sobre lo edificado puede adquirirse aún incumpliendo los requisitos exigidos por el ordenamiento urbanístico para que un terreno puede ser edificado. Es indudable que el ordenamiento urbanístico incide en la adquisición del derecho a la edificación. Consecuentemente con este planteamiento, no podrá practicarse la inscripción de obra nueva si no se ha adquirido el derecho a la edificación y queda acreditado en la forma exigida en la legislación ur-

(2) CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU*, núm. 265, pág. 1263.

banística. De ahí que se considere que el régimen de acceso al registro previsto en el artículo 52 ha ido más allá de lo que establecía el artículo 37 del Real Decreto-Ley 1/1992, que contenía el régimen legal del derecho a la edificación y de la declaración de obra nueva en el momento de aprobarse el Real Decreto 1093/1997».

En la misma línea, LÓPEZ FERNÁNDEZ (3) habla de «la inexistencia de un apoyo legal claro para lo que constituye excepción reglamentaria a los requisitos exigidos por la ley para la inscripción de obras nuevas».

Por su parte, GARCÍA MÁS encuentra una vía intermedia para salvar la supuesta contradicción entre el Reglamento y la Ley (4), ya que, tras exponer el contenido del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, añade lo siguiente: «Pensamos, pues, que este artículo 52 está haciendo referencia directa a la Disposición Transitoria 5.^a de la Ley del 90, pues en otro caso pensamos que sería una extralimitación *contra legem* del Real Decreto».

5. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN TORNO A ESTA POLÉMICA

Son escasas las Resoluciones que permiten extraer alguna conclusión sobre la cuestión que aquí planteamos, si bien cabe diferenciar tres hitos o momentos:

La Resolución de 24 de julio de 2001 contempla la inscripción de una obra terminada antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990, por lo que podría conciliarse con la posición intermedia de GARCÍA MÁS, antes apuntada. Dicha Resolución señala en su Fundamento de Derecho 4.º que: «Si la calificación recurrida acepta el hecho de que la construcción fue realizada en 1982, y en todo caso antes de 1989, no tiene sentido que exija precisar cuál es la clase de suelo sobre la que se llevó a cabo con arreglo a los criterios de clasificación introducidos por una ley promulgada diez años después, y en base a las limitaciones que de esa clasificación pudieran derivarse a partir de su entrada en vigor según establece su Disposición Transitoria tercera, pues nunca tales limitaciones serían aplicables al supuesto planteado, sin que se comprendan, por último, las razones por las que el Registrador entiende que no es aplicable en este caso el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y en concreto su artículo 52, que no distingue en atención a la clase de suelo, habilitando así también la inscripción de obras nuevas realizadas en suelo no urbanizable cuando haya prescrito la posible infracción urbanística y no conste en el Registro la incoación de expediente sancionador tal como había admitido la Resolución de 3 de noviembre de 1995».

Dando un paso más, las Resoluciones de 13 de junio de 2002 y 28 de abril de 2003 se enfrentan específicamente a supuestos en que la terminación de la obra se produce ya con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Reforma de 1990. En ellas se deniega la aplicación del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, pero no por el hecho de ser la obra posterior a dicha Ley, sino por la falta de idoneidad de los documentos presentados para acreditar la antigüedad de la misma.

(3) LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Apuntes de Jurisprudencia registral», en *RDU*, núm. 189, pág. 1254.

(4) GARCÍA MÁS, F. J., «Urbanismo: comentarios al Real Decreto 1093/1997 (...)», en *RCDI*, núm. 645, pág. 336.

Finalmente, es la Resolución de 25 de agosto de 2008, motivo de las presentes líneas, la que determina de forma abierta y definitiva la posibilidad de inscripción, por la vía del artículo 52, de una obra nueva iniciada y terminada después de la entrada en vigor de la Ley del 90, concretamente en el año 1999, amparando así la legalidad del precepto reglamentario, pese a las críticas que había recibido y extendiendo su ámbito de aplicación a cualesquiera obras que puedan construirse en lo sucesivo.

6. MODOS DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD DE LA OBRA

Por otro lado, y admitida la plena vigencia del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 y su aplicabilidad a las obras presentes y futuras, cabe plantear otra cuestión de interés en relación con dicho precepto, consistente en la forma en que debe acreditarse la antigüedad de la obra.

El propio artículo responde a esta cuestión, considerando hábiles para acreditar este extremo los siguientes medios:

- certificación del Catastro (como sucede en la Resolución objeto de este comentario),
- certificación del Ayuntamiento,
- certificación técnica y
- acta notarial.

Dos son las cuestiones que se suscitan en este punto: si se trata de una lista cerrada y a qué tipo de acta notarial se hace referencia.

En cuanto a la primera cuestión, GARCÍA GARCÍA (5) señala que: «Dada la excepcionalidad del supuesto, hay que interpretar que se trata de documentos de lista cerrada o *numerus clausus*, sin que sea admisible otro, salvo el que resultara de sentencia firme de los Tribunales, que constituye una prueba de superior rango a estos efectos».

Por la vía indirecta apuntada por este autor parece que podrían admitirse otros medios que acrediten suficientemente la fecha de la obra de tal manera que no quepa al registrador la menor duda de la realidad de este extremo, como podría ser una fotografía aérea realizada o custodiada por un organismo público, como el Ministerio de Defensa, en la que figurase la edificación existente en dicha fecha, sobre todo si además se acredita que esa misma obra permanece inalterada en la actualidad (lo cual podría realizarse, por ejemplo, mediante una certificación técnica o fotografías modernas oficiales o incorporadas a un acta notarial).

La Resolución de 11 de junio de 2007 parece, no obstante, admitir otros medios de prueba de manera directa ante el registrador, en un supuesto en que se presenta en el Registro una escritura de compra de una casa de planta baja, de 56 m² «con un arrimo, a su izquierda, entrando, de 40 m² y terreno unido a monte bajo por su espalda, de diez áreas y setenta y seis centiáreas». Se acompañan certificaciones catastrales, así como distintas escrituras que comprenden varias transmisiones de la finca desde 1966, en las que figura la finca con la misma descripción anteriormente expresada, incluyendo el «arrimo» y

(5) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario, Registral o Hipotecario*, Tomo V, Ed. Civitas, pág. 505.

el terreno unido. El Registrador suspende la inscripción por no probarse la edificación del llamado «arrimo» por certificación catastral, y, por tanto, no cumplirse lo previsto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997. El Fundamento de Derecho 2.º contiene el siguiente razonamiento para justificar la inscripción: «La Disposición Transitoria 5.ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 estableció que las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular, por lo que no puede impedirse su inscripción, y, si bien es cierto, como dice el Registrador, que tales descripciones se basan exclusivamente en la declaración del interesado, es impensable que exista desde 1966 una declaración de una construcción que no existe en la realidad».

Por último, el artículo 52 se refiere al acta notarial como medio para acreditar la antigüedad de la obra, pero sin expresar la clase de acta que puede considerarse hábil para ello. No ofrece dificultad la admisión del acta de notoriedad regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial, iniciada con la finalidad de acreditar la notoriedad de la antigüedad de la obra. Pero también podría plantearse la posibilidad de utilizar con ese fin un acta de presencia que describa la obra incorporando incluso fotografías de la misma. Este instrumento daría fe de la existencia de la obra en la fecha de su autorización, si bien para proceder a la inscripción habría que esperar a que transcurrieran cuatro años desde aquella fecha.

RESUMEN

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

En este comentario se recoge la moderna tendencia doctrinal sobre la inscripción de las declaraciones de obra nueva sin licencia por el transcurso del plazo para la iniciación del expediente de disciplina urbanística.

ABSTRACT

DECLARATION OF NEW WORKS

This commentary addresses doctrine's modern tendency toward the registration of unlicensed new works due to expiration of the deadline for the initiation of disciplinary proceedings.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Real Decreto-ley 1/2009. 23-2-2009. Medidas urgentes en materia de telecomunicaciones.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 37/2009. 23-1-2009. Crea la Comisión Delegada del Gobierno para la Presidencia española de la UE en el año 2010.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 95/2009. 6-2-2009. Regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

— Orden 206/2009. 28-1-2009. Aprueba nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

— Orden 242/2009. 10-2-2009. Aprueba los modelos de remisión al Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica de la información que debe inscribirse en el mismo.

— Orden 337/2009. 12-2-2009. Modifica la Orden JUS/3770/2008, de 2-12-2008, por la que se delegan competencias del Ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos del Ministerio de Justicia.

— Resolución de 9-1-2009. DGRN. Publica la lista de aprobados en la oposición entre Notarios convocada por Resolución de 12-7-2007.

— Resolución de 12-1-2009. DGRN. Resuelve el concurso ordinario número 275 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de

Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 27-10-2008 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 2-2-2009. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 17-2-2009. Aprueba la lista provisional de solicitantes admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1/2009. 9-1-2009. Revalorización y complementos de las pensiones de Clases Pasivas para el año 2009.

— Real Decreto 97/2009. 6-2-2009. Modifica el Real Decreto 1975/2008, de 28-11-2008, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda.

— Orden 396/2009. 13-2-2009. Aprueba el modelo de declaración del IRPF, ejercicio 2008. Se determinan el lugar, forma y plazos de presentación del mismo, se establecen los procedimientos de solicitud, remisión, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del IRPF, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos y se modifican los anexos I y VI de la Orden EHA/2027/2007, de 28-6-2007, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 939/2005, de 29-6-2005, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución de 16-12-2008. Establece las condiciones para el desarrollo de un procedimiento electrónico para el intercambio de ficheros entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las entidades de crédito en el ámbito de las obligaciones de información a la Administración Tributaria relativas a extractos normalizados de cuentas corrientes.

— Resolución de 23-12-2008. Desarrolla la Orden pre/3662/2003, de 29-12-2003, que regula un nuevo procedimiento de recaudación de los ingresos no tributarios recaudados por las Delegaciones de Economía y Hacienda y de los ingresos en efectivo en la Caja General de Depósitos y sus sucursales, para atribuir la facultad de expedición del documento de ingreso 060 a todos los órganos y entidades del sector público estatal.

— Resolución de 20-1-2009. Da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que re-

sultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

— Resolución de 21-1-2009. Aprueba las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2009.

— Resolución de 30-1-2009. Se crea un Registro electrónico y se establecen los requisitos generales para su aplicación a determinados procedimientos.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 9/2008. 10-12-2008. Normas contables, estados de información reservada y pública y cuentas anuales de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, con la exclusión del Banco de España, de las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, de la Sociedad de Sistemas, de las entidades de contrapartida central, de la Sociedad de Bolsas, de las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos rectores de mercados secundarios oficiales y de sistemas multilaterales de negociación, y de otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores.

— Circular 10/2008. 30-12-2008. Empresas de Asesoramiento Financiero.

— Circular 11/2008. 30-12-2008. Normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las entidades de capital-riesgo.

— Circular 12/2008. 30-12-2008. Solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 19-1-2009. Mensualmente se hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Orden 41/2009. 20-1-2009. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 2/2008, de 23-12-2008, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

— Corrección de errores. Orden 41/2009. 20-1-2009. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 2/2008, de 23-12-2008, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Convenio de Cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5-12-2007.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

— Real Decreto 73/2009. 30-1-2009. Prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14-12-2009, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2009.

— Real Decreto 74/2009. 30-1-2009. Determina el nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para el ejercicio 2009.

— Real Decreto 99/2009. 6-2-2009. Modifica el Real Decreto 614/2007, de 11-5-2007, sobre nivel mínimo de protección del sistema para la autonomía y atención a la dependencia garantizado por la Administración General del Estado.

MINISTERIO DE CULTURA

— Real Decreto 2062/2008. 12-12-2008. Desarrolla la Ley 55/2007, de 28-12-2007, del Cine.

— Real Decreto 2063/2008. 12-12-2008. Desarrolla la Ley 10/2007, de 22-6-2007, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas en lo relativo al ISBN.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 2129/2008. 26-12-2008. Establece el Programa Nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas.

— Corrección de errores. Orden 2656/2008. 10-9-2008. Aprueba la Instrucción de Planificación Hidrológica.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Orden 110/2009. 28-1-2009. Determina los requisitos y las especificaciones técnicas que resultan necesarios para el desarrollo del capítulo II del título V del reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15-4-2005.

— Corrección de errores. Orden 110/2009. 28-1-2009. Determina los requisitos y las especificaciones técnicas que resultan necesarios para el desarrollo del capítulo II del título V del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15-4-2005.

— Corrección de errores. Resolución de 8-5-2008. Crea un Registro electrónico en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la recepción, remisión y tramitación de solicitudes, escritos y comunicaciones, y se establecen los criterios generales para la tramitación telemática de determinados procedimientos.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 16-12-2008. Declara la nulidad del párrafo 3.º del artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17-11-2006, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales y colectivos, que es del siguiente tenor: «No se computará a efectos de la duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de su compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de su profesión. En los convenios colectivos se determinarán los supuestos concretos de desplazamientos y esperas que no se computarán a efectos de la duración máxima de la jornada».

— Providencia 23-1-2009. Admite a trámite la cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, sede Sevilla, sobre el artículo 38, Donación de Bienes Comunes de la Sociedad Conyugal, del Real Decreto 1629/1991, de 8-11-1991, por el que se aprueba el Reglamento del IS y D.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 3/2008. 23-12-2008. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009.

— Corrección de erratas. Ley 3/2008. 23-12-2008. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009.

— Decreto-ley 1/2009. 24-2-2009. Adopta medidas urgentes de carácter administrativo.

— Decreto 525/2008. 16-12-2008. Regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

— Decreto 533/2008. 22-12-2008. Asignan a la Agencia Andaluza del Agua las funciones, medios y servicios traspasados por la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Orden 18-12-2008. Aprueban los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos a efectos de la liquidación de los hechos impositivos de los ITP y AJD e IS y D que se devenguen en el año 2009, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología seguida para su obtención.

— Orden 29-12-2008. Modifica la Orden 26-12-2007, por la que se establece el procedimiento en la Comunidad Autónoma de Andalucía para el reconocimiento del derecho a la renta básica de emancipación de los jóvenes, regulada por el Real Decreto 1472/2007, de 2-11-2007, y se aprueba su nuevo modelo de solicitud.

— Resolución de 19-12-2008. Nombran aspirantes a Registradoras y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 23-12-2008. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 2/2008, de 9-12-2008, por el que se aprueba el Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA).

BALEARES

— Decreto-ley 1/2009. 30-1-2009. Medidas urgentes para el impulso de la inversión en las Illes Balears.

— Decreto 9/2009. 13-2-2009. Comisión asesora de Derecho Civil de las Illes Balears.

— Decreto 10/2009. 13-2-2009. Regula el plan especial de rehabilitación de edificios de viviendas para el cumplimiento del Real Decreto-ley 9/2008, de 28-11-2008, por el que se crea, entre otros, un fondo especial del estado para la dinamización de la economía y el empleo.

— Decreto 11/2009. 13-2-2009. Modificación de determinados artículos del Decreto 69/1997, de 21-5-1997, de creación y régimen jurídico del Instituto Balear de la Naturaleza (IBANAT), del Decreto 71/2006, de 28-7-2006, de creación, organización y régimen jurídico de la empresa pública de espacios de naturaleza balear (ENB), y del Decreto 115/2005, de 11-11-2005, por el que se establece la organización y el régimen jurídico de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental.

CANARIAS

— Ley 1/2009. 10-2-2009. Modifica la Ley 12/2007, de 24-4-2007, de ordenación del transporte marítimo de Canarias.

— Decreto 240/2008. 23-12-2008. Aprueba el reglamento orgánico de la Consejería de Turismo.

— Orden 22-10-2008. Nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Corrección de errores. Orden 22-10-2008. Nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Orden 2-1-2009. Modifican los modelos de declaración censal 400 y 401 y los modelos 410, 411, 419, 420, 421 y 490 de autoliquidación del Impuesto General Indirecto Canario y se suprime el modelo 413 de autoliquidación del citado tributo.

— Corrección de errores. Orden 2-1-2009. Modifica los modelos de declaración censal 400 y 401 y los modelos 410, 411, 419, 420, 421 y 490 de autoliquidación del Impuesto General Indirecto Canario y se suprime el modelo 413 de autoliquidación del citado tributo.

— Resolución de 15-1-2009. Permite, hasta agotar sus existencias, la presentación del modelo 400 de declaración censal y los modelos 410, 411, 420, 421 y 490 de autoliquidación del Impuesto General Indirecto Canario vigentes hasta el día 31 de diciembre de 2008.

— Resolución de 15-1-2009. Hace público el convenio de colaboración entre la Consejería de Economía y Hacienda y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, a través de sus Decanatos de Las Palmas y de Santa Cruz de Tenerife, para formalizar la encomienda de funciones administrativas respecto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

— Resolución de 19-1-2009. Modifica la Resolución de 28-2-2005, que dicta instrucciones para la notificación por comparecencia de los actos de la administración tributaria canaria.

— Resolución de 19-1-2009. Fija los criterios de presentación y atención a seguir por las oficinas de la administración tributaria canaria con relación al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

— Corrección de errores. Decreto 250/2008. 23-12-2008. Modifica el Decreto 182/1992, de 15-12-1992, por el que se aprueban las normas de gestión, liquidación, recaudación e inspección del Impuesto General Indirecto Canario y la revisión de los actos dictados en aplicación del mismo, así como los Decretos 192/2000, de 20-9-2000, y 1/2002, de 11-1-2002, reguladores de determinadas declaraciones tributarias, y el Decreto 395/2007, de 27-11-2007, por el que se regulan las obligaciones específicas en el régimen especial del grupo de entidades en el Impuesto General Indirecto Canario.

CANTABRIA

— Ley 1/2009. 23-2-2009. Modifica la Disposición Adicional 24 de la Ley de Cantabria 6/2007, de 27-12-2007, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para 2008, relativa a la previsión de garantías en desarrollo de la Ley de subvenciones.

— Decreto 125/2008. 26-12-2008. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Agencia Cántabra de Administración Tributaria.

— Corrección de errores. Ley 8/2008. 26-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2009.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 12/2009. 10-2-2009. Nombra Registradores y Registradora de la Propiedad para plazas radicadas en el territorio de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 14/2008. 18-12-2008. Crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.

— Ley 1/2009. 26-2-2009. Modificación de la Ley 11/2003, de 8-4-2003, de prevención ambiental de Castilla y León.

— Orden 161/2009. 29-1-2009. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el Registro Telemático de la Admi-

nistración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 230//2009. 3-2-2009. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 391/2009. 23-2-2009. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

EXTREMADURA

— Decreto 1/2009. 9-1-2009. Regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 27-1-2009. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para servir plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

— Ley 17/2008. 29-12-2008. Participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia.

— Ley 18/2008. 29-12-2008. Vivienda de Galicia.

— Decreto 1/2009. 5-1-2009. Disolución del Parlamento de Galicia y de convocatoria de elecciones.

— Decreto 11/2009. 8-1-2009. Aprueba el reglamento de la Ley 9/2007, de 13-6-2007, de subvenciones de Galicia.

— Decreto 14/2009. 21-1-2009. Aprueba el reglamento de fundaciones de interés gallego.

— Decreto 15/2009. 21-1-2009. Aprueba el reglamento del registro de fundaciones de interés gallego.

— Decreto 17/2009. 21-1-2009. Aprueba el Plan de Prevención de Riesgos Laborales en la Administración General de la Xunta de Galicia.

— Orden 23-12-2008. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 22-1-2009. Establece disposiciones para la gestión del registro de explotaciones agrarias de Galicia, creado por el Decreto 253/2008, de 30-10-2008, y para la calificación y acreditación de las explotaciones agrarias prioritarias.

— Orden 2-2-2009. Incorpora un nuevo procedimiento al registro telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 10-2-2009. Sobre los libros-registro y el deber de información de las/os mediadoras/es de seguros y reaseguros privados de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Orden 12-2-2009. Establece el modelo normalizado de solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

— Corrección de errores. Ley 16/2008. 23-12-2008. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2009.

LA RIOJA

— Corrección de errores. Ley 4/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2009.

NAVARRA

— Ley Foral 1/2009. 19-2-2009. Modifica el artículo 51 de la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra.

— Decreto Foral Legislativo 5/2008. 29-12-2008. Armonización Tributaria por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del IVA.

— Decreto Foral Legislativo 1/2009. 12-1-2009. Armonización Tributaria por el que se modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral 121/2008. 15-12-2008. Modifica el Decreto Foral 135/1998, de 20-4-1998, por el que se adapta la normativa de prevención de riesgos laborales al ámbito de la Administración de la Comunidad Foral y sus organismos autónomos.

— Decreto Foral 1/2009. 12-1-2009. Modifica el Reglamento del IVA, aprobado por Decreto Foral 86/1993, de 8-3-1993.

— Orden Foral 234/2008. 22-12-2008. Aprueba modelos de cartas de pago para ingresos no tributarios.

— Orden Foral 236/2008. 24-12-2008. Modifica la Orden Foral 56/2004, de 1-3-2004, por la que se aprueba el modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de rentas.

— Orden Foral 4/2009. 16-1-2009. Aprueba los precios medios de venta de vehículos usados y de embarcaciones, aplicables en la gestión de los Impuestos S y D y TP y AJD y Especial sobre determinados medios de transporte.

— Orden Foral 7/2009. 23-1-2009. Desarrolla, para el año 2009, el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Orden Foral 8/2009. 23-1-2009. Aprueba el modelo 340 de declaración informativa de operaciones incluidas en los libros registro del IVA.

— Resolución de 7/2009. 8-1-2009. Subsana los errores habidos en la Resolución 1027/2008, de 28-11-2008, en la que se determinaban las fiestas locales para el año 2009, con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

— Corrección de errores. Ley Foral 22/2008. 24-12-2008. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

MURCIA

— Ley 7/2008. 26-12-2008. Medidas tributarias y administrativas en materia de tributos cedidos, tributos propios y tasas regionales para el año 2009.

— Ley 8/2008. 26-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009.

PAÍS VASCO

— Decreto Foral. Norma de urgencia fiscal 1/2009. 13-1-2009. Modifica el Impuesto sobre la Renta de no residentes, el IVA, el ITP y AJD, los Impuestos Especiales y el Impuesto sobre las Primas de Seguros.

— Orden 28-1-2009. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de Concurso Ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Orden 12-2-2009. Aprueba las Ordenanzas de Diseño de VPO.

— Corrección de errores. Ley 17/2008. 23-12-2008. Política Agraria y Alimentaria.

VALENCIA

— Orden 13-2-2009. Modifica la Orden 27-6-2008, por la que se crea el Registro de la Comunitat Valenciana de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 20 de enero de 2009, la Académica Electa de la de Jurisprudencia y Legislación de Aragón, Excma. Señora doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN (Decana de los Registradores de Aragón) leyó su DISCURSO DE INGRESO EN LA ACADEMIA: *EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL. LA ADMINISTRACIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. ¿HACE LA PRIMERA UN USO ADECUADO DEL SEGUNDO?*, al que contestó el Académico de Honor Excmo. Señor Doctor don José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ.

El día 22 de enero, organizado por el Instituto de Investigación en Ingeniería de Aragón (I3A), la Milla Digital del Ayuntamiento de Zaragoza, el Parque Tecnológico Walqa, la Cátedra SAMCA y la Confederación de Empresarios de Aragón, tuvo lugar el FORO TECNOLÓGICO Y EMPRESARIAL: *LA INTELIGENCIA AMBIENTAL EN ENTORNOS URBANOS*, con arreglo al siguiente programa:

Bienvenida y apertura del foro:

A cargo de don Jesús MORTE (Presidente de la CREA), doña M.^a Pilar VENTURA (Consejera de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón), y de don Rafael BILBAO (Director de I3A).

Conferencia:

- «El paradigma de la inteligencia ambiental, entornos urbanos», por doña M.^a Teresa ARREDONDO, UPM, ETSI Telecomunicación, Life Supporting Technologies.

Presentaciones de Investigación y Desarrollo Tecnológico:

- «Inteligencia ambiental para la vida autónoma», por don Armando ROY, I3A.
- «Sistemas de diálogo hablado en entornos inteligentes: Mitos y realidades», por don Eduardo LLEIDA, Grupo de Investigación GTC. I3A.
- «Realidad virtual e interactividad», por don Francisco SERÓN, Grupo de Investigación GIGA. I3A. Presidido por don Luis MONTANO, Coordinador de la División de Inteligencia Ambiental del I3A.

Presentaciones de Innovación empresarial:

- «La inteligencia ambiental en el hogar», Telefónica I+D.

- «La milla digital como escenario de inteligencia ambiental», por don Ricardo CAVERO, Director General de Ciencia y Tecnología del Ayuntamiento de Zaragoza.
- «Tecnologías ópticas para la red de acceso», por don Francisco Javier CORTÉS, TELNET, S. A.
- «Redes inteligentes», por don Juan Ignacio GARCÉS, Grupo de Investigación GRF. I3A. Presidido por don José Luis LATORRE, Director del Parque Tecnológico Walqa.

Mesa redonda y coloquio:

- «Oportunidades de la inteligencia ambiental en Aragón».

El 3 de febrero, organizada por el Centro Pignatelli, tuvo lugar la III JORNADA DE *ÉTICA PROFESIONAL*, en la que el Catedrático de Ética y Director del Aula de Ética de la Universidad de Deusto, don Xabier ETXEBERRÍA MAULEÓN, impartió la charla: *¿Para qué sirven los códigos deontológicos?*

El 6 de febrero, en Teruel, tuvo lugar la Sesión solemne de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, en la que el Académico Electo, Excmo. Señor don Fermín HERNÁNDEZ GIRONELLA, leyó su DISCURSO DE INGRESO EN LA ACADEMIA: *JUDICIALIZACIÓN Y MEDIACIÓN: DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA A LA JUSTICIA RESTAURATIVA*. Al que contestó el Académico de Número, Excmo. Señor don Luis Alberto GIL NOGUERAS.

El día 13 de febrero, dentro de los actos conmemorativos en honor a San Raimundo de Peñafort, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar la CONFERENCIA *QUO VADIS... JUSTICIA ESPAÑOLA*, por el Ilmo. Señor don Ángel DOLADO PÉREZ, Juez-Decano de los Juzgados de Zaragoza.

Los días 25 y 26 de febrero tuvo lugar el CONGRESO: *LAS TRANSFORMACIONES DEL PARLAMENTO: TREINTA AÑOS DE EXPERIENCIAS CONSTITUCIONALES* en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho/Políticas de la UNED, con arreglo al siguiente programa:

Día 25:

Inauguración: a cargo de don Javier GARCÍA ROCA, Director del Instituto de Derecho Parlamentario; don José TUDELA ARANDA, Secretario General de la Fundación; don Manuel GIMÉNEZ ABAD, y doña Pilar MELLADO PRADO, Directora Ejecutiva de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED.

Ponencias:

- «Las grietas del sistema: una reflexión sobre las relaciones del poder legislativo con otros poderes en un Estado ¿parlamentario?», impartida por don Manuel ALBA NAVARRO, Secretario General del Congreso de los Diputados.
- «La función y los procedimientos legislativos en la realidad», por don Francisco VISEDO MAZÓN, Letrado de las Cortes Valencianas.

Mesa redonda:

- «La función financiera y presupuestaria», por doña Isabel M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y don Alejandro MENÉNDEZ MORENO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Valladolid.

Día 26:

Ponencias:

- «La función de control parlamentario y sus instrumentos vista por los parlamentarios», por don Elviro ARANDA ÁLVAREZ, Diputado del Grupo Parlamentario PSOE, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III.
- «Información y publicidad parlamentarias», por don José TUDELA ARANDA, Letrado de las Cortes de Aragón, Secretario General de la Fundación Manuel Giménez Abad.
- «Los órganos de dirección de las Cámaras», por don Ignacio TORRES MURO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

Los días 26 y 27 de febrero, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Superiores y la Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, tuvo lugar el CURSO: *EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA*, con arreglo al siguiente programa:

Día 26:

- «Procedimiento de adjudicación y técnicas de control en la Ley de Contratos del Sector Público».
- «Garantías, clasificación y prohibiciones de contratar con el sector público».

- «La ejecución del contrato de obra y del contrato de concesión de obra pública. Derechos y deberes del contratista».
- «La subcontratación. Límites y controles».

Día 27:

- «Técnicas de reequilibrio financiero. Riesgo y ventura y garantía de una rentabilidad mínima».
- «Las certificaciones de obras. Reclamaciones por impago».
- «Modificaciones unilaterales y consensuales del contrato. Límites jurisprudenciales».
- «La resolución del contrato. Consecuencias económicas».

MADRID

El pasado 29 de enero de 2009, la Fundación Coloquio Jurídico Europeo —patrocinada por el Colegio de Registradores— ha abierto las puertas a la temática fiscal con la JORNADA SOBRE *LA PROGRESIVIDAD FISCAL*.

Intervinieron en la misma como Ponentes: Pascual SALA SÁNCHEZ, Magistrado del Tribunal Constitucional, y Gaspar DE LA PEÑA VELASCO, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad Complutense de Madrid. La presentación de los ponentes y el debate fue moderado por Jesús GASCÓN CATALÁN, Director General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda.

Tras la bienvenida y salutación efectuada por el Presidente de la Fundación, Ernesto GARZÓN VALDÉS, el Magistrado PASCUAL SALA desarrolló la progresividad fiscal a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, efectuando una completa y sugestiva exposición del tema, con abundante cita a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concluyendo con un brillante enunciado de las proposiciones fundamentales que cabe extraer de la misma.

Gaspar DE LA PEÑA analizó la progresividad desde la perspectiva de la doctrina-académica, realizando un claro resumen de las premisas conceptuales en que se apoya, y efectuando un planteamiento de la progresividad muy atractivo, como se apreció en el debate posterior.

La participación en el citado debate fue muy intensa debido a las intervenciones de los ponentes, así como al variado origen de los asistentes al mismo —Catedráticos, Abogados de grandes bufetes, altos cargos autonómicos, Registradores e Inspectores de Hacienda—.

En el curso del mismo se trataron, entre otras cuestiones, la difícil viabilidad de una declaración de inconstitucionalidad que afectará al conjunto del sistema tributario, dada la dicción del artículo 31 de la Constitución, las dudas que suscita la posible supresión del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, el discutible sentido de la discriminación cualitativa de rentas en el

IRPF y la necesidad de trabajos empíricos que permitan apreciar la existencia real de la progresividad más allá de la existencia de tarifas progresivas que no son necesariamente determinantes de la misma.

Cerró la jornada el moderador, resumiendo las intervenciones y subrayando la evidente evolución del modelo de progresividad fiscal, desde el momento de aprobación de la Constitución, vinculado a la transición política, hasta nuestros días, marcados por la existencia de un replanteamiento conceptual de la progresividad, condicionado por la competencia internacional en materia fiscal.

Carlos COLOMER

El pasado 26 de febrero de 2009, la Fundación Coloquio Jurídico Europeo —patrocinada por el Colegio de Registradores— desarrolló una JORNADA DEDICADA A LA FINANCIACIÓN LOCAL.

Intervinieron en la misma como Ponentes: Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, Profesor de Derecho Financiero de la Universidad Complutense y Director del Bufete F & J Martín Abogados; Javier SUÁREZ PANDIELLO, Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Oviedo, y Gabriel ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Secretario General de la Federación Española de Municipios y Provincias.

El encuentro fue moderado por Alain CUENCA GARCÍA, Director General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Tras la bienvenida y salutación efectuada por el Consultor Fiscal del Colegio de Registradores, Carlos COLOMER FERRÁNDIZ, el Secretario General de la FEMP, Gabriel ÁLVAREZ, efectuó una interesante exposición de los aspectos institucionales de la Financiación Local. Javier MARTÍN se centró en el análisis jurídico pormenorizado de las distintas fuentes de financiación, y Javier SUÁREZ ofreció un sugestivo planteamiento económico de la temática abordada.

La participación en el citado debate fue muy intensa debido tanto a las brillantes intervenciones de los ponentes como al variado origen y elevada cualificación de los asistentes al mismo —Abogados de grandes bufetes, altos cargos de la Administración Central y de la Administración Local, Registradores e Inspectores de Hacienda—. Cabe citar especialmente las aportaciones efectuadas por los Directores Generales de Tributos —Jesús GASCÓN CATALÁN— y Catastro —Ángel MANUEL ÁLVAREZ CAPÓN—, así como por el Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, Juan BRAVO RIVERA.

En el curso del debate se trataron, entre otras cuestiones, los proyectos de modificación de algunas figuras tributarias, el cuestionamiento de las provin-

cias como ente con financiación autónoma y distinta de las Comunidades Autónomas y Entes Locales, el alcance de la estanqueidad valorativa en relación con los tributos municipales, la relevancia del cierre registral y su posible ampliación a figuras de la tributación local, etc.

Especial interés tuvo la convergencia de los asistentes acerca de la posibilidad de desarrollar una colaboración más amplia que la existente en la actualidad entre los Entes Locales y los Registros de la Propiedad, colaboración que podría consolidarse con la realización de labores de gestión tributaria —ya iniciada en algunos Registros— singularmente en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Cerró la jornada el moderador junto con los ponentes, efectuando un resumen de los puntos debatidos, agradeciendo a la Fundación Coloquio Jurídico Europeo y al Colegio de Registradores la atención recibida y animando al desarrollo de futuras actuaciones de estudio conjuntas.

Carlos COLOMER

Los días 4 y 5 de marzo de 2009 se celebraron, en la Casa de América, las **PRIMERAS JORNADAS IBEROAMERICANAS SOBRE MERCADO HIPOTECARIO**, organizadas por el Colegio de Registradores de España a través de la Fundación Registral, con la colaboración y financiación de la Consejería de Inmigración y Cooperación de la Comunidad de Madrid.

Nuestra más cordial bienvenida al Sitio Web de las Primeras Jornadas Iberoamericanas sobre Mercado Hipotecario.

En un contexto como el actual, de incertidumbre e inestabilidad económica, resulta más que nunca esencial analizar y comprender las instituciones y buenas prácticas que coadyuvan al funcionamiento armónico y estable del mercado hipotecario, responsable de una parte sustancial del Producto Interior Bruto en la mayoría de Estados desarrollados.

La Comunidad de Madrid, a través de su Programa de Educación para el Desarrollo, gestionado por la Consejería de Inmigración y Cooperación, ha tenido a bien patrocinar la realización de las Primeras Jornadas sobre Mercados Hipotecarios en Iberoamérica, que tuvieron lugar en Madrid los días 4 y 5 de marzo de 2009, en el magnífico marco de la Casa de América, ubicada en la Plaza de Cibeles de Madrid.

A estas Jornadas, únicas en su campo, asistieron expertos de prestigio internacional especializados en el funcionamiento de los Mercados Hipotecarios, que ofrecieron su visión sobre la materia desde una pluralidad de ópticas y ramas del conocimiento. Así, además de juristas y economistas de reconocido prestigio de España e Iberoamérica, tomaron parte bien como ponentes o en calidad de invitados a las mesas redondas: urbanistas, políticos, repre-

sentantes de entidades financieras y asociaciones sectoriales de la construcción y promoción inmobiliaria.

El objetivo de estas Jornadas, además de analizar la complicada situación actual de los mercados hipotecarios en nuestro entorno, es el de ofrecer, como fruto del debate e intercambio de experiencias de los intervinientes en las Jornadas, una serie de pautas y buenas prácticas que sirvan de orientación a los reguladores y decisores políticos en el desarrollo de su actuaciones en esta materia.

Creemos que estas Jornadas no podrían venir en mejor momento, y estamos seguros de que las reflexiones de los participantes y las conclusiones que se esbocen servirán de punto de partida para la reflexión y sana autocrítica, tanto de los poderes públicos como de los operadores del mercado, y que de ese proceso surjan mercados hipotecarios mejor regulados, más estables y que sobre todo garanticen la importante función económica y social del crédito como dinamizador del mercado e instrumento primario de acceso a una vivienda digna para los ciudadanos.

Fernando ACEDO-RICO

Día 4:

Apertura: Ilmo. Señor don Percival MANGLANO, Director de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid; Excmo. Señor don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Ilustre Colegio de Registradores de España; Ilma. Señora doña M.^a Josefa PÉREZ MARTÍN, Decana Autonómica de Madrid. Colegio de Registradores de España.

Ponencia inaugural:

- «Cooperación internacional desde la perspectiva del fortalecimiento institucional y las políticas públicas», por don Fernando ACEDO-RICO, Registrador de la Propiedad de Tarancón. Coordinador de las Jornadas.

Mesa redonda:

Modera: Don Percival MANGLANO, Director de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid.

Participan: Don Fernando OLIVÁN, Director del Centro Estudios de la Unión Iberoamericana de la Abogacía (UIBA); don Francisco PAJADOS CRIADO, Registrador de la Propiedad de Priego de Córdoba, responsable del Portal Registral Iberoamericano: www.cadri.org; don Josep M.^a LLOP TORNÉ, Arquitecto-Urbanista. Profesor de la Universidad de Lleida. Coor-

dinador del proyecto URB-AL CEPAL; don Benito ARRUÑADA, Catedrático de Organización de Empresas en la Universidad Pompeu Fabra. Ex-Presidente de la International Society for New Institutional Economics.

Ponencia:

- «Registro de la Propiedad y Mercado Hipotecario. La importancia de un Registro moderno y eficiente», por don Álvaro DELGADO SCHEELJE, Superintendente Adjunto de los Registros Públicos del Perú. SUNARP.

Presentación:

Presentación de los proyectos de Interconexión registral (IRI) e Información Gráfica Iberoamericana (IGRIAM), por don Manuel A. LORENZO, Gerente de Proyectos y Actividades Internacionales del Colegio de Registradores de España.

Mesa redonda:

Modera: Don Ángel VALERO, Registrador de la Propiedad. Director del Curso Anual Iberoamericano de Derecho Registral.

Participan: Don Fernando DE LA PUENTE ALFARO, Director de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de España. Registrador de la Propiedad y Mercantil. Notario en Excedencia; don Sergio JACOMINO, Registrador de la Propiedad Inmobiliaria en Sao Paulo, Brasil; don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia; don Miguel MARTÍN, Director por España del Banco Centroamericano de Integración Económica.

Día 5:

Apertura: Don Fernando ACEDO-RICO, Registrador de la Propiedad de Tarancón. Coordinador de las Jornadas.

Ponencias:

- «Mercado hipotecario y acceso al sistema financiero», por don Rafael SANZ COMPANY, Director de los Servicios Jurídicos de Negocio Hipotecario y Contratación. BBVA.
- «El mercado hipotecario en Latinoamérica: una visión de negocio. Antecedentes y oportunidades de desarrollo», por don Ignacio TERMIÑO AGUIRRE, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales. Profesor Universitario y de Escuelas de Negocio. Consultor Financiero Independiente.

Mesa redonda:

Modera: Don Gregorio MAYAYO, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española (AHE).

Participan: Don Aníbal GONZÁLEZ, Banco de Santander. Coordinador para Iberoamérica de Negocio Hipotecario; don José Manuel GALINDO, Presidente de la Asociación de Promotores y Constructores de España (APCE) y de la Asociación de Promotores Inmobiliarios de Madrid (ASPRIMA); don Rafael GONZÁLEZ COBO, Presidente del Grupo Inmobiliario Ferrocarril; don Luis DODERO, Exvicepresidente del Multilateral Investment Guarantee Agency, World Bank Group; don Enrique RAJOY BREY, Registrador de la Propiedad. Secretario General del CINDER (Centro Internacional de Derecho Registral).

Clausura: Excmo. Señor don Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY.

El pasado 5 de marzo de 2009, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo —patrocinada por el Colegio de Registradores— tuvo lugar un nuevo SEMINARIO bajo el título *TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA SUPREMA CORTE Y DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES MEXICANOS*.

Dicha jornada se desarrolló a partir de dos ponencias a cargo de Pedro SALAZAR UGARTE, Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), quien las desarrolló exponiendo «dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana».

La ponencia de la mañana trató el «garantismo espurio por ambición», y la siguió una contraponencia a cargo de Josep AGUILÓ REGLA, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante.

Por la tarde continuó el ponente con el «garantismo espurio por frivolidad», teniendo a continuación la contraponencia de Miguel Ángel PRESNO LINERA, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo.

Al final de cada sesión hubo un coloquio con interesantes aportaciones por parte de los presentes.

El Ponente Pedro SALAZAR explicó que el garantismo, que en muchos sentidos es positivo, ha sido incorporado en el circuito jurisdiccional con cierta laxitud, pudiendo utilizarse espuriamente de tres maneras: suplantando los jueces al legislador democrático, subvirtiendo la jerarquía normativa (y por tanto rompiendo el «imperio de la ley»), y siendo utilizado como pretexto para disimular la discrecionalidad de una decisión.

En la ponencia «Garantismo espurio por ambición» se trató una decisión de la Suprema Corte de Justicia Mexicana, en la cual, en base al garantismo,

se declaró la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución, con lo cual la Suprema Corte suplantó al legislador democrático. En este caso se plantean, según el ponente, tres dilemas:

En primer lugar, encontramos el dilema de si los jueces tienen competencia para valorar la constitucionalidad de una reforma a la propia Constitución.

En segundo lugar, tenemos el dilema de los parámetros normativos para determinar la inconstitucionalidad de una norma, que se puede resolver de tres maneras: acudiendo a cláusulas de intangibilidad de la propia Constitución (si existen, pero no es el caso), asumiendo que existen límites implícitos en la Constitución, o recurriendo a consideraciones extraconstitucionales.

Por último, el dilema de la legitimidad de las decisiones, que se manifiesta al extremo cuando los jueces constitucionales se enfrentan al poder reformador de la constitución.

En el caso que se trató, la Corte mexicana se inclinó por aceptar la teoría de los límites implícitos a la reforma constitucional, pero supuso que de esto se seguía necesariamente que la custodia de los mismos quedaba en sus manos, rompiendo con el principio de legalidad al auto-otorgarse una facultad que la constitución no le otorga expresamente. Además, la tesis de los «límites implícitos» nos conduce al terreno de los argumentos «metaconstitucionales». Si los jueces se apoderan del contenido de la Constitución, amenazan a la certeza jurídica y abandonan su misión constitucional. Es decir, en este caso se mostró cómo una interpretación espuria del garantismo puede convertir el postulado que invita al juez constitucional a convertirse en el custodio último de la constitución, en un guardián pretoriano de presuntos valores constitucionales que no se encuentran establecidos por dicho documento constitucional.

La contraponencia se centró, no en defender la decisión de la Suprema Corte, sino en rebatir alguno de los argumentos del ponente. Su exposición constó de tres partes:

En la primera trató de mostrar algunas ambigüedades presentes en la ponencia de Pedro SALAZAR. En segundo lugar consideró que los tres dilemas a los que según él nos aboca la decisión de la Suprema Corte, no son tales; y que, en consecuencia, pueden sortearse. Y, finalmente, a modo de epílogo, presentó un esbozo de teoría constitucional adaptada al Estado constitucional de Derecho.

En la ponencia «Garantismo espurio por frivolidad», se trataron tres decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México.

En la primera de ellas el Tribunal Electoral invirtió la jerarquía normativa consagrada en la Constitución, lo que pone sobre la mesa el riesgo de que los jueces constitucionales escapen de los vínculos constitucionales y terminen restableciendo el gobierno de los hombres sobre el gobierno de las leyes.

En la segunda y tercera decisiones del Tribunal Electoral, ante supuestos de hecho similares, se dieron soluciones diferentes, adoptando en el primer caso una tesis garantista, y en el segundo, una «formalista», quedando así evidenciado el uso espurio del garantismo para enmascarar la discrecionalidad de la primera decisión, además del peligro sobre el imperio de la ley.

La contraponencia fue un complemento a lo dicho por Pedro SALAZAR, tratando el uso espurio, por parte del Tribunal Constitucional español de las llamadas «sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad», en particular, de las «sentencias interpretativas» y de las «sentencias de mera inconstitucionalidad». En principio, la inclinación por una sentencia interpretativa es comprensible, pero existe el peligro de que al cobijo de ellas nos encontremos con actuaciones en las que el Tribunal se coloque en el papel de tomar decisiones políticas, o incluso, de reescribir los preceptos constitucionales.

Anna COLOMER SEGURA

El día 26 de marzo de 2009 tuvo lugar, en la sede de FIDE, una nueva sesión del FORO DE URBANISMO, CONSTRUCCIÓN E INMOBILIARIO sobre *LA SITUACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO SECUNDARIO TRAS LA LEY 41/2007*.

Presentación y objetivos:

En esta sesión concreta se pretende analizar la situación actual de los bonos, cédulas y participaciones hipotecarias en el mercado nacional y europeo; las razones de la restricción coyuntural del mercado de titulizaciones; las medidas adoptadas a nivel de España y de la Unión Europea para garantizar o dar mayor solvencia a estas emisiones; las características de estos productos en la legislación española; sus diferencias con otros productos de Estados Unidos; las razones de por qué no han existido títulos hipotecarios «basura» en España; los análisis realizados por las Agencias de Rating y la necesaria reforma de su papel en las calificaciones, incrementando su responsabilidad; la situación de estas emisiones en las situaciones concursales; su papel en el crecimiento del mercado inmobiliario, etc.

Dirección:

- Rafael DOMÍNGUEZ OLIVERA, Abogado del Estado. Jefe del Ministerio de Fomento.
- Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad. Letrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- Carlos GUTIÉRREZ, Coordinador del Área de Asuntos Jurídicos del Grupo Prasa.
- Luis JIMÉNEZ-DÍAZ, Socio de Gómez-Acebo & Pombo,
- Francisco REDONDO, Abogado de Ventura-Garcés & López-Ibor.

Ponentes en la sesión:

- Alfonso GARCÍA, Socio-Director General Analistas Financieros Internacionales, S. A. (AFI).
- Roser VILARÓ, Directora de la Asesoría Jurídica Financiera de La Caixa.

Moderador:

- Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los días 31 de marzo y 1 de abril de 2009, se celebraron las JORNADAS: *LA HIPOTECA ANTE LA CRISIS ECONÓMICA*, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores.

Inauguración:

- Don Eugenio RODRÍGUEZ-CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

Coordinación:

- Don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.

Ponencias:

I. *La hipoteca en el momento de la constitución*

- «La sindicación de acreedores y las hipotecas por tramos», por doña Ana Isabel RODRÍGUEZ PARADA, Registradora de la Propiedad de Ponteareas. Directora del Centro de Estudios de Galicia.
- «Especial referencia en la hipoteca flotante», por don Manuel MONTÁNCHEZ RAMOS, Registrador de la Propiedad de Motilla del Palancar.
- «La hipoteca en garantía de contratos de descuento de efectos del comercio», por doña Belén LÓPEZ ESPADA, Registradora Mercantil de Jaén. Directora del Centro de Estudios de Andalucía Oriental.

- «La hipoteca sujeta a condición suspensiva y en garantía de créditos ya vencidos», por doña M.^a Isabel DE LA IGLESIA MONJE, Consejera Técnica del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- «Las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado», por don Francisco GÓMEZ JENÉ, Registrador de la Propiedad de Madrid 13.

II. *Problemas durante la vigencia de la garantía*

- «La ampliación del capital del préstamo hipotecario según que la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: La recarga», por doña M.^a del Pilar OLIVA BRAÑAS, Registradora de la Propiedad de Arnedo. Directora del Centro de Estudios de La Rioja.
- «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», por don Jesús SIEIRA GIL, Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca 3. Director del Centro de Estudios de Baleares.
- «La ampliación de las fincas gravadas y la redistribución de las hipotecas», por don Antonio GINER GARGALLO, Registrador de la Propiedad de Terrassa 5. Director del Centro de Estudios de Cataluña.
- «Las hipotecas de crisis y el concurso de acreedores; el artículo 10 de la LMH», por doña Cristina GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Registradora de la Propiedad de Valoria la Buena. Directora del Centro de Estudios de Castilla-León.

III. *Consideración especial de la subrogación de un nuevo acreedor*

- «La cesión y la subrogación de los créditos hipotecarios. Nueva regulación», por don Alfonso VENTOSO ESCRIBANO, Registrador de la Propiedad de Madrid 20.
- «Préstamos y créditos en la subrogación. La llamada cancelación subrogatoria», por don Juan Manuel LLOPIS GINER, Registrador de la Propiedad de Liria.

IV. *Vencimiento de la obligación. La ejecución*

- «La protección del consumidor: la moratoria de los trabajadores en paro y el artículo 693-3 de la LEC», por don Carlos BALLUGERA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao 7. Director del Centro de Estudios del País Vasco.
- «La ejecución hipotecaria», por don Juan José BERNAL-QUIRÓS CASCIA-RO, Registrador de la Propiedad de Valdemoro.
- «La ejecución de la hipoteca flotante: Problemas prácticos», por don Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Registrador de la Propiedad de Madrid 22. Director del Centro de Estudios de Madrid.

- «La dación en pago», por doña María Emilia ADÁN GARCÍA, Registradora de la Propiedad de Manises. Directora del Centro de Estudios Valencia.
- «La ejecución hipotecaria de viviendas protegidas», por don Joaquín DELGADO RAMOS, Registrador de la Propiedad de Santa Fe 1.
- «Tanteos y retractos en el momento de la ejecución», por doña M.^a Isabel CABRA ROJO, Registradora de la Propiedad de Corralejo.
- «Perspectiva fiscal», por don Carlos COLOMER FERRÁNDIZ, Consultor Fiscal del Colegio de Registradores.

Mesa Redonda:

Representantes de Entidades de Crédito.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado romano*, 1.^a ed., Madrid, Editorial Iustel, 2008, 375 págs.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Letrado adscrito a la DGRN.

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.

Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Cuando el profesor Díez Pícazo, como presidente del Consejo de Redacción de la Revista Crítica, me pidió, dado su interés, que hiciera un comentario sobre el libro *Derecho Privado romano*, de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, pensé que me encontraría con un manual clásico de Derecho romano de difícil lectura, farragoso, aunque profundamente documentado en textos históricos. Mi sorpresa fue comprobar que, por el contrario, se trata de un libro ameno, muy bien escrito, del que no pude interrumpir su lectura desde que lo comencé a leer. No voy a decir que se trate tampoco de una novela, pero sí que es de lectura fácil, comprensible y muy didáctico, aspectos que se agradecen cuando de Derecho romano se trata.

No es un tratado clásico de Derecho romano, sino una explicación de sus principales instituciones, estudiándolas con permanentes referencias al Derecho Privado actual. Aunque cuando uno avanza en su lectura, no sabe si está ante un libro de Derecho romano, con referencias al Derecho Privado actual, o más bien ante un brillante libro de introducción al Derecho Privado actual, con profunda base en el Derecho romano. Quizá sea las dos cosas.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, catedrático de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid, demuestra así en esta obra, no sólo una profunda formación en su disciplina que le legitimaría para formar parte —de haber nacido veinte siglos antes— de «la autoridad de los prudentes», fuente de Derecho en Roma —pues no a todos estaba permitido crear Derecho—; sino al mismo tiempo, trasluce un arraigado conocimiento del Derecho Privado actual.

Se analizan en el libro principalmente conceptos e instituciones romanas, base —a mi juicio— de la formación de un jurista, pero a la luz del Derecho moderno. Se estudian conceptos como la justicia y los preceptos de la honestidad en Paulo y Ulpiano (*honeste vivere; alterum non laedere; suum cuique tribuere*); las fuentes del Derecho; la labor de los pretores; la configuración del *ius gentium* (formado por instituciones romanas y no romanas); las acepciones del Derecho natural; la distinción entre *ius commune* y *ius singulare* (con la imposibilidad de aplicación de la analogía a instituciones de Derecho singular); las

diferencias entre Derecho privado y público (por razón del origen de las normas, de su contenido, del interés protegido y de la posibilidad o no de su derogabilidad por las partes), etc. Todas ellas se nos exponen en el primer capítulo como instituciones romanas, pero con referencias al Derecho actual (como cuando se afronta el estudio de la doctrina de la emulación y el abuso de derecho, cuya formulación tiene sus precedentes ya en textos romanos), que lo hacen sumamente útil, entretenido y didáctico.

Conceptos jurídicos esenciales, pero muy actuales, como la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, son formulados en el capítulo II, donde se estudian las restricciones a la capacidad general (derivadas en el Derecho romano de la condición de mujer, de la infamia, de la religión o de la condición social o política); para abordar en el capítulo III las causas limitativas de la capacidad de obrar (edad, enfermedad mental, prodigalidad, o estados familiares diversos de la *pater familias*). El lector no deja de sorprenderse cómo en Derecho romano sólo tenía plenitud de derechos aquella persona en la que concurrían al mismo tiempo las condiciones de varón, libre, ciudadano y cabeza de familia. Muerto el *pater familias*, los hijos sometidos a su potestad se convertían en *sui iuris*, a menos que no hubieran alcanzado la mayoría de edad —fijada en los veinticinco años— en cuyo caso se sometían a tutela. Ya en el Derecho romano esta tutela podía ser legitimaria, testamentaria y dativa. Lo impúberes, que superaban la edad de la infancia y se situaban entre los siete y los doce o catorce años (según se tratara de mujeres u hombres, respectivamente) eran capaces para determinados actos de contenido patrimonial como aceptar donaciones no sometida a donación o herencias no gravosas, exigiendo en otro caso el complemento de capacidad. Los varones mayores de veinte años y las mujeres mayores de dieciocho podrían solicitar anticipo de la mayoría de edad y la exención de la curatela prevista hasta los veinticinco ¡qué gran parecido a las instituciones actuales de complemento de capacidad de los emancipados!

Otros conceptos e instituciones —las más— han pasado al Derecho privado actual, como es la solución a la protección jurídica del *nasciturus* (aquí se entiende la puesta en administración de los bienes hereditarios cuando la mujer queda encinta o la equiparación que el art. 29 del Código Civil hace del concebido con el nacido a todos los efectos favorables); o la solución a si hay o no transmisión de derechos hereditarios en caso de fallecimiento en accidente común de varias personas con recíprocos derechos sucesorios, que el Derecho romano decidió a favor de la conmorienencia y por tanto no transmisión de derechos cuando los fallecidos eran hermanos, solución que generaliza nuestro art. 33 del Código Civil. Es cierto que en Derecho justinianeo existió un régimen de presunciones de sobrevivencia en función de la edad de los fallecidos, cuando eran padre e hijo, pero tal régimen no pasó al Derecho actual, pese al intento del proyecto de Código Civil de 1851.

Importante clarificación de ideas se obtiene también en el capítulo III, cuando se aborda la explicación de la persona jurídica, que ya tenía su manifestación en numerosas corporaciones romanas, como los municipios, las colonias, las ciudades, las provincias, pero también las asociaciones. ¡Sorprendente el texto D. 3.4.7.1, relativo a que si la corporación quedó reducida a un solo miembro, éste puede demandar y ser demandado! Es nada menos que el anticipo a la solución moderna del levantamiento del velo de la unipersonalidad en determinadas circunstancias.

El Capítulo IV está dedicado al estudio de dos estados determinantes de la capacidad jurídica y de obrar, como son el *status libertatis* y el *status civitatis*,

instituciones esta vez más exclusivamente romanas, dada la inexistencia contemporánea de la esclavitud. Pero es llamativa la relación que hace el autor entre las causas de adquisición de la ciudadanía (por nacimiento, por ley, por concesión discrecional de la autoridad política y por manumisión) y su relación con los supuestos actuales de adquisición de la nacionalidad española. En particular, la ciudadanía romana se adquiría por nacimiento de padre ciudadano romano y madre desposada con él en matrimonio legítimo; y también por nacimiento de madre ciudadana romana en el momento del parto, aunque sea de unión que no fuera matrimonio legítimo. Criterio, el del nacimiento de padre o madre españoles, que sigue en la actualidad el artículo 17 para la atribución de la nacionalidad de origen.

Aborda el autor, en los capítulos V y VI, el estudio de instituciones de Derecho de familia, como la agnación (concepto amplio de grupo familiar o parentesco civil); la cognación o consanguinidad (parentesco de sangre); la afinidad; la patria potestad; la adopción; la emancipación; capacidad patrimonial de los hijos de familia; matrimonio y sus efectos; uniones de hecho; esponsales, y disolución del vínculo matrimonial, entre otras causas por divorcio. La libertad de divorcio fue casi absoluta hasta comienzos del siglo IV, en su doble modalidad de *repudium* —unilateral— y *divortium* —de común acuerdo—, si bien los divorcios sin causa justificada fueron objeto de reprobación social ya desde la República; y por influencia de la filosofía cristiana, aunque no se cuestionó el divorcio, se impusieron sanciones para los divorcios sin causa justificada.

En los capítulos VII y VIII se analiza en la obra la figura del negocio jurídico. Aunque el concepto de negocio jurídico nace en la pandectística alemana, en particular de Savigny, no obstante, en el Derecho romano ya existían los conceptos básicos en los que se asentaría esa doctrina. El término *negotium* es latino y su utilización es frecuente en los textos jurídicos romanos. En Derecho romano se pasó de una época primitiva, en la que la mayor parte de los negocios jurídicos eran abstractos, hasta una etapa posterior, en la que la mayoría de los negocios tuvieron naturaleza causal. Y el autor se encarga de rebatir la tesis generalizada de que los negocios en Roma eran formalistas, tópico sin fundamento, pues prevalecieron los negocios libres de forma.

Los elementos esenciales del negocio eran la capacidad jurídica y de obrar; la voluntad de los intervinientes, que debía no estar viciada por violencia, intimidación o dolo; la expresión de tal voluntad para que produzca efectos y que sea concorde con la voluntad interna. En Derecho romano la regla general dispone la no validez del negocio simulado y la validez del negocio disimulado. Las distintas clases de error (en el negocio, en la persona, en el objeto, en la materia y en la cualidad) y cuándo son esenciales y cuándo no, son estudiadas también en la obra, pues eran conceptos acuñados también en Roma.

Los elementos accidentales del negocio (condición, término y modo) en el Derecho romano y sus relaciones con el Derecho privado actual, son también parte de este interesante capítulo VIII, que continúa con el estudio de la invalidez del negocio jurídico (con carácter general las causas que producen la nulidad del negocio son propias del *ius civile*, mientras que en el Derecho pretorio predomina la anulabilidad), y finaliza con instituciones tan actuales como la representación legal y voluntaria y, dentro de ésta, la representación directa e indirecta.

En los capítulos IX a XVIII se estudian las diferentes clases de cosas (especial interés la que distingue las *mancipi* de las *res nec mancipi*); la posesión,

la propiedad y los derechos reales. Es quizá la parte que más me ha interesado, quizá por deformación profesional como especialista en Derecho Civil Patrimonial. Destaco ideas del autor, como la afirmación de que las categorías de derechos reales y de derechos de obligación son fundamentalmente de origen romano, aunque fue la elaboración dogmática de los intérpretes medievales la que acuñó el concepto de *iura in re aliena*. La distinción vino principalmente a través de la elaboración de la doctrina de las *actio in rem* y *actio in personam*. Desde entonces poco hemos evolucionado en materia de derechos reales. Las categorías de derechos reales existentes en Derecho romano, tipificados y protegidos por acciones reales, eran —como lo siguen siendo hoy— los siguientes: propiedad; servidumbre; usufructo; uso; habitación; enfiteusis; superficie; prenda; hipoteca; incluso la fiducia como garantía real era una forma de garantía real. Ya se conocía la distinción entre derechos reales de goce y de garantía. Y la propiedad no era en Derecho romano un derecho tan absoluto como a veces se piensa. Ya existían limitaciones establecidas en interés general. Y yo me pregunto, ¿hemos avanzado gran cosa en materia de Derechos reales con relación al Derecho romano? Pocos derechos reales nuevos se han abierto camino desde entonces (aprovechamientos por turnos, tanteos convencionales, y poco más).

No se llegaba a la concepción actual de la defensa de la función social de la propiedad, pero existían pasos o servidumbres forzosas de acceso a vías públicas; prohibiciones derivadas de razones de policía (por ejemplo, incineración o sepultar cadáveres en la ciudad); el uso de fundos ribereños con ríos; incluso se conoce en la época justiniana la institución de la expropiación por causa de utilidad pública, previo el pago de una cantidad fijada.

Por otra parte, la propiedad quiritaria, propia de los bienes inmuebles situadas en suelo itálico y adquirida por *alieni iuris* a través de formas solemnes, como la *mancipatio* o la *in iure cessio*, va abriendo paso a una propiedad más flexible, la bonitaria, amparada por el pretor a través de la *actio publiciana*, que es la propia de quien ha adquirido sin los requisitos de la propiedad quiritaria, pero que adquiere la posesión, y puede llegar a adquirir por usucapión.

En fin, este libro nos demuestra que desde el Derecho romano está todo inventado en el ámbito jurídico. Que se puede saber más o menos, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN demuestra saber mucho, pero que poco cabe por innovar... En lo sustancial, en las instituciones principales, que son las que se analizan en esta obra, no somos sino alumnos —a veces aventajados— de nuestros ancestros romanos. Por eso igual que se denomina «Derecho Privado romano», bien pudiera haberse llamado este libro «Derecho romano privado» o simplemente «Principales instituciones de Derecho Privado a la luz del Derecho romano».

Mi más sincera enhorabuena al autor.

REVISTA DE REVISTAS

DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Número 30 (2007)

«Los costes de la represión. Una paráfrasis con dos pequeñas variaciones», por Celestino PARDO, *ESADE*, págs. 653-660.

Dedicatoria

Entre las muchas virtudes del profesor Garzón Valdés, ninguna brilla con más intensidad que su contagiosa curiosidad. No hay muchas personas que cumplan como él con el adagio clásico de que nada de lo humano debe sernos ajeno. Su curiosidad sin límites, como buen filósofo, lo abarca todo o casi todo. Sus escritos y traducciones —ésta con particular evidencia— lo demuestran cumplidamente. Espero que esta paráfrasis, con dos pequeñas variaciones —hilvanadas con poco éxito— de un trabajo hoy ya clásico, generado extramuros de nuestra ciencia, no merezca totalmente su desaprobación.

No debería sorprendernos la frecuencia con que en la vida diaria se violan las leyes. Los economistas conocen bien las causas que explican la persistencia del crimen, el fraude y el delito. Nuestras aspiraciones y deseos van por delante de nuestros ingresos o recursos. Es por ello que, siempre que las ganancias esperadas superen las previsibles pérdidas, las metas u objetivos ilegales, por inmorales que puedan parecernos, nunca dejarán de ser perseguidas.

1. Dicho de otro modo. El montante de las pérdidas que soportan las actividades ilegales (y, por tanto, su carestía) depende de los esfuerzos que hacen los Estados para perseguirlas. Ahora bien, como las políticas de prevención y castigo generan costes, esos costes suben progresivamente a medida que crecen los esfuerzos de los Estados y como los recursos públicos son limitados, el fraude y el delito nunca podrán ser completamente suprimidos.

2. La lucha contra las actividades ilegales, por lo demás, se complica cuando, como pasa en muchos casos, las infracciones cometidas no generan víctimas, son estas difusas o difícilmente identificables —o los eventuales daños que puedan producir sólo pueden valorarse con muchas dificultades—.

La falta de víctimas —o al menos de víctimas conocidas— complica evidentemente las cosas. Las víctimas, porque deben ser compensadas, tienen interés en que se descubra a los culpables y, por ello, su presencia facilita, contribuye eficazmente, a su detención y castigo.

Las actividades ilegales o criminales, sin embargo, cuando faltan víctimas, no tienen por qué rendir siempre forzosamente más beneficios. Más bien su-

cede lo contrario. La amenaza de sanciones siempre retrae a posibles competidores de modo que, al final, se produce la extraña o curiosa paradoja, de que cuanto más eficaz es una prohibición, más atractiva económicamente se vuelve la actividad prohibida.

3. Se entiende ahora por qué, cuanto más perseguida esté una actividad ilegal, más peligrosos se vuelven quienes la realizan —o se benefician o viven de ella—. No cabe abrigar duda alguna de que, cuanto más perseguida esté una actividad, más elevadas serán las ganancias esperadas, pero cuanto mayores sean las ganancias, mayores serán también los incentivos para la ejecución de las conductas prohibidas.

Estamos, en efecto, ante una especie de círculo vicioso: cuanta más represión, menos competidores y por tanto más beneficios esperados; cuanto más beneficios esperados, más atractiva se vuelve la actividad ilegal; cuanto más atractiva sea la actividad, mayor será el interés en realizarla; pero, cuanto mayor sea el interés, más difícil se volverá la aplicación de la ley.

4. También se explica ahora por qué no se persigue a todos los criminales con la misma intensidad. Precisamente porque la aplicación de la ley siempre es costosa, no todas las actividades prohibidas son perseguidas por el Estado o la sociedad con el mismo ahínco.

La aplicación de la ley hay que pagarla y, por ello, aun cuando los fines perseguidos puedan parecer igualmente valiosos, habrá diferencias en la intensidad de la represión aplicada, siempre que el coste de su ejecución no sea, en cada caso, el mismo.

5. No sólo eso. La eficacia de las políticas represivas depende de más cosas que de la magnitud del esfuerzo comprometido por los Estados en la prevención y castigo de las conductas prohibidas. Existen otros factores que también juegan un importante papel:

- i) En primer lugar, importa la relación que sin duda existe entre la varianza en los beneficios que pueden obtener los infractores por su conducta y la de los agentes públicos en sus retribuciones por hacer que las leyes se cumplan. Es un hecho fácilmente comprobable que el rigor en la aplicación de las leyes disminuye a medida que aumentan las ganancias de los malhechores. Los pequeños rateros, por ejemplo, suelen ser apresados con mucha más facilidad que los grandes delincuentes económicos o los criminales de cuello blanco.
- ii) En segundo lugar, importa también la frecuencia con que los posibles criminales o malhechores entran en contacto con los agentes encargados de vigilarlos. La repetición habitual de la conducta transgresora —sobre todo cuando los beneficios a repartir son sustanciosos— facilita la colusión entre agentes públicos y delincuentes y, por tanto, la aparición de formas más o menos encubiertas de cohecho.

6. La repetición de los contactos, en efecto, multiplica las posibilidades de entablar negociaciones y, en consecuencia, de conseguir un trato de favor de Tribunales, inspectores y policías a cambio de las oportunas contraprestaciones que pueden ir desde pequeñas compensaciones por hacer la «vista gorda» hasta sobornos en toda regla.

Todo ello permite explicar por qué los delincuentes habituales y violadores sistemáticos de la ley tienen tendencia a organizarse. No cabe duda de que la facilidad de las organizaciones delictivas para establecer relaciones «provecho-

sas» de colaboración con los agentes de la ley es muy superior que la que puedan tener, por separado, cada uno de sus afiliados.

7. En resumen, tanto mayor será la tendencia a la colusión entre los malhechores y sus vigilantes cuanto más elevados sean los beneficios esperados de la actividad prohibida.

Esta propensión se mantiene incluso aunque las infracciones generen víctimas perfectamente identificables; y se mantiene o acentúa porque —como los demandantes de ilegalidad a los agentes públicos son pocos y están organizados (constituyen casi verdaderos «monopsomios»)»; y, en cambio, los demandantes de legalidad, por las características de este tipo de «mercado», suelen ser muchos y están desorganizados, con casi toda seguridad saldrán perdedores estos últimos en la puja entablada para conseguir unos e impedir otros la aplicación de las leyes represivas del Estado.

8. La causa está en que, a medida que disminuye el número de presuntos defraudadores, incrementan las posibilidades de colusión o contacto y disminuyen las posibilidades de detección. Ahora bien, siempre que decrezca el éxito de la detección; subirán inmediatamente los márgenes del negocio y, por tanto, también la capacidad de su titular para llegar a acuerdos ventajosos con los agentes o servidores del Estado.

Se entiende por que, con este panorama y bajo estas condiciones, parece poco recomendable permitir o dejar que los vigilantes de la ley puedan negociar directamente con los posibles transgresores (como pasa ya en el ámbito fiscal). No es ésta, sin embargo, la única razón que juega en contra: hay alguna más.

9. *En principio podría parecer indiferente que, quien cobre la condena o pena establecida, sea el Estado o su agente, ya que la eficacia de la restricción sobre la conducta prohibida, siempre que la cantidad pagada sea la misma, es idéntica en ambos casos.* Lo que no quiere decir otra cosa que, en principio, no parecen existir obstáculos para que la organización de la represión del fraude y el delito pueda dejarse en manos del mercado.

En efecto, si el montante del soborno y de la sanción son equivalentes o iguales, los efectos disuasorios serán también forzosamente los mismos. Hay sin embargo excepciones que impiden una aplicación general de esa regla:

- i) No será indiferente nunca si es el caso que existen víctimas, porque —al embolsarse toda la cantidad abonada por el culpable el agente sobornado— no se pagará a los perjudicados la totalidad de los daños sufridos.
- ii) Pero tampoco es indiferente cuando —aún faltando víctimas identificables— la cantidad abonada al agente por el malhechor sea inferior a la cuantía de la pena que debía soportar; en estos casos el cohecho o soborno reducen la sanción —y, de paso, su eficacia o poder disuasorio— con lo que la sociedad en su conjunto soportará una pérdida neta.

10. Así las cosas, todo se reduce a identificar aquellas situaciones en que la cuantía del soborno tiende a ser inferior a la de la pena o sanción que corresponde según ley.

Hay al menos uno en que tal consecuencia parece inevitable. Será, sin duda, inferior el pago al agente (con los correspondientes costes sociales por sobre-actividad infractora) cuando la competencia entre los guardianes de la ley rebaje el precio de su «colaboración» para que puedan prosperar los «negocios» de delinquentes y malhechores.

La negociación libre con los vigilantes, en estos casos, no sólo facilita el contacto repetido con los transgresores —y por tanto incrementa el peligro de que se establezcan acuerdos para burlar la ley— sino que, a causa de la estructura «oligopsómica» del mercado, forzará que los precios de esos acuerdos tiendan a la baja.

11. Así las cosas, parece que, en estas condiciones, de permitir a alguien negociar con los vigilantes de la ley, sólo debería permitirse a las potenciales víctimas. A nadie puede ocultársele, sin embargo, que esta completa inversión de la concesión del derecho a negociar (antes a los infractores, ahora a sus víctimas) supone una total y completa inversión del papel y función de los incentivos (y por tanto de la política represiva).

Lo que se trata de saber (y decidir) es si los efectos de esa inversión son positivos y, a lo que parece, todo inclina a pensarlo así. En efecto, el reconocimiento del derecho de negociar (y por tanto a elegir vigilante) sólo y exclusivamente a las víctimas:

- i) Por una parte, promueve la colusión entre éstas y los vigilantes (lo que no perjudica el interés público sino, al contrario, como veremos, lo garantiza).
- ii) Y, por otra, dificulta los acuerdos entre los vigilantes y los malhechores (lo que, como hemos visto, redundaría en beneficio del interés general).

12. Por razones obvias, existe una generalizada confianza en todas partes en que las víctimas, en su propio interés, tienen siempre la firme voluntad de que se cumplan las leyes.

No cabe duda de que, si se dejase en sus manos la persecución de los infractores y se les garantizase la indemnización de todos los daños, la cantidad de aplicación de la ley sería óptima (como pasa, por ejemplo, con el robo en almacenes o tiendas): estaríamos ante una especie de fiscales incorruptibles.

La mayoría de las víctimas, sin embargo, no tienen interés en transformarse en vigilantes directos del cumplimiento de las leyes porque el éxito en las tareas de investigación, acusación y condena de los presuntos culpables, exige la posesión de conocimientos especializados que, en la mayor parte de los casos, no son fáciles de adquirir.

13. Ahora bien, de lo que no cabe duda es que, si las víctimas tienen un indiscutible interés en que se les reparen los perjuicios sufridos, estimularán la aparición de eficaces guardianes de la ley que se dediquen profesionalmente a garantizar que ésta se cumplirá, que se encontrará a los culpables de burlarla y que se les castigará por las infracciones que hayan cometido.

Por lo demás, también aquí los acuerdos a que puedan llegar las víctimas y sus agentes no podrán versar sobre otra cosa que sobre el sistema de reparto de las penas e indemnizaciones, debidas por los culpables, que habría que distribuir (una vez reparados los daños producidos) en función del esfuerzo empeñado por cada parte (víctimas e investigadores) en la busca e identificación de los culpables. En consecuencia, como toda investigación tiene siempre un coste, el montante de las sanciones impuestas a los infractores (y por tanto la base del reparto) debe superar la cuantía de las compensaciones que corresponde pagar a las víctimas por los daños sufridos.

14. En la práctica, sin embargo este modelo (del «cazarrecompensas»), tan fascinante por su sencillez, no cuenta hoy con muchos seguidores. Hay razones poderosas que explican el rechazo. Así, por ejemplo, siempre que se

persiga no tanto la represión del fraude como su prevención, es decir, cuando interesa la aplicación *ex ante*, no *ex post*, de la ley:

- i) Primero, porque, en estos casos, siempre que no lleguen a consumarse los delitos o fraudes a causa del esfuerzo en prevención del agente o vigilante, faltarán los incentivos para investigar ya que no habrá indemnización que cobrar ni, por tanto, recompensa alguna que repartir.
- ii) Segundo, porque siendo por hipótesis preventivo el control, no habrá víctimas efectivas sino sólo potenciales; lo que hará disminuir mucho el interés de cada miembro del grupo de riesgo en contratar y pagar los servicios de control o vigilancia (todos tenemos dificultades para valorar adecuadamente la gravedad e importancia de los peligros de carácter colectivo y naturaleza futura o eventual).
- iii) Tercero, porque las potenciales víctimas —puestas a elegir entre un coste actual y el riesgo de una pérdida futura, aunque sea grande— suelen inclinarse por esta última ya que, como es sabido, las desgracias siempre les ocurren, con más frecuencia, a los demás (complejo de «Fausto»).

15. No otra debe ser la conclusión cuando nos encontramos ante delitos o infracciones sin víctimas. Muchas de entre las variadas infracciones que se cometen todos los días carecen de víctimas conocidas, es decir, de víctimas identificables ni siquiera *grosso modo* (piénsese en la legislación de protección de las costas o el medio ambiente).

En estas condiciones, las dificultades para la negociación del acuerdo entre las potenciales víctimas (los grupos de riesgo) y los vigilantes se disparan ya que a los peligros típicos de una situación de «monopolio bilateral o multilateral» (proliferación de gorriones que se aprovechan de la prevención, pero escurren pagar sus costes) habría que sumar los de por sí elevados costes de contratación cuando los beneficiarios del servicio (y por tanto posibles afectados o interesados en el acuerdo) son muchos y por encima difíciles de identificar.

Habría, por consiguiente, con toda seguridad, si se dejase la elección del controlador (y, por tanto, la misma práctica del control) a la iniciativa de las potenciales víctimas, una manifiesta *infra-inversión* en prevención con los consiguientes costes para el conjunto de la sociedad (retraimiento de la demanda como consecuencia del incremento de incertidumbre sobre la eficacia de la garantía estatal de los derechos).

16. Parece, por tanto, que —en beneficio de la colectividad, además de las posibles víctimas— cuando éstas son muchas y difíciles de identificar, los Estados deben implantar controles forzosos de legalidad o sistemas públicos de prevención. Los costes de funcionamiento del servicio deben soportarlos quienes van a ver mejorada su posición como consecuencia de la implantación de las organizaciones de control.

La razón de que la mayoría de los países carguen a los grupos de riesgo con el pago de los costes está en que la prevención revaloriza sus activos al incrementar la expectativa de su uso pacífico en el futuro. En efecto, el incremento del margen de riesgo que produce una deficiente protección presiona al alza el coste del seguro, disminuye en proporción las rentas futuras y, en consecuencia, reduce el valor de capitalización de los activos.

17. Esta opción, por razones obvias, se vuelve todavía más recomendable cuando para ejercer eficazmente la prevención sea necesario poner en acción,

servirse, de potestades públicas o instrumentos de coacción cuyo ejercicio, en principio, está reservado al Estado.

Debido al delicado problema que plantea siempre la delegación en particulares de poderes públicos, es conveniente reservar su gestión a organizaciones o empresas previamente autorizadas o «habilitadas», debido al peligro de incurrir en sobre actividad, gastos superfluos (duplicación de actuaciones) o, lo que es peor, de adoptar medidas (represivas) incompatibles o contradictorias.

Hay otra razón que hace aconsejable la intervención del Estado. La intervención pública se vuelve necesaria para garantizar adecuadamente la solvencia de los agentes responsables, debido a los cuantiosos daños (públicos y privados) que pueden ocasionar sus decisiones erróneas.

18. Ciertamente, si eliminamos la competencia entre los agentes, careceremos de una orientación segura sobre el gasto total óptimo en aplicación de la ley que debemos afrontar. Lo que sin duda constituye un defecto importante o grave pero no decisivo. Hemos visto un poco más atrás como en este punto las soluciones de mercado tampoco ofrecen muchas garantías.

Lo que sí, en cambio, estaríamos en condiciones de calcular, es cuál debe ser la retribución óptima de cada vigilante, juez o controlador. En principio, como los costes de investigación de las irregularidades en la ejecución de la ley son altos (ya que los mismos vigilantes tratarán por todos los medios de obstaculizar su detección) será necesario incrementar, para garantizar una eficaz ejecución de las leyes, las penas que hay que imponer a los inspectores en el caso de que incumplan sus funciones.

Una de las fórmulas ensayadas con notable éxito es la que propone pagar a los agentes algo más de lo que cobrarían en trabajos alternativos (es decir, con preparación, riesgo y esfuerzos similares) para, al mismo tiempo, amenazarles con el despido fulminante, incluso, por pequeñas o incluso insignificantes irregularidades.

19. La determinación de ese sobresueldo o prima no parece imposible. Según el modelo Stigler-Becker, estará en relación directa con los beneficios (procedentes de la corrupción) que puedan obtener los agentes públicos y en relación inversa con la probabilidad de detección (y por tanto castigo) de las irregularidades cometidas.

En concreto, cuanto más alto pueda ser el beneficio del agente corrupto (que esté dispuesto a pagar el infractor) y menor la posibilidad de detección, mayor sería la diferencia entre el sobresueldo y la mejor alternativa salarial que nuestro vigilante o agente está en condiciones de encontrar en el mercado.

Esta debería ser, pues, para un operador racional, la medida de la «tentación de la corrupción», y por tanto el precio a pagar por aquellos que desempeñan su oficio de forma incorrecta o negligente. El coste del despido (la pena con que se amenaza al agente poco escrupuloso) en el caso que se llegase a descubrir el cohecho, o su desidia o falta de interés, sería equivalente, por tanto, al valor del flujo de renta futura que dejaría de percibir.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

El trabajo clásico a que se hace referencia en la dedicatoria es evidentemente el de BECKER, G., y STIGLER, G., 1997: *La aplicación de las leyes, la corrupción y la remuneración de los jueces*, accesible en español, en FEBRERO-SCHWARTZ (reeds.): *La esencia de Becker*, pág. 503. La paráfrasis ocupa la primera

mitad del presente escrito. Las variaciones, que después se permite, buscan amparo en la autoridad de CALABRESSI, G., 1984: *El coste de los accidentes (Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil)*, pág. 107 y sigs.

Es curioso que la moderna economía institucional haya resucitado viejas antítesis metafísicas o filosófico-morales. La hipótesis de «racionalidad limitada», por ejemplo, no parece más que una toma de posición en la discusión tradicional sobre finitud/infinitud y precisamente a favor de la superioridad de la vida sobre el conocimiento (en *Historia*, de la llamada desde S. AGUSTÍN, «heterogonía de las intenciones»). La inevitabilidad de los «costes de agencia», por su parte, sería una simple traducción al plano económico —y, por tanto, una prueba irrefutable— de la maldad de la naturaleza humana. La «tragedia de los comunes», por último, una derivada posterior de la misma premisa y por tanto del *bellum omnium*.

A lo que parece, quedan todavía muchos mediterráneos por descubrir. Sobre los costes de agencia, que es de lo que trata el presente escrito, es referencia obligada: FAMA, E., 1980: «Agency Problems and the Theory of the Firm», en *IPE*, 88: 288-307. Para las cuasi-rentas, KLEIN, B.; CRAWFORD, R., y ALCHIAN, A., 1978: «Vertical Integration, Appropriable Rents and Competitive Contracting Process», en *LE*, 21: 297-326.

Sobre garantías de «calidad», y las dificultades para conseguirla —el otro motivo del escrito— disponible ahora en italiano: AKERLOF, G., 2003: «Il mercato dei “Bidoni”: la incertezza della qualità e il meccanismo di mercato», en *Racconti di un nobel dell'Economía. Asimmetria informativa e vita quotidiana*, pág. 7 y sigs. Y sobre todo, siempre agudo: BARZEL, Y., 1987: «The Entrepreneur's Reward for self-Policing», en *EL*, 25: 103-116.

RESUMEN

La progresiva revalorización de factores como el capital y el trabajo ha repercutido negativamente en los costes de las actividades irregulares, ilegales o delictivas, al elevar en términos absolutos el valor de los daños que sufren quienes las soportan y, en consecuencia, las expectativas de beneficios de quienes las realizan.

El crecimiento del riesgo de delinquir o infringir la ley, debido al aumento de las ganancias esperadas, es decir, de la tentación para hacerlo, como no podía ser menos, se ha traducido, a su vez, inmediata e inexorablemente, en un incremento de las sanciones y reparaciones que los malhechores han de afrontar y en su caso abonar.

Ahora bien, a medida que aumenta la diferencia entre, por un lado, el beneficio esperado de las conductas irregulares y las penas con que se las amenaza, y, por otro, la retribución de los funcionarios que las aplican, inevitablemente, se eleva también el riesgo de corrupción; y, por tanto, la «tasa de descuento de la arbitrariedad de los Estados» que los mercados y, en general, los ciudadanos, han de soportar (y, en consecuencia, pagar).

A partir del trabajo ya clásico de STIGLER-BECKER, se analizan las distintas variantes organizativas (o políticas represivas) que pueden ensayarse para rebajar el montante de esa tasa. Finalmente se apuntan algunas razones en favor de los sistemas de prevención que CALABRESSI llamó «específica»; especialmente los que sujetan el ejercicio de actividades potencialmente peligrosas a control o autorización previa.

PALABRAS CLAVE

Análisis económico del Derecho, Calabressi, Stigler, Becker.

ABSTRACT

The ongoing revaluation of factors as capital and work has affected negatively in the costs of irregular ¡legal or delictive activities, because it absolutely increases the amount of damages suffered by those who have to put up with them and so the expectations of benefits of those who commit them.

The growth of the risk of committing a crime or to break the law (due to the increase of the expected profits) has caused as well an increase of the sanctions and repairs that those braking the law have to face and pay.

However, the more it increases the difference between, on one side, the expected benefit of the misconducts and the costs of their punishments, and, on the other side the payment of the government employees who apply them, the more it raises the corruption risk, and so the «rate of discount of State's arbitrariness», that domestic market and individuals have to put up with.

From the classic studies of Stigler-Becker the different organisation variants are analyzed (the different repressive policies) that can be practised to reduce the total of the so called rate. Finally, some reasons are noted in pro of the prevention systems which Calabresi called «specific»; specially those that restrain the exercise of potential dangerous activities to previous authorization or control.

KEYWORDS

Economic analysis of the law, Calabresi, Stigler, Becker.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Número 9 (2009)

Editorial Tirant lo Blanch

«Análisis estructural de la organización registral y notarial», por Miguel SORIA LÓPEZ, *Abogado. Registrador de la Propiedad.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTUDIO DE LAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS: 1. ORÍGENES. 2. TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN CIENTÍFICA: FREDERICK WISLOW Y MAX WEBER. 3. TEORÍA DE LAS RELACIONES HUMANAS: EL EXPERIMENTO HAWTHORNE Y ABRAHAM MASLOW. 4. TEORÍAS ESTRUCTURALISTAS: MICHEL CROZIER Y JAY GALBRAITH. 5. TEORÍA DE LA CONTINGENCIA: JOAN WOODWARD Y DEREK PUGH. 6. CONCLUSIONES.—III. CONCEPTO DE ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES.—IV. LAS CINCO PARTES FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN: 1. BREVE EXAMEN PRÁCTICO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO ENTRE NOTARIO Y REGISTRADOR. 2. ANÁLISIS DE LAS CINCO PARTES EN QUE SUELEN DIVIDIRSE LAS ORGANIZACIONES.—V. CONFIGURA-

CIONES ESTRUCTURALES.—VI. CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DE LA PROFESIÓN OFICIAL EN ESPAÑA: LA BUROCRACIA PROFESIONAL.—VII. LA PROFESIÓN OFICIAL Y LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA: 1. ¿RESPONDE LA PROFESIÓN OFICIAL A LOS RETOS DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA? 2. ¿DÓNDE SE INCARDINA LA PROFESIÓN OFICIAL, EN EL NEOLIBERALISMO O EN LA SOCIALDEMOCRACIA? 3. ¿ES EXPORTABLE LA ESTRUCTURA DE LA PROFESIÓN OFICIAL A OTRAS FUNCIONES PÚBLICAS?—VIII. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA FRENTE A LA IDOLATRÍA CONCEPTUAL. EL PUNTO DE VISTA DEL CIUDADANO.—IX. LA IDOLATRÍA CONCEPTUAL O LA LEGALIDAD VIRTUAL: 1. EL CONTROL DE LEGALIDAD. 2. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD. 3. LA NECESIDAD DE LIMITAR O CONCRETAR LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 4. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA PROTECCIÓN AL TERCERO. 5. LA CONCRECIÓN DE LOS MEDIOS EMPLEADOS EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 6. DUPLICIDAD DE CONTROLES Y REDUCCIÓN DE COSTES. 7. LA REDUCCIÓN DE COSTES EN BENEFICIO DEL CIUDADANO. 8. CONFUSIÓN ENTRE DOCUMENTO PÚBLICO Y DOCUMENTO PROBATORIO. 9. LA FALTA DE INDEPENDENCIA DEL NOTARIO COMO CONSECUENCIA DE SU RELACIÓN CLIENTELAR. 10. LA AUTORIZACIÓN DE LA ESCRITURA COMO MOMENTO ESENCIAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. 11. LA DEPENDENCIA FUNCIONARIAL DEL REGISTRADOR. 12. LA INDEPENDENCIA PROFESIONAL DEL REGISTRADOR. 13. EL ACCESO TELEMÁTICO A LA INFORMACIÓN REGISTRAL SIN INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR EN TIEMPO REAL. 14. COORDINACIÓN CATASTRO Y REGISTRO.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de agosto de 2008, el Boletín Oficial del Estado publicaba la ORDEN/ PRE/2424/2008, de 14 de agosto, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros del mismo día, sobre medidas de reforma estructural y de impulso de la financiación de las pequeñas y medianas empresas. En dicho Acuerdo, después de analizar la situación económica que se vive en nuestro país, se adoptan una serie de medidas de reforma estructural que se dividen en varios grupos. En concreto, en el grupo sexto se señala que: «*Se prevé también la presentación de una propuesta de reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva, que estará orientada a evitar duplicidades y solapamientos entre las funciones de notarios y registradores de la propiedad, así como a facilitar información integral de los datos registrales y catastrales, para potenciar la calidad del sistema*».

Así pues, en principio, nos encontramos ante la necesidad de una serie de reformas estructurales; de ahí que sea necesario el estudio de la estructura organizativa del sistema de seguridad jurídica preventiva existente en España. Pero antes de entrar en un estudio detallado de las estructuras conviene que analicemos la dicción literal que aparece publicada en el BOE, así como de la medida vigésimo tercera que dice así: «*Los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia presentarán a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos una propuesta de reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva. Los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia crearán un grupo de trabajo que en el plazo de cuatro meses presente a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos una propuesta de reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva y una “hoja de ruta” con los pasos a dar para transitar hacia ese nuevo modelo. La propuesta estará orientada a evitar duplicidades y solapamientos entre las funciones de notarios y registradores de la propiedad que generen costes inne-*

cesarios, reforzar los mecanismos de supervisión y control sobre la actividad de los fedatarios públicos, así como facilitar información integral e integrada de los datos registrales y catastrales, para potenciar la calidad del sistema. El fin último de la propuesta será simplificar y reducir los trámites para ciudadanos y empresas, facilitar y mejorar la gestión y reducir los costes».

En la interpretación del Acuerdo parece claro un objetivo «potenciar la calidad del sistema». También se señala un fin último «simplificar y reducir trámites»; «facilitar y mejorar la gestión» y «reducir costes». Objetivos todos ellos que, en buena lógica, debemos entenderlos como que los señalados en segundo lugar concretan el contenido en la primera frase. Es decir, para potenciar la calidad del sistema se deben simplificar y reducir trámites, facilitar y mejorar la gestión y reducir costes.

Sin ánimo de entrar en el análisis económico de la frase, sí que conviene tener en cuenta el sentido que en la ciencia económica tienen los términos «eficacia» y «eficiencia». «Eficacia» hace referencia a la consecución del objetivo perseguido (en este caso, potenciar la calidad del sistema de seguridad jurídica preventiva existente en España), «eficiencia» hace referencia a la consecución de dicho objetivo al menor coste posible. Consecuentemente, no hay nada que origine más costes económicos para los ciudadanos y la sociedad que la pérdida de la seguridad. La crisis económica que vivimos actualmente nos lo demuestra cada día. Por todo ello, en mi opinión, la expresión «potenciar la calidad del sistema» no puede por menos de ser entendida como *reforzar la seguridad jurídica preventiva*.

Hechas estas reflexiones, conviene tener en cuenta una premisa que, en mi opinión, es básica en toda reforma estructural. Para adoptar cualquier tipo de reforma hay que partir del trabajo o de la función, tal y como se realizan en la realidad cotidiana. Es decir, de la perspectiva del profesional en el ejercicio de sus funciones, del ciudadano que recibe este servicio, y de los casos prácticos concretos en que la seguridad del sistema muestra su debilidad. No nos debemos perder en los derroteros conceptuales más o menos interesados que nos alejen de la realidad, la neutralidad de la ciencia que preconizaba Max Weber, hoy en día no es mantenida por nadie. El análisis de las funciones y de las estructuras sobre las que se sustentan debe ser lo más empírico posible.

Como justificación filosófica del método empírico, podemos citar en primer lugar a Francis BACON (1561-1626), en su obra «*Novum Organum*» (la nueva herramienta de la ciencia) en la que reivindicó el método experimental o inductivo, que presentó enfrentado al método deductivo, cuya máxima expresión se hallaba en el libro de lógica de Aristóteles, *Organon*, o herramienta. Incluye la célebre refutación de los «ídolos» o conocimientos que se suponen intocables y que han conducido a los hombres por caminos extraviados. Los ídolos son de dos tipos. Los innatos que se subdividen en limitaciones inherentes a nuestra naturaleza humana (*idola tribu*), y los propios de cada persona (*idola caverna*); y los ídolos adventicios, que se subdividen en los provenientes de la sociedad (*idola forum*) y los del lenguaje (*idola teatri*).

Por su parte, Augusto COMTE (1789-1857), en su «Discurso sobre el espíritu positivo», explicó los diversos sentidos del positivismo: la palabra «positivo» en COMTE designa lo real como opuesto a lo quimérico; lo útil frente a lo inútil, lo cierto frente a lo indeciso, lo preciso como opuesto a lo vago, lo empírico frente a lo metafísico y lo relativo contra lo absoluto.

En su obra «Pragmatismo», William JAMES (1842-1910), señaló que el criterio para distinguir lo verdadero de lo falso es que «verdad es lo que sirve».

Una proposición es verdadera cuando funciona, es decir, cuando podemos utilizarla, y es falsa cuando, por ser ambigua o caótica, no podemos usarla. Verdad coincide con bondad y es bueno para nosotros lo que es útil para todos. Esta concepción conlleva que la verdad no se define teóricamente sino en la práctica y es en este terreno en el que dotamos de universalidad a la palabra y a la idea que representa.

Karl R. POPPER (1902-1994), en su obra «Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico», señala que ante la disyuntiva de tener que escoger entre un método deductivo, como el de la ciencia aristotélica, que a partir de principios absolutos extrae, por deducción lógica y sin necesidad de recurrir a la experiencia, todas las características del objeto de investigación, o el método inductivo, que recurre a la experiencia, pero cuyos resultados o generalizaciones no tienen justificación racional, POPPER se inclina por el empleo sistemático del «método hipotético-deductivo». Es decir, el conocimiento progresa por hipótesis y teorías (conjeturas), que son confrontadas con los hechos (refutaciones). Tal es el criterio de falsabilidad: una teoría sólo es científica si puede someterse a la contrastación experimental y superar con éxito las pruebas. Pero ninguna teoría queda protegida de una eventual refutación posterior, por cuya razón es necesario considerar que todas las leyes o teorías científicas son provisionales, y que su permanencia en el ámbito de la ciencia sólo indica que son aproximaciones mejores que las leyes o teorías precedentes.

II. EL ESTUDIO DE LAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS

En primer lugar conviene que comencemos por repasar un poco la historia del estudio de las estructuras de las organizaciones, y, al respecto, señalaremos que dicha materia ha sido durante mucho tiempo como la oveja negra de la escuela empresarial, ya que comporta muchas dificultades a la hora de construir serias aportaciones teóricas. Cuando queremos sistematizar el funcionamiento de una organización no podemos por menos de acudir al caso concreto, ya que las aportaciones teóricas generales suelen incidir en los mismos problemas que existen en la relación mapa-territorio; es decir, nunca concuerdan plenamente ni deben ser confundidos, la finalidad de uno es meramente orientativa, mientras que el funcionamiento empresarial es real al cien por cien.

1. ORÍGENES

En un principio la literatura prestaba atención a la estructura formal, a las relaciones documentadas y oficiales entre los distintos miembros de la organización. Hasta los años cincuenta predominaron en la literatura dos escuelas de pensamiento, preocupada una por la supervisión directa y la otra por la normalización (conceptos que analizaremos con posterioridad).

La escuela de pensamiento de los principios de la gestión, encabezada por Henri FAYOL (1841-1925), teórico francés de la administración, tuvo una gran influencia a principios del siglo xx. Señaló catorce principios de la Administración:

1. *División del trabajo*: para lograr la especialización y ser más productivo.

2. *Autoridad*: el derecho a dictar órdenes, equilibrado con la responsabilidad de su función.
3. *Disciplina*: los empleados obedecerán sólo si la gerencia proporciona una buena dirección.
4. *Unidad de comando*: cada trabajador un jefe, sin otras líneas de mando en conflicto.
5. *Unidad de dirección*: la gente contratada para la misma clase de actividades debe tener los mismos objetivos en un solo plan.
6. *Subordinación del interés individual (al interés general)*: la administración debe considerar que las metas de la empresa son siempre supremas.
7. *Remuneración*: supone un motivador importante, pero FAYOL no encontró un sistema de remuneración que considerara perfecto.
8. *Centralización (descentralización)*: depende de la condición del negocio y de la calidad del personal.
9. *Cadena escalonada (línea de autoridad)*: una jerarquía es necesaria para la unidad de dirección. Pero la comunicación lateral es también fundamental, mientras que los superiores sepan que está ocurriendo tal comunicación. La cadena escalonada se refiere al número de niveles en la jerarquía desde la autoridad de mayor nivel hasta el más bajo de la organización.
10. *Orden*: el orden material y el orden social son necesarios. El primero disminuye la pérdida de tiempo y la manipulación innecesaria de materiales. El segundo se logra con la organización y la selección.
11. *Acción*: necesaria una combinación de amabilidad y justicia.
12. *Estabilidad de la contratación del personal*: los empleados trabajan mejor si tiene seguridad en su empleo y en el progreso de su carrera.
13. *Iniciativa*: permitir que todo el personal muestre su iniciativa de cierta manera es una fuente de fortaleza para la organización.
14. *Espíritu de cuerpo*: la Administración debe fomentar la motivación moral de sus empleados.

También concretó en cinco los elementos de la Administración:

1. *Planificar*: examinando el futuro y elaborando un plan de acción.
2. *Organizar*: definir la estructura, material y humana de la empresa.
3. *Dirigir*: mantener fluidas las actividades del personal.
4. *Coordinar*: unificar y armonizar toda la actividad y el esfuerzo.
5. *Controlar*: ver que todo ocurre conforme a las reglas establecidas y las órdenes impartidas.

La preocupación básica era aumentar la eficiencia de la empresa a través de la forma y disposición de los órganos componentes de la organización (departamentos) y de sus interrelaciones estructurales. De ahí el énfasis en la anatomía (estructura) y en la fisiología (funcionamiento) de la organización. En este sentido, el enfoque de la corriente anatómica y fisiologista es un enfoque inverso al de la administración científica: de arriba hacia abajo (de la dirección hacia la ejecución). Predominaba la atención en la estructura organizacional, con los elementos de la administración, con los principios generales de la administración, con la departamentalización. Ese cuidado con la síntesis y con la visión global permitía una manera mejor de subdividir la empresa bajo la centralización de un jefe principal. El énfasis en la estructura

es su principal característica. Centraba su atención en la autoridad formal, es decir, en el papel de la supervisión directa dentro de la organización. Estos autores divulgaron términos tales como unidad de mando, escala de mando, y ámbito de control.

2. TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN CIENTÍFICA: FREDERICK WISLOW Y MAX WEBER

La segunda escuela de pensamiento comprende dos grupos que promovieron el mismo tema, la normalización del trabajo a través de toda la organización. Ambos surgieron a principios del siglo pasado, Frederick TAYLOR en América, al frente del movimiento de la gestión científica, cuyo mayor interés era la programación del contenido del trabajo obrero, y Max WEBER en Alemania, que escribió acerca de las estructuras maquinales o burocráticas en las cuales las actividades quedaban formalizadas mediante reglas, descripciones del puesto y una preparación previa.

La escuela americana estaba formada principalmente por ingenieros, como Frederick WINSLOW (1856-1915), Henry LAWRENCE GANTT (1861-1931), Frank BUNKER GILBRETH (1868-1924), Harrington EMERSON (1853-1931) y otros como Henry FORD (1863-1947), suele ser incluido entre ellos, por haber aplicado sus principios. La preocupación básica era aumentar la productividad de la empresa mediante el aumento de la eficiencia en el nivel operacional, esto es, en el nivel de los operarios (1). De ahí el énfasis en el análisis y en la división del trabajo operativo, toda vez que las tareas del supervisor y del operario constituyen la unidad fundamental de la organización. En este sentido, el enfoque de la administración científica es un enfoque de abajo hacia arriba (del operario hacia el supervisor y gerente) y de las partes (operarios y sus cargos) para el todo (organización empresarial). Predominaba la atención en el trabajo, en los movimientos necesarios para la ejecución de una tarea, en el tiempo-patrón determinado para su ejecución: ese cuidado analítico y detallado permitía la especialización del operario y la reagrupación de los movimientos, operaciones, tareas, cargos, etc., que constituyen la llamada «organización racional del trabajo». Fue además de esto una corriente de ideas desarrollada por ingenieros, que buscaban elaborar una verdadera ingeniería industrial dentro de una concepción eminentemente pragmática. El énfasis en las tareas es la principal característica de la administración científica.

Frederick WILSON TAYLOR (1856-1915), fundador de la administración científica, señaló los siguientes principios:

1. *Principio de planeamiento*: mediante la planeación del método de trabajo.
2. *Principio de la preparación/planeación*: seleccionar a los trabajadores de acuerdo con sus aptitudes y prepararlos para producir más y mejor, de acuerdo con el método planeado.
3. *Principio del control*: controlar el trabajo para certificar que el mismo está siendo ejecutado de acuerdo con las normas establecidas y según el plan previsto.

(1) Era frecuente encontrar en las salas de los operarios de aquella época el siguiente lema: «No piense, a otros les pagan para que lo haga por usted». En la época de IBM, el lema que aparecía en todas las salas con letras grandes era todo lo contrario, sólo contenía una palabra: «Think».

4. *Principio de la ejecución*: distribuir distintamente las atribuciones y las responsabilidades para que la ejecución del trabajo sea disciplinada.

TAYLOR adoptó un sistema de control operacional bastante simple que se basaba no en el desempeño medio sino en la verificación de las excepciones o desvío de los patrones normales; todo lo que ocurre dentro de los patrones normales no deben ocupar demasiada atención del administrador. Según este principio, las decisiones más frecuentes deben reducirse a la rutina y delegadas a los subordinados, dejando los problemas más serios e importantes para los superiores; este principio es un sistema de información que presenta sus datos solamente cuando los resultados, efectivamente verificados en la práctica, presentan divergencias o se distancian de los resultados previstos en algún problema. Se fundamenta en informes condensados y resumidos que muestran apenas los desvíos, omitiendo los hechos normales, volviéndolos comparativos y de fácil utilización y visualización.

MAX WEBER en sus escritos dice: «La experiencia tiende a demostrar universalmente que el tipo de organización administrativa puramente burocrática es, desde un punto de vista técnico, capaz de lograr el grado más alto de eficiencia, y en este sentido es el medio formal más racional que se conoce para lograr un control efectivo sobre los seres humanos. Es superior a cualquier otra forma en cuanto a precisión, estabilidad, disciplina y operabilidad. Por tanto, hace posible un alto grado en el cálculo de resultados para los dirigentes de la organización y para quienes tienen relación con ella. Finalmente, es superior tanto en eficiencia como en el alcance de sus operaciones, y es formalmente capaz de realizar cualquier tipo de tareas administrativas».

MAX WEBER, en su célebre obra «Economía y Sociedad», reduce a tres los tipos de organización: la tradicional, la burocrática y la carismática. Este último supuesto está estrechamente relacionado con las cualidades y circunstancias extraordinarias de la persona que ocupa el cargo, por lo que muy bien puede encajar tanto en la organización tradicional como en la burocrática.

En la organización tradicional, las atribuciones del cargo son en la práctica, e incluso en la teoría, derechos de su titular. El fuero y el privilegio no son la excepción, sino la regla. Este sistema constituyó el meollo del feudalismo.

En el Estado moderno, la organización es burocrática. La selección de los empleados públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichos criterios objetivos deben basarse en razones de mérito y capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia.

3. TEORÍA DE LAS RELACIONES HUMANAS: EL EXPERIMENTO HAWTHORNE Y ABRAHAM MASLOW

En el año 1939, con la publicación de la obra de ROETHLISBERGER y DICKSON sobre una serie de experimentos realizados con trabajadores de la central Western Electric Hawthorne, empezó a percibirse la presencia de una estructura informal (relaciones extraoficiales dentro del grupo de trabajo), llegándose a aceptar que la adaptación mutua servía de importante mecanismo de coordinación en todas las organizaciones.

Este experimento, coordinado por Elton MAYO, permitió delinear los principios básicos de la escuela de las relaciones humanas. Entre las conclusiones principales pueden mencionarse las siguientes:

El nivel de producción depende de la integración social. Se constató que el nivel de producción no está determinado por la capacidad física o fisiológica del trabajador (como afirmaba la teoría clásica), sino por las normas sociales y las expectativas que lo rodean. Es la capacidad social del trabajador la que establece su nivel de competencia y de eficiencia. Cuanto más integrado socialmente está en el grupo de trabajo, mayor será la disposición de producir.

El comportamiento social de los trabajadores. El experimento de HAWTHORNE permitió comprobar que el comportamiento del individuo se apoya por completo en el grupo. En general, los trabajadores no actúan ni reaccionan aisladamente como individuos, sino como miembros de grupos. En el experimento de HAWTHORNE, los individuos no podían establecer por sí mismos su cuota de producción, sino que debían dejar que la estableciera e impulsara el grupo. Ante cualquier trasgresión de las normas grupales, el individuo recibía castigos sociales o morales de sus compañeros para que se ajustara a los estándares del grupo.

Debido a que el poder del grupo para provocar cambios en el comportamiento individual es muy grande, la administración no puede tratar a los trabajadores individualmente, como si fueran átomos aislados, sino como miembros de grupos de trabajo, sujetos a las influencias sociales de estos grupos. Es la teoría del control social sobre el comportamiento. La amistad y los grupos sociales de los trabajadores poseen significado trascendental para la organización y, por lo tanto, deben ser considerados los aspectos importantes en la teoría de la administración.

La teoría de las relaciones humanas contrapone el comportamiento social del trabajador al comportamiento mecánico propuesto por la teoría clásica, basado en la concepción atomística del hombre.

Las recompensas y sanciones sociales. Durante el experimento de HAWTHORNE se comprobó que los obreros que producían muy por encima o muy por debajo de la norma socialmente determinada, perdían el afecto y el respeto de los compañeros; así, los trabajadores de la sala de montaje de terminales preferían producir menos y, en consecuencia, ganar menos que poner en riesgo las relaciones de amistad con sus compañeros.

Ello condujo al establecimiento de una tercera escuela en los años cincuenta y sesenta, denominada en un principio la de las «relaciones humanas», que intentó demostrar que contar en exclusiva con las estructuras formales era un error, puesto que llevado a la práctica dichos principios formales podrían ir en contra del propio trabajador.

Así, Abraham MASLOW señaló que el problema de la gestión se podía abordar de una nueva manera, cómo crear unas condiciones sociales para que las metas del individuo coincidan con las metas de la organización.

MASLOW creó su ahora famosa jerarquía de necesidades, en este orden:

- Las necesidades fisiológicas.
- Las necesidades de seguridad y reaseguramiento.
- Las necesidades de amor y de pertenencia.
- Las necesidades de estima.

MASLOW llama a todos estos cuatro niveles anteriores necesidades de déficit o Necesidades-D. Si no tenemos demasiado de algo (v.g., tenemos un déficit), sentimos la necesidad. Pero si logramos todo lo que necesitamos, ¡no sentimos nada! En otras palabras, dejan de ser motivantes. Como dice un viejo refrán latino: «No sientes nada a menos que lo pierdas».

Autorrealización: El último nivel es un poco diferente. Comprende aquellos continuos deseos de llenar potenciales, a «ser todo lo que pueda ser». Es una cuestión de ser más completo; de estar «autorrealizado». La pregunta surge entonces: ¿qué es lo que MASLOW quiere decir exactamente con autorrealización? Para responder, tendremos que analizar a aquellas personas que MASLOW considera autorrealizadas. Afortunadamente, MASLOW lo hizo por nosotros.

Empezó escogiendo a un grupo de personas, algunas figuras históricas, a otras que conocía; que a él le parecía que cumplían con dichos criterios. Se incluyeron en este angosto grupo personajes como Abraham LINCOLN, Thomas JEFFERSON, Mahatma GANDHI, Albert EINSTEIN, Eleanor ROOSEVELT, William JAMES, Benedict SPINOZA, y otros. Luego se centró en sus biografías, escritos, actos y palabras de aquellos a los que conoció personalmente, y así sucesivamente. De estas fuentes desarrolló entonces una lista de cualidades similares a todo el grupo, opuesta a la gran masa compuesta por el resto de los mortales como nosotros.

Estas personas eran centradas en la realidad, lo que significa que pueden diferenciar lo que es falso o ficticio de lo que es real y genuino. También eran personas centradas en el problema, o lo que es lo mismo, personas que enfrentan los problemas de la realidad en virtud de sus soluciones. Y además tenían una percepción diferente de los significados y los fines. Creían que los fines no necesariamente justifican los medios; que los medios pueden ser fines en sí mismos. Eran relativamente independientes de la cultura y el entorno, apoyándose más en sus propias experiencias y juicios. Asimismo, eran resistentes a la enculturación, esto es, que no eran susceptibles a la presión social; eran de hecho, inconformistas en el mejor sentido.

Además, poseían lo que MASLOW llamaba valores democráticos, o sea, que eran abiertos a la variedad étnica e individual, e incluso la defendían. Tenían la cualidad llamada en alemán *Gemeinschaftsgefühl* (2) (interés social, compasión, humanidad). Y disfrutaban de las relaciones personales íntimas con pocos amigos cercanos y miembros familiares, más que un montón de relaciones superficiales con mucha gente.

No obstante, MASLOW no cree que los autorrealizados sean personas perfectas. También descubrió una serie de imperfecciones a lo largo de su análisis: en primer lugar, con bastante frecuencia sentían ansiedad y culpa; pero una ansiedad y culpa realistas, no neuróticas o fuera de contexto. Algunos de ellos eran «idos» (ausentes mentalmente). Y por último, algunos otros sufrían de momentos de pérdida de humor, frialdad y rudeza.

(2) Esta palabra está formada por dos expresiones: «interés» y «comunidad». Se acercaría al sentido de interés comunitario o por la comunidad. Dicha comunidad, entendida en el sentido de que forma parte de la individualidad de cada uno, no enfrenta los conceptos de individualidad y comunidad. Hoy en día, recuerda el «movimiento comunitario» fundado por Amitai ETZIONI, que habla de derechos y deberes fundamentales de la persona, y que posteriormente citaremos.

4. TEORÍAS ESTRUCTURALISTAS: MICHEL CROZIER Y JAY GALBRAITH

Las tesis posteriores se alejaron de las posturas extremas, intentando concebir la estructura de un modo más global; estudiando las relaciones entre lo formal y lo informal, entre la supervisión directa y la normalización, por una parte, y la adaptación mutua, por otra.

Así, Michel CROZIER (3) mostró en su obra «El fenómeno burocrático», cómo la normalización y los sistemas formales de autoridad afectan, y a la vez, son afectados por las relaciones de poder extraoficiales.

Una diferencia notable de CROZIER respecto de otros *practitioners* y consultores de empresas reside en que su visión de las organizaciones burocráticas no es unitaria; para CROZIER las burocracias no son meramente organizaciones racionales de tipo monolítico, sino más bien entidades donde existe una continua interacción entre los participantes organizacionales y la entidad misma.

En 1973, Jay GALBRAITH (4) estudió la estructura de la compañía Boeing, construyendo un esquema conceptual para describir las relaciones existentes entre los distintos mecanismos de coordinación. Fue el primero que explicó claramente el papel de los dispositivos de adaptación mutua en la actualidad, como pueden ser los equipos especiales de trabajo y las formas matriciales.

El punto de partida básico es entender que la organización como invento del hombre ha logrado transformar la humanidad y la concepción del hombre y el trabajo, por lo que debemos buscar en ella la posibilidad de que el hombre realice su propia transformación fundamental a través del trabajo con otros seres humanos. Es necesario avanzar de las organizaciones eficientistas, burocratizadas, rígidas y dependientes, para contar con organizaciones eficientes, productivas, flexibles y autónomas, conscientes de que lo que realmente existen son las personas.

Es necesario abandonar los procesos de planeación centralizada y los esquemas paternalistas que generan dependencia y erosionan el ambiente interno de la organización, menoscabando las posibilidades de desarrollo humano, su nivel de compromiso y su interés por participar realmente en la vida de la organización. No podemos seguir separando la organización entre los que piensan y los que hacen.

Las nuevas realidades exigen cooperar en vez de competir. Cada ser humano es un asociado, un colaborador creativo y responsable que se autorrenueva y aprende continuamente, pero que se ve limitado por una serie de interferencias creadas en las organizaciones, que por falta de imaginación y exceso de intolerancia y desconfianza, han limitado la vida a normas, objetivos y evaluaciones.

(3) SAINTE-MENEHOULD (1922), sociólogo francés. Fundador del Centro de Sociología de las Organizaciones (1961), profesor de las universidades de Harvard y París. Se ha especializado en la sociología del trabajo, analizando los fenómenos de movilidad profesional y los factores estructurales de resistencia al cambio. Es autor de *El fenómeno burocrático* (1964), y *La sociedad bloqueada* (1970).

(4) Jay R. GALBRAITH es profesor en el International Institute for Management Development en Lausana, Suiza. Es investigador superior en el Center for Effective Organizations de la Universidad de Southern California. Sus campos de investigación son la estrategia y la organización en los niveles de análisis organizativo, de unidad empresarial e internacional. Identifica las capacidades necesarias para que empresas puedan responder al cliente global y ofrecer una perspectiva equilibrada de principios relacionados con la organización, la estructura y los procesos.

5. TEORÍA DE LA CONTINGENCIA: JOAN WOODWARD Y DEREK PUGH

Existe otro grupo de investigadores que trabajan bajo el rótulo de la «teoría de la contingencia», que se dedican al estudio de las relaciones entre estructura y situación, niegan la existencia de una única estructura formal idónea, sino que, por el contrario, la estructura de la empresa estaba íntimamente ligada a diversos factores: sistema de producción, entorno de la empresa o bien el tamaño de la organización.

La labor que abrió el camino a esta tendencia corrió a cargo de Joan WOODWARD. Los estudios clásicos realizados a mediados de los años sesenta por Joan WOODWARD y sus colegas arrojaron que las tecnologías de las tareas de una organización afectaban tanto su estructura como su éxito. El equipo de WOODWARD dividió alrededor de cien empresas británicas fabriles en tres grupos, de acuerdo con sus respectivas tecnologías para las tareas: uno, producción unitaria y de pequeñas partidas; dos, producción de grandes partidas y en masa, y tres, producción en procesos.

Los estudios de WOODWARD condujeron a tres conclusiones generales. En primer término, cuanto más compleja la tecnología (desde la producción unitaria a la de procesos), tanto mayor la cantidad de gerentes y de niveles administrativos. En otras palabras, las tecnologías complejas conducen a estructuras altas para las organizaciones y requieren una supervisión y coordinación.

En segundo término, el tramo de la administración para los gerentes de primer nivel aumenta conforme se pasa de la producción unitaria a la de masa, pero disminuye cuando se pasa de la de producción en masa a la de procesos. Debido a que los empleados de los niveles bajos, tanto en empresas de producción unitaria como de procesos, suelen realizar un trabajo muy especializado, tienden a formar grupos de trabajo pequeños, haciendo que el tramo estrecho sea inevitable. Por el contrario, la gran cantidad de obreros de la línea de ensamble que efectúan tareas similares puede ser supervisada por un solo gerente.

En tercer término, conforme aumenta la complejidad tecnológica de la empresa, aumenta su personal burocrático y administrativo, porque los gerentes necesitan ayuda para el papeleo y el trabajo no relacionado con la producción, para poder concentrarse en tareas especializadas. Asimismo, el equipo complejo requiere más mantenimiento y programación, además los dos generan más papeleo.

Otro grupo encabezado por Derek PUGH, con sede en la Universidad de Aston, en Inglaterra, descubrió que el tamaño de la organización era el determinante de mayor peso en cuanto a la característica de su estructura. Por ejemplo, cuanto mayor era la organización, más importante resultaba la normalización como mecanismo de coordinación.

6. CONCLUSIONES

Como podemos observar, la mayor parte de la literatura sobre la materia es de índole empírica; pero se trata de una literatura que se ha utilizado a sí misma como base, procediendo los investigadores, por regla general, a partir de un conocimiento de los estudios anteriores, sin que se haya elaborado una teoría global. Ahora bien, dicha literatura presenta una debilidad importante, raras veces se dice al lector lo que realmente sucede en el seno de la estruc-

tura, cómo la atraviesan de hecho los procesos de trabajo, de información y de decisión.

Esta debilidad es debida en gran parte a que la investigación se realiza «a distancia»: esto es, la que recopila las percepciones de los directivos en encuestas, en vez de sus comportamientos reales. No puede afirmarse, por ejemplo, que una empresa esté descentralizada por el mero hecho de que parte del poder de decisión pase del director general a los responsables de las distintas divisiones, puesto que el grado de descentralización dependerá también de lo que suceda en los niveles inferiores a dichos responsables.

Con todo ello quiero señalar la gran importancia que tiene que el análisis empírico de la estructura organizativa que determina el funcionamiento de la seguridad jurídica preventiva se realice «desde dentro», desde los profesionales que nos enfrentamos día a día a los problemas que nos plantea el ejercicio de nuestra función. Ello implica necesariamente que no se pueden elaborar conclusiones cerradas, pues aunque se parta de la experiencia profesional, y dicha experiencia pueda ser de muchos años, siempre habrá aspectos que se nos escapen. Nadie puede pretender tener el monopolio de una experiencia de carácter global que no admita ningún otro punto de vista.

III. CONCEPTO DE ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES

Toda actividad humana organizada plantea dos requisitos, fundamentales y opuestos: la división del trabajo en distintas tareas que deben desempeñarse y la coordinación de las mismas. La estructura de la organización puede definirse simplemente como el conjunto de todas las formas en que se divide el trabajo en tareas distintas, consiguiendo luego la coordinación de las mismas.

Hay cinco mecanismos de control que parecen explicar las formas fundamentales en que las organizaciones coordinan su trabajo: adaptación mutua, supervisión directa, normalización de los procesos de trabajo, normalización de los resultados de trabajo y la normalización de las habilidades del trabajador. Estos son los elementos fundamentales de la estructura, como el aglutinante que mantiene unida la organización.

La adaptación mutua consigue la coordinación del trabajo mediante la simple comunicación informal. El control del trabajo corre a cargo de los que lo realizan. Se utiliza en las organizaciones más sencillas, como pueden ser dos remeros en una canoa. Paradójicamente, se recurre al mismo mecanismo en las más complicadas y es el único que funciona bajo circunstancias extremadamente difíciles, como después veremos.

A medida que una organización supera su estado más sencillo, suele recurrirse a un segundo mecanismo de coordinación. La supervisión directa consigue la coordinación al responsabilizarse una persona del trabajo de los demás, dándoles instrucciones y controlando sus acciones. Así, MILLER observó que los grupos de mineros de carbón de hasta 41 miembros funcionaban efectivamente; pero al ser mayor el número de trabajadores o más marcada la división de las tareas en distintos turnos o lugares, o disponiéndose de sistemas técnicos más complejos, la supervisión resultaba imprescindible.

El aplazamiento de la diferenciación de la función directiva más allá de la fase óptima conduce a un declive en la eficiencia del sistema. Así pues, existe

un momento de la organización en que surge una necesidad de liderazgo, en la que el control del grupo debe pasar a un único individuo, convirtiéndose la supervisión directa en el mecanismo de coordinación imperante.

La normalización supone que la coordinación de las partes se incorpora en el programa (de trabajo) al establecerse éste, reduciéndose en consecuencia la necesidad de una comunicación continuada. La coordinación se obtiene antes de que se realice el trabajo. En circunstancias normales, los operarios de una cadena de montaje no tienen por qué preocuparse de coordinarse con sus compañeros de trabajo, pues saben qué pueden esperar los unos de los otros y actúan en consecuencia.

Existen tres formas básicas de normalización en las organizaciones: tanto los procesos de trabajo en sí, como los *inputs* (las habilidades y los conocimientos de los que realizan dicho trabajo) y los *output* (producto terminado), pueden diseñarse de tal modo que se ajusten a una normativa predeterminada.

Se normalizan los procesos de trabajo cuando el contenido del mismo queda especificado, es decir, programado. Por ejemplo, podríamos citar las instrucciones de montaje para los productos de bricolaje. Se normalizan los resultados al especificarse los mismos, como puede darse con las dimensiones del producto o del rendimiento. Una vez normalizado el producto, se predeterminan los nexos entre las tareas, como en el caso del encuadernador que sabe que las páginas recibidas por un lado se ajustarán perfectamente a las cubiertas que recibe por otro.

En algunas ocasiones resulta imposible normalizar tanto el trabajo como sus resultados, necesiándose, no obstante, algún tipo de coordinación. Anthony JAY en 1970 plantea este punto en el contexto de los imperios coloniales: ¿Cómo podían los reyes controlar y coordinar las actividades de sus gobernadores, en manos de los cuales quedaban las lejanas colonias? La solución que adoptaban consistía en normalizar al trabajador en el momento de su contratación, de no poder normalizar el trabajo en sí o los resultados. Las habilidades y los conocimientos se normalizan cuando ha quedado especificado el tipo de preparación requerida para la realización del trabajo.

Es la normalización que se produce en Notarios y Registradores, en el sistema de seguridad jurídica preventiva. En nuestro sistema no se puede normalizar el proceso de trabajo, toda vez que la aplicación del Derecho no es un proceso mecánico. Tampoco se pueden normalizar los resultados por la propia esencia del Derecho. Las normas jurídicas son de carácter general; pero el Derecho (la aplicación de la Ley) sólo puede existir en el caso concreto, individualizado, tal y como señaló IHERING. De ahí que deban rechazarse las tesis economicistas de que el Registro deba tener una respuesta previsible, o de que el trabajo de los Notarios en la documentación en masa apenas exista, puesto que los seres humanos no son previsibles, y por mucho que una documentación se repita, en un caso concreto que se trate de autorizar pueden existir variantes muy a tener en cuenta por el profesional jurídico.

Tanto al Notario como al Registrador se les debe exigir una respuesta individualizada y ajustada a la Ley; pero hablar de previsibilidad o de actos en masa, es desconocer que detrás de cada operación jurídica se encuentra el ser humano, al que no se le puede exigir ni previsibilidad, ni se le puede obviar bajo la producción en masa. Consecuentemente, la única normalización que en mi opinión puede existir en las Instituciones Notarial y Registral, es la normalización de las habilidades, que se realiza a través del correspondiente sistema de oposiciones.

A medida que el trabajo de la organización se vuelve más complicado, los medios de coordinación primordiales van cambiando, de la adaptación mutua a la supervisión directa y luego a la normalización, preferentemente de los procesos de trabajo; en caso necesario, se pasa luego a la normalización de los resultados y de las habilidades sucesivamente, revirtiendo por último otra vez a la adaptación mutua. Este principio es de una gran importancia, y quiero llamar la atención del lector sobre el mismo. La razón es bien simple, la gestión pública ha crecido enormemente, prácticamente la mitad del PIB de los países desarrollados está dedicada a los servicios públicos. Sin embargo, en las últimas décadas se está observando en los mismos países un profundo retroceso del llamado «Estado del Bienestar». Es decir, la calidad del servicio que reciben los ciudadanos (los verdaderos señores de la Administración) suele ser cada vez más deficiente. Sin entrar en sectores concretos que nos alejarían de nuestro objetivo, sí que debemos señalar que el mantenimiento y profundización del Estado del Bienestar, objetivo primordial de todo país que pretenda ser desarrollado, pasa en mi opinión, por una profunda reforma estructural de la gestión de los servicios públicos, impuesta necesariamente por su mayor complejidad e importancia en el ámbito económico y social. Así han nacido los principios de la denominada «nueva Gestión Pública», de la que hablaremos posteriormente.

IV. LAS CINCO PARTES FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN

Antes de realizar la descripción detallada de cada una de las cinco partes fundamentales de la organización, puede ser útil introducir algunos conceptos propuestos por James D. THOMPSON (5), quien presenta también un esquema conceptual que explica las interdependencias entre los miembros de la organización. Señala tres modos distintos en los que puede acoplarse el trabajo.

El primero es el acoplamiento mancomunado, mediante el cual los distintos miembros pueden compartir los recursos comunes conservando los demás su independencia. Podríamos citar como ejemplo a los maestros de una escuela, que comparten unas instalaciones y unos presupuestos comunes, pero trabajan a solas con sus respectivos alumnos.

El segundo es el acoplamiento secuencial, que es el correspondiente a los miembros que trabajan en serie, como en una carrera por equipos en la que el relevo pasa de un corredor al siguiente.

El tercero es el acoplamiento recíproco, en la que los miembros se van transmitiendo el trabajo entre sí en uno y otro sentido. Por ejemplo, en un hospital, un médico puede diagnosticar la necesidad de una operación en

(5) James D. THOMPSON nació en 1920 y falleció en 1973. Trabajó como sociólogo, luego de participar en las fuerzas armadas de los Estados Unidos durante la segunda guerra mundial.

Una de las preguntas que se formula THOMPSON tiene que ver con: ¿Cómo podemos diseñar estructuras organizacionales que tengan una eficiente gerencia y administración basada en una racional toma de decisiones? Y la segunda, ¿Cuáles son las principales variables a tener en cuenta y en qué secuencia operan?

La toma de decisiones bajo certeza de riesgo o incertidumbre están en el corazón del modelo conceptual de James THOMPSON y como selección de variables sugiere que la eficiencia organizacional es función de un alineamiento apropiado entre la misma estructura organizacional con su contexto, la que resulta a través de la tecnología en uso.

un paciente, que será realizada por un cirujano, y de los cuidados postoperatorios puede volver a encargarse el primero.

Resulta evidente que el acoplamiento mancomunado implica el mínimo de interdependencia entre los distintos miembros. Puede eliminarse cualquiera de ellos, que, con tal que no se produzca un acusado cambio de los recursos disponibles, los demás podrán seguir con su trabajo sin que se produzca interrupción alguna. Contrariamente, si eliminamos, a uno de los miembros de una organización de acoplamiento secuencial, es como si quitáramos un eslabón a la cadena, por lo que debe cesar toda la actividad. Ni que decir tiene que el acoplamiento recíproco es todavía más interdependiente, dado que un cambio en una tarea no sólo afecta a los eslabones posteriores, sino también a los anteriores de la cadena.

Pues bien, las relaciones de acoplamiento entre Notario y Registrador se encuentran a caballo entre el acoplamiento secuencial y el recíproco, toda vez que representan diferentes fases del tráfico inmobiliario y, en la práctica, las relaciones profesionales entre ambos se rigen en gran medida por un principio de adaptación mutua, puesto que las normas jurídicas son interpretables, por lo que, en la buena práctica profesional, están constantemente aprendiendo uno de otro, lo que aumenta considerablemente el nivel de seguridad jurídica preventiva existente en España. No es comparable el nivel de comunicación profesional y de comprensión que existe entre un Notario y un Registrador, con el nivel de comunicación que puede existir con otros profesionales del mundo jurídico.

Es muy frecuente en la práctica que el Notario, antes de autorizar una escritura, llame al Registrador, ya que ambos están profundamente interesados y motivados en que la operación se desarrolle de la manera más rápida y satisfactoria para el ciudadano. Para el Notario es un cliente, al que no tendrá que dar explicaciones si no se inscribe, mientras que para el Registrador aunque sea un usuario, no cobra si no inscribe, lo que provoca la motivación suficiente para que no tenga ningún interés en suspender la práctica de la inscripción (6). Este procedimiento puede producirse *a priori*, antes de la redacción de la escritura o bien *a posteriori*, cuando presentada la documentación en el Registro, ésta es suspendida, lo que da lugar (si la materia lo merece, no cuando la falta procede de una mera equivocación), a que el Registrador llame al Notario para conseguir entre ambos aunar criterios y producirse el fenómeno de adaptación mutua sobre su manera de entender diversas cuestiones jurídicas. Por todo ello, entendemos que dicho acoplamiento no sólo es secuencial sino también recíproco, de

(6) Cabe destacar en este punto la Orden de 26 de octubre de 1938, en la que se estableció que: «No se devengarán en lo sucesivo derechos de Arancel los Notarios en la autorización de documentos públicos que, necesitando para su plena eficacia ser inscritos en el Registro de la Propiedad, no puedan inscribirse por defecto de fondo o de forma, aunque no sea imputable a dolo, culpa o ignorancia inexcusable del Notario».

Es posible que el sistema funcionara mucho mejor si el Notario tampoco pudiera devengar honorarios si el documento autorizado no fuera inscrito en el Registro. Con ello se evitaría la autorización de escrituras que no pueden inscribirse (como veremos posteriormente en el caso de falta de previa división horizontal). Desde luego sería una motivación importante para conseguir la mejor «adaptación mutua» entre ambos pilares de la seguridad jurídica preventiva en España.

También hay que tener presente que aunque la inscripción es voluntaria, salvo las constitutivas, si el interesado quiere inscribir, el servicio público no queda íntegramente prestado hasta que se produce la inscripción.

ahí la dificultad que conlleva la reforma de un sistema de seguridad jurídica preventiva que es ejemplar en el ámbito internacional.

Algunos compañeros no comparten la visión sobre el acoplamiento recíproco y sólo mantienen la secuencial, basados en el hecho de que ambas funciones desarrollan fases distintas del sistema de seguridad jurídica preventiva. Ello puede ser cierto desde el punto de vista conceptual; pero, en mi opinión no resulta del todo exacto desde el punto de vista empírico. Para explicarme mejor, voy a acudir a un caso real que se produce con alguna frecuencia en la práctica. Un interesado acude a una Notaría y el oficial le dice que lo que pretende el ciudadano no se puede autorizar, puesto que el Registrador jamás inscribiría dicha escritura. El particular acude posteriormente al Registro, habla con el Registrador y éste le manifiesta que no ve ningún problema para la práctica del asiento. El particular vuelve a la Notaría, le dice al oficial que no tienen ni idea y que se va a otra Notaría. A veces el Notario llama al Registrador para ver si él comparte su opinión de que una escritura no se puede autorizar, puesto que lo peor que le puede pasar al Notario es que manifieste al interesado la imposibilidad de autorizar una escritura, y luego sea desautorizado por el Registrador. El prestigio del Notario queda gravemente debilitado y casi con seguridad que perderá un cliente. Por todo ello, y por las razones antes señaladas, entiendo que el acoplamiento, en buena práctica profesional, no sólo es secuencial, sino que también es recíproco.

1. BREVE EXAMEN PRÁCTICO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO ENTRE NOTARIO Y REGISTRADOR

El Notario, en la actualidad, debe responder a las necesidades de celeridad que le impone el tráfico jurídico. Es frecuente que se cuente el esbozo de la escritura a uno de los empleados de la Notaría, puesto que el Notario no puede en muchos casos atender personalmente a todos sus clientes. También es frecuente que poco antes de la firma las partes comparecientes cambien varios pactos de la escritura. A todo ello el Notario debe responder con una rapidez desconocida hace cincuenta años. De ahí que muchas escrituras se firmen el viernes, puesto que lo que no se firme dicho día, el lunes puede que se cambie. Esa es la realidad cotidiana a la que tiene que enfrentarse día a día el Notario.

Utilizando el símil del hospital, el Notario actúa como si fuera un médico de urgencia. Su trabajo tiene una gran importancia, es imprescindible; pero ello no significa que el diagnóstico hecho por el médico de urgencia, que decide ingresar al paciente, vincule al médico que lo atienda una vez internado. Ambos profesionales pueden tener un grado de preparación técnica semejante, pero no existe ni solapamiento ni aumento de costes en la intervención de ambos profesionales, ni en el supuesto de los médicos ni en el supuesto del Notario y del Registrador. En un caso la eficacia económica es la salud del paciente, en otro la seguridad jurídica. A nadie se le ocurriría sostener que, para ahorrar costes, el diagnóstico del médico de urgencia debe vincular a todos los médicos del hospital.

El Registrador, utilizando el mismo símil, sería el médico internista, que recibe al paciente (en este caso al documento) con una menor presión de tiempo y una mayor posibilidad de leer varias veces el documento, examinarlo de una manera más detallada, y, en caso de considerarlo necesario, emitir su propio dictamen jurídico.

2. ANÁLISIS DE LAS CINCO PARTES EN QUE SUELEN DIVIDIRSE LAS ORGANIZACIONES

A) *El núcleo de operaciones*

Abarca a aquellos miembros (los operarios) que realizan el trabajo básico directamente relacionado con la producción de productos y servicios. En la estructura de la seguridad jurídica preventiva, dichos operarios son los Notarios y los Registradores, no los empleados de las Notarías y Registros; pues si bien cada Notaría y cada Registro puede ser considerado en sí mismo como una empresa, con una estructura organizativa propia, aquí estamos analizando la estructura del sistema, no la de cada Notaría o Registro.

El núcleo de operaciones constituye el centro de toda organización, la parte que produce los resultados esenciales para su supervivencia.

B) *El ápice estratégico*

En el otro extremo de la organización encontramos al ápice estratégico, que abarca todas las personas encargadas de una responsabilidad general de la organización. En nuestro caso, la Dirección General de Registros y Notariado y el Ministerio de Justicia. El ápice estratégico se ocupa de que la organización cumpla, efectivamente, con su misión y de que satisfaga los intereses de los ciudadanos. En esencia, la supervisión directa en el ápice estratégico implica velar porque toda la organización funcione debidamente como una unidad integrada.

Para el funcionamiento como una unidad es imprescindible que las orientaciones del ápice estratégico faciliten el trabajo de sus operarios. En los últimos diez años hemos vivido una doctrina exageradamente errática de la DGRN, que no facilita para nada el trabajo de Notarios y Registradores. Este fenómeno ha demostrado de manera palpable la necesidad imperiosa de que se recupere la antigua Junta de Letrados y que sea ella la que dicte las Resoluciones de la DGRN, que se vuelva a mantener un cierto criterio uniforme, que permita recuperar la autoridad doctrinal de antaño. En definitiva que los Notarios y Registradores no se tengan que enfrentar a un doble reto: la hiperproducción legislativa, a veces contradictoria, y una interpretación imprevisible, y en ocasiones prácticamente inexistente (se limitan a estimar o desestimar el recurso interpuesto), por parte de la DGRN.

C) *La línea media*

El ápice estratégico está unido al núcleo de operaciones mediante la cadena de directivos de la línea media, provistos de autoridad formal. En el sistema de seguridad jurídica preventiva, dicha línea media está representada por los respectivos Colegios Profesionales, absolutamente imprescindibles para el funcionamiento del sistema. Dichos Colegios garantizan que el servicio público se preste en todo el territorio nacional con la calidad exigida por la Ley. Si comparamos, el sistema de seguridad jurídica preventiva con la estructura de la Administración de Justicia, podemos observar la gran diferencia que existe entre que quede una Notaría o un Registro vacante o que dicho fenómeno se produzca en Juzgado. En el caso de las Notarías y Registros, el ciuda-

dano apenas debe percibirse de dicha circunstancia, en el caso de los Juzgados se origina una acumulación de sumarios difícil de poner al día.

Los respectivos Colegios Profesionales también garantizan la compatibilidad de los sistemas informáticos y la comunicación telemática, uno de los mayores problemas actuales de los Juzgados.

Por otra parte, una de las preocupaciones fundamentales de la modernización de la Administración, según los informes del Ministerio de Administraciones Públicas, es la formación permanente de los funcionarios. Cuestión esta que, en el caso del Colegio de Registradores, está ampliamente atendida vía *on-line* a través de las llamadas «Aula Civil» y «Aula Tributaria».

D) *La tecnoestructura*

Los analistas de control de la tecnoestructura sirven para afianzar la normalización en la organización. La tecnoestructura supone un compromiso implícito de cambio, de perpetuar mejoras. La obsesión de la organización actual por el cambio, deriva al menos en parte de las grandes y ambiciosas tecnoestructuras que intentan asegurar su supervivencia. La organización perfectamente estable no necesita tecnoestructura alguna. En el sistema español de seguridad jurídica preventiva dada su estabilidad y que sólo se precisa la normalización de las habilidades de los operarios prácticamente no hay tecnoestructura.

E) *Staff de apoyo*

Su función consiste en proporcionar un apoyo a la organización fuera del flujo de trabajo de operaciones. En una Universidad, por ejemplo, encontraremos la asociación de antiguos alumnos, la editorial universitaria, la oficina de pagos... Nada de todo esto forma parte del núcleo de operaciones; es decir, no se dedican a la enseñanza ni a la investigación, ni apoyan directamente a éstas. No obstante, cada una de estas unidades existe para proporcionar un apoyo indirecto a estas misiones fundamentales. En las empresas de fabricación existe una amplia gama de las mismas, desde asesorías legales hasta cantinas de fábrica. En el caso de los Registradores podría considerarse como que forman parte del *staff* de apoyo el Servicio de Sistemas de Información, la Asociación Profesional de Registradores...

Uno de los problemas que se plantea es si deben adquirirse estos servicios de proveedores externos o debe proporcionarlos la propia organización. Según THOMPSON, la existencia de un *staff* de apoyo interno refleja el intento de abarcar más actividades fronterizas a fin de reducir la incertidumbre dentro de la organización y controlar los propios asuntos.

V. CONFIGURACIONES ESTRUCTURALES

Como señala Henry MINTZBERG (7) en su obra «La estructuración de las organizaciones», en todas las organizaciones intervienen los cinco elementos

(7) MINTZBERG es profesor de estudios empresariales en la Universidad de McGill en Montreal y profesor de Organizaciones en INSEAD en Francia.

anteriormente señalados; pero el hecho de que predomine uno de ellos provoca que la organización acabe por estructurarse de acuerdo con la configuración correspondiente.

Así, el *ápice estratégico* estira hacia la centralización, mediante la cual conserva el control sobre la toma de decisiones, control que consigue cuando se recurre a la supervisión directa para la coordinación. De ser las condiciones idóneas para esta fuerza, surge la configuración denominada *estructura simple*. La estructura simple se caracteriza ante todo por la falta de elaboración. Generalmente dispone de una tecnoestructura mínima o incluso nula, de un reducido *staff* de apoyo, una división poco estricta del trabajo, una diferenciación mínima entre unidades, y una pequeña jerarquía directiva. Presenta poco comportamiento formalizado, haciendo mínimo uso de la planificación, de la preparación y de los dispositivos de enlace. Es principalmente orgánica.

La coordinación se obtiene principalmente mediante la supervisión directa. Suelen estar gestionadas por el propietario, se dan normalmente al principio de creación de una empresa y en las entidades emprendedoras cuyo comportamiento es agresivo, innovador y a la búsqueda de entornos de alto riesgo en los que temen adentrarse las burocracias.

La *tecnoestructura* impone una fuerza de normalización (particularmente hacia la de los procesos de trabajo, la forma más estricta) porque el diseño de las normas es su razón de ser. Ello equivale a una fuerza hacia la descentralización horizontal limitada. De prestarse las condiciones a esta fuerza, la organización se estructura como una *burocracia maquinal*. En dicha estructura, su trabajo de operaciones es rutinario, generalmente sencillo y repetitivo y, por consiguiente, los procesos de trabajo están altamente normalizados. Requieren una estructura administrativa sumamente elaborada, la línea media del organigrama está plenamente desarrollada y netamente dividida en unidades funcionales. También requiere una fuerte tecnoestructura, dado que depende principalmente de la normalización de los procesos de trabajo de operaciones para su coordinación. Los directivos del *ápice estratégico* de estas organizaciones se preocupan ante todo de la minuciosa puesta a punto de la maquinaria burocrática. Su ejemplo típico son las empresas de producción en serie.

Una de las paradojas de la burocracia maquinal es que para adquirir el control necesario tiene que reflejar la estrecha especialización del número de operaciones en su estructura administrativa. Al dividir tajantemente el trabajo entre trabajadores y administrativos, se aumenta en tal grado la carga de la dirección, que resulta imprescindible una mayor división del trabajo dentro de las labores directivas. Y esta división administrativa del trabajo conduce, a su vez, a una marcada diferenciación de la estructura administrativa y a limitadas orientaciones funcionales: «el individuo trabaja por su cuenta, funcionalmente aislado; conoce su puesto y se responsabiliza de que se realice su labor; el contable se ocupa del aspecto de los costes; el directivo fuerza la producción...» Y ello significa problemas de comunicación y coordinación. Por ejemplo, BENNET escribió sobre el caso de los tres años de esfuerzo complejísimo que atravesó General Motors sin lograr ningún éxito aparente simplemente para coordinar la compra de guantes de trabajo en todas sus unidades.

La estructura administrativa de la burocracia maquinal no se acopla bien al uso de la adaptación mutua, y consiguientemente, no tiene una respuesta adecuada para los imprevistos. Todas las barreras de comunicación en estas estructuras (horizontales, verticales, de status, entre línea y *staff*) impiden una comunicación informal. Cada unidad se vuelve celosa de sus prerrogas-

tivas, estudiando la forma de protegerse contra la presión o la usurpación de los demás.

El limitado funcionalismo no sólo obstaculiza la coordinación, sino que también fomenta la construcción de imperios privados, tal y como describió PARKINSON en 1957 (8). En dichas estructuras, resulta difícil asociar cualquier función concreta con el rendimiento o el *output* general. Por consiguiente, cuando un directivo exige más personal (más analistas de costes, administrativos y jefes de ventas), nadie puede determinar con toda seguridad si su petición es legítima, por lo que surge una competencia entre directivos para construir unidades mayores y más poderosas, y esta competencia se ve estimulada por la regla burocrática que relaciona salario (y poder político) con el número de subordinados. Ello estimula la construcción de organizaciones con ápices desmesuradamente grandes, más preocupados por los juegos políticos que desean ganar que por los clientes a quienes tienen que servir.

La burocracia maquinal, que no está sometida a presiones de mercado (una unidad de la Administración, con un presupuesto asegurado y objetivos de rendimiento indefinidos) puede convertirse de hecho en un sistema cerrado, responsable ante nadie y que no produce nada, que va girando eternamente sus ruedas administrativas con gran ajetreo.

A mi juicio, ésta es la razón de que el crecimiento desmesurado de la Administración pública no haya ido acompañado de una mejora sustancial de los servicios prestados, con el consiguiente deterioro del Estado del bienestar, hasta el punto de colapsar muchas veces las posibilidades de actuación del Gobierno. Muchos órganos de la Administración parece que existan para su propia subsistencia (los últimos datos publicados acerca del INEM dan una estadística de resultados del 7 por 100, es decir, siete de cada cien solicitudes consiguen empleo), ello sólo puede explicarse por una equivocada estructura en su configuración. De todo ello hablaremos posteriormente al tratar de la nueva Gestión Pública.

En el caso de que los miembros del *núcleo de operaciones* intenten minimizar la influencia de los administradores (tanto directivos como analistas) sobre su trabajo, fomentan la descentralización horizontal y vertical. Cuando alcanzan su objetivo, trabajan con cierta autonomía, consiguiendo la coordinación necesaria mediante la normalización de las habilidades. Así pues, los operarios estiran hacia la profesionalidad, es decir, hacia el recurso de la preparación externa que realza sus habilidades. Si las condiciones no se resisten a esta fuerza, la organización se estructura en forma de *burocracia profesional*. Esta es la configuración estructural de la profesión oficial en España, por lo que nos referiremos a ella con posterioridad.

En el caso de que sea la *línea media* la que consiga autonomía atrayendo poder desde el ápice estratégico y desde el núcleo de operaciones, a fin de poder concentrarlo en sus propias unidades se fomenta una descentralización vertical limitada. Por consiguiente, estiran para que se fragmente la estructura, para que se divida en unidades de mercado capaces de controlar sus pro-

(8) Cyril NORTHCOTE PARKINSON (30 de julio de 1909-9 de marzo de 1993) fue un historiador británico y autor de unos sesenta libros. Es aún más famoso por su sátira de las instituciones burocráticas, notablemente su Ley de Parkinson y otros estudios. Esto es, una colección de estudios cortos explicando la inevitabilidad de la expansión burocrática. En los años 1930 PARKINSON predijo, con éxito, que la Marina Real llegaría a tener más almirantes que barcos.

pías decisiones, limitándose la coordinación a la normalización de sus *outputs*. De ceder ante esta fuerza surge una *forma divisional*.

La forma divisional se utiliza sobre todo en el sector privado de la economía industrializada. La inmensa mayoría de los 500 de Fortune, las corporaciones americanas de mayor envergadura, están organizados de acuerdo con esta estructura.

La forma divisional difiere de las otras cuatro configuraciones estructurales en un aspecto importante: no se trata de una estructura completa desde el ápice estratégico hasta el núcleo de operaciones, sino de una estructura superpuesta en otras: es decir, que cada división dispone de una estructura propia.

La única forma en que la sede central logra conservar el control y proteger a la vez la autonomía divisional es efectuando un control monitor *a posteriori* del rendimiento de las divisiones. Ello requiere el establecimiento de normas de rendimiento claramente definidas, cuya existencia depende de dos condiciones primordiales. En primer lugar, cada división tiene que tratarse como un solo sistema integrado como un solo conjunto consistente en objetivos. En segundo lugar, esos objetivos tienen que ser operativos, es decir, tienen que prestarse a medidas cuantitativas de control de rendimiento.

Por último, el *staff de apoyo* consigue ejercer una máxima influencia en la organización cuando aporta su colaboración en las decisiones debido a su experiencia y no cuando actúa con autonomía. Esto sucede cuando la organización está estructurada según constelaciones de trabajo hacia las cuales ha quedado selectivamente descentralizado el poder y que son libres de coordinarse internamente y entre sí mediante la adaptación mutua. De prestarse las condiciones a este tipo de colaboración, la organización adopta la configuración denominada *adhocracia*. Ninguna configuración estructural como ésta es capaz de realizar una innovación sofisticada del tipo necesario en una agencia espacial (v.g., la NASA, donde diferentes equipos *ad hoc* son capaces de actuar con un tremendo grado de libertad y poner un cohete en la luna); en una fábrica que produzca productos complejos, o una empresa de innovación tecnológica. Es capaz de combinar expertos provenientes de distintos campos para formar equipos de proyectos *ad hoc* que funcionan sin impedimentos.

Es la configuración más compleja de todas, supone una estructura sumamente orgánica con una escasa formalización del comportamiento; una elevada especialización horizontal del puesto basada en una preparación formal; una tendencia a agrupar los especialistas en unidades funcionales en lo correspondiente a asuntos internos, pero desplegándolos en pequeños equipos de proyectos formados a base de mercado para la realización de su trabajo; un uso de dispositivos de enlace para fomentar la adaptación mutua —el principal mecanismo de coordinación— dentro y entre estos equipos; y una descentralización selectiva hacia y dentro de los mismos que están situados en distintos puntos de la organización, constituyendo distintas combinaciones de directivos de línea y expertos de *staff* y de operaciones.

VI. CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DE LA PROFESIÓN OFICIAL EN ESPAÑA: LA BUROCRACIA PROFESIONAL

La estructura de la burocracia profesional surge cuando los trabajadores son profesionales altamente cualificados, utilizan procedimientos difíciles de aprender pero bien definidos y dominan el núcleo de operaciones. Ello implica

a la vez un entorno complejo y estable; lo suficientemente complejo como para precisar los difíciles procedimientos que sólo pueden aprenderse en los extensos programas de preparación formal, pero también lo suficientemente estable como para permitir que estas habilidades queden bien definidas llegando incluso a normalizarse. De ahí que el entorno sea el principal factor de contingencia para la burocracia profesional. Suele ser frecuente en hospitales y universidades y, en nuestra opinión es la configuración estructural que mejor responde a las necesidades de la profesión registral, notarial, de la Administración de Justicia (Jueces, Fiscales y Secretarios de Juzgado), Abogados del Estado, Inspectores de Hacienda y, en general, todas aquellas funciones de la Administración pública cuya ejecución exija la presencia de profesionales altamente cualificados. A esta estructura organizativa responde en España la profesión oficial.

El profesional realiza su función con una gran dosis de libertad. Dado su alto grado de preparación es el que principalmente ejerce el control y supervisión de su propio trabajo, se identifica más con su función que con su organización. Dicha organización debe ser democrática, la estructura administrativa está por completo al servicio de los profesionales, a fin de que éstos puedan prestar su función en las mejores condiciones posibles, consecuentemente, responde al esquema de la pirámide invertida, en la parte de arriba están los profesionales que constituyen el núcleo de operaciones y en la de abajo, la estructura administrativa. (Por encima de los profesionales están los ciudadanos, a cuyo servicio está organizada toda la estructura.)

Esta última circunstancia es de una enorme importancia, al poner a los profesionales que realizan el servicio en parte de arriba del organigrama (esquema de la pirámide invertida), significa que toda la energía de la organización está totalmente dirigida a la prestación del servicio en las mejores condiciones posibles, proporcionando un servicio público de gran calidad. Consecuencia de ello, es que la parte directiva tiene como principal función facilitar el trabajo a los profesionales encargados de prestar la función pública; por lo que deberá ejercer un liderazgo al servicio de dichos profesionales, eliminando barreras que puedan suponer obstáculos entre la prestación de los servicios profesionales y el ciudadano.

Como señala el sociólogo Amitai ETZIONI (9), los directivos de las organizaciones profesionales se encargan de actividades secundarias, administrando los medios para la actividad principal realizada por los expertos. Ahora bien, para que la estructura sea plenamente operativa es necesario, cuando no imprescindible, que los directivos sean también profesionales y tengan la misma preparación que los miembros del núcleo de operaciones. Además, lógicamente, deben gozar de un prestigio y autoridad reconocidos por dichos profesionales.

Dada la necesaria libertad existente en el ejercicio de su profesión, dichos profesionales difícilmente admitirán un administrador que no comprenda ni

(9) Su nombre de nacimiento fue Werner FALK. Nació en Colonia (Alemania), el 4 de enero de 1929. En los años treinta tuvo que huir a Israel, donde estudió en la Universidad Hebrea de Jerusalén. Obtuvo el Doctorado en Sociología en la Universidad de California en Berkeley y fue profesor de Sociología en la Universidad de Columbia durante veinte años. En 1980 fue nombrado el primer profesor de universidad en la George Washington University. También ha sido profesor en la Harvard Business School. En 1979-80 fue asesor de la Casa Blanca en *domestic affairs*. Ha sido presidente de la American Sociological Association y es el fundador de la Communitarian Network y la International Society for the Advancement of Socio-Economics.

entienda la problemática de su función. En dichas organizaciones, los miembros de la estructura administrativa deben tener bien claro que sólo podrán hacer que la organización funcione correctamente si sus instrucciones son aceptadas por el núcleo de operaciones. Más que en ninguna otra forma organizativa, la estructura administrativa de la burocracia profesional exige que sus decisiones representen una gran dosis de autoridad, dado que el ejercicio de una potestad carente de conocimiento sólo puede provocar el bloqueo de la organización.

El ejemplo bien claro lo encontramos en un hospital, que no puede ser administrado por una persona que no conozca plenamente las dificultades a que se enfrentan los médicos de los distintos departamentos. Que no puede interferir en el ejercicio de su labor profesional, que no puede establecer reglas de normalización de producción, sino de habilidades y conocimientos; y que, por supuesto, sólo podrá ejercer de modo óptimo su función si es designado democráticamente por los médicos o su nombramiento goza del beneplácito de los profesionales a quienes debe de servir.

La burocracia profesional resulta singular entre las cinco configuraciones estructurales al menos por satisfacer dos de las necesidades primordiales de los seres humanos. Es democrática, difundiendo su poder directamente entre los profesionales, y les proporciona una extensa autonomía, liberándolos incluso de la necesidad de coordinarse estrechamente con sus colegas, sin las presiones y políticas que ello implica. Así pues, el profesional tiene lo mejor de los dos polos: forma parte de una organización, pero es libre de servir a sus clientes a su modo, limitado únicamente por las normas establecidas en su profesión.

En consecuencia, los profesionales suelen ser individuos responsables y sumamente motivados, dedicados a su trabajo y a los clientes a los que atienden. A diferencia de la burocracia maquinal, que coloca barreras entre el operario y el cliente, esta estructura las retira, permitiendo que puedan funcionar en perfecta armonía los sistemas técnico y social.

Al tratarse de trabajos complejos no pueden realizarse óptimamente si el operario encargado de ejecutarlo no tiene control sobre él, como descubrieron SORENSEN y SORENSEN los controles tecnocráticos no sirven más que para reducir el carácter concienzudo del profesional. Hay que tener en cuenta que no es el gobierno quien enseña al estudiante, ni siquiera el sistema escolar ni la escuela; no es el hospital quien ayuda en el parto...: es el profesional individual quien hace estas cosas. Y si éste es incompetente, no habrá plan ni regla diseñada en la tecnoestructura, ni orden de administrador alguno que pueda llegar a hacerle competente. No obstante, dichos planes, reglas y órdenes pueden impedir que el profesional competente proporcione efectivamente su servicio.

VII. LA PROFESIÓN OFICIAL Y LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA

El examen de esta cuestión conviene comenzarlo haciendo memoria, y recordando la STC 99/1987, de 11 de junio, que obligó a una mínima reforma de la Ley de Medidas de Reforma para la función pública, que se llevó a cabo por la Ley 23/1988, de 2 de julio. En estos años el proceso de reforma de la función pública pareció entrar en una dinámica distinta y más ambiciosa, conectada con la estrategia de modernización de la Administración, en sintonía con los postulados de la Nueva Gestión Pública, impulsada por el Minis-

terio de Administraciones Públicas, en el período en que fue dirigido por el señor ALMUNIA AMANN.

A través de ella se pretendía introducir las reformas necesarias en la organización, el régimen de funcionamiento y los hábitos de valores tradicionales de la Administración (el llamado cambio de *cultura administrativa*) (10), para responder a la demanda de una Administración más eficaz y eficiente, más ágil y receptiva, responsabilizada con los resultados de su gestión y no meramente atenta al cumplimiento formal de la legalidad. Dicha estrategia se plasmó en un documento de trabajo titulado «Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado» (1990), cuya última parte se dedicaba íntegramente a los recursos humanos.

En el documento se criticaba la falta de una eficiente gestión de los recursos humanos de la Administración, la homogeneidad artificial del régimen del personal, la excesiva centralización horizontal de la gestión de la función pública y la obsolescencia de los instrumentos de gestión en la materia, así como la desprofesionalización y desmotivación del personal por las insuficiencias del sistema de carrera y del régimen retributivo (11). Circunstancias todas ellas que nos recuerdan la estructura de la burocracia maquinal a que antes hemos hecho referencia.

En cuanto a los problemas actuales de la función pública, la mayoría son comunes a los de otros países de nuestro entorno y tienen una misma causa profunda. A saber, que el modelo burocrático tradicional de Max WEBER es poco compatible con una sociedad competitiva, sumida en un proceso acelerado de cambio económico y de valores y en una revolución tecnológica. Para hacer frente a estas circunstancias, el sistema de empleo público necesita eliminar rigideces, flexibilizar estructuras, incrementar la eficacia y profesionalidad de las Administraciones y fomentar la capacidad de sus integrantes.

Max WEBER, en su análisis de principios de siglo xx (murió en junio de 1920), explicaba el funcionamiento de los recursos humanos acudiendo al ejemplo del botones que entra en una gran fábrica, y sin cambiar nunca de empresa (a la que concebía como parte de la vida del trabajador) iba ascendiendo hasta llegar a Director General. Una de las consecuencias que producía dicho funcionamiento (que existió en la realidad), era lo que se conoce como el *Principio de Peter*, es decir, que una persona asciende hasta que llega a un nivel de incompetencia. Mientras el empleado se muestra competente para la función que le es encomendada, tiene todas las papeletas para ser ascendido hasta un puesto de más responsabilidad. Si para el siguiente puesto se muestra también competente, seguirá ascendiendo hasta que llegue a ocupar una fun-

(10) El término «cultura administrativa» tiene un contenido muy concreto alejado de todo tipo de lirismo. Se compone de dos elementos: «valores y creencias compartidos» (en el caso de la administración un valor muy compartido es pasar desapercibido, con la consiguiente influencia en la productividad y calidad del servicio); y «estilos de gestión» (son muy pocos los gestores públicos que motiven la iniciativa privada de los funcionarios).

(11) El sistema de carrera y las deficiencias retributivas pueden ser circunstancias desmotivadoras; pero ello no nos debe llevar a la confusión de considerar lo contrario como motivación del trabajador. Las motivaciones laborales de las personas suelen estar basadas, principalmente, en tres instintos básicos: el sexual (supone la búsqueda del poder), el tribal (la pertenencia a un grupo) y la libertad. Estas son circunstancias motivadoras que varían en función de la persona; pero en cada uno de nosotros predomina uno de esos tres instintos.

ción para la que demuestre su incompetencia, en cuyo punto dejará de ascender. Es decir, llega un momento en que una organización está en su totalidad (en casi todos sus puestos), en manos de personas incompetentes para el desempeño de su función (lo que ha sucedido en no pocos casos). De ahí que surja la necesidad de una nueva concepción de la gestión pública, la denominada Nueva Gestión Pública.

La concepción de la Nueva Gestión Pública responde a la idea de poner en pie instituciones estables, permanentes y duraderas, situadas al margen de las luchas políticas, que den la necesaria estabilidad al sistema, permitan y favorezcan la convivencia pacífica entre los ciudadanos y, en definitiva, proporcionen el marco necesario para el progreso económico y el desarrollo social. Así bajo el prisma de la necesidad de dotar a la Administración pública de una mayor eficacia y eficiencia económica, y, por tanto, de aumentar considerablemente la productividad, se postula en la actualidad una modernización de los sistemas de organización y funcionamientos públicos, y, muy especialmente, de la gestión de personal sobre la base de principios y técnicas implantados con éxito en las grandes corporaciones privadas.

Lo que se trata de conseguir es una función pública menos rutinaria y pasiva, más dinámica, eficiente y motivada. Así se insiste en la necesidad de que cada gestor tenga un área de decisión propia y se propugna, incluso desde instancias internacionales (OCDE, *La Administración al servicio del público*, 1987), una nueva cultura administrativa que permita aumentar la responsabilidad individual del funcionario y su compromiso con el ciudadano (metafóricamente denominado el cliente) al que debe servir.

Esta nueva perspectiva de la función pública y de su configuración estructural es común a muchos países. Así, ello ha dado lugar a programas y proyectos de reforma en Gran Bretaña (Financial Management Initiative, de 1982, y el Informe Ibbs, *Improving Management in Government* de 1988), en Estados Unidos (Informe del National Performance Review-vicepresidente Al Gore, de 1993), en Francia (*Fonctions publiques: enjeux et stratégies pour le renouvellement*, 2000), Alemania (*Modernen Staat-Moderne Verwaltung*, 1999), y muchos otros países europeos, y a debates y análisis de la burocracia y de las posibilidades de reforma en todas partes, promovidos incluso desde algunas organizaciones internacionales (OCDE, *Modernising Government. The way forward*, 2005).

1. ¿RESPONDE LA PROFESIÓN OFICIAL A LOS RETOS DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA?

En mi opinión, la respuesta no puede por menos de ser totalmente afirmativa. El grado de adaptabilidad mostrado por las profesiones notarial y registral desde principios de los noventa hasta la actualidad, lo demuestran sobradamente. Por citar algunos ejemplos prácticos podemos señalar los siguientes:

De la presentación física del documento con carácter exclusivo se pasó a la presentación por fax, y, posteriormente a la presentación telemática.

La reforma introducida en el Registro Mercantil a partir de 1989 es una de las reformas más profundas que haya tenido que asumir institución alguna. Tanto desde el punto de vista de sus efectos como de su funcionamiento y estructura.

La reforma producida por la Ley 24/2001, supuso una presión extraordinaria para el funcionamiento de los Registros, que fue asumida paulatinamente en un periodo de tiempo muy breve, sin merma alguna para la sociedad.

Lo mismo cabría señalar con la Ley 24/2005, de Impulso para la productividad, que generaliza la presentación telemática.

No nos engañemos, la respuesta a estos retos sólo es posible con una estructura que genere un alto grado de compromiso y motivación en los profesionales que la desempeñan. Todo ello unido, necesariamente, a una autonomía de gestión suficiente para que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley no dependa de otra institución u organización. En la estructura organizativa de la administración española (que se acerca al esquema de la burocracia maquina), siempre resulta fácil responsabilizar a otro del incumplimiento de los objetivos perseguidos. Cuestión esta que no se puede producir en la estructura de la burocracia profesional. Es casi una norma general señalar que la gran riqueza de una empresa está representada por su capital humano, también denominado capital intelectual. Para que ello sea cierto es necesario generar en los recursos humanos un grado de compromiso extraordinario en el desempeño de su función.

2. ¿DÓNDE SE INCARDINA LA PROFESIÓN OFICIAL, EN EL NEOLIBERALISMO O EN LA SOCIAL-DEMOCRACIA?

La importancia de esta pregunta no sólo es de índole teórica conceptual y partidista, sino que tiene un ámbito de repercusiones prácticas que pasamos a exponer.

Es un fenómeno generalmente admitido el debilitamiento del Estado del Bienestar en los países desarrollados (12). El Estado ya no sólo va a emplear a militares, policías y jueces; sino también a profesores, médicos, enfermeras, pilotos, camareros, ingenieros... En definitiva, se ha convertido en el mayor empleador del país y actúa en todos los sectores económicos. Todo ello trae como consecuencia un tremendo aumento de los costes presupuestarios que dificultan el avance económico del país de que se trate y, o bien se debilitan los servicios públicos asistenciales (que suelen ser los primeros en debilitarse), o bien la financiación pública decrece con el consiguiente deterioro de la economía, o bien se incrementa la carga impositiva sobre los ciudadanos, produciéndose el mismo efecto. Para dar respuesta a estos dilemas, como señala el profesor Vicenç NAVARRO (13), muchos países han optado por la privatización de algunos servicios públicos, dando lugar a lo que se ha denominado «neoliberalismo».

(12) Véase el informe de la OCDE sobre «El Estado protector en crisis», presenta los resultados de la Conferencia sobre las políticas sociales de los años ochenta.

(13) Ha vivido y trabajado en centros académicos y de Suecia (Upsala y Estocolmo), de Gran Bretaña (London School of Economics, Oxford y Edimburgo) y, desde 1965 en EE.UU. (The Johns Hopkins University, donde ha sido Catedrático de Políticas Públicas, Ciencias Políticas y Sociología). En 1993 trabajó en la Casa Blanca asesorando a Hilary Clinton en la reforma sanitaria de EE.UU. En 1997 se reintegró a la vida académica española, como Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Barcelona y después como Catedrático de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Pompeu y Fabra.

Ahora bien, ¿la profesión oficial es una forma de privatización de un servicio público? Sinceramente creo que no, más bien todo lo contrario, es una forma de gestión que asegura la prestación del servicio público, incluso en aquellos lugares del país que no sean viables económicamente. Tanto en la función notarial como en la registral están los Colegios Profesionales que aseguran la prestación del servicio en todos y cada uno de los distritos notariales y registrales existentes en España.

Por ello, siguiendo al profesor Vicenç NAVARRO, en mi opinión, habría que considerar la profesión oficial como incardinada en los sistemas socialdemócratas de intervención del Estado en la producción, al estilo de los países del Norte de Europa. Ya que sin coste presupuestario alguno, el Estado, interviene en la producción de un servicio público, que no privatiza, sino que establece su gestión bajo el sistema que actualmente más se acomoda a las demandas de la sociedad informática y de la era de las comunicaciones. Como se señaló en el Informe Nolan, para la Administración inglesa: *«tener una función pública imparcial e incorrupta es un regalo que no tiene precio»*.

Es una opinión generalmente aceptada que el profesional oficial no es un funcionario público, o, si lo es, lo sería con una serie de condicionantes especiales debido a su remuneración por arancel que le otorga una independencia administrativa y financiera que, en cierta medida, lo acerca al concesionario de servicios públicos, tal y como señala don Ramón PARADA en un artículo publicado en el Boletín del Colegio de Registradores con motivo de la presentación del libro *Práctica Hipotecaria del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*.

Pero este enfoque entiendo que no debe ser admitido o, cuanto menos, cuestionado. El artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción originaria, hablaba de los funcionarios públicos remunerados por arancel, no considerando la remuneración como una circunstancia que pudiera afectar o alterar el contenido de su función. El concesionario de un servicio público es un empresario, mientras que el Notario y el Registrador son funcionarios. El concesionario de un servicio público puede ser una empresa que tenga a su favor diversas concesiones, el Notario y Registrador sólo pueden desempeñar una Notaría o un Registro (no se incluyen las interinidades, que son más una obligación que un derecho). El concesionario de un servicio público puede desempeñar otras actividades empresariales, al Notario y al Registrador se les exige dedicación exclusiva al servicio público. El concesionario puede renunciar a la concesión si no es rentable económicamente, o puede incluso disponer de su derecho con intervención o autorización de la Administración concedente. Si el Notario o el Registrador piden la excedencia, dicha circunstancia está regulada pormenorizadamente por el ordenamiento jurídico, debiéndose sujetar estrictamente a las normas que regulan tal situación.

Por todo ello, por razones históricas que a continuación demostraremos, debemos acabar con la sinonimia entre funcionario público y remuneración fija, segura e insuficiente (incluso en Inglaterra se propuso remunerar a los maestros de escuela en función del nivel educativo alcanzado por sus alumnos). La única característica común con el neoliberalismo del sistema de profesión oficial es que no genera coste presupuestario alguno. Pero al prestarse en régimen público, no constituye ningún tipo de privatización de un servicio, sino todo lo contrario, de un régimen de gestión pública, que en nuestro país, se ha revelado como el mejor sistema de prestación de un servicio público, y el más eficiente.

3. ¿ES EXPORTABLE LA ESTRUCTURA DE LA PROFESIÓN OFICIAL A OTRAS FUNCIONES PÚBLICAS?

En un principio y siguiendo al profesor don Ramón PARADA, no sólo es posible aplicar la estructura organizativa de la profesión oficial a otras funciones públicas, sino que además es deseable. Como ventajas señala el mayor grado de motivación de los profesionales oficiales en el ejercicio de su función, la mejora retributiva que conlleva la remuneración por arancel, que dichas funciones públicas no supongan una carga para los presupuestos del Estado ni de las Autonomías, sino que se autofinancien, que gocen de una mayor autonomía de gestión, mayor grado de adaptabilidad a las necesidades reales del ciudadano, y, en definitiva proporcionen un mejor servicio público.

Así dicho autor señala que la figura de la profesión oficial debe extenderse a la justicia civil, social y contencioso-administrativa, recuperando la fórmula de los Secretarios de Arancel, fórmula organizativa que encaja perfectamente con la denominada «Nueva Gestión Pública», por lo que no habría inconveniente alguno en extenderla a los propios jueces. La Constitución no se opone a ello. El artículo 119 remite a la Ley determinar cuándo la justicia debe ser gratuita; pero no la impone, salvo respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

En apoyo de esta tesis cabría acudir a los precedentes históricos:

En primer lugar, el artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su primitiva redacción establecía: «Se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios que a ellos están sujetos». De donde se desprende que no hay ninguna contradicción entre el carácter funcional y la remuneración por arancel.

En segundo lugar, se pueden señalar los Aranceles Judiciales que han existido en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el Arancel de derechos en asuntos civiles para los Juzgados y Tribunales Municipales aprobado por Real Decreto de 22 de septiembre de 1917.

En su artículo 1 establece: «Por la intervención en cada acto de conciliación, con inclusión de la certificación que cada parte tiene derecho a obtener, percibirán el Juez y el Secretario 4 pesetas cada uno, y el Alguacil 2 pesetas».

En su artículo 2 señalaba: «En los juicios declarativos verbales, cuya cuantía no exceda de 250 pesetas, percibirá el Juez el 6 por 100, y el Secretario el 8 por 100 de la cuantía litigiosa».

Si la cuantía excede de 250 pesetas y no pasa de 500, además del tipo anterior, percibirá el Juez el 3 por 100, y el Secretario el 5 por 100, de lo que exceda de 250 pesetas.

En los del número 3 del artículo 18 de la ley de 5 de agosto de 1907, percibirán por la diferencia, sobre los tipos anteriores, el Juez 0,50 por 100, el Secretario 1 por 100».

En su artículo 31 establecía: «Por todos los dictámenes que emita el Fiscal en cada asunto civil en que intervenga en el Juzgado municipal, que no sean de los que especialmente estén enumerados, ni referentes al Registro Civil, cobrará derechos fijos de 3 pesetas».

Por todos los que emita en cada asunto en que intervenga en el Juzgado de primera instancia, cobrará 5 pesetas».

Es decir, hay que desechar el principio de que sólo los Secretarios de Juzgado han sido remunerados por Arancel, dicho principio retributivo también ha sido aplicado a los Jueces, Fiscales y otros miembros del personal de

los Juzgados. Lo que sí que parece generalmente admitido es que la Administración de Justicia funcionaba con mayor eficacia y eficiencia cuando existían los Aranceles judiciales; sin embargo el autor de estas líneas no ha encontrado un estudio exhaustivo sobre la materia.

De todos modos, ése es un estudio que debería realizarse por los propios implicados en dicha Administración de Justicia, o en cualquier otra función pública que quisiera importar la estructura de la profesión oficial, pues uno de los principios básicos para conocer las virtudes y defectos de una estructura organizativa y, consiguientemente, plantear una reforma estructural, es que el estudio se realice desde dentro, por los propios implicados en los cambios que deban hacerse. No hay que olvidar que la disciplina de la «gestión de cambios» es una de las más complejas de la ciencia empresarial y, que, en último término, el cambio siempre se realiza por el factor humano.

Siguiendo al profesor Miguel AZNAR BERNABEU (14), podemos destacar las siguientes reglas de su Decálogo de Consultoría de Cambio:

1. Sólo se realizarán actuaciones cuando exista una necesidad real de cambio. Se debe cambiar para implementar una nueva estrategia. No se debe cambiar por cambiar. Pero, cuando una estructura o un equipo están «envejecidos», funcionando con apatía o desgana, un cambio puede representar «la patada al hormiguero» que les haga despertar.
2. El cambio se juega en pequeñas porciones, que son las que hay que atacar. Para «cambiar todo» no hay que «tocar todo». Hay que buscar los puntos clave. Actuando sobre algunos segmentos del conjunto, se puede poner en marcha la «bola de nieve» del cambio, que arrastrará al resto de la Organización.
3. A lo largo del proceso de cambio aparecen problemas y disfunciones. Hay que centrarse en ellos. No se trata de desarrollar una sistemática, sin más. No es cuestión de aplicar una Metodología General del Cambio completa. Se trata, como hemos dicho, de centrarse en los segmentos que arrastren al conjunto y, además, vigilar los problemas y disfunciones que pueden bloquear o devaluar el trabajo, para desactivarlos inmediatamente.
4. No es tarea del Consultor de Cambio resolver los problemas y disfunciones. Las personas que deben resolverlos son los propios miembros de la Organización. De estas personas es fundamental el papel del líder: Sin una expresa voluntad y compromiso del líder no es posible generar la energía necesaria para cambiar.
5. El entorno de los problemas sobre el que hay que actuar tiene tres niveles: la organización, los equipos y las personas. Sólo se puede

(14) Doctor en Ingeniería Industrial por la Escuela de Ingenieros de Barcelona, estudió Econometría en la Universidad de París. Fue el primer español en ser aceptado como *stagiaire* por la CEE en 1966. Fue Catedrático contratado de Economía en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales de Tarrasa de la Politécnica de Barcelona. Actualmente se dedica a la consultoría, siendo posiblemente una de las máximas autoridades españolas en la gestión de cambios. Cuando le expliqué la estructura organizativa de la oficina registral, con su sistema retributivo, tanto del Registrador como de los empleados, su reacción fue señalar que el que la había diseñado se había adelantado doscientos años a su tiempo. En opinión de dicho profesor, ese sistema es una de las aspiraciones más importantes desde el punto de vista de la gestión empresarial, a fin de conseguir el máximo de motivación entre los empleados.

actuar eficazmente si se trabaja sobre los tres niveles en simultaneidad. Cada vez que se tome una medida en un nivel, habrá que ver qué otros efectos se han producido en los tres niveles...

VIII. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA FRENTE A LA IDOLATRÍA CONCEPTUAL. EL PUNTO DE VISTA DEL CIUDADANO

Abordo esta cuestión con la experiencia que me proporcionó en su día el ejercicio de la Abogacía (que compatibilicé con la oposición). No es que con ello pretenda sentar principios intocables, sino sólo señalar que he podido conocer el funcionamiento de las Notarías y de los Registros desde el otro lado del mostrador o de la ventanilla. El ciudadano que acude a una Notaría, la primera característica que presenta es que está nervioso, va a comprar una casa, se va a endeudar, y ello se va a realizar en un entorno que le puede imponer. Puede que el Notario lea detallada y cuidadosamente la escritura, puede que le explique pormenorizadamente su contenido, puede que le pregunte si tiene alguna duda; pero lo normal es que el ciudadano, avergonzado de su ignorancia, diga que lo entiende y confíe en que si la escritura es autorizada por el Notario es que está bien. Todavía no he conocido a una persona profana en Derecho que después de salir de la Notaría tenga perfectamente claro lo que ha firmado.

Permítanme que cite un ejemplo real. Se trata de una vivienda unifamiliar en un entorno de lujo de una urbanización con campo de golf incluido. Un particular compra una de esas viviendas y para rentabilizar su inversión decide dividirla en varios apartamentos que pone a la venta. Otro ciudadano acude al Notario para la compra de uno de esos apartamentos. El Notario cumple sus obligaciones legales en el otorgamiento, advirtiéndole verbalmente que falta la división horizontal (la venta se realiza de una cuota que da derecho al uso de un apartamento). Al pretender su inscripción, el Registrador señala que puede inscribir la cuota, pero no el apartamento, pues falta la constitución de la propiedad horizontal. El particular reclama al vendedor, éste procede a solicitar la licencia al Ayuntamiento y dicho Ayuntamiento (situado en el norte de España) decreta precintar la vivienda hasta que recobre su estructura unifamiliar, denegando la posibilidad de constituir una propiedad horizontal.

El pobre ciudadano que se ve envuelto en dicha situación (lleva cinco años de pleitos), no entiende nada. Para que una persona de la calle comprenda perfectamente el contenido de una escritura podría, en el mejor de los casos, hacer falta una explicación de varias semanas a tiempo completo. No nos engañemos, el viejo adagio de «Notaría abierta, Juzgado cerrado», difícilmente puede ser mantenido hoy en día.

Cuando los interesados acuden al Registro para que se les explique por qué se ha suspendido una inscripción, por mucho que se lo expliques, la pregunta más frecuente que formulan una vez escuchado al Registrador es: ¿y sin necesidad de volver a la Notaría no se puede inscribir? Entonces uno se da cuenta que de verdad no se han enterado de nada. Al ciudadano de a pie no sólo le cuesta entender lo que Notario y Registrador le explican, es que además, en muchas ocasiones, no quiere entender ni aprender, lo único que le interesa es poder inscribir su casa, que le den el crédito y no tener más problemas, es decir, que le den la razón. Ese es el verdadero interés del ciudada-

no, no tener problemas con la Ley. Cuando un ciudadano acude a un Notario para el otorgamiento de una escritura pública que después quiere o necesita que se inscriba en el Registro, el Servicio Público no queda prestado verdaderamente hasta que se procede a la inscripción.

Es por ello que en la práctica profesional habitual, las relaciones entre Notarios y Registradores suelen ser excelentes. El número de recursos que se presentan en relación con la documentación presentada y las calificaciones de suspensión es escasísimo. Ahora bien, en los últimos años hemos asistido a un extraño fenómeno de enfrentamiento institucional entre ambas profesiones, que no sólo no ha sido comprendido desde el exterior, sino que tampoco ha sido comprendido por los propios interesados (Notarios y Registradores de a pie), y ello ha dado lugar a lo que yo denomino «idolatría conceptual» basándome en los ídolos de Francis BACON, anteriormente mencionados.

IX. LA IDOLATRÍA CONCEPTUAL O LA LEGALIDAD VIRTUAL

El término idolatría debe ser entendido en el sentido de la magnificación de los conceptos y su alejamiento de la realidad, o su aplicación a supuestos distintos para los que fueron concebidos. En la sociedad actual parece existir una emoción generalizada de que nuestra identidad está «en peligro de extinción» (15). Ello provoca la reacción incontrolada del instinto más básico del ser humano, su propio instinto de supervivencia, con lo que, unido al ritmo acelerado de nuestra existencia, difícilmente compatible con la reflexión profunda, nos hace tremendamente vulnerables a las manipulaciones conceptuales. Son fácilmente identificables por la repetición permanente de que son objeto, y pasan a convertirse en «frases hechas», «tópicos profesionales» y «prejuicios» de todo tipo que se dan en ambos cuerpos de Notarios y Registradores. Es decir, un ejemplo más del «pensamiento grabadora» (16) que tanto abunda en el siglo XXI. A algunos de ellos nos vamos a referir a continuación:

1. EL CONTROL DE LEGALIDAD

La palabra «control» puede considerarse como sinónima de «examen». El médico que examina al paciente hace un control de su estado de salud, el arquitecto que examina un edificio realiza un control de su estructura... Referida al mundo del Derecho, la palabra «control» es aplicable a todo profesional de lo jurídico que actúa en el ejercicio de su profesión, sea Notario, Abogado, Registrador, Secretario de Ayuntamiento... Sin embargo, en los últimos años, la expresión «control de legalidad», aplicada a la función notarial, se ha convertido en algo parecido a «garantía de legalidad» bajo la salvaguarda judicial. Con lo que se pretende afectar, y mucho, al sistema de seguridad jurídica preventiva al sostener la innecesariedad de la calificación registral o limitarla a los defectos puramente formales que puedan derivar de los asientos del Registro.

(15) Ver la obra de Amartya SEN (Premio Nobel de Economía), *Identidad y violencia*.

(16) Expresión utilizada por don José MONLEÓN BENNACER en su obra *Cultura democrática*.

Para contrarrestar dicha argumentación, uno no puede por menos de tener que acudir a los clásicos notariales, de cuya herencia todos somos deudores. Así, Notarios como GONZÁLEZ PALOMINO o MEZQUITA DEL CACHO (17) no cuestionaron la necesidad de la calificación registral, y realizaron un control de legalidad acorde con sus conocimientos, como hace todo profesional del Derecho. Dicho control de legalidad notarial no ha aparecido de repente en el panorama legislativo, creando una nueva obligación, ha existido siempre, sin que nunca haya hecho innecesaria la calificación registral. Fue precisamente la Ley Orgánica del Notariado de 1862 la que encargó el ejercicio de la función notarial a juristas, tal y como señala GONZÁLEZ PALOMINO en sus «Instituciones».

El propio GONZÁLEZ PALOMINO distinguió aquellos supuestos en que el Notario actuaba como jurista, es decir, dando estructura y forma interna al negocio contenido en el instrumento, como un *arquitecto* del negocio. Y aquellos otros en el que el Notario puede cumplir perfectamente su función profesional típica sin necesidad de actuar como jurista, salvo el conocimiento del derecho necesario para la adecuación de la forma al fondo del instrumento y para la denegación de funciones cuando legalmente proceda.

Por ello, no comparto la tesis de la STS de 20 de mayo de 2008, con relación al artículo 145 del nuevo Reglamento Notarial, señala: *«En lo que atañe al alcance del denominado control de legalidad, conviene señalar que tal terminología no se utiliza por la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante, en cuanto con el término control el Reglamento viene a referir una decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico con los correspondientes efectos para la solicitud formulada por los interesados, facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecida en la Ley. Así se contempla en los distintos supuestos en que se establecen controles de legalidad con dicho alcance, bastando como referencia el ámbito del Registro de la Propiedad, que fue examinado en alguno de sus aspectos por las citadas sentencias de esta Sala que resolvieron las impugnaciones frente a la modificación del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre»*.

También añade que el artículo 17.bis 2.a) de la LON, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, no introduce un control de legalidad *ex novo* sino que se limita a señalar, entre tales garantías, el examen de la adecuación de la legalidad del otorgamiento, es decir, la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el artículo 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el artículo 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el artículo 195, tras lo cual el Notario autoriza el documento.

El control de legalidad, repito una vez más, es consustancial a la actuación de un profesional del Derecho (si no, no sería un profesional). Lo que en mi opinión no puede afirmarse de ningún modo es que *la decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico afecte a la determinación de la legalidad*

(17) En acto de investidura de un Registrador como miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, el propio MEZQUITA, que hizo el discurso de presentación, presumió de que nunca había tenido la necesidad de recurrir una calificación registral.

sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados y establezca la necesidad de la reserva de Ley. La legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico documentado queda totalmente al margen de la apreciación notarial, al que no se le puede exigir que haga una indagación exhaustiva de todos los extremos que puedan producir la ilegalidad del negocio. De establecerse dicha norma en una futura modificación de la Ley Orgánica del Notariado, fácilmente se podría prever que ningún Notario en España podría autorizar más de seiscientos documentos por año, so pena de incurrir en unos juicios de legalidad que podrían ser temerarios.

El procedimiento notarial podría quedar sujeto a toda una batería probatoria que ralentizaría hasta extremos insospechados la celeridad del tráfico jurídico inmobiliario. Todo ello sin contar con la enorme responsabilidad (que podría ser penal) en que incurriría un Notario que autorizara un negocio jurídico que posteriormente fuera declarado ilegal por un Juez (18). Es decir, quienes configuraron la función notarial en la LO de 1862 no fueron unos indocumentados, ni analfabetos jurídicos, sabían muy bien lo que hacían.

Como señala GONZÁLEZ PALOMINO en sus «Instituciones de Derecho Notarial» (pág. 73): «la afirmación del Notario (en el instrumento público) es de existencia, no de declaración de valor». El Notario, al autorizar la escritura, cumple con la Ley, el Registrador al calificar, aplica la ley. No se puede ser Juez y parte respecto de un mismo acto jurídico. No tiene sentido que la Ley del Notariado proclame en el futuro que el Notario debe dar fe de la legalidad sustantiva del acto o negocio. La fe pública notarial siempre ha sido de existencia, veracidad e integridad, nunca ha alcanzado la declaración de valor de la legalidad. De seguirse la tesis que parece patrocinar el Consejo General del Notariado en su último Congreso celebrado en Tenerife en octubre de 2008, pudieran recobrar vigencia las palabras que el propio GONZÁLEZ PALOMINO, en la obra antes referenciada (pág. 426): «*Se ha dado por muchos años la imprevisible monstruosidad de que las responsabilidades penales del Notario se estimaba por el resultado, sin dolo ni culpa, estableciendo una responsabilidad penal objetiva, causal, por fatalidad; como riesgo profesional, que los mismos Notarios aceptaban resignadamente*».

Por su parte, la STS de 14 de octubre de 2008, en la que se impugnaba el último párrafo del actual artículo 143 del Reglamento Notarial («Los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias») señala que aunque ese párrafo no existiera sería igualmente operativo, porque se desprende de otras normas del ordenamiento jurídico. Es más, señala que dicho párrafo «*constituye una cautela tranquilizadora y aseguradora de las competencias de otros cuerpos y órganos del Estado, y si desapareciere las cosas seguirían exactamente igual*».

(18) A diferencia de la presunción de veracidad e integridad, que sólo podría ser desvirtuada probando una falsificación o fraude en la identidad de los comparecientes, o por personas que presenciaron el otorgamiento de la escritura, la presunción de legalidad sustantiva del negocio jurídico contenido en la escritura notarial, podría ser desvirtuada por cualquier afectado, o resultar del propio documento autorizado (el Notario no es infalible); lo que originaría que muchas escrituras tuvieran que ser remitidas al Juzgado para que se pronunciara sobre dicho extremo.

Consecuentemente, todos los profesionales del Derecho realizan un control de legalidad en el ejercicio de su profesión. Ahora bien, ninguno de esos controles es infalible ni hace innecesarios los demás. Un documento puede estar bien otorgado desde el punto de vista notarial, judicial o administrativo y, sin embargo, no ser inscribible. Es más, en el caso de las obras nuevas, existen tres controles de legalidad: uno por el Ayuntamiento al otorgar la licencia, otro por el Notario al autorizar la escritura y otro por el Registrador al calificar el documento presentado.

2. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD

En los últimos años se ha sostenido por parte de la doctrina notarial (y se ha intentado su reflejo normativo en diversos proyectos legislativos) que el documento notarial goza de presunción de legalidad; consecuentemente, dicha presunción sólo puede ser desvirtuada por los Tribunales, y, consiguientemente, hace innecesaria la calificación registral.

Al respecto podemos señalar que en Derecho no existe la «presunción de ilegalidad», es más, para demostrar que algo es ilegal hay que acudir a los Tribunales de Justicia. Por todo ello, si no existe lo negativo, ¿se pueden extraer consecuencias importantes de la formulación positiva? Es evidente que no. Dicha presunción no tiene nada que ver con la inscribibilidad o no de un documento y la consiguiente calificación registral. Cuando el Registrador suspende la inscripción de un documento, no se pronuncia sobre la legalidad o ilegalidad del mismo, sólo puede señalar de faltas subsanables o insubsanables impiden la práctica de los asientos registrales, nada más.

El origen de la confusión lo podemos encontrar en la propia dicción del artículo 66 de la Ley Hipotecaria cuando establece que: *«Los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado. La reclamación podrá iniciarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente. Sin perjuicio de ello, podrán también acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos»*.

Por otra parte, la calificación registral también goza de la presunción de legalidad, y goza de dicha presunción tanto si practica el asiento solicitado como si lo suspende o deniega. El gozar de dicha presunción de legalidad no significa, en modo alguno, que esté bajo la salvaguardia de los Tribunales, ya que también puede ser recurrida ante la Dirección General de Registros y del Notariado.

3. LA NECESIDAD DE LIMITAR O CONCRETAR LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

En el VII Congreso Notarial que se celebró en Zaragoza en el año 2001 (19), se pidió, por parte de algunos compañeros Notarios, que el ámbito de la calificación registral volviera a los límites de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861.

(19) En dicho Congreso, el entonces Presidente del Consejo General del Notariado, señaló, según publicó el diario «ABC», que la libre competencia entre Notarios había hecho disminuir notablemente la calidad de su control de legalidad.

Petición ésta que parece partir de la premisa que el ámbito de la calificación registral es actualmente más extenso que lo fue en sus comienzos.

Esta cuestión ha sido estudiada por GÓMEZ GÁLIGO (20). Como él mismo señala, los verdaderos orígenes de la calificación registral son los artículos 1.789 del proyecto del Código Civil de 1836, y 1.883 del proyecto de 1851, si bien fue la Ley Hipotecaria de 1861 la que definitivamente introdujo la calificación, con el mismo ámbito que tiene en la actualidad.

El origen de la confusión parece estar en una interpretación aislada de la dicción literal del primitivo artículo 18 de la Ley Hipotecaria de 1861, sin ponerlo en relación con el artículo 65 del mismo cuerpo legal. Así, el artículo 18 de la primitiva Ley Hipotecaria estableció: *«Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras»*. El artículo 65 dispuso: *«Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida»*.

Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad».

De la interpretación conjunta de ambos preceptos se desprende que la Ley Hipotecaria de 1909 no amplió en nada el ámbito de la calificación registral, aunque modificó la redacción del artículo 18, estableciendo: *«Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, a los efectos del artículo 65 de esta Ley»*.

Tesis esta que aparece avalada por GALINDO y ESCOSURA en su obra *«Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar»* (1880) que, en sus páginas 177 y siguientes, al comentar el artículo 18 de la Ley Hipotecaria (en su redacción anterior a 1909) señalan que el criterio adoptado por las disposiciones vigentes en cuanto a la manera de calificar los documentos sujetos a inscripción, señalan que *«se somete a su juicio, no sólo la legalidad de las formas extrínsecas y la capacidad de los otorgantes, sino también la validez o nulidad de la obligación»*.

Consecuentemente, podemos señalar que el ámbito de la calificación registral no ha sufrido ningún incremento desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861. Que dicho ámbito sea discutido en la actualidad y no lo haya sido durante más de cien años de vigencia, permite sostener que dichos estudios no han sido todo lo rigurosos que cabría exigir.

4. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA PROTECCIÓN AL TERCERO

Algunos autores han fundado la calificación registral en la necesidad de que el Registrador, al calificar, proteja al «tercero» que no ha intervenido en el documento, dada la eficacia *erga omnes* de los derechos reales. Personalmente no estoy conforme con dicho fundamento de la calificación registral, pues, mientras que el ámbito de la calificación, no ha sufrido alteraciones

(20) «La calificación registral» Tomo I. *Evolución histórica de la calificación registral*, pág. 227 y sigs.

desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, el «tercero» protegido por la fe pública registral queda plenamente determinado en la reforma de 1944-1946. Con lo que la evolución de la calificación registral y la protección del tercero no han sido paralelas ni han ido de la mano.

En mi opinión, como sostiene GÓMEZ GÁLIGO en la obra anteriormente citada, el principio de calificación nace íntimamente ligado a los principios de publicidad y especialidad que introdujo la Ley Hipotecaria de 1861. Es más, deriva de la propia esencia del derecho real, que como derecho subjetivo de carácter absoluto y de eficacia *erga omnes*, determina que no quepa distinguir entre partes y terceros a la hora de su configuración.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico rija el sistema de *numerus apertus*, como ha señalado reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello no significa que en su creación impere el principio de autonomía de la voluntad. Así, como señalaron las RRDGRN, de 1 de abril y 25 de junio de 1981: «*el criterio de numerus apertus, adoptado por nuestra legislación, obliga al Registrador, en una misión ciertamente no sencilla, al estudio de cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutividad y la inmediatez, que determinaría su acceso a los libros registrales y, caso de que no fuera así, poder rechazarlo, a fin de evitar que entren en el Registro derechos de naturaleza personal*». También, la RDGRN, de 5 de junio de 1987, señaló: «*La configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia erga omnes del Estatuto de la Propiedad Inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada: el numerus apertus, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico*».

5. LA CONCRECIÓN DE LOS MEDIOS EMPLEADOS EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

En el último Congreso del Notariado celebrado en Tenerife, en octubre de 2008, se ha señalado la necesidad de concretar los medios de calificación del Registrador a lo que resulte del documento presentado y a los asientos del Registro.

No es esta ninguna novedad, en numerosísimas Resoluciones de la DGRN se ha señalado que, en ningún caso el Registrador puede calificar basándose en los conocimientos extrarregistrales que pueda tener. En la obra anteriormente citada de GALINDO y ESCOSURA, en la página 185 del tomo segundo se señala: «*Tan sagrada es en el Registrador la obligación de inscribir, que aun cuando tuviera noticia de que el título encerraba una falsedad o se había cometido cualquier otro delito que lo anulase, no podría negar la inscripción, ni remitir el documento a la autoridad judicial, sino resultaba del mismo (art. 58 del Reglamento); por más que tomase las medidas que su celo y su experiencia le sugiriesen, para impedir las consecuencias que pudieran originarse de la inscripción del título falsificado (vid. Resolución de 19 de diciembre de 1879)*».

La justificación de semejante principio resulta evidente: la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y la seguridad jurídica. Ahora bien, en el momento presente, en la realidad actual, ¿resultan suficientes la dicción

literal del documento presentado y de los asientos del Registro para garantizar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario? Para responder a esa pregunta permítanme que señale varios casos que se han producido en la realidad.

Los primeros de ellos hacen referencia a las obras nuevas por antigüedad y su acceso al Registro en virtud de certificación de técnico, en aplicación del artículo 52 del Real Decreto de 4 de julio de 1997. Uno de ellos sucedió en un Municipio de la Provincia de Alicante, y dio lugar a que la DGRN mandara un fax a todos los Registradores y Notarios de la provincia para que extremáramos las precauciones. Otro supuesto apareció en la prensa digital (diariodecadiz.com) y fue bautizado como «operación obra negra». El tercer supuesto tuvo lugar en virtud de construcciones en suelo protegido, aun contando con las correspondientes autorizaciones administrativas. Un periodista se preguntó por qué ningún Notario ni ningún Registrador había consultado alguna de las muchas bases gráficas que se pueden obtener en internet, y que les podría haber servido de importante auxiliar en su función de control de la legalidad. Lo cierto es que en todos los supuestos, los ciudadanos adquirieron una vivienda ante Notario, inscribieron su inscripción en el Registro, hipotecaron la vivienda, y luego sus adquisiciones fueron demolidas en virtud el principio de subrogación del adquirente en las obligaciones urbanísticas que pesen sobre el terreno y que aparece recogida en el TR de la Ley del Suelo.

El cuarto supuesto hace referencia a los hechos notorios que contradicen la legalidad de la dicción literal del documento notarial. En algunos pueblos pequeños es más que frecuente que todo el mundo se entere de que una constructora se ha declarado en concurso y ha suspendido la ejecución de las obras. Sin embargo, dicha situación puede no constar en el Registro. Todo el mundo sabe que casi todos los pisos han sido vendidos en contratos privados. Cuando llega al Registro la venta de todos los pisos a favor de otra mercantil (la escritura se suele otorgar en una Notaría alejada del distrito), al ciudadano le resulta muy difícil de comprender la sujeción ritual a la dicción literal del documento notarial y de los asientos registrales, desconociendo la realidad de los hechos notorios que son conocidos por todos. Y en verdad que es difícil de explicar.

Con todo ello quiero decir que los medios empleados en la calificación deben estar determinados legalmente; pero limitarlos a la dicción literal del documento presentado y al tenor literal de los asientos del Registro, son medios insuficientes para garantizar la seguridad del tráfico jurídico. Numerosas normas de urbanismo, costas, espacios protegidos, afectan a tercero aunque no consten inscritas. Es lógico que afecten a tercero, es lógico que en el ámbito urbanístico se establezca el principio de subrogación; pero para garantizar la seguridad del tráfico, ello debe ir acompañado de la necesidad de emplear más elementos en la calificación registral, y, consecuentemente, a tener en cuenta por el Notario al autorizar la escritura. Los medios tradicionales se revelan insuficientes en bastantes casos.

6. DUPLICIDAD DE CONTROLES Y REDUCCIÓN DE COSTES

En el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto se señala que la propuesta de reforma de la seguridad jurídica preventiva estará orientada a evitar duplicidades y solapamientos entre las funciones de notarios y registradores de la propiedad que generan costes innecesarios. La premisa de que parece partir el Acuerdo del Consejo de Ministros es que hay un ámbito del

control de legalidad que realizan Notarios y Registradores que es común a ambas funciones, y, consecuentemente, se produce una duplicidad que genera costes innecesarios.

Para no pecar de oportunismo con la actual crisis económica, me referiré a la crisis que provocó a finales del siglo pasado la quiebra de Enron y la disolución de Arthur Andersen, una de las empresas de auditoría más importantes del mundo. En su obra «Recuperar la confianza», de Samuel A. Di PIAZZA Jr. y Robert G. ECCLES, se insiste una y otra vez en la necesidad de garantizar la independencia de los auditores para mejorar la transparencia de la información corporativa. Es más, extienden la necesidad de auditores independientes a tres niveles de información: principios contables generalmente aceptados de carácter global, normas sectoriales e información específica de la empresa. También señalan la necesidad de que en la cadena de suministro de información corporativa intervengan dos grupos independientes: los auditores independientes y los analistas que también deben ser independientes. Es evidente que la intervención de dos grupos independientes va a generar un aumento de costes; pero en ningún caso serán innecesarios. Todo lo contrario, el ahorro de costes cuando se trata de seguridad puede provocar, y de hecho ha provocado recientemente, crisis económicas imposibles de cuantificar.

Cuando hablamos de un sistema de seguridad, hemos de partir de un principio claro: el propio sistema debe garantizar el autocontrol de la seguridad perseguida. Dicho objetivo sólo se consigue en la medida que intervengan dos controladores independientes, pues la gran pregunta que se plantea en un sistema de seguridad es: ¿quién controla al controlador? Dicho control del controlador debe producirse dentro del propio sistema de seguridad para que ésta quede garantizada.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la descripción que H. L. WILENSKY hace del funcionamiento del gobierno estadounidense bajo el presidente Franklin D. ROOSEVELT:

«Roosevelt no sólo confiaba enormemente en las vías extraoficiales, sino que además fomentaba la competencia entre las mismas: utilizaba los datos anónimos de un informador para contraponerlos y poner en tela de juicio los de otro, consiguiendo que ninguno de ellos se durmiera en los laureles; contrataba a fuertes personalidades y estructuraba el trabajo de las mismas de modo que los conflictos resultaban inevitables. Su técnica preferida era mantener incompletas las cesiones de autoridad, inciertas las jurisdicciones, coincidentes los fueros. En los asuntos exteriores asignó a Moley y a Welles tareas que coincidían con las de Hull, el secretario de Estado; en lo que concernía a la conservación y al poder, encargó a Ickes y a Wallace misiones idénticas; en la asistencia social, confundiendo las dos funciones y las siglas, asignó el PWA (Public Works Administration) a Ickes y el WPA (Work Projects Administration) a Hopkins; en política, Farley se encontró compitiendo con otros asesores políticos para el control sobre el patrocinio».

Con todo ello, quiero sacar una conclusión bien clara: en mi opinión, la existencia de la dualidad de funciones, no sólo refuerza la seguridad jurídica existente en España, sino que también impide que cualquiera de las dos «se duerma en los laureles de la autocomplacencia»; con lo que la permanente búsqueda de calidad en el servicio y profundización en los conocimientos, queda reforzada y garantizada en el esquema organizativo actual. No fue fruto de la casualidad ni de la improvisación la configuración estructural de la seguridad

jurídica preventiva existente en España. Todo lo contrario, fue fruto del trabajo concienzudo y profundo de unos profesionales de lo jurídico en quienes el poder político confió en su momento, y que han logrado construir un sistema admirado internacionalmente.

7. LA REDUCCIÓN DE COSTES EN BENEFICIO DEL CIUDADANO

En los últimos años se han producido varias reducciones de los aranceles notariales y registrales con la finalidad de reducir los costes del ciudadano, al que se presenta como principal beneficiario de la medida gubernamental. Pues bien, si a alguien le interesa conocer la realidad de los hechos (el Derecho de verdad está en la calle, no en los libros, ni siquiera en el *BOE*), se puede decir con toda claridad que dichas rebajas arancelarias a los únicos que han beneficiado es a las gestorías encargadas de presentar los documentos en el Registro.

Como he empezado por la conclusión, conviene que me ocupe de las premisas. En primer lugar, hay que tener en cuenta que una gestoría cobra, por regla general, más que el Notario y el Registrador juntos. En segundo lugar, en la mayoría de los contratos de adhesión (como las hipotecas), la gestión del documento se impone al ciudadano, y si alega en su favor la Ley de Consumidores, con no darle el dinero de la hipoteca, en paz. Puede que suene un poco crudo; pero no les quepa la más mínima duda que la realidad es mucho peor. (El negocio para la sucursal del Banco, en algunos casos, está más en la gestión que en el propio préstamo.)

No creo que sea necesario citar casos reales en apoyo de estas tesis, casi todos los ciudadanos han pasado por esta experiencia o conocen a alguien que ha sufrido las consecuencias de los abusos cometidos por una empresa dominante.

También hay que dejar claro que con la presentación telemática no se eliminan los gastos de la gestión. Recientemente se ha firmado un convenio para que la ampliación de plazo de determinados préstamos no genere honorarios, y todavía no se conoce un caso en el que la entidad bancaria haya renunciado a cobrar los emolumentos correspondientes a la gestión del documento impuesta unilateralmente.

8. CONFUSIÓN ENTRE DOCUMENTO PÚBLICO Y DOCUMENTO PROBATORIO

Con motivo de la posibilidad del documento electrónico, con firmas que respondan de la autoría del firmante y del tiempo en que se produce dicha firma, algunos autores han vaticinado que en el futuro el documento notarial dejará de ser necesario, puesto que la técnica informática permite suplir las funciones del Notario en la autorización de escrituras.

Personalmente no puedo por menos de estar completamente en desacuerdo con dicha postura, en base a los siguientes argumentos: En primer lugar, porque el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, en sus apartados 5, 6 y 7 señala que: «5. *Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente.*

6. *El documento electrónico será soporte de:*

- a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.
- b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.
- c) Documentos privados.

7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable».

En segundo lugar, porque el artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico, establece en su apartado 4: «Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica».

En tercer lugar, como señala José Antonio MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES (21), muchos notarialistas españoles consideran que fue la LO del Notariado de 1862 la que introdujo implícitamente la concepción consistente en estimar al Notario ante todo y sobre todo, como un profesional del Derecho dedicado a asistir y asesorar jurídicamente a los particulares.

En cuarto lugar, como señala GONZÁLEZ PALOMINO en sus *Instituciones de Derecho Notarial* (pág. 86 y sigs.), el Notario ejerce una función pública, de carácter administrativo, que consiste en fijar en el instrumento público, con arreglo a las leyes, hechos evidentes para él, en el mismo instante en que se producen mediante su afirmación pasiva. Ahora bien, los hechos jurídicos sólo se ven cuando se saben ver. Sólo se pueden afirmar como evidentes cuando se está capacitado para tener su evidencia. De aquí la conveniencia de un técnico que haga posible la visión. Esta es la técnica jurídica. En este sentido, se precisa para ser Notario una preparación jurídica.

En quinto lugar, porque la publicidad registral sólo puede ser útil a la sociedad si los derechos que acceden a ella derivan de los mejores títulos posibles. Derivando éstos de la intervención de un oficial igualmente público.

Por último, porque la equiparación del carácter probatorio del documento privado electrónico al documento público, desde el punto de vista práctico, podría tener unas consecuencias desastrosas al empezar a contar el plazo de prescripción de los impuestos que generara el otorgamiento de dicho documento.

9. LA FALTA DE INDEPENDENCIA DEL NOTARIO COMO CONSECUENCIA DE SU RELACIÓN CLIENTELAR

También se ha señalado por algunos autores, que al ejercer el Notario su función en régimen de libre competencia, establece una «relación clientelar»

(21) En su estudio de la LO del Notariado de 1862, contenido en los estudios históricos publicados con motivo del centenario de dicha Ley por la Junta de Decanos de Colegios Notariales de España (Madrid, 1964).

con grandes agentes económicos del mercado inmobiliario, que disminuye notablemente su imparcialidad en el ejercicio de su control de legalidad.

Es verdad que se podría citar como paradigmático el caso de un Notario de Barcelona que, siendo Decano del Colegio Notarial de dicha ciudad, sufrió un boicot por parte de las entidades bancarias como consecuencia de hacer una aplicación rigurosa del antiguo artículo 147 del Reglamento Notarial. Es cierto que dicho Notario tuvo que pedir que se le asignara una zona de la ciudad para poder llegar a final de mes. También es cierto que una vez jubilado como Notario, tuvo que ejercer de Abogado, pues sus ingresos como Notario habían sido muy inferiores a la media.

Todo eso es cierto y se puede probar; pero deducir de ello que el Notario autoriza un documento sin realizar ningún control de legalidad, francamente, me parece excesivo. Si alguno lo realiza en la práctica será como consecuencia de su falta de celo profesional, no porque venga impuesto por «la realidad del mercado».

Cuestión distinta es que, como se reconoció en el VII Congreso de Zaragoza, la libre competencia entre Notarios produzca un debilitamiento de la calidad del documento notarial; pero eso es una cuestión a controlar por cada uno de los Colegios Notariales, no es una consecuencia que se derive del sistema ni de la estructura organizativa.

10. LA AUTORIZACIÓN DE LA ESCRITURA COMO MOMENTO ESENCIAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

No faltan autores que señalen como el momento trascendental de la seguridad jurídica la autorización de la escritura. Señalan que resulta llamativo ver a los otorgantes de una escritura pública ir a celebrarlo después de la autorización, aunque no hayan recibido del Notario ningún documento. Tal es la seguridad que proporciona la intervención notarial.

Con relación a dicha argumentación puedo decir, desde mi experiencia como abogado, que esa afirmación es cierta a medias. Muchas veces se celebra la autorización de la escritura porque pone punto final a las negociaciones, que, en ocasiones tienen una duración de meses. Este hecho, desconocido por completo para el Notario, es el que provoca la alegría de las partes, no la confianza en la intervención notarial, que es la que le da la Ley, no la que le dan los interesados.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ya he expuesto con anterioridad diversos supuestos en que, ni siquiera con la inscripción en el Registro, el adquirente tiene una posición jurídica plenamente protegida, por lo que me remito a ellos para evitar reiteraciones innecesarias. Sólo diré que la calidad jurídica de un profesional se descubre cuando ve los fallos de su trabajo o de su sistema. El que sólo sabe ver las cualidades, o bien, no quiere ver la realidad, o bien tiene un conocimiento insuficiente de la misma.

11. LA DEPENDENCIA FUNCIONARIAL DEL REGISTRADOR

El artículo 327 de la Ley Hipotecaria en su párrafo décimo, aprobado por la Ley 24/2005, de impulso a la productividad establece: «*Publicada en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá ca-*

rácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquélla, una vez firme, será publicada del mismo modo».

Lo primero que llama la atención del precepto es que el carácter vinculante de las Resoluciones de la DGRN sólo se predica respecto de las que son estimatorias del recurso, es decir, de las que no den la razón al Registrador. Su fundamento, según la propia DGRN, se basa en el principio de jerarquía recogido en el artículo 103 de la Constitución Española. La DGRN parece que, ignorando ciento cuarenta años de existencia de la función registral y de su naturaleza jurídica, pretenda sostener que, a partir de la Ley 24/2001, se ha producido un cambio radical en la naturaleza de la función registral, convirtiéndolo en funcionario público. Ya hemos expuesto con anterioridad el artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción originaria, por lo que no perderemos tiempo en cuestionar semejante afirmación.

La incoherencia legal llega hasta el extremo de que dichas Resoluciones son recurribles por el Registrador afectado de conformidad con el artículo 328 de la Ley Hipotecaria. Produciéndose el absurdo de que vinculan a todos los Registradores menos al autor de la nota de calificación que decide recurrir la Resolución. Es más, al propio autor de la nota le vincularía en otros documentos parecidos que se presentaran posteriormente, aunque respecto de los primeros, hubiera recurrido la Resolución de la DGRN.

Como puede colegirse de semejantes preceptos legales, las normas están mal redactadas, y así lo han entendido los Tribunales de Justicia, tal y como nos recuerda Juan Carlos CASAS ROJO al señalar: *«En cuanto a la doctrina de la DG sobre la eficacia vinculante para todos los Registradores de las Resoluciones de la DGRN estimatorias, desde el momento en que se publican en el BOE —aunque no hayan ganado firmeza—, siempre que no hayan sido anuladas por resolución judicial firme (también publicada, dicen algunas resoluciones), la doctrina DG es la que es, pero debemos apuntar dos pronunciamientos judiciales que ven las cosas de otra manera: la sentencia de 14-3-2007 del Juzgado de Primera Instancia, número 53 de Barcelona, que marca claramente la diferencia entre las resoluciones singulares, y las del artículo 103 de la Ley 24/2001 (consultas vinculantes, que sí obligan a Notarios y Registradores), declaró la improcedencia de la doctrina DGRN sobre el alcance vinculante de las Resoluciones singulares que deciden recursos gubernativos que interpretan el artículo 98 de la Ley 24/2001, y que en la actualidad están pendientes de sentencia judicial, ya que —interpretando la expresión “vinculación para todos los Registros”— las resoluciones singulares vinculan únicamente al Registrador calificador y a los demás Registradores que hayan de calificar el mismo documento por afectar a varios Registros. Y la sentencia más reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22-1-2008 (que además anula la Resolución de la DGRN de 9-6-2006 por extemporánea) recuerda que “lo que a derechos civiles se refiere, no puede, con arreglo a nuestra legislación política, estar subordinado a la autoridad del orden administrativo, principio de salvaguardia judicial que acoge el artículo 1 LH, y por tanto la doctrina de la DG no puede ser de superior rango que la jurisprudencia dictada por la Sala 1.ª del TS”. Dicha sentencia también señala: “ha de recordarse que la Exposición de Motivos de la LH señala que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten”... si el asunto de fondo debatido se encuentra pendiente de resolución firme por los Tribunales y sujeto al control jurisdiccional, hasta tanto no se pronuncien definitivamente los Tribunales su vinculación no resulta pertinente».*

12. LA INDEPENDENCIA PROFESIONAL DEL REGISTRADOR

Una vez más debemos recurrir a los clásicos como GALINDO y ESCOSURA. Dichos autores nos señalan en su *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, en su tomo segundo, en la página 178 (Edición de 1880): «Al exigir la Ley que el Registrador califique el documento bajo su responsabilidad, proclama su absoluta independencia para inscribir, suspender o denegar; sin que ninguno de sus Superiores Jerárquicos pueda imponerle su opinión. En vano se ordenaría inscribir un documento considerado por ellos inscribible, si antes no hubiese hecho la calificación el Registrador: lícito le sería negarse al cumplimiento de la orden, y sin tenerla en cuenta resolver por su propio criterio si era o no inscribible; porque siendo él a quien la Ley encarga este acto, no le excusaría, al exigírsele responsabilidad, alegar que el documento estaba ya calificado como inscribible por el Superior. Sólo puede éste imponerle su criterio cuando contra su calificación se interpone recurso».

Esta es una de las razones por la que es tan importante conocer la estructura organizativa de una función pública. El Registrador siempre ha sido funcionario público, ya hemos hablado de ello, siempre ha estado sometido al principio de jerarquía; pero la estructura de su organización se asemeja a la de la burocracia profesional, es decir, el servicio público se presta por profesionales altamente cualificados, a los que no les puede imponer criterios de normalización de resultados, sólo se pueden normalizar las habilidades. De igual manera, un médico de la Seguridad Social tiene el carácter de funcionario público; pero ningún superior jerárquico le puede imponer un diagnóstico de un paciente antes de que él proceda a su examen. No es que estemos ante un supuesto de independencia jurídica, o de independencia administrativa, es que estamos ante un supuesto de independencia profesional.

Es por este principio de independencia profesional, que la estructura de la burocracia profesional responde al esquema de la pirámide invertida, es decir, el ápice estratégico está al servicio del núcleo de operaciones.

13. EL ACCESO TELEMÁTICO A LA INFORMACIÓN REGISTRAL SIN INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR EN TIEMPO REAL

Una de las aspiraciones de la Ley 24/2005 de impulso de la productividad, es conseguir que los Notarios, o cualquier otro funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con lo que se presume que tienen interés legítimo en acceder a la información registral, puedan tener acceso por vía telemática, en tiempo real, sin necesidad de intervención del Registrador. Como supuesto ejemplar se cita la oficina virtual del Catastro.

Con relación a semejante afirmación, debemos señalar lo siguiente:

- La información que suministra el Catastro a través de la oficina virtual no es en tiempo real, suele tener una antigüedad de varios meses. De hecho si se ha solicitado la alteración de alguna circunstancia de la certificación catastral, la oficina virtual señala que no se puede dar información sobre dicha finca por estar en fase de formación.
- Que la información que proporciona el Registro sólo tiene utilidad si es completa y en tiempo real.
- Que la única información posible en tiempo real es la relativa al Libro de Entrada, puesto que entre la entrada de un documento en el Regis-

tro y la práctica del asiento de presentación se produce una calificación registral que puede ser objeto de recurso.

- Consecuentemente, sin intervención del Registrador, ni el Registro de la Propiedad ni ninguna oficina virtual puede dar una información completa en tiempo real. No existe resistencia por parte de los Registradores en dar cumplimiento a una norma legal, lo que hay es ignorancia y desconocimiento de la realidad por quienes sostienen dicha posibilidad.

14. COORDINACIÓN CATASTRO Y REGISTRO

Ya para terminar conviene que nos ocupemos del otro aspecto que señala la medida vigésimo tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de agosto, cuando establece que: *la propuesta estará orientada..., así como facilitar información integral e integrada de los datos registrales y catastrales, para potenciar la calidad del sistema.*

Como señala Jaime CONCHEIRO DEL RÍO (22), el Catastro surgió en el ámbito del Derecho como un Registro Administrativo de carácter predominantemente fiscal, como un instrumento indispensable para la exacción de determinados tributos, hasta llegar a un sistema más avanzado, cual es el de la Contribución Territorial, tanto urbana como rústica y pecuaria.

Desde el siglo XIX se intentó de manera constante e ininterrumpida en el tiempo, a través de diversas disposiciones más o menos técnicamente perfectas, que pudiera servir para proporcionar una base física a la institución registral. Fueron numerosas las disposiciones que se han esforzado por intentar conseguir una perfecta coordinación entre el Registro y el Catastro. Las disposiciones publicadas en los últimos años, que refunden toda la normativa anterior, han venido a ofrecer una regulación que ciertamente supone un gran avance, no sólo desde el punto de vista recopilador de las distintas disposiciones dispersas sobre la materia, sino también desde el punto de vista técnico, jurídico y fiscal.

El Catastro realiza el papel de proporcionar la base física al Registro de la Propiedad, incumbiendo a éste la función de proporcionar los datos de carácter jurídico. A pesar de la perfección técnica, desde un punto de vista teórico, de las últimas disposiciones que regulan la materia, en su aplicación práctica tropiezan con graves inconvenientes, derivados fundamentalmente de la discordancia entre esos datos y la realidad. A ello es preciso añadir la excesiva tardanza con que suelen resolverse las discrepancias que se dan con harta frecuencia entre dichos datos y la realidad, proporcionando una grave distorsión a la rapidez exigida en la actualidad por el tráfico jurídico inmobiliario.

Para CHINCHILLA RUEDA son los denominados como Catastros jurídicos los que realmente son precisos y perfectos, ya que si a la ordenación planimétrica y al replanteamiento pericial de los terrenos se agrega un deslinde y amojonamiento contradictorio y judicial, único que permite atribuir derechos y, por tanto, garantizar la extensión objetiva del dominio sobre los inmuebles identificados, evidente resulta que con base en tal identificación catastral coordinada con la inscripción obligatoria del dominio en el Registro de la propiedad, puede el propietario descansar tranquilo sin temor a intromisiones de vecinos codiciosos.

(22) En su obra *El Catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles*.

Pero es necesario aclarar que el Catastro, no obstante su perfeccionada técnica, opera sobre realidades un tanto imprecisas, ya que la identificación y descripción de los predios se logra con referencia a características topográficas de la zona de su situación, cuya coincidencia con la realidad física no siempre es acertada. De ahí que posea un valor simplemente relativo, pero no seguro.

La razón de esta afirmación es que la técnica catastral opera con la parcela, que es una unidad tipo, módulo o patrón para identificar la finca. Así, CHINCHILLA RUEDA define la parcela como «un trozo continuo de terreno sito en un mismo Municipio y cerrado por una línea poligonal, que pertenece a uno o varios propietarios y que figura representada y medida en los mapas catastrales del Estado». La finca y la parcela son entidades, real y técnicamente, distintas. La finca no es la parcela, y, por tanto, no figura representada como una concreta unidad objetiva en el mapa catastral, sino formando parte de una parcela, coincidiendo con ella o integrada por varias parcelas.

De todo ello se podría deducir, que tan virtual puede ser la finca registral como la parcela catastral. Por ello, más que hablar de coordinación entre Catastro y Registro, deberíamos hablar de coordinación tanto del Catastro como del Registro con la realidad física de los inmuebles. Ahora bien, ¿cómo se determina la realidad física de una finca rústica? (las urbanas no suelen plantear problemas).

Como el propio CHINCHILLA RUEDA señala, es necesario un deslinde y amojonamiento de las parcelas rústicas realizado por una autoridad pública independiente. Dicho amojonamiento se realizó en Alemania en el siglo XIX, consiguiendo con ello un Catastro altamente perfeccionado en cuanto a la identificación física de la parcela catastral y su coincidencia con la realidad física. Ejemplos de excelentes Catastros tenemos en el Derecho Comparado, por lo que una vez más debemos recordar la maravillosa lección que nos dieron los grandes juristas españoles del siglo XIX, que fue la de tener la modestia de no inventar nada, de saber traer de los ordenamientos jurídicos extranjeros aquello que pudiera ser más útil para la realidad sociojurídica española y de saberlo adaptar a nuestras peculiaridades. Para todo ello, es evidente que se necesitaba una preparación jurídica extraordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*.
CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime, y SEOANE BARRAL, Verónica (col.), *El Catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles* (Bosch).
DI PIAZZA, Samul S. Jr. y G. ECCLES, Robert, *Recuperar la confianza. El futuro de la información corporativa* (Prentice Hall).
GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*.
GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I (Civitas).
GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier, *Calificación Registral* (Civitas).
GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial* (Instituto Editorial Reus).
— *Estudios jurídicos de arte menor* (Universidad de Navarra).
JUNTA DE DECANOS. Distribuido por el Instituto Nacional Reus, *Estudios Históricos con motivo del Centenario de la LO del Notariado de 1862* (Madrid, 1964).

- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico de los funcionarios* (Tecnos).
MASLOW, Abraham, *Management según Maslow* (Paidós empresa).
MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes Civiles de España* (Instituto Editorial Reus, 1943).
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *El Estado protector en crisis*. Informe de la Conferencia sobre las políticas sociales en los años ochenta.
MINTZBERG, Henry, *La estructuración de las organizaciones* (Ariel).
NAVARRO, Vicenç, *Globalización económica, poder político y estado del bienestar* (Ariel).
PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Los Registradores de la Propiedad* (artículo publicado en el Boletín del Colegio de Registradores).
SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública* (Tecnos).
VALERO MATAS, Jesús A. (coord.), *Las instituciones y organizaciones sociales (Un análisis sociológico)* (Pirámide).
WEBER, Max, *Economía y Sociedad* (Fondo de Cultura Económica).

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 245 (Noviembre 2008)

«La revisión parcial del planeamiento general», por Ángel MENÉNDEZ REXACH, pág. 11.

SUMARIO: I. LA REVISIÓN PARCIAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA JURISPRUDENCIA.—II. LA REVISIÓN PARCIAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—III. COMENTARIO FINAL.

«Las indemnizaciones por traslado de actividades económicas en las actuaciones urbanísticas», por Federico GARCÍA ERVITI, pág. 39.

SUMARIO: 1. LAS INDEMNIZACIONES POR TRASLADO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN LA LEGISLACIÓN.—2. LAS INDEMNIZACIONES POR TRASLADO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA: A) TRASLADO DE INSTALACIONES, MAQUINARIA Y MOBILIARIO. B) PÉRDIDA DE ELEMENTOS PRODUCTIVOS NO TRASLADABLES. C) GASTOS DE SUSTITUCIÓN O ACONDICIONAMIENTO DEL NUEVO LOCAL. D) DETERIORO O PÉRDIDA POR TRANSPORTE. E) GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO. F) LUCRO CESANTE TEMPORAL. G) INDEMNIZACIONES LABORALES. H) PÉRDIDA POR MAYORES GASTOS DE CARGA Y TRANSPORTE DE MERCANCÍAS. I) PÉRDIDA DE CLIENTELA.—3. CONCLUSIÓN.

«La ejecución aparente del fallo de las sentencias contencioso-administrativas en el ámbito urbanístico. Un balance tras diez años de vigencia de la Ley 29/1998», por Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, pág. 65.

SUMARIO: I. LA PREVISIÓN LEGAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS Y DISPOSICIONES QUE SE ADOPTEN CON LA FINALIDAD DE ELUDIR LA EJECUCIÓN DEL FALLO ANULATORIO: A) EL DERECHO AL CUMPLIMIENTO DEL FALLO COMO PARTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. B) LA OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE SATISFACER EL INTERÉS GENERAL ADECUÁNDO-

SE A LAS CAMBIANTES Y SOBREVENIDAS CIRCUNSTANCIAS PROHÍBE SÓLO DICTAR ACTOS O DISPOSICIONES CONTRARIAS AL FALLO CON LA FINALIDAD DE ELUDIR SU CUMPLIMIENTO.—II. LA CONCURRENCIA DE LA INTENCIONALIDAD DE ELUDIR EL FALLO JUDICIAL. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: A) EL ELEMENTO INTENCIONAL EN EL INCUMPLIMIENTO DEL FALLO COMO UN SUPUESTO DE DESVIACIÓN DE PODER. B) LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA EXIGENCIA DE UNA MOTIVACIÓN BASADA EN LA RACIONALIDAD URBANÍSTICA. C) LÍNEAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. D) UNA CRÍTICA A LA CONFIGURACIÓN COMO UN SUPUESTO DE DESVIACIÓN DE PODER. LA NECESARIA CONCURRENCIA DE UNA CAUSA DE NULIDAD O ANULABILIDAD EN EL ACTO O DISPOSICIÓN QUE SUPONE LA ELUSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA. E) EFECTOS DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS O DISPOSICIONES QUE IMPIDEN LA EJECUCIÓN DEL FALLO.—III. EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LA NULIDAD MEDIANTE EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN: A) EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN COMO VÍA ADECUADA PARA INSTAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS Y DISPOSICIONES QUE SUPONGAN UNA EJECUCIÓN APARENTE. B) INICIACIÓN DEL INCIDENTE PREVIA PETICIÓN DE LA PARTE RECURRENTE O DE OTROS SUJETOS AFECTADOS. C) LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL INCIDENTE DE EJECUCIÓN. D) LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEC. LA PRUEBA EN EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN. E) RECURRIBILIDAD EN CASACIÓN DE LOS AUTOS DICTADOS EN EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN.—IV. LAS POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES DE LA EJECUCIÓN APARENTE: A) LA ARTICULACIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL. B) LA DESVIACIÓN DE PODER PENAL.

«La nueva responsabilidad medioambiental», por Guillermina YANGUAS MONTERO y Noemí BLÁZQUEZ ALONSO, pág. 101.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE UNA LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.—3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: 3.1. ÁMBITO OBJETIVO: ¿QUÉ SE ENTIENDE POR DAÑO MEDIOAMBIENTAL? 3.2. ÁMBITO SUBJETIVO: A) *Sujetos responsables*. B) *Autoridad competente*. *Ministerio fiscal*. C) *Interesados*. 3.3. ÁMBITO TEMPORAL.—4. OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: 4.1. PREVENCIÓN Y EVITACIÓN DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES. 4.2. REPARACIÓN DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES. 4.3. OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN.—5. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE SUFRAGAR LOS COSTES.—6. POTESTADES Y OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN, EVITACIÓN Y REPARACIÓN.—7. GARANTÍAS FINANCIERAS.—8. FONDOS DE COMPENSACIÓN Y DE REPARACIÓN.—9. CUESTIONES PROCEDIMENTALES.—10. RÉGIMEN SANCIONADOR.—11. CONCLUSIONES.

«El Registro Paleontológico: cultura o naturaleza. Consonancias y disonancias normativas», por María Jesús MONTORO CHINER y Jordi MARTINELL CALICÓ, pág. 147.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LOS FÓSILES COMO ELEMENTOS DE INTERÉS CIENTÍFICO Y COMO ELEMENTOS DE INTERÉS SOCIAL.—

II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES.—III. CALIFICACIÓN LEGISLATIVA DE LAS DISTINTAS CLASES DE BIENES: A) EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA. B) EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA Y LA LEGISLACIÓN CATALANA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL Y SOBRE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA.—IV. HALLAZGOS Y BIENES PALEONTOLÓGICOS. BIENES CULTURALES, BIENES AMBIENTALES O BIENES NATURALES. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN.—V. SISTEMAS DE PROTECCIÓN SINGULARES O DE CONJUNTO.—VI. CONCLUSIONES QUE MUESTRAN LAS DISCORDANCIAS NORMATIVAS ENTRE CULTURA Y NATURALEZA.—VII. DIFERENTES TÍTULOS COMPETENCIALES Y DISTINTAS REGLAS HABILITANTES DE ACTUACIONES SEGÚN LOS BIENES Y HALLAZGOS PALEONTOLÓGICOS SE CONSIDEREN HISTORIA, CULTURA O NATURALEZA Y AMBIENTE.—VIII. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA CULTURAL PALEONTOLÓGICA. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA AMBIENTAL PALEONTOLÓGICA: A) TUTELA SINGULARIZADA: LA DECLARACIÓN. B) TUTELA DE CONJUNTO. C) TUTELA COMO MONUMENTO O ESPACIO NATURAL. D) TUTELA URBANÍSTICA. E) TUTELA CIVIL. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.—IX. CONCLUSIONES.

Número 246 (Diciembre 2008)

«Crónica europea, III», por Susana GALERA RODRIGO y Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER, pág. 11.

SUMARIO: I. NORMATIVA: 1. AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA: MODIFICACIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO. 2. DIRECTIVA DE ENERGÍAS RENOVABLES. 3. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE RESIDUOS.—II. JURISPRUDENCIA: 1. LEGALIZACIÓN DE OBRAS SIN LICENCIAS: IMPLICACIONES AMBIENTALES. 2. LAS SANCIONES PENALES MEDIOAMBIENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO.

«Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística», por Francisco BENGOTXEA ARRIETA, pág. 33.

SUMARIO: 1. PRELIMINAR.—2. NULIDAD DE PROYECTO DE REPARCELACIÓN INSCRITO, EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y TERCEROS DE BUENA FE: 2.1. LEGITIMACIÓN PARA PLANTEAR EL INCIDENTE DE INEJECUCIÓN DE SENTENCIA. 2.2. SITUACIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA INEJECUCIÓN LEGAL O MATERIAL DE SENTENCIAS. 2.3. EJECUCIÓN DE SENTENCIA ANULATORIA DE UN PROYECTO DE REPARCELACIÓN Y EXISTENCIA DE TERCEROS DE BUENA FE. 2.4. CUESTIONES A TENER EN CUENTA PARA LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—3. CARENCIAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN DE INICIATIVA PRIVADA, RESPONSABILIDAD DEL AYUNTAMIENTO Y LA ENTIDAD URBANÍSTICA DE CONSERVACIÓN: 3.1. LEGITIMACIÓN DE LA ENTIDAD URBANÍSTICA DE CONSERVACIÓN. 3.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AYUNTAMIENTO POR LA DEFICIENTE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA RECLAMACIÓN.—4. LOS SISTEMAS GENERALES Y LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO A FAVOR DE SU TITULAR: 4.1. ARGUMENTOS DE LA SALA DE INSTANCIA. 4.2. RESUMEN DE LAS

DETERMINACIONES DE PLANEAMIENTO Y GESTIÓN URBANÍSTICA APLICABLES AL CASO. 4.3. RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA QUE DETERMINA CUÁNDO GENERAN APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO LOS TERRENOS DE USO Y DOMINIO PÚBLICO. 4.4. NULIDAD DEL PROYECTO DE COMPENSACIÓN Y DE LA DELIMITACIÓN DE LA UNIDAD DE EJECUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DEL SUPREMO, RELATIVA AL ARTÍCULO 47.3 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA.—5. LA APORTACIÓN DE VIALES A LA REPARCELACIÓN. SUPUESTOS EN LOS QUE GENERAN APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO A FAVOR DE SU TITULAR.—6. NULIDAD DE LA NUEVA DELIMITACIÓN DE UNA UNIDAD DE EJECUCIÓN PARA EXCLUIR DETERMINADOS TERRENOS. OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR UNA NUEVA JUNTA DE COMPENSACIÓN.—7. OPORTUNIDAD DE ACUERDOS NO SUSCRITOS POR LA COMISIÓN GESTORA NI POR LA JUNTA DE COMPENSACIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE UNA AUTOPISTA CON CARÁCTER PREVIO A LA GESTIÓN DEL ÁMBITO. INDEMNIZACIÓN A LA CONCESIONARIA DE LA AUTOPISTA POR LA DEMOLICIÓN DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES.

«Disciplina urbanística. Resoluciones jurisdiccionales relevantes en el año 2007», por Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y Carlos PÉREZ RAMOS, pág. 63.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DISTINCIÓN ENTRE LAS DIVERSAS MEDIDAS INCLUIDAS EN LA DISCIPLINA URBANÍSTICA.—III. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS LICENCIAS PRESUNTAMENTE ILEGALES QUE AMPARAN OBRAS EN CURSO DE EJECUCIÓN.—IV. CUESTIONES COMPETENCIALES: SUBROGACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA MUNICIPAL DE ORDENAR LA DEMOLICIÓN DE LAS OBRAS EJECUTADAS SIN LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN.—V. SOBRE LA LEGALIZACIÓN DE LAS OBRAS. EL REQUERIMIENTO DE LEGALIZACIÓN.—VI. LA DEMOLICIÓN DE LO NO LEGALIZABLE COMO MEDIDA CARACTERÍSTICA EN EL MARCO DE LA RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.—VII. CUESTIONES SOBRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.—VIII. RELACIÓN DE SENTENCIAS.

«Las infraestructuras estatales o autonómicas viarias que crean ciudad en las áreas metropolitanas», por Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, pág. 95.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE EN LA DOCTRINA. ¿UNA CONTAMINACIÓN ESPURIA DE LAS POSICIONES?: A) PLANEAMIENTO. B) LAS POSTURAS EXPANSIVAS. C) LAS POSTURAS RESTRICTIVAS.—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS VIARIAS ESTATALES O AUTONÓMICAS: A) EL CRITERIO EN ABSTRACTO. B) LA APLICACIÓN PRÁCTICA (I). SUPUESTOS DONDE LA INFRAESTRUCTURA VIARIA INTERURBANA O QUE AFECTA A UN ÁREA METROPOLITANA NO ES UN SISTEMA VIARIO GENERAL MUNICIPAL. C) LA APLICACIÓN PRÁCTICA (II). SUPUESTOS DONDE LA INFRAESTRUCTURA VIARIA INTERURBANA O QUE AFECTA A UN ÁREA METROPOLITANA ES UN SISTEMA VIARIO GENERAL MUNICIPAL. D) BALANCE Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGLA JURISPRUDENCIAL. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR EN 2003 Y LA

DENOMINADA «RESERVA DE JURISDICCIÓN». SU VIRTUALIDAD BAJO EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 2008.—III. LA AFIRMACIÓN DEL CARÁCTER DE SISTEMA GENERAL DE LA M-45 Y DE UN TRAMO DE LA R-2 POR EL TRIBUNAL SUPREMO: A) LA FINALIDAD DE LAS INFRAESTRUCTURAS VIALES ESTATALES Y AUTONÓMICAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID: M-50, AUTOPISTAS RADIALES DE PEAJE Y M-45. B) EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LA M-45 Y LA R-2 (EJE AEROPUERTO). SU CALIFICACIÓN COMO SISTEMAS GENERALES. C) CRÍTICA: LA CREACIÓN DE CIUDAD Y LA INSERCIÓN EN LA MALLA URBANA DEL ÁREA METROPOLITANA. LA INCOHERENTE REFERENCIA A LA M-50. LA EQUITAD (¿ARBITRARIEDAD?) EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—IV. LAS CONSECUENCIAS (¿NO MEDITADAS?) DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SISTEMAS GENERALES EN SUELO NO URBANIZABLE EJECUTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO O DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

«La vivienda de protección oficial y su problemática a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por Nicolás Alejandro GUILLÉN NAVARRO, pág. 161.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FIGURA DEL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE VPO: 1. CONCEPTO DE DOMICILIO HABITUAL Y PERMANENTE. 2. MEDIOS PROBATORIOS PARA EL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO: CONSUMOS DE AGUA, LUZ, TELÉFONO Y GAS. 3. CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA AUSENCIA PROLONGADA DE LA VIVIENDA: A) *Los motivos de salud del beneficiario y cuidado de familiares*. B) *Los motivos laborales o de estudios*. C) *La falta de condiciones de habitabilidad en la vivienda*.—III. LA SUBROGACIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS DE ACCESO DIFERIDO A LA PROPIEDAD DE VPO.—IV. OBRAS Y SOBREPrecio COMO INFRACCIONES EN VPO: 1. Mecanismo de obtención de licencia para la realización de obras. 2. Prescripción de infracciones por obras realizadas y legalización. 3. Sobreprecio como infracción en VPO.—V. VICIOS OCULTOS, RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR Y PRESCRIPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA VPO.—VI. CALIFICACIÓN Y DESCALIFICACIÓN DE VPO: 1. CALIFICACIÓN PROVISIONAL. 2. CALIFICACIÓN DEFINITIVA. 3. DESCALIFICACIÓN.—VII. DECÁLOGO DE CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 142 (Octubre-Diciembre 2008)

«La política de democratización de la Unión Europea y el caso de Cuba», por Fernando CRIADO ALONSO, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INFLUENCIA Y LA VINCULACIÓN CON OCCIDENTE Y LA PROMOCIÓN DE LA DEMOCRACIA.—3. LA POLÍTICA DE DEMOCRATIZACIÓN DE LA UE: ¿CÓMO FOMENTAR LA DEMOCRACIA EN TERCEROS PAÍSES?—4. LA POLÍTICA DE DEMOCRATIZACIÓN EUROPEA EN EL CASO DE CUBA: LA POSICIÓN COMÚN DE LA UE CON RESPECTO A CUBA. UNA POSICIÓN COMÚN COMO EX-

PRESIÓN DE UNA POLÍTICA NO COMÚN. ELEMENTOS DE ACTUACIÓN POR LA DEMOCRACIA EN CUBA: DIÁLOGO POLÍTICO. COOPERACIÓN ECONÓMICA Y LIBERALIZACIÓN. COOPERACIÓN ENTRE EE.UU. Y LA UE.—5. CONCLUSIÓN.—AGRADECIMIENTOS.—BIBLIOGRAFÍA.

«¿Qué pueden aportar las ciencias cognitivas al análisis de las políticas públicas?: Un análisis comparado», por Rodolphe GOUIN y Jean-Baptiste HARGUINDÉGUY, pág. 43.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. EL AUGE Y LA DIFUSIÓN DE LAS CIENCIAS COGNITIVAS EN CIENCIAS SOCIALES: 1.1. LOS MODELOS COGNITIVOS EN CIENCIAS SOCIALES. 1.2. LOS DIFERENTES TIPOS DE INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE COGNICIÓN A LAS CIENCIAS SOCIALES.—2. EL ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS ENTRE COGNICIÓN «SOFT» Y «HARD»: 2.1. LOS «PARADIGMAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS»: ¿UN MODELO POSTINCREMENTALISTA? 2.2. EIPEM: ¿UN GIRO BEHAVIOURALISTA DEL ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS? 2.3. EL ACF: ¿UN PRODUCTO DE LA PSICOLOGÍA SOCIAL Y DE LA COGNICIÓN «HARD»? 2.4. SESGOS DE PERCEPCIÓN EN POLÍTICA EXTERIOR: ¿LOS JEFES DE ESTADO ESTÁN PRISIONEROS DE SUS CREENCIAS?—CONCLUSIÓN.—REFERENCIAS.

«El liderazgo de Blair y Aznar hacia el centro político», por Sebastián LAVEZ-
ZOLO y Lluís ORRIOLS, pág. 69.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ARGUMENTACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN.—3. HIPÓTESIS DE TRABAJO: EL LIDERAZGO Y LA LEALTAD.—4. ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN: EL LIDERAZGO DE BLAIR Y AZNAR.—5. RESULTADOS: 5.1. EL LIDERAZGO DE TONY BLAIR. 5.2. EL LIDERAZGO DE JOSÉ MARÍA AZNAR.—6. DISCUSIÓN.—7. BIBLIOGRAFÍA.—APÉNDICE 1: EL MÉTODO DE ESTIMACIÓN DEL EFECTO PROYECCIÓN.—APÉNDICE 2: DESCRIPCIÓN DE LAS VARIABLES EMPLEADAS EN LOS MODELOS ESTADÍSTICOS.

«La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero», por María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN, pág. 105.

SUMARIO: I. LA CUOTA ELECTORAL POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOM-
BRES.—II. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA PRE-
VISIÓN LEGAL DE CUOTAS EN EL ÁMBITO REPRESENTATIVO: MI
DISCREPANCIA CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIO-
NAL 12/2008, DE 29 DE ENERO: 1. LA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DE ESTE TIPO
DE MEDIDAS. 2. LA COLISIÓN DE LA CUOTA ELECTORAL LEGAL CON OTROS BIENES CON-
STITUCIONALES: 2.1. *Colisión con el principio de la representación política.*
2.2. *Colisión con el derecho de asociación del partido político.*—BIBLIO-
GRAFÍA.

«¿Cómo gestionar la inmigración irregular? Los procesos de regularización en
la construcción de una política europea de inmigración», por Ruth FERRERO
y Gemma PINYOL, pág. 139.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZACIÓN: REGULARIZACIONES POR MOTIVOS LABORALES O DE RESIDENCIA. REGULARIZACIONES PERMANENTES O DE DURACIÓN DETERMINADA. REGULARIZACIONES INDIVIDUALES O COLECTIVAS. REGULARIZACIONES DE «FAIT ACCOMPLI» O DE PROTECCIÓN.—2. EL TRATAMIENTO DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN EUROPA: LOS PROCESOS DE REGULARIZACIÓN 1986-2007: 2.1. EL ESCENARIO NÓRDICO Y DE EUROPA DEL ESTE. 2.2. EL ESCENARIO CENTROEUROPEO: 2.2.1. *Alemania*. 2.2.2. *Bélgica y Países Bajos*. 2.2.3. *Francia*. 2.2.4. *Gran Bretaña*. 2.3. EL ESCENARIO MERIDIONAL: 2.3.1. *Grecia*. 2.3.2. *Italia*. 2.3.3. *Portugal*. 2.3.4. *Mecanismos de gestión de la irregularidad en España y el proceso de 2005*.—3. ¿UN MODELO DE REGULARIZACIÓN COMÚN EN EUROPA?: UN PUNTO DE INFLEXIÓN: LA PROPUESTA FRATTINI DE 2005.—4. PERSPECTIVAS DE FUTURO.—5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: 5.1. FUENTES PRIMARIAS. 5.2. FUENTES SECUNDARIAS.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO Número 163 (Julio-Diciembre 2007) (sin sumarios)

- «Sentido del expediente matrimonial canónico en la sociedad de hoy», por M. Elena OLMOS ORTEGA, págs. 561-605.
- «El concepto de herejía en el pasaje de la Romanidad a la Cristiandad», por Florencio HUBEŇAK, págs. 607-645.
- «Documentos en el proceso canónico: presentación y eficacia desde su calificación», por Raúl ROMÁN SÁNCHEZ, págs. 647-671.
- «Los profesionales del Derecho católicos ante las causas de divorcio», por José Luis LLAQUET-X. MARTÍNEZ, págs. 673-702.
- «Nuevos modelos de familia: la respuesta legal», por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, págs. 703-744.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN Número 17 (Enero 2009)

- «¿Un estatuto paraconstitucional? Consenso, nación histórica y declaración de derechos», por Francisco Javier MATIA PORTILLA, pág. 13.

SUMARIO: 1. PROPÓSITO.—2. LA GÉNESIS DEL NUEVO ESTATUTO.—3. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: A LA BÚSQUEDA DE UNA NACIÓN HISTÓRICA.—4. LOS DERECHOS Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.—5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ELEGIDO.—6. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA TABLA DE DERECHOS: 6.1. LA POLÉMICA DOCTRINAL. 6.2. LA STC 247/2007: 6.2.1. *La doctrina constitucional sustentada por el Pleno*. 6.2.2. *Resumen sistemático de los Votos Particulares*. 6.2.3. *La reacción doctrinal*. 6.3. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS, A MODO DE CONCLUSIÓN.

«El proceso político de aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León», por Pablo José KROTENBERG VÁZQUEZ, pág. 67.

SUMARIO: EL ENTORNO POLÍTICO DE LA REFORMA. PRIMERA PARTE: LA REFORMA EN CASTILLA Y LEÓN: 1. LAS INICIATIVAS POLÍTICAS DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD: 1.1. *Los primeros pasos*. 1.2. *Las bases jurídicas y políticas de la Reforma*. 2. LA REFORMA EN LAS CORTES DE CASTILLA Y LEÓN: 2.1. *Actuaciones previas*. 2.2. *El proceso parlamentario*.—SEGUNDA PARTE: LA REFORMA EN LAS CORTES ESPAÑOLAS: 1. LA TRAMITACIÓN EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. 2. LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO.—ALGUNAS CONCLUSIONES.

«Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», por María de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO, pág. 117.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: 2.1. LA FINALIDAD INSTITUCIONAL DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. LUCES Y SOMBRAS. 2.2. ¿PENSIÓN VITALICIA O SUBSIDIO TEMPORAL? 2.3. MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y PENSIÓN DE VIUDEDAD. 2.4. CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 2.5. CUANTÍA. 2.6. LA EXTINCIÓN O PÉRDIDA DE EFECTOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD POR LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*. 2.7. EL ESPERADO RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD A LAS PAREJAS DE HECHO.—3. LA PENSIÓN DE ORFANDAD.—4. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO.

«El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías», por Luis SARRATO MARTÍNEZ, pág. 177.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ACCESO DEL PACIENTE A SU HISTORIA CLÍNICA: 2.1. REGULACIÓN ESTATAL. 2.2. REGULACIÓN AUTONÓMICA EN LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN.—3. EL ACCESO POR TERCEROS A LA HISTORIA CLÍNICA DEL PACIENTE: 3.1. ACCESO DE LOS FAMILIARES, ALLEGADOS, REPRESENTANTES LEGALES Y SIMILARES. 3.2. ACCESO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS. 3.3. ACCESO CON FINES ADMINISTRATIVOS, DE GESTIÓN O DE INSPECCIÓN. 3.4. ACCESO CON FINES JUDICIALES. 3.5. ACCESO CON FINES EPIDEMIOLÓGICOS, DE SALUD PÚBLICA, DE INVESTIGACIÓN O DE DOCENCIA.—4. OTROS ACCESOS A LA HISTORIA CLÍNICA: 4.1. LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES. 4.2. EL CASO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES. 4.3. LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS.—5. A MODO DE CONCLUSIÓN.—6. RESUMEN BIBLIOGRÁFICO.

«Estudio sobre los aspectos jurídicos controvertidos de la captación desleal de clientes», por Héctor Daniel MARÍN NARROS, pág. 217.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SUPUESTO DE HECHO DE LA CAPTACIÓN DESLEAL DE CLIENTES.—3. SUPUESTO DE HECHO DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 18.5.º DE LA LCD.—4. CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS RESARCIBLES.—5. REQUISITOS DE ESTIMACIÓN DE LAS AC-

CIONES DE LOS PRECEPTOS 18.1.º Y 18.5.º DE LA LCD.—6. POSIBLE DEFENSA ANTE LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR CAPTACIÓN DE CLIENTES.—7. CONCLUSIÓN.—8. BIBLIOGRAFÍA.—9. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL.

«Los puntos de conexión de los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas», por M.^a del Mar DE LA PEÑA AMORÓS, pág. 241.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA RESIDENCIA HABITUAL: 2.1. CONCEPTO: 2.1.1. *Residencia habitual en territorio español*: 2.1.1.1. La permanencia en territorio español. 2.1.1.2. Radicación en España del centro de intereses económicos. 2.1.1.3. La presunción familiar. 2.1.2. *Residencia habitual en la Comunidad Autónoma*: 2.1.2.1. Generalidades. 2.1.2.2. Criterios utilizados: 2.1.2.2.1. Criterio de permanencia. 2.1.2.2.2. Criterio del centro de intereses. 2.1.2.2.3. La cláusula de cierre. 2.1.2.2.4. Otros criterios. 2.2. LOS CAMBIOS DE RESIDENCIA: 2.2.1. *Análisis del artículo 20.4 de la Ley 21/2001*. 2.2.2. *Vulneración, o no, del artículo 19 de la Constitución*. 2.3. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN DE LOS DISTINTOS TRIBUTOS CEDIDOS: 2.3.1. *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. 2.3.2. *Impuesto sobre el Patrimonio*. 2.3.3. *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. 2.3.4. *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*.—3. EL DOMICILIO FISCAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—4. EL LUGAR DE UBICACIÓN DE LOS BIENES.—5. EL LUGAR DE REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD.—6. EL LUGAR DE UBICACIÓN DEL REGISTRO.—7. LOS ÍNDICES DE CONSUMO.—8. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 45 (Diciembre 2008)

«Responsabilidad social corporativa y sostenibilidad medioambiental en la Unión Europea», por Juan B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 9.

SUMARIO: I. EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA.—II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: LIBRO VERDE [FOMENTAR UN MARCO EUROPEO PARA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS (RSE)].—III. «COMUNICACIÓN RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS, UNA CONTRIBUCIÓN EMPRESARIAL AL DESARROLLO SOSTENIBLE».—IV. «LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA GLOBALIZACIÓN. LA CONTRIBUCIÓN DE LA POLÍTICA COMUNITARIA PARA QUE LOS BENEFICIOS SE EXTIENDAN A TODOS».—V. «PONER EN PRÁCTICA LA ASOCIACIÓN PARA EL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO: HACER DE EUROPA UN POLO DE EXCELENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS».—VI. «EL CAMINO HACIA LA SOCIEDAD EUROPEA DEL CONOCIMIENTO RELATIVA A LA CONTRIBUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA A LA ESTRATEGIA DE LISBOA».—VII. «EL CONOCIMIENTO: UNA ESTRATEGIA AMPLIA DE INNOVACIÓN PARA LA UE».—VIII. «PROMOVER UN TRABAJO DIGNO PARA TODOS.

CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN A LA APLICACIÓN DE LA AGENDA DEL TRABAJO DIGNO EN EL MUNDO».

«La supletoriedad del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos», por Ángel QUEREDA TAPIA, pág. 35.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN. 2. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. 3. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 4. LA CLÁUSULA DE CIERRE.—II. ORIGEN Y FINALIDAD DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD: 1. ORIGEN 2. FINALIDAD.—III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CRITERIO DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA UNIVERSAL DEL ESTADO. 3. LA JUSTIFICACIÓN EN EL EJERCICIO POR EL ESTADO DE UN TÍTULO COMPETENCIAL PROPIO. 4. LA NEGACIÓN DE LA VALIDEZ DEL DERECHO ESTATAL EN MATERIA DE COMPETENCIA AUTONÓMICA. 5. LA NEGACIÓN DE LA PRODUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS MERAMENTE SUPLETORIAS: LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES 118/1996 Y 61/1997: A) *La STC 118/1996, de 27 de junio*. B) *La STC 61/97, de 20 de marzo*. 6. LOS EFECTOS DIFERIDOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS HASTA QUE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA LEGISLE.—IV. LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE EL VIGENTE CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. DOCTRINA CONTRARIA A LA VIGENTE TESIS JURISPRUDENCIAL. 2. DOCTRINA FAVORABLE A LA VIGENTE TESIS JURISPRUDENCIAL.—BIBLIOGRAFÍA.

«Reflexiones en torno a la reforma del sistema autonómico de financiación y, en particular, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha», por María Esther SÁNCHEZ LÓPEZ, pág. 55.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LOFCA Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS EN CURSO.—III. EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CASTILLA-LA MANCHA.—IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

«La responsabilidad médica y la problemática del consentimiento informado en la jurisprudencia española —especial atención a su problemática en referencia a los testigos de Jehová—», por Francisco SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Jesús PUNZÓN MORALEDA, pág. 89.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE EN ESPAÑA: A) JURISPRUDENCIA PRECONSTITUCIONAL. B) JURISPRUDENCIA POSTCONSTITUCIONAL: 1. *Respeto por la decisión médica en contra de la voluntad del paciente*. 2. *Gastos de asistencia prestada en las clínicas privadas a los testigos de Jehová*. 3. *No obligatoriedad de transfundir siempre y en cualquier caso a todo testigo de Jehová*: 3.1. Derecho del paciente a no ser transfundido sin su consentimiento.—III. EL REGISTRO NACIONAL DE INSTRUCCIONES PREVIAS: A) NORMAS DE REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA. B) JURISPRUDENCIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

ANUARIO DA FACULTADE DE DEREITO
DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Número 12 (2008)

- «Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda vacía en España», por Pilar ÁLVAREZ BARBEITO, pág. 9.
- «Las consecuencias en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de las últimas reformas legislativas», por Henar ÁLVAREZ CUESTA, pág. 25.
- «Aportaciones de los clásicos iusnaturalistas hispanos al ideario liberal», por Luis-Carlos AMEZÚA AMEZÚA, pág. 41.
- «Democracia interna y derecho de asociación», por Luís BARREIRO CARBALLAL, pág. 57.
- «Reconocimiento jurídico de los contratos innominados», por Javier BELDA MERCADO, pág. 69.
- «Estudio sobre la propuesta de reforma constitucional para establecer un Estado Socialista, centralizado y militarista (análisis del anteproyecto presidencial, agosto de 2007)», por Allan R. BREWER-CARÍAS, pág. 87.
- «Canjes de valores internacionales y Derecho Comunitario Europeo», por José Manuel CALDERÓN CARRERO, pág. 127.
- «Comentarios a la Ley de Investigación Biomédica y al Comité de Bioética de España», por Ascensión CAMBRÓN, pág. 159.
- «Diritto e política nel pensiero di Carl Schmitt. Un'ipotesi interpretativa», por Riccardo CAVALLO, pág. 185.
- «About the origin of the *Formulae Wisigothicae*», por Edorta CÓRCOLES OLAITZ, pág. 199.
- «Sobre la utilización fraudulenta del contrato de puesta a disposición y la responsabilidad de la empresa usuaria en la cesión de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal», por Lucía DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, pág. 223.
- «A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho», por Luis Fernando DE CASTRO MEJUTO, pág. 239.
- «El erróneo concepto de *título nobiliario*», por Rafael José R. DE ESPONA, pág. 247.
- «Régimen jurídico del socio a prueba en las sociedades cooperativas», por Angélica DÍAZ DE LA ROSA, pág. 269.
- «La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla *necessaria sproporzione* della pena nelle gross violations», por Massimo DONINI, pág. 283.

- «¿Y para qué queremos las diputaciones? Una reflexión en torno a los orígenes y primera evolución de las Diputaciones Provinciales», por Manuel ESTRADA SÁNCHEZ, pág. 303.
- «Sobre o axuizamento de Manuel Curros Enríquez. *Aires d'a miña terra*: secuestro do libro e procesamento do seu autor (1880-1881)», por Xulio FERREIRO BAAMONDE y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, pág. 321.
- «Verso una europeizzazione del Diritto penale dell'economía: la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul falso in bilancio (caso Berlusconi)», por Luigi FOFFANI, pág. 333.
- «Consideraciones sobre el patrimonio familiar en la Ley civil gallega», por Manuel Jesús GARCÍA GARRIDO, pág. 347.
- «BGU 611: Notas sobre la minoría de edad», por Lorna GARCÍA GERBOLES, pág. 359.
- «Incidencia de la reforma del derecho del mercado de valores, sobre el régimen del contrato de comisión bursátil», por José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES, pág. 367.
- «El *Ius Connubii* como elemento de controversia constitucional en el marco del Derecho de extranjería: la inconstitucionalidad de los controles sistemáticos por razón de la nacionalidad», por Sonia GARCÍA VÁZQUEZ y Juana GOIZUETA VÉRTIZ, pág. 417.
- «Suggestioni per il giurista dai *Quaderni e diari* di Hannah Arendt», por Luigi GAROFALO, pág. 447.
- «La trascendencia del poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales», por Lidia M. Rosa GARRIDO CORDOBERA, pág. 473.
- «Quadro Comum de Referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do Direito?», por Vivianne GERALDES FERREIRA, pág. 501.
- «Esiste un diritto costituzionale alia felicità?», por Gladio GEMMA, pág. 519.
- «Geschichte der Kodifikation des Zivilrechts in Ungarn», por Gábor HAMZA, pág. 533.
- «Presupuestos de aplicación del artículo 239.3 del Código Civil, la tutela *ex lege* del mayor de edad en situación de desamparo», por Antonio LEGERÉN MOLINA, pág. 545.
- «El asunto Chronopost: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de Derecho español y francés», por María Rosa LLÁCER MATACÁS, pág. 565.
- «*Quantae audacia, quanta temeritatis sint publicanorum factiones*. Reflexiones acerca del Edictum de publicanis (D. 39.4)», por Adela LÓPEZ PEDREIRA, pág. 583.

- «El préstamo de géneros en la sociedad romana, visigoda y en algunos reinos cristianos de la Alta Edad Media», por Olga MARLASCA MARTÍNEZ, pág. 599.
- «Mercado de trabajo y protección social. Su consideración desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y de las principales reformas legislativas operadas en España en el bienio 2006-2007», por Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, pág. 615.
- «Los municipios como elementos estructurales del Estado: principios y consecuencias», por José Luis MEILÁN GIL, pág. 629.
- «El sistema de Derecho común en sede local. Una muestra: el Fuero extenso de Sepúlveda», por Emma MONTANOS FERRÍN, pág. 645.
- «*De communium rerum alienatione*: a propósito de la enajenación de las cosas comunes efectuada por uno solo de los condóminos», por Alfonso MURILLO VILLAR, pág. 661.
- «Il Diritto romano in Italia, oggi», por Francesco MUSUMECI, pág. 677.
- «El alcance del principio de precaución en el marco de la Organización Mundial del Comercio», por Gabriela Alexandra OANTA, pág. 685.
- «Algunas consideraciones sobre las servidumbres en la *Lex Romana Burgundionum*», por María Eugenia ORTUÑO PÉREZ, pág. 707.
- «Os novos xuristas e o Dereito Romano», por Ricardo PANERO GUTIÉRREZ, pág. 723.
- «Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho administrativo», por Alejandro PÉREZ HUALDE, pág. 747.
- «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», por José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, pág. 771.
- «Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas», por Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 795.
- «Derecho Romano y Educación Secundaria Obligatoria. Una propuesta de inclusión de contenidos romanísticos en la asignatura *Cultura clásica*», por Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO, pág. 813.
- «Algunas reflexiones en torno a los aspectos jurídicos de la sociedad de la información», por Lourdes SALOMÓN SANCHO y Ana María DELGADO GARCÍA, pág. 833.
- «Le banche dati genetiche per fini giudiziari e i diritti della persona alla ricerca di una legislazione europea armonizzata», por Lucia SCAFFARDI, pág. 843.
- «Zur Frage der so genannten *theou bia*», por Iván SIKLÓSI, pág. 873.
- «Desarrollo sostenible, calentamiento global y recursos vitales para la humanidad», por José Manuel SOBRINO HEREDIA, pág. 883.

- «La Casa de la Contratación de La Coruña en el contexto de la política regia durante el reinado de Carlos V», por István SZÁSZDI, pág. 905.
- «Significado y alcance del sintagma “realidad nacional” en los Preámbulos de los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía», por Javier TAJADURA TEJADA, pág. 915.
- «Reflexiones sobre el incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», por José Manuel TENREIRO MARTÍNEZ, pág. 933.
- «La construcción primitiva de la identidad sucesoria y la génesis de la orda-lía», por Ignasi TERRADAS SABORIT, pág. 965.
- «*Lex Imitana cognitio* de los magistrados locales en interdictos, y limitación a su competencia por cuantía», por Armando TORRENT, pág. 987.
- «Superficies solo cedit», por Ana ZAERA GARCÍA, pág. 1007.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO *MODELO ÚNICO* EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios, para ser considerados ESTUDIOS; de 10 a 25 folios, para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS. En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o sólo en castellano y nosotros lo traducimos.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman. Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).
- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:
 - I. ...
 - II. ...
 - III. ...
- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse siempre con el número del Repertorio de Aranzadi. El esquema es el siguiente:
Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002 (RA n.º 2987).
- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *libro*:

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del libro:

BENABENT, Alain: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

ALONSO PÉREZ, Mariano: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- Normas generales:

Fuente: Times New Roman.

Estilo de fuente: Normal (sin negrita, ni subrayados...).

Tamaño: 12 p.

Interlineado: sencillo.

Extensión: mínima de tres folios por materia.

En cada número de la Revista, cada Sección debe contar con dos grupos de materias o temas tratados.

Resumen: en cursiva.

- IMPORTANTE

El comentario debe ser único. Se pretende que los comentarios de jurisprudencia sean, realmente, breves artículos que recojan un problema concreto y su desarrollo jurisprudencial, por ello hemos decidido cambiar radicalmente el formato de los «antiguos comentarios». Este cambio repercutirá favorablemente también a los autores de los mismos, ya que podrán acreditarlos como artículos de investigación.

Las modificaciones más relevantes son, en cuanto a los criterios de redacción y publicación:

a) No hay que comentar una sentencia determinada, sino un problema jurisprudencial, aunque se parta de una determinada sentencia.

b) El título, entonces, debe ser el de un artículo. No telegráfico, como hasta ahora, que recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada.

Por ejemplo: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único».

Y NO:

Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. El título debe ir escrito en minúscula.

c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el antiguo encabezado correspondiente a:

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

MATERIA: PROPIEDAD HORIZONTAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

RESUMEN: TÍTULO CONSTITUTIVO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) Se eliminan: *Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario*.
- e) Habrá que incluir, después del comentario, un breve RESUMEN del artículo (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de cuatro líneas.
- f) El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, siguiendo las normas de publicación adjuntas (Anexo I), y sin distinción de los apartados señalados en el punto d).
- g) En el Anexo I encontrarán un modelo de cómo deben quedar los nuevos análisis de jurisprudencia.

ANEXO I

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

MATERIA: *NUMERUS CLAUSUS O APERTUS* DE LOS DERECHOS REALES.

RESUMEN: INSCRIPCIÓN ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE DUDOSO CARÁCTER REAL.

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales, y su estrecha relación con el principio de especialidad».

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.

I. INTRODUCCIÓN

.....
.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. Los derechos reales son *numerus clausus*

.....
.....
.....
.....

2. Los derechos reales son *numerus apertus*

.....
.....
.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....
.....
.....

IV. CONCLUSIONES

.....
.....